

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**TTK M.22 KAPSAMINDA TACİRLER BAKIMINDAN
ÜCRET VE CEZA KOŞULUNUN TENKİSİ YASAĞI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Efe Murat BULUT

Tez Danışmanı: Prof.Dr.Tolga AYOĞLU

EYLÜL 2019

ÖNSÖZ

Bu çalışmanın konusu tacirler bakımından ceza koşulu ve ücretin tenkisi yasağı, diğer deyişle tacirin ceza koşulu ve ücretin indirilmesini isteyememesi kuralıdır. Konu, ilgili kanun hükümleri ve mevzuat, Yargıtay kararları, doktrindeki görüşler ve yeri geldiğinde karşılaştırmalı hukuk ışığında incelenmiş ve uygulamada bulunan eksiklikler ile sorunlar tespit edilmeye çalışılmıştır. Son olarak, tespit edilen sorunlar ve doktrindeki tartışmalar kapsamında olanın (*de lege lata*) yanında olması gerekenin (*de lege feranda*) ifade edilmesine gayret edilmiştir.

Tez konumun belirlenmesinde bana yol gösteren ve desteğini bir an olsun esirgemeyen danışman hocam Prof. Dr. Tolga Ayoğlu'na saygı ve teşekkürlerimi sunarım. Ticaret hukuku alanındaki tüm çalışmalarında bana yardımcı olan ve tez jürimde yer alarak beni onurlandıran Prof. Dr. Ayşe Nur Berzek ve Doç. Dr. Fülürya Yusufoglu Bilgin'e teşekkürü bir borç bilirim.

Ortaköy-2019

Efe Murat Bulut

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	ii
KISALTMALAR.....	v
RESUME.....	vii
ABSTRACT.....	viii
ÖZET	ix
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM: TTK M.22 HÜKMÜNÜN KAPSAMI VE UYGULAMA ALANI	3
I. TTK m.22 Hükmünün Kökeni ve Dayanakları	3
II. Hükmün Kapsamı	6
A. Maddi Uygulama Alanı.....	6
1. Ücret Kavramı ve İçeriği	6
2. Ceza Koşulu Kavramı ve İçeriği	7
a. Ceza Koşulu Kavramı, Türleri ve Hukuki Niteliği	7
b. Ceza Koşulunun Benzer Kavramlardan Ayırt Edilmesi ve TTK m.22 ile İlişkisi ...	10
ba. Dönme Cezası.....	10
bb. Cayma Parası	12
bc. Götürü Tazminat	14
B. Hükmün Uygulanma Şartları	15
1. Borçlunun Tacir Sifatını Haiz Olması	15
2. Borçlunun Ceza Koşuluna Bağlanan Borcunun Ticari İş Olması	22
C. Hüküm Kapsamında Sayılan Haller	26
1. Genel Olarak.....	26
2. TBK m.121/II.....	27
3. TBK m.525	28
4. TBK m.182/III.....	29
a. Genel Olarak.....	29
b. İndirim Şartları	31
ba. Geçerli bir ceza koşulu anlaşmasının varlığı.....	31
bb. Ceza koşulu muaccel olmalıdır.	32
bc. Ceza koşulu henüz ifa edilmemiş olmalıdır.	33
bd. Ceza Koşulunun Aşırı Olması	33
be. İndirimin Yasaklanmamış Olması	35
bf. Borçlunun Talebine Gerek Olmaması	36
III. Hükmün Uygulama Alanı Dışında Kalan Haller	39

A. Ahlaka Aykırılık Nedeniyle Kesin Hükümsüzlük (Butlan).....	40
1. Genel Olarak.....	40
2. Ceza Koşulunun Ahlaka Aykırı Olmasının Hukuki Sonucu	49
B. Müzayaka (Zor Durumda Kalma) Hali ve Aşırı Yararlanma (Gabin)	51
1. Genel Olarak.....	51
2. Tacirin Müzayaka (Zor Durumda Kalma) Halinde Gabin (Aşırı Yararlanma) İleri Sürebilmesi.....	53
3. Tacirin Müzayaka Halinde Ücret Ve Ceza Koşulunun İndirilmesini Talep Edebilmesi	66
İKİNCİ BÖLÜM: TTK M.22 HÜKMÜNÜN OLMASI GEREKEN HUKUK (<i>DE LEGE FERANDA</i>) BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ	69
I. Sözleşme Özgürlüğü Kavramı ve İstisnaları.....	69
A. Kavram ve İçeriği.....	69
B. Sözleşme Özgürlüğünün İstisna ve Sınırları	71
II. Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğü ve TTK m.22 Hükümü ile İlişkileri 74	
III. Mukayeseli Hukuk Açısından Tacirin Ücret veya Ceza Koşulunun Tenkisini Talep Hakkı 81	
A. Genel Olarak.....	81
B. UNIDROIT İLKELERİ.....	86
C. Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)	88
IV. Olması Gereken Hukuk (<i>De Lege Feranda</i>) Kapsamında TTK m.22 Hükümünün Yerindeliliğine İlişkin Değerlendirme	97
SONUÇ.....	106
KAYNAKÇA.....	110
I. KİTAPLAR VE MAKALELER.....	110
II. MAHKEME KARARLARI	123

KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı Geçen Eser
a.g.m.	: Adı Geçen Makale
Art.	: Article
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BDDK	: Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGE	: Bundesgerichtsentscheid (İsviçre Fedaral Mahkemesi)
bkz.	: Bakınız
Böl.	: Bölüm
bs.	: Bası
BTHAE	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
BVerfG	: Bundesverfassungsgericht (Alman Anayasa Mahkemesi)
C.	: Cilt
D.	: Digesta
DEU	: Dokuz Eylül Üniversitesi
dn.	: dipnot
E.	: Esas
ed.	: Editör
eBK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
eTTK	: 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu
f.	: fıkra
GÜHF	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
HD	: Hukuk Dairesi
HGB	: Handelsgesetzbuch (Alman Ticaret Kanunu)
ICC	: International Chamber of Commerce (Milletlerarası Ticaret Odası)
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İKİD	: İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi
İMKB	: İstanbul Menkul Kıymetler Borsası

İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
k.g.	: Karşı Görüş
krş.	: Karşılaştırınız
LHD	: Legal Hukuk Dergisi
m.	: Madde
PACE	: Pace Üniversitesi
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TFM	: Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TSY	: Ticaret Sicili Yönetmeliği
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl
YHD	: Yargıtay Hukuk Dergisi
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBGK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
YTD	: Yargıtay Ticaret Dergisi

RESUME

Le sujet de cette étude est l'interdiction de demander la réduction de la clause pénale et du prix par le commerçant. L'interdiction était régie par l'article 22 du code de commerce turc et il était ordonné que le détenteur du titre de commerçant ne soit pas en mesure de demander la réduction de la clause pénale et des frais pour une dette liée à son entreprise. C'est une disposition qui découle de l'obligation d'agir en tant qu'entrepreneur prudent, régie par l'article 18 / II du CCT. C'est la raison pour laquelle les conditions de l'interdiction de demander la réduction de la clause pénale et du prix par le commerçant, les situations comptés *numerus clausus* concernant l'étendue de l'interdiction de réduction dans le cadre de l'article 22 du CCT, la situation dans laquelle le commerçant qui ne peut demander une réduction réclame l'invalidité de la clause pénale et les résultats qui en découlent; sont les points focaux de notre étude.

ABSTRACT

The subject of this dissertation is the merchant's inability to ask for a decrease in the price and the penalty clause. The prohibition of requesting the reduction by merchant was regulated in Article 22 of the Turkish Commercial Code and it was ordered that the person holding the title of merchant would not be able to demand the reduction of the penalty clause and fee for a debt related to the commercial enterprise, which is a provision arising from the obligation to act as a prudent merchant regulated in Article 18/II of the TCC.

In this article, the conditions of prohibition of requesting the reduction of the price and penalty clause under Article 12 of the TCC, the cases considered as *numerus clausus* regarding the scope of the prohibition of reduction in the Article 22 of TCC and the case in which the merchant who cannot request the reduction claims the immorality of the agreed price and penalty clause and its consequences, are main focus areas of this dissertation.

ÖZET

Bu çalışmanın konusu, tacirin ceza koşulunun ve ücretin indirilmesini talep etme yasağıdır. Söz konusu yasak, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 22. maddesinde düzenlenmiş, tacir sıfatını haiz kişinin ticari işletmesiyle ilgili bir borca ilişkin ceza koşulunun ve ücretin indirilmesini talep edemeyeceği emredilmiştir. Söz konusu hükmün, TTK m.18/II hükmünde düzenlenen basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğünden doğan bir düzenleme olduğu ifade edilmektedir.

Çalışmamızın giriş bölümünde konunun tarafımızca neden seçildiği ve çalışma kapsamında temel olarak hangi tartışmaların yapılacağı ve hangi kilit sorulara cevap aranacağı izah edilmiştir. Bu noktada çalışmamızın, olan hukukun (*de lege lata*) yanı sıra TTK m.22'nin olması gereken hukuk (*de lege feranda*) kapsamında kanundaki yerinin değerlendirileceği belirtilerek bunun sebepleri açıklanmıştır.

Çalışmamızın birinci bölümünde, tacirin ceza koşulunun ve ücretin indirilmesini talep etme yasağının kökeni ve tarihçesi, dogmatik kaynakları, TTK m.22 kapsamındaki şartları, TTK m.22'de indirim yasağının kapsamına dair sınırlı sayıda (*numerus clausus*) sayılan durumlar, hükmün kapsamı dışında kalan ahlaka aykırılık nedeniyle kesin hükümsüzlük ve müzayaka halinde gabin halleri ve bu durumlara bağlanan sonuçlar incelenmiştir.

Bu kapsamda öncelikle söz konusu düzenlemenin hukukumuzdaki ve kanunlarımızdaki yeri tarihsel bir bakış açıklanmıştır. Türk hukukunda ilk defa 1926 yılında yürürlüğe giren 865 sayılı Ticaret Kanunu'nun m.647/I hükmünde “*cezai miktarı, alacaklının, taahhüdün ifası halinde istihsal bedelini tecavüz etse dahi mahkemece tenzil edilemez.*” ifadesiyle düzenlenen yasak, kanunumuza mehzaz Alman Ticaret Kanunu'ndan alınmıştır. 6762 sayılı Ticaret Kanunumuzda 24. maddede korunmaya devam ettirilen yasak, yürürlükteki 6102 sayılı Ticaret Kanunumuzda 22. maddede sadece dili sadeleştirilmek suretiyle 6762 sayılı Kanundan aynen korunarak alınmıştır. Bu sebeple yasağın Yargıtay kararlarındaki uygulaması da eskiye dayanmakla birlikte Yargıtay'ın yasağa ilişkin içtihatlarının ne denli doğru yönde geliştiği hususunda doktrindeki tartışmalar, kanaatimizle birlikte çalışma kapsamında sunulmuştur.

TBK m.179-182 hükümleri arasında düzenlenen ceza koşulu, TTK m.22'ye dair yapılacak olan tartışma ve bildirilecek olan görüşlerle ilgili olduğu ölçüde genel olarak incelenecektir. Uygulamada ceza koşuluyla sık sık karıştırılan dönme cezası, götürü tazminat, temerrüt faizi, vade farkı, üçüncü kişinin fiilini üstlenme ve kefalet kavramlarıyla ceza koşulu arasındaki farklar bu bölümde izah edilecektir. Bu kavramların ceza koşulunun bir türü olarak anlaşılması ya da ceza koşulu hükümlerine tâbi olduğunun düşünülmesi durumunda tüm bu sayılanların hiçbirinin indirilmesi tacir tarafından talep edilemeyecektir. Halbuki bu kavramların hiçbirisi ceza koşulunun bir türü olmadığı gibi, ceza koşulu hükümlerine tâbi değildir. Hatta öyle ki bunlar arasından dönme cezası, ceza koşuluna ilişkin TBK m.179 hükmünde üçüncü fıkra düzenlenmiş de olsa doktrinde bir ceza koşulu türü olarak kabul edilmemiştir. O halde, ceza koşulu sayılmayan bu kurumlardan doğan borçların indirilmesini talep etmek tacir bakımından da yasak sayılmayacaktır. İlginçtir ki, ceza koşuluyla sık sık karıştırılan bu kurumlar ceza koşulu hükümlerine tâbi kılınmamasına rağmen, TBK'da özellikle iki kurum (birincisi TBK m.121/II kapsamında anapara faizi, irat veya borçlunun bağışladığı bir miktarla ilgili olarak temerrüt faizinin özel olarak belirlenen bir tarihte başlayacağına dair taahhüt, diğeri ise TBK m.181/I uyarınca sözleşmeden dönme durumunda ifa edilmiş olan kısmın alacaklıya kalacağını öngören sözleşmeler) ceza koşulu hükümlerine tâbi kılınmıştır. O halde, TTK m.22'de tacirler bakımından düzenlenen ceza koşulunun indirilmesini talep etme yasağı ceza koşulu hükümlerinin uygulandığı bu kurumlar bakımından da geçerli olacaktır. Bu sebeple, hangi kavramların ceza koşulunun bir türü olduğu ya da olmadığı veya hangi kuruma ceza koşulu hükümlerinin uygulanıp uygulanmadığının çalışma kapsamında incelenmesi TTK m.22'nin uygulama alanı bakımından ayrı bir önem arz etmektedir. Aşırı ceza koşulunun hakim tarafından re'sen indirilmesine dair temel hüküm olan TBK m.182/III, bir ceza koşulunun hangi şartlar altında indirilebileceğini açıkça düzenlenmemiş ve indirim şartları konusunda hakime takdir yetkisi tanımıştır. Böylelikle Yargıtay içtihadı ve doktrinde TBK m.182/III hükmü kapsamında ceza koşulunun indirilmesi için gerekli şartlar ve kriterler oluşmuş ve işlenmiştir. Bu kriterler arasından en önemlisi ve kanun maddesinde belirtilen tek koşul ceza koşulunun aşırı olmasıdır. Ceza koşulunun aşırılığının tespit edileceği an ve Yargıtay içtihadı kapsamında oluşan kriterler doktrinde tartışma konusu olmuştur.

Hükmün maddi uygulama alanı kapsamında ceza koşulu ve ücretten ne anlaşılması gerektiği incelendikten sonra, tacirin ceza koşulunun ve ücretin indirilmesini talep etme yasağına tâbi olmak için gerekli şartlar TTK m.22 hükmü kapsamında incelenmiş ve TTK m.22’de yasağın sadece TBK m.182/III’e değil, aynı zamanda TBK m.121/II ve TBK m.525 kapsamında da geçerli olduğu, bununla birlikte maddede sayılan hallerin *numerus clausus* olduğu belirtilmiştir. Ceza koşulunun aşırılığının tespit edileceği an kapsamında yapılan tartışmalar ile tacirin ceza koşulu taahhüdü altına girerken TTK m.22 kapsamında tacir sıfatının tespit edileceği an kapsamında yapılan tartışmaların mukayesesi önemlidir. Ceza koşulunun aşırılığını ancak tacir olmayan şahıslar öne sürebileceğinden, bu şahısların TBK m.182/III kapsamında ceza koşulu indirimi talebinde ceza koşulunun aşırılığını ceza koşulunu taahhüt ettiği anda öngörmesi beklenmemiş ve ceza koşulunun aşırılığının tespitinde hakim görüş uyarınca ceza koşulunun muacceliyet anı esas alınmış, bu şahısların ekonomik kişiliğinin olabildiğince korunması da amaçlanmıştır. Lâkin söz konusu şahıs tacir olduğunda, zaten TBK m.182/III hükmünden faydalandırılmadığı gibi, ayrıca sonradan tacir sıfatını kaybetse dahi ceza koşulunu taahhüt ettiği anda tacir olduğundan, ceza koşulunu taahhüt ettiği anda öngörülü hareket etmesi beklenmiş ve tacirin TTK m.22 yasağı kapsamında kalıp kalmadığı, tacir sıfatını haiz olup olmadığı incelenirken ceza koşulunu taahhüt ettiği an esas alınır. Söz konusu ceza koşulu ve ücretin indirilmesi olduğunda, tacir ve adi şahıs arasındaki fark bütün çalışmamıza yansımış ve her tartışma kapsamında ikili ve mukaseyeli bir inceleme yapılmıştır.

Birinci bölümün son kısmında, TTK m.22 hükmünün kapsamı dışında kalan haller incelenmiştir. Bu haller, ceza koşulunun ahlaka aykırılığı sebebiyle geçersiz olması durumu ve tacirin müzayaka sebebiyle gabin ileri sürebilmesi halleridir. Öncelikle ceza koşulu, ödenmesi durumunda tacirin ekonomik mahvına sebep olacak ise o ceza koşulunun TBK m.27/I kapsamında ahlaka aykırı olduğu kabul edilmektedir. Bu nitelikte bir ceza koşulunun ahlaka aykırı olmasının tek yasal dayanağı TBK m.27/I değildir, ayrıca TMK m.23/II hükmü de bulunmaktadır. Bu çalışmada TMK m.23/II hükmünün, ceza koşulunun ahlaka aykırılığının önemli bir dayanağı olduğuna dikkat çekilmiştir. Nitekim doktrinde ceza koşulu anlamında pek bahsedilmese de, TMK m.23/II, Yargıtay’ın ahlaka aykırı bulduğu ceza koşuluna dair hüküm verirken dayanak gösterdiği önemli bir yasa maddesidir. Ceza koşulunun TTK

m.182/III ve Yargıtay içtihatları kriterler kapsamında aşırı olması ile TBK m.27/I hükmü kapsamında ahlaka aykırı olması bambaşka durumlar olup, bu durum ve sonuçları çalışmamızda bu bölümde inceleme konusu yapılmıştır. Bu kısımda incelenen diğer bir husus, ceza koşulunun ahlaka aykırı olmasına bağlanan sonuçlardır. Ceza koşulu ahlaka aykırı bulunduğu TBK m.27/I hükmü kapsamında tamamen geçersiz mi olacaktır, TBK m.27/II hükmü kapsamında kısmen mi geçersiz olacaktır, yoksa TTK m.1530/I hükmünün kıyasen uygulanmasıyla bir tür değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük sağlanıp en yüksek sınırı aşan sözleşmenin sadece en yüksek sınır üzerinden yapıldığı kabul edilerek sadece ahlaka uygun olan kısmın geçerli olduğu mu kabul edilecektir? Bu konuda doktrinde ileri sürülen görüşler ve Yargıtay uygulaması ayrıntılı olarak incelenmiş ve niteliğine uygun olduğu ölçüde önerilerde bulunulmaya gayret edilmiştir.

Hükmün kapsamı dışında kalan diğer durum, tacirin müzayaka halinde gabin ileri sürerek sözleşmeyi feshetme ya da aşırılığın giderilmesini talep etme hakkıdır. Doktrinde ve Yargıtay kararlarında tacirin TTK m.18/II hükmünde düzenlenen basiretli iş adamı gibi davranacağı karinesine dayanılarak deneyimsiz ve düşüncesiz davranmasının mümkün olmadığı, ancak tacirin müzayaka içerisinde kalmasının söz konusu olabileceği belirtilmiştir. Bu sebeple tacirin ancak müzayaka halinde gabin ileri sürebileceği kabul edilmiştir. Yargıtay'ın tacirin müzayaka halinde gabin ileri sürebileceğine dair müstekar içtihadı, Kasım 2020'de ve Şubat 2001'de yaşanan iki ayrı finansal krizi takip eden yıllarda oluşmuştur. Finansal kriz sonrasında Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun kararı ile bazı bankaların denetim ve yönetimi Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na (TMSF) devredilmiş, kriz döneminde gecelik (*overnight*, *O/N*) faiz olarak mudilerin hesaplarına bankalar tarafından yatırılan fazla meblağlar, kamusal görev yapan TMSF yönetimine geçildikten sonra bankalar tarafından gabin ileri sürülmek suretiyle mudilerin hesaplarından tek taraflı işlemlerle çekilmiş ve İstanbul Menkul Kıymetler Borsası ortalama faizlerinin üzerindeki faiz oranlarının verilmemesi yönünde uygulama yapılmış, bunun üzerine mudilerin bankalara karşı açtıkları davalarda ya da bankaların mudilere karşı açtığı menfi tespit davalarında bankalar tarafından gabin ileri sürülmüştür. Bu davalarda ilk derece mahkemeleri ve Yargıtay tarafından verilen kararlar bu kısımda incelenecektir.

Akabinde tacir tarafından müzayaka halinde gabin ileri sürülerek ücret ve ceza koşulunun indirilmesinin de mümkün olduğu sonucuna ulaşılabacaktır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, TTK m.22 hükmü olması gereken hukuk (*de lege feranda*) kapsamında değerlendirilecektir. TTK m.22 ticari iş sahasındaki sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmaması gerektiği kabulüne dayanan bir hükümdür. Çünkü TTK m.22 hükmü tacirin ceza koşulu ve ücretin indirilmesini talep etme hakkını sınırlandırmak suretiyle, TBK’da yer alan ve aslında sözleşme özgürlüğünü sınırlandıran koruyucu hüküm niteliğindeki TBK m.121/I, TBK m.525 ve özellikle TBK m.182/III hükümlerinden tacirin faydalanmasının önüne geçerek bu hükümler kapsamında ticari iş sahasında sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasını tamamen engellemektedir. Diğer yandan modern hukuk düzenleri geldiği noktada, sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasına dair düzenlemelerin sadece tüketici, kiracı ya da işçi için değil, aynı zamanda pazarlık gücü ve mali konumu daha zayıf olan tacirin de birtakım koruyucu mekanizmalardan faydalandırılması gerektiği kabul edilmektedir. 6762 sayılı eTTK ve 6102 sayılı TTK kapsamında yapılan düzenlemeler sonucunda kanun sistematığı ve paradigması, sözleşme özgürlüğünün ticari iş sahasında da sınırlandırılabilmesine dair modern hukuk düzenlerinin bu kabulü yönünde gelişmiştir. Bununla birlikte, kanunda halen mevcut olan bir yasağı yansıtan TTK m.22, modern hukukun geldiği noktayı değil, başladığı noktayı yansıtmaktadır. Bu sebeple, TTK m.22’nin mevcut durumda kanunda korunmasının, sözleşme özgürlüğü bakımından modern hukukun getirdiği gelişmelere olumsuz yönde ve tezat teşkil edecek bir etkisi olup olmadığı da tartışılmalıdır. Son kısımda TTK m.22 hükmünün olması gereken hukuk (*de lege feranda*) kapsamında kanundaki yeri, diğer hükümlerle uyumu ve bugün itibarıyla gerekli olup olmadığı incelenecektir.

GİRİŞ

6098 sayılı TBK'nın belirli hükümlerinde ya da kanundan açık olarak tanınmasa bile Yargıtay içtihatlarında, adi hukuk sahasına özgülenen koruyucu mekanizmalara yer verilmiştir. Aşırı ücret ya da ceza koşulunun indirilmesine dair hükümler bunlardan bazılarıdır. Bu koruyucu hükümlerde aşırı ceza koşulu ya da ücretin birtakım şartların mevcut olması durumunda indirilebileceği düzenlenmiştir. Lâkin TTK m.22 kapsamında tacirler, ceza koşulu ve ücretin indirilmesini talep etme hakkından men edilmiştir.

Sözleşmede kararlaştırılan ceza koşulunun indirilmesinin ya da diğer bir deyişle tenkis edilmesinin tacirler bakımından yasak olması, Mehaz Alman Ticaret Kanunundan (HGB §348) iktibas edilmek suretiyle 865 sayılı Ticaret Kanununda yerini almış, daha sonra 6762 sayılı eTKK ile yasak kapsamına “ücret” de eklenerek ceza koşulunun ve ücretin indirilmesinin tacir tarafından talep edilemeyeceği düzenlenmiş, yürürlükteki 6102 sayılı TTK'da hüküm aynen korunmuştur.

TTK m.22'de düzenlenen bu yasak, TTK'da “Tacir Olmanın Hükümleri” başlığı altında genel bir hüküm olarak düzenlenmiştir. Bu hükmün, yine “Tacir Olmanın Hükümleri” başlığı altında düzenlenen diğer bir hüküm (TTK m.18/II) olan basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğünün en somut sonucu olduğu ifade edilmektedir. Hükmün gerekçesinde de belirtildiği gibi, ticaret sahası ile adi iş sahası arasında ayırım yapılmış, “*ticaret sahasında merhamet ve insaf ne gösterilir ne beklenir*” ilkesinden hareketle tacirin basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi yükümlülüğünün bir sonucu olarak TBK'daki belirtilen koruyucu hükümlerden faydalanmasının önüne geçildiği ifade edilmiştir.

Hukukumuzda bir asra yakın geçmişi olan bu yasak Yargıtay kararlarında işlenmiş, tacirlerin indirim taleplerinin reddine karar verilmiş, ayrıca Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanununda düzenlenen genel hükümlerden hareketle yasak kapsamının dışında kalan haller geliştirilmiş, hem Yargıtay kararlarında hem doktrinde ceza koşulunun tacirin ticari hayatının mahvına sebep olacak şekilde aşırı

olması durumunun TTK m.22 hükmünün istisnası olduğu belirtilmiştir. Doktrinde tacirin müzayaka (zor durumda kalma) halinde gabin (aşırı yararlanma) hükümlerine dayanarak aşırı ceza koşulu ya da ücretin indirilmesini talep edebileceği belirtilmiştir. Çalışma kapsamında öncelikle TTK m.22'nin bahsedilen uygulama alanı ve hükmün kapsamı dışında kalan haller incelenecektir.

Hükmün uygulaması Yargıtay kararlarında ve doktrinde işlenmiş olsa da, hükmün yaklaşık bir asır önce kanunda öngörülüş sebepleri (*ratio legis*) ve amacı ile TTK'nın yüzyıl içerisindeki değişimi, getirilen yeni hükümler ve geline nokta sözleşme özgürlüğünün tacirler bakımından da sınırlanması eğilimi arasındaki ilişki yeterince tartışılmamıştır. Genel bir hüküm olması olması hasebiyle tacir hem bir başka tacirle arasındaki ilişkilerinde hem de tacir olmayan kişilerle olan ilişkilerinde bu yasağa tâbidir ve ceza koşulu ile ücretin indirilmesinin tacir tarafından talep edilemeyeceği kuralı, tacir olan, tacir sayılan hatta tacir gibi sorumlu olan tüm tacirlere pazarlık gücü ve mali konumu fark etmeksizin istisnasız uygulanmaktadır. TTK m.22 hükmü genel bir ifadeyle basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğüne ve kanunun gerekçesindeki “*ticaret sahasında merhamet ve insaf ne gösterilir ne beklenir*” ilkesine dayandırılrsa da, geline nokta TTK kapsamında sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlamaların sayısı artmış ve pazarlık güçleri ile konumları aynı olmayan tacirler arasında sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlandırılması gerektiği yönündeki modern görüş kanuna hakim olmuştur. Bu noktada, TTK m.1530'un geldiği nokta ve acentelere ilişkin hükümler başta olmak üzere Ticaret Kanunumuzda bahsi geçen modern görüş kapsamındaki değişiklikler çalışmamız kapsamında incelenecek ve TTK m.22 hükmü ile mukayesesi yapılacaktır. Ceza koşulu ve ücretin indirilmesine dair hükümlerin sözleşme özgürlüğüne getirilen birer sınırlama olduğu, tacirler için sözleşme özgürlüğüne sınırlama getirmenin ticari iş sahasının niteliğine aykırı düşeceği yönündeki görüşün kanundaki yeri gittikçe zayıflamakta iken TTK m.22'nin de tartışmaya açılması gerekmektedir. Buradan hareketle çalışmamızda, TTK m.22 hükmünün olması gereken hukuk (*de lege feranda*) kapsamında mevcut kanun sistematikteki yeri incelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM: TTK M.22 HÜKMÜNÜN KAPSAMI VE UYGULAMA ALANI

I. TTK m.22 Hükümünün Kökeni ve Dayanakları

Tacirin aşırı ceza koşulunun indirilmesini isteyememesi yasağı, Türk hukukunda ilk defa 1926 yılında yürürlüğe giren 865 sayılı Ticaret Kanunu'nun m.647/I hükmünde *“cezai miktarı, alacaklının, taahhüdün ifası halinde istihsal bedelini tecavüz etse dahi mahkemece tenzil edilemez.”* ifadesiyle düzenlenmiştir. Kanun maddesi, mehzaz Alman Ticaret Kanunu'ndan alınmış olup, HGB §348'e¹ göre tacir tarafından ticari işletmesi kapsamında taahhüt edilen ceza koşulu, Alman Medeni Kanunu'nun (ceza koşulunun indirilmesini düzenleyen) 343. maddesine dayanılarak indirilemez. Bu noktada dikkat çeken husus, Alman hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da söz konusu hükmün Medeni Kanun ya da Borçlar Kanunu'nda değil, Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş olmasıdır². HGB §348 hükmünde, indirilmesi istenemeyen ceza koşulunun özellikle *“ticari işletmesi kapsamında taahhüt edilen”* şeklinde nitelendirilmiş olması, TTK m.22'den lafzî anlamda tek farkı olarak değerlendirilmektedir³. Yoksa TTK m.22 kapsamında hukuki işlem tacirin ticari işletmesinin kapsamında bir işlem değilse, tacirin ücret veya ceza koşulunun aşırı olduğunu öne sürüp indirim talep edebilmektedir⁴. Dolayısıyla HGB §348 ile TTK m.22 arasındaki fark lafzî olup, uygulama aynı yönde gelişmiştir.

865 sayılı Ticaret Kanunu'ndaki düzenleme, 6762 sayılı Ticaret Kanunu'nda *“ücret ve cezanın tenkisi”* başlıklı 24. maddede *“Tacir sıfatını haiz bir borçlu, Borçlar Kanununun 104 üncü maddesinin 2 nci fıkrasıyla 161 inci maddesinin 3 üncü fıkrasında ve 409 uncu maddesinde yazılı hallerde, fahiş olduğu iddiasıyla bir ücret veya cezanın indirilmesini mahkemeden istiyemez.”* şeklinde düzenlenerek korunmuştur.

¹ *“Eine Vertragsstrafe, die von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochen ist, kann nicht auf Grund der Vorschriften des § 343 des Bürgerlichen Gesetzbuchs herabgesetzt werden.”* (Tacir tarafından ticari işletmesinin işletilmesi kapsamında taahhüt edilen sözleşme cezası, BGB § 343 hükmüne dayanılarak indirilemez), https://www.gesetze-im-internet.de/hgb/_348.html

² Köksal Kocaağa, **Türk Özel Hukukunda Cezai Şart**, 2. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s.378.

³ Muhammet Emin Bingöl, **Basiretli İş Adanı Gibi Hareket Yükümlülüğü: Özellikle Tacirin Ücret ve Cezai Şartın İndirilmesini İsteyememesi**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s.103.

⁴ M. Kemal Oğuzman/ M. Turgut Öz, M. Kemal Oğuzman/ M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.II, 15. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s.550.

6762 sayılı Kanunu'nun 24. maddesi düzenlenirken, hükme bir de şu şekilde gerekçe eklenmiştir:

“Borçlar Kanununun bazı maddelerine göre fahiş bir ücret veya fahiş bir cezai şart, yargı tarafından indirilebilir: Halbuki Ticaret Kanununun (647)nci maddesine göre, cezai şart fahiş olsa bile indirilemez. Ticaret hukuku ile adi hukuk arasındaki bu farkı olduğu gibi bırakmak doğru addedilmiştir. Çünkü ticaret sahasında merhamet ve insaf ne gösterilir ne beklenir. Küçük tacir mefhumu kaldırıldıktan sonra; tacir sıfatını haiz olan bir borçluyu, olağan hallerde fahiş addedilebilen bir tellallık ücretinin veya cezai şartın indirilmesini talebetmek hakkından, şimdiye kadar olduğu gibi ileride de mahrum bırakmak, ticaretin icabındandır.”

6762 sayılı eTTK'nın 24. maddesi, sadece dili sadeleştirilmek suretiyle yürürlükteki 6762 sayılı Ticaret Kanunu'nun 22. maddesinde aynen korunmuştur. Nitekim 6102 sayılı Ticaret Kanunu'nun 22. maddesinin gerekçesi “6762 sayılı Kanunun 24 üncü maddesini karşılayan bu hükümde bir değişiklik yapılmamıştır.” şeklinde olup, eski kanundaki düzenlenmenin aynen korunduğunu ve 6762 sayılı Kanunun 24. madde gerekçesinin günümüzde de geçerliliğini koruduğunu ifade etmektedir⁵.

Tacirin aşırı ceza koşulunun indirilmesini isteyememesi, 6762 sayılı Kanun'un 24. maddesinde 865 sayılı Kanun'un 647. maddesinden esinlenilerek⁶, 6102 sayılı Kanun'un 22. maddesinde ise 6762 sayılı Kanun'un değişiklik yapılmaksızın alınması⁷ suretiyle Ticaret Kanunlarının tamamında birbirine benzer ifade ve düzenlemeyle korunmuş olduğundan, eski Kanunlar döneminde yapılan değerlendirmeler günümüzde de geçerlidir⁸.

Türk Hukukunda ceza koşuluna ilişkin temel düzenlemeler 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 179 ila 182. maddeleri arasında yer almaktadır. Ceza koşuluna

⁵ Köksal Kocaağa, **a.g.e.**, m.378; Rıza Ayhan: “**Ticari İş Kavramı ve Tacir Sıfatına Bağlanan Ücret ve Sözleşme Cezalarının İndirilmesini İsteyememe**”, GÜHFD (2013), C.XVII, S.1-2, s.291 vd., s.306.

⁶ Kocaağa, **a.g.e.**, s.379; Muhammet Emin Bingöl, **a.g.e.**, s.103.

⁷ Kocaağa, **a.g.e.**, s.379.

⁸ Ayhan, **a.g.e.**, s.307; Muhammet Emin Bingöl, **a.g.e.**, s.103.

ilişkin olarak TBK'da yapılan düzenlemeler arasında tacirin ceza koşulunun indirilmesini isteyemeyeceğine dair herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Tacirin ceza koşulunun indirilmesini Mahkemeden talep edemeyeceği, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan bir düzenleme olup , TTK'nın "*ücret ve sözleşme cezasının indirilmesi*" 22. maddesi uyarınca,

"(1) Tacir sıfatını haiz borçlu, Türk Borçlar Kanununun 121 inci maddesinin ikinci fıkrasıyla 182 nci maddesinin üçüncü fıkrasında ve 525 inci maddesinde yazılı hâllerde, aşırı ücret veya ceza kararlaştırılmış olduğu iddiasıyla ücret veya sözleşme cezasının indirilmesini mahkemeden isteyemez."

Söz konusu düzenleme tacirin ticaretine ilişkin tüm iş ve işlemlerinde basiretli davranma yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır. Basiretli davranma yükümlülüğü kapsamında tacir, kanunlarda yer alan bazı koruyucu hükümlerden yararlanmaktan mahrum bırakılmıştır⁹.

Söz konusu düzenleme ile tacir sıfatını taşıyan borçlunun, ticari faaliyeti ile ilgili bir asıl borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi ihtimaline karşılık alacaklıya karşı ceza koşulu taahhüdü altına girerken, basiretli bir iş adamı gibi tedbirli ve öngörülü davranarak bu taahhüdüne ilişkin olası riskleri iyi değerlendirmiş olduğu varsayılmıştır. Buradan hareketle, tıpkı basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğünde olduğu gibi TTK m.22 hükmünde de ticari işlemlerde hız ve işlem güvenliğinin sağlanmasının amaçlandığı ileri sürülmektedir¹⁰.

TBK'da ceza koşulunun indirimine ilişkin hususları düzenleyen hükümde ceza koşulu ödemekle yükümlü borçlunun tacir olmaması gerektiğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle borçlunun tacir sıfatını haiz olması durumunda ceza koşulunun indirimine ilişkin hukuki durumun tespiti bakımından TTK hükümleri doğrultusunda değerlendirme yapılacaktır.

⁹ Köksal Kocağa, **a.g.e.**, s.377.

¹⁰ Muhammet Emin Bingöl, **a.g.e.**, s.1 ve 104.

II. Hükümün Kapsamı

A. Maddi Uygulama Alanı

1. Ücret Kavramı ve İçeriği

Ücret kavramından anlaşılması gereken, sözleşme kapsamında bir edim olarak taahhüt edilen meblağdır. Sözleşmenin ifa edilmemesi ya da borca aykırılık halleri için borçlunun ödeyeceği kararlaştırılan meblağlar (fixed sums), ceza koşulu ile götürü tazminat gibi klostları ifade etmekte olup, ücret kavramının dışında kalmaktadır.

TTK m.22 hükmünde sayılan sayılan maddeler arasında TBK m.182/III ve TBK m.121/II hükmü ceza koşuluna ilişkin hükümler olup, ücrete ilişkin olan tek madde TBK m.525 hükmüdür. TTK m.22’de sayılan maddelerin numerus clausus olduğu kabul edilirse tacirin sadece TBK m.525 hükmündeki simsarlık ücretinin indirilmesini talep edemeyeceği, diğer ücretlerin indirilmesini talep edebileceği düşünülmektedir. Bu çalışmamızda ve konu kapsamında yapılan diğer çalışmalarda, TTK m.22’de sayılanların numerus clausus olduğu kabulüyle olsa gerek, daha çok ceza koşulu üzerinde durulmuş ve tacirin sadece simsarlık ücretinin (TBK m.525) indirilmesini talep edemeyeceği kabul edilmiştir.

TTK m.22 hükmünün numerus clausus olmadığı yönündeki görüşe¹¹ katılınması durumunda, sözleşmede kararlaştırılmış olan hiçbir ücretin indirilemeyeceği yönünde bir sonuca varılacak olsa da bu görüş doktrinde azınlıktadır. Kanaatimizce kanun hükmüne açıkça aykırı bu görüş kapsamında, faizin de bir ücret olduğu yönündeki görüşler de dikkate alınırsa, faiz de dahil olmak üzere tacir taahhüt ettiği hiçbir ücretin indirilmesini talep edemeyecektir. Halbuki Yargıtay’ın 2002 finansal krizi sonrasında bankaların müzayaka halinde gabin ileri sürüp taahhüt ettiği faizin indirilmesine dair verdiği kararlarında TTK m.22 hükmü inceleme kapsamına dahi alınmamıştır. Her ne kadar gabin, TTK m.22 hükmünün uygulama alanı dışına kalan bir durum da olsa, inceleme yapılırken aşılması gereken hükmün TTK m.22 hükmü olduğu taraflarca ileri sürülmediği gibi, Yargıtay tarafından da dikkate alınmamıştır. Ücret kavramının içeriği, çalışmamızın TTK m.22’nin uygulanma

¹¹ Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, 23. Bası, Ankara, Bthae Yayınları, 2017., s.160.

şartları ve hükmün uygulama alanı dışında kalan hallerden gabine ilişkin kısımda ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

2. Ceza Koşulu Kavramı ve İçeriği

a. Ceza Koşulu Kavramı, Türleri ve Hukuki Niteliği

Ceza koşulunun indirilmesinin tacir bakımından yasaklanmasına dair TTK m.22 hükmünü ayrıntılı incelemeden önce ceza koşulunun hukuki niteliği ve ceza koşulunun genel hükümler kapsamında indirilmesine dair hükümlerin çalışmamızın konusu olduğu ölçüde incelenmesini gerekli görmekteyiz.

Ceza koşulunun niteliği ve amacı konusunda doktrinde ve mahkeme kararlarında yer alan tartışmalar sebebiyle ceza koşuluna tanım vermenin zorluğu kendisini göstermiş ve TBK’da ceza koşulu tanımına yer verilmemiştir¹². Ceza koşulu tanımına Alman Medeni Kanunu ve İsviçre Borçlar Kanunu’nda da yer verilmemiştir¹³. Bu sebeple, doktrin ve Yargıtay kararlarında ceza koşuluna dair farklı tanımlar yapılmıştır. Bu sebeple, en kısa tanımlama en doğru tanımlama olacaktır. Ceza koşulu, borçlunun borcunu ihlal etmesi halinde alacaklıya karşı yerine getirmeyi önceden taahhüt ettiği, ekonomik değeri olan bir edimdir¹⁴.

Ceza koşulunun temel amacı ve işlevi borçluyu borcunu ifa etmeye yönlendirmektir. Borçlunun asıl borcunu ihlal etmesi halinde yani borcunu yerine getirmemesi ya da eksik bir şekilde yerine getirmesi halinde gündeme geleceğinden

¹² Yasemin Kabaklıoğlu Arslanyürek, **Ceza Koşulu-Özellikle Zarar ve Tazminatla İlişkisi**, 1. Bası, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2018, s.9; Hilal Gülseven, **Türk Özel Hukukunda Cezai Şartın İndirilmesi**, Ankara, 2016, s.22.

¹³ Yasemin Kabaklıoğlu Arslanyürek, **a.g.e.**, s.9.

¹⁴ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 21. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s.1209; Kemal Tunçomağ, **Türk Hukukunda Cezai Şart**, İstanbul, Baha Matbaası, 1963 s.38; Köksal Kocaağa, **a.g.e.**, s.40; M. Kemal Oğuzman/ M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.1, 15. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s.518; Füsün Nomer Ertan, **“İş Aktinden Doğan Cezai Şart Hükümlerine TTK m.24 Uygulanır mı?”**, Hüseyin Ülgen’e Armağan, s.29-37., s.29; Ferhat Erçin, **“Yargıtay Kararları Işığında Tacirlerin Ahlakı Aykırı Cezai Şartın İptalini veya Tenkisini İsteyebilmeleri”**, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.10, C.10, S.1, Ocak 2011., s.90.

geciktirici koşula bağlanmış, fer'i nitelikte bir sözleşmedir¹⁵. Ceza koşulu, TBK'da ayrı başlık altında özel hükümlerle düzenlendiğinden, ceza koşuluna ilişkin sözleşmelere öncelikle ceza koşuluna ilişkin TBK m.179-182 hükümleri uygulanır. Ancak bir boşluk olduğu halde, ceza koşulunun niteliğine uygun düştüğü ölçüde TBK'daki koşula bağlı borçlara ilişkin hükümler ceza koşuluna ilişkin sözleşmelere uygulanır¹⁶. Ceza koşulunun fer'i nitelikte olmasının bir diğer sonucu, ceza koşuluna bağlanan borcu içeren sözleşme şekle tâbi kılınmış ise, ceza koşulu da aynı şekil şartına tâbi olacaktır¹⁷. Aksi takdirde ceza koşulunun şekle aykırılık sebebiyle hükümsüz olması gündeme gelecektir.

Ceza koşulunun hukuki niteliğine dair doktrinde birçok görüş ileri sürülmüştür. Bu görüşlere, çalışmamızın konusuna ilişkin olduğu ölçüde yer vereceğiz.

Ceza koşulu, ifa yerine talep edilen (alternatif) ceza koşulu ve ifayla birlikte talep edilen (kümülatif) ceza koşulu olarak ikiye ayrılır¹⁸. İfa yerine talep edilen ceza koşulu, asıl borcun ifasından vazgeçilmek suretiyle bu borcun yerine talep edilen ceza koşuludur¹⁹. Alternatif ceza koşulu TBK m.179/I hükmünde şu şekilde düzenlenmiştir:

“Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir.”

Madde hükmünden hareketle hemen belirtmek gerekir, taraflar sözleşmeyle birinci fıkranın aksini kararlaştırarak ceza koşulunun ifaya eklenmesini kararlaştırabilir. Bu durumda, ifaya eklenen (kümülatif) ceza koşulu söz konusu olacaktır. Nitekim TBK m.179/II hükmünde,

¹⁵ Fikret Eren, **a.g.e.**, s.1210; Füsün Nomer Ertan, **a.g.m.**, s.29; Yasemin Kabaklıoğlu Arslanyürek, **a.g.e.**, s.10; Ömer Çınar: “**Türk Borçlar Kanunu ve Alman Medeni Kanununa Göre Ceza Şartın İndirilmesi**”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y.8, S.16, 2009, s.91-115., s.97; EKİNCİ, s.50; Muhammet Emin Bingöl, **a.g.e.**, s.116.

¹⁶ M. Kemal Oğuzman/M.Turgut Öz, C.II, s.537; Füsün Nomer Ertan, **a.g.e.**, s.29; Yasemin Kabaklıoğlu Arslanyürek, **a.g.e.**, s.10; Muhammet Emin Bingöl, **a.g.e.**, s.116, dn.44.

¹⁷ M. Kemal Oğuzman/ M. Turgut Öz, **a.g.e.**, C.II, s.537; Fikret Eren, **a.g.e.**, s.1212.

¹⁸ Pierre Tercier/Pascal Pichonnaz/H. Murat Develioğlu, **a.g.e.**, s.429; Yasemin Kabaklıoğlu Arslanyürek, **a.g.e.**, s.48.

¹⁹ Fikret Eren, **a.g.e.**, s.1208; Pierre Tercier/Pascal Pichonnaz/H. Murat Develioğlu, **a.g.e.**, s.429; Yasemin Kabaklıoğlu Arslanyürek, **a.g.e.**, s.48.

“Ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir.”

şeklinde düzenlemeyle bir karine getirilmiş, belirlenen bir yer veya zamanda yapılması gereken ifaya bağlanan ceza koşulunun, aksi kararlaştırılmadığı sürece ifaya eklenen eklenen ceza koşulu olarak anlaşılması gerektiğini düzenlemiştir²⁰. Zaten uygulamada en çok rastlanan kümülatif ceza koşulu, gecikmiş ifaya bağlanan ceza koşuludur. Örneğin, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde inşaatın belirlenen vadede tamamlanmaması durumu için müteahhit borçlu tarafından taahhüt edilen ceza koşulu TBK m.179/II hükmü uyarınca ifaya eklenen ceza koşuludur ve inşaatın vadesinde tamamlanmaması durumunda müteahhit borçlu tarafından hem ceza koşulu ödenecek hem de inşaat tamamlanarak asıl borcun ifası yerine getirilecektir. Lâkin TBK m.179/II hükmünde sayılan haller için de ifa yerine talep edilen ceza koşulu kararlaştırılabilir.

Hemen belirtmek gerekir ki, TBK m.179/II emredici nitelikte değildir. Bu nedenle borcun ihlaline dair başka haller için de ifaya eklenen ceza koşulu kararlaştırılması mümkündür.

EREN’e göre, bunların yanında “ifayı engelleyen ceza koşulu” da olmak üzere 3 tür ceza koşulu bulunmaktadır. EREN, TBK m.179/III hükmünde²¹ düzenlenen hususun ifayı engelleyen ceza koşulu olduğunu ifade etmiştir²². Yazar, her ne kadar ifayı engelleyen ceza koşulunun aslında gerçek anlamda bir ceza koşulu olmadığını belirtse de, TBK m.179/III’te saklı tutulan hakkın ceza koşulu olarak nitelendirilmesi

²⁰ Burada unutulmaması gereken husus, alacaklının ifayı kabul ederken ceza koşulundan doğan haklarını çekinceyle saklı tutmaması halinde TBK m.131/II uyarınca ceza koşulunu ayrıca talep etme hakkını kaybedeceğidir. bkz. Yasemin Kabaklıoğlu Arslanyürek, **a.g.e.**, s.52, yazara göre bu kanun hükmü bir kanuni faraziyedir ve kanun koyucu bu durumda alacaklının ceza koşulundan feragat etmiş olduğunu kabul etmektedir. TBK m.131/II hükmü şu şekildedir: “İşlemiş faizin ve ceza koşulunun ifasını isteme hakkı sözleşmeyle veya ifa anına kadar yapılacak bir bildirimle saklı tutulmuş ise ya da durum ve koşullardan saklı tutulduğu anlaşılmaktaysa, bu faizler ve ceza koşulu istenebilir.”

²¹ TBK m.179/III hükmü şu şekildedir: “Borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklıdır.”

²² Fikret Eren, **a.g.e.**, 1210.

ve üçüncü bir ceza koşulu türü olarak belirtilmesi²³, TBK m.179/III’te belirtilen kavramın gerek bu çalışmada gerekse ceza koşulunun indirilmesi kapsamında belirtilen hususlara tâbi olması sonucunu doğuracağından, bu nitelendirme önem arz etmektedir. Nitekim doktrinde baskın görüş, TBK m.179/III hükmünde belirtilen hususun bir ceza koşulu türü olmadığı, maddede saklı tutulan haktan yola çıkarak ortaya çıkarılan kavramın “dönme cezası” olduğu, bunun bir ceza koşulu türü olmadığı ve cayma tazminatı (TBK m.178) hükümlerine tâbi olduğudur²⁴. Bu husustaki ayrıntılar “ceza koşulunun benzer kavramlardan ayırt edilmesi” başlığı altında incelenecek olup, burada belirtilmesi gereken, ceza koşuluna dair TTK m.22 ve dolaylı olarak TBK m.182/III kapsamındaki çalışmamız kapsamında belirtilen hususların, ceza koşulunun yukarıdaki 2 türü için geçerli olacağı ve sair kavramların TTK m.22’deki tenkis yasağına tâbi olmayacağıdır.

b. Ceza Koşulunun Benzer Kavramlardan Ayırt Edilmesi ve TTK m.22 ile İlişkisi

Çalışmamız kapsamında tacirin ceza koşulunun indirilmesini talep edemeyeceğine dair TTK m.22 hükmü incelenirken ceza koşulunun kapsamı ve ceza koşulu kapsamında kalıp kalmadığından bağımsız olarak hangi kavramların TBK m. 182/II kapsamında kaldığı önem arz etmektedir. Çünkü TTK m.22, TTK m.182/II kapsamında ceza koşulunun indirilmesini tacirler bakımından yasaklamıştır. O halde, ceza koşuluna benzetildiği halde ceza koşulu türü olmayan kavramlar veya ceza koşulu türü olmasa da bu kavramların TBK m.182/II kapsamında indirim tabi tutulup tutulamayacağı sonucunda ortaya çıkacak hususlar, aynı zamanda TTK m.22’nin kapsamını da belirlemektedir.

ba. Dönme Cezası

Türk hukukunda kural olarak sözleşme ilişkisi tek taraflı olarak sonlandırılmaz. Ancak tarafların istekleri ve kanunla düzenlenen durumlar bunun

²³ Fikret Eren, **a.g.e.**, s.1208.

²⁴ Pierre Tercier/Pascal Pichonnaz/H. Murat Develioğlu, **a.g.e.**, s.429-430; Köksal Kocaağa, **a.g.e.**, s.201; Kemal Tunçomağ, **a.g.e.**, s.31; Yasemin Kabaklıoğlu Arslanyürek, s.38.

istisnasıdır. Sözleşmenin tarafları, her iki tarafa ya da taraflardan sadece birine, bir bedel karşılığında sözleşmeyi sözleşmeden dönme ya da fesih yoluyla sonlandırma hakkı tanırsa, taraflarca kararlaştırılan bu bedele dönme cezası denilmektedir. Nitekim TBK m.179/III hükmünde borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklı tutulmuştur.

Dönme cezasının, ceza koşulu başlığı altında TBK m.179/III'te düzenlenmiş olması, dönme cezasının bir ceza koşulu türü olup olmadığı tartışmalarını beraberinde getirmiştir. Doktrindeki baskın görüşe²⁵ göre, ceza koşulunun temel amacı ve işlevi borçluyu borcunu ödemeye yönlendirmek ve alacaklının durumunu sağlamlaştırmak iken, dönme cezası sözleşmeyi sona erdirebilme suretiyle borçluya durumunu kolaylaştırma imkanı sağlar. Bu sebeple, dönme cezasında borcun alacaklı lehine ifasını garanti etme amacı ve işlevi bulunmamaktadır. Kanımızca da, ceza koşulunun olmazsa olmaz (*sine qua non*) özelliğini barındırmayan, hatta tersine işlev gören dönme cezası, ceza koşulunun bir türü olarak görülemez.

Dönme cezası bir ceza koşulu türü olmasa da, ceza koşuluna ilişkin hükümlerin dönme cezasına kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, ceza koşulunda olduğu gibi aşırı dönme cezasının da indirilmesi mümkündür²⁶. Yargıtay ise dönme cezasını, ceza koşulunun bir türü olarak kabul etmekte²⁷ ve TBK

²⁵ Fikret Eren, **a.g.e.**, s.1210; Kemal Tunçomağ, **a.g.e.**, s.864; Pierre Tercier/Pascal Pichonnaz/H. Murat Develioğlu, **a.g.e.**, s.429-430; Yasemin Kabaklıoğlu Arslanyürek, **a.g.e.**, s.39; Köksal Kocağa, **a.g.e.**, s.202.

²⁶ SEROZAN'a göre, borcunu ifa etmediği durumda bir miktar ceza koşulu ödeyeceğini taahhüt eden borçlunun borcunu ifa etmekten vazgeçmesi durumunda bir miktar dönme cezası ödeyeceğini taahhüt eden borçludan daha fazla korunmasının bir dayanağı olamaz. Bu sebeple yazara göre TBK m.182/III hükmü dönme cezası açısından da uygulama bulmalıdır. Rona Serozan, **a.g.e.**, s.222; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altın, **a.g.e.**, s.353.

²⁷ Yargıtay 11. HD, E.2017/1496, K.2019 / 448, T. 17.01.2019: "...ilgili düzenleme uyarınca cezai şartı, kural olarak uygulama alanı itibariyle üç grupta toplamak mümkündür ve bunlar seçimlik ceza, ifaya ekli ceza ile dönme cezasıdır."; YHGK, E.2017/ 113, K. 2018 / 1994, T. 20.12.2018: "Hukukumuzda cezai şartın türleri seçimlik cezai şart, ifaya eklenen cezai şart ve ifa yerine cezai şart (dönme cezası) olarak düzenlenmiştir. ... İfa yerine cezai şart (dönme cezası); 6098 sayılı TBK'nın 179/3. (818 sayılı BK'nın 158/3.) maddesinde, "Borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklıdır" şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre borçlu, borcu ifa yerine bizzat cezai şartı ödemek suretiyle borçtan kurtulma olanağına sahiptir. Bir başka ifadeyle, burada borçlu borca aykırı davranmamakta, borcu ifa yerine cezai şartı ödeyerek sözleşmeden dönebilmektedir. Bu nedenle, cezai şart ifanın yerini almaktadır."; Yargıtay 19. HD, E.2013/ 10096, K.2014 / 8175, T.30.04.2014 (Sinerji İçtihat Bankası, Erişim Tarihi:02.10.2018).

m.182/III hükmüne tâbi olduğunu içtihat etmektedir²⁸. Bu sebeple, dönme cezasının TBK m.182/III kapsamında hakim tarafından indirilmesi de mümkün değildir. Lâkin doktrinde bizim de katıldığımız baskın görüşe göre, ceza koşulunun olmazsa olmaz (*sine qua non*) özelliğini barındırmayan, hatta tersine işlev gören dönme cezası ile ceza koşulu arasındaki amaç ve işlev farkı dolayısıyla, ceza koşuluna ilişkin hükümlerin dönme cezasına kıyasen uygulanmasının dahi mümkün olmadığı kabul edilmektedir²⁹. Bu sebeple, kanımızca, dönme cezasının indirilmesinin tacir tarafından talep edilememesinin sebebi TTK m.22 hükmü değil, dönme cezasının genel olarak TBK m.182/III hükmüne tâbi olmamasıdır. Yargıtay'ın uygulaması ve doktrindeki azınlık görüş kapsamında, dönme cezasının TBK m.182/III kapsamında indirilmesi mümkün olacak, lâkin bu sefer TTK m.22 sebebiyle tacir yine de dönme cezasının indirilmesini talep edemeyecektir.

bb. Cayma Parası

TBK m.178'de taraflar cayma parası kararlaştırılmışsa, taraflardan her biri sözleşmeden caymaya yetkili sayılır; bu durumda parayı vermiş olan cayarsa verdiğini bırakır; almış olan cayarsa aldığı iki katını geri verir. Sözleşme kurulurken taraflardan biri diğer tarafa bir miktar para verir ve bu paranın kendisinde kalması şartıyla dilediği zaman sözleşmeden dönme yetkisine sahip olduğu konusunda kendisiyle anlaşır. Lâkin parayı alan taraf sözleşmeden dönerse, aldığı cayma parasının iki katını diğer tarafa ödemeyi borçlanır.

Doktrinde “pişmanlık akçesi” veya “dönme tazminatı” olarak da adlandırılan cayma parası ile ceza koşulu işlev bakımından benzetmekle birlikte, ikisi arasında önemli farklar bulunmaktadır. Uygulamada iki kavramın karıştırılmasının sebebi, kanun sistematüğinde dönme cezasının TBK m.179'da ceza koşulu başlığı altında üçüncü fıkrada düzenlenmiş olmasıdır. Cayma parasında da dönme tazminatında da bir miktar paranın ödenmesi söz konusu olduğu da düşünülerek ilk bakışta (*prima facie*) dönme tazminatıyla cayma parasının aynı olduğu düşünülebilir ve bu durum,

²⁸ YHGK, E.1977/9-101, K.1978/800, T.06.10.1978 (Köksal Kocaağa, **a.g.e.**, s.202, dn.181).

²⁹ Yasemin Kabaklıoğlu Arslanyürek, **a.g.e.**, s.40.

cayma parasının da ceza koşulunun bir türü olduğu kanısına götürebilir. Halbuki, öncelikle şunu ifade etmek gerekir ki, yukarıda da belirtildiği üzere dönme tazminatı ceza koşulunun bir türü değildir.

Diğer yandan, cayma parası ceza koşulunun vazgeçilmez iki niteliğini de karşılamamaktadır. Öncelikle, ceza koşulunun olmazsa olmaz (*sine qua non*) niteliği borçluyu borcunu ifaya yönlendirmektir. Cayma parası verilen bir sözleşmede ifaya yönlendirme amacını bir kenara bırakalım, cayma parasını alan da veren de keyfi bir şekilde sözleşmeden cayma yetkisi kazanmaktadır³⁰. Ceza koşulunun diğer niteliği, borçlunun borcunu ifa etmemesi durumunda alacaklıya zarara uğradığını ispat etmesine gerek kalmaksızın genel olarak muhtemel zararı karşılayacak ölçüde kararlaştırılan ceza koşulunu tahsil ederek zararını karşılaması imkanı vermesidir. Halbuki uygulamada genellikle cayma parası borcun ifasından beklenen menfaatin çok altında bir miktar olarak belirlenmektedir³¹.

Cayma parası bir tür ceza koşulu olmasa da, ceza koşulu hükümlerinin cayma parasında uygulanıp uygulanamayacağı konusunda yukarıda dönme tazminatı bakımından ortaya atılan görüşler burada da geçerli olacaktır. Kanunda açık hüküm olmadığı için, ceza koşuluna uygulanan hükümleri cayma parasına uygulanıp uygulanamayacağı hususu tartışmalıdır. Yargıtay'a göre cayma parası ile ceza koşulu birbirinden tamamen ayrı niteliktedir ve bu kurumların birbirine benzemesi cayma parasının ceza koşulu hükümlerine tâbi olmasına ve TBK m.182/III hükmü kapsamında indirilmesine gerekçe teşkil edemez³². Doktrinde bir görüşe göre, ceza koşuluna uygulanan hükümlerin cayma parasına uygulanıp uygulanmayacağı tartışmasından bağımsız olarak, aşırı olduğu iddia edilen cayma parasının indirilmesi talep edilebilir³³. Lâkin doktrindeki hâkim görüşe göre, cayma parası ile ceza koşulu birbirinden tamamen ayrı nitelikte kurumlar olup, bu kurumların niteliği, işlevi ve

³⁰ Köksal Kocağa, **a.g.e.**, s.198.

³¹ Köksal Kocağa, **a.g.e.**, s.200.

³² YHGK, 24.01.1970, E.1966/ 4-1348, K. 1970 / 50, T. 24.01.1970 (Sinerji İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 15.05.2019).

³³ S. Sulhi Tekinay vd., **a.g.e.**, s.341; Rona Serozan, **a.g.e.**, s.222 vd.

amacındaki derin fark nedeniyle ceza koşuluna ilişkin hükümlerin cayma parasına uygulanması hiçbir şekilde mümkün değildir, bu kurumların salt birbirine benzemeleri cayma parasının ceza koşulu hükümlerine tâbi olmasını ya da cayma parasının sadece TBK m.182/III indirimine tâbi olmasını haklı çıkaracak bir sebep de olamaz³⁴.

bc. Götürü Tazminat

Götürü tazminat, TBK’da düzenlenmiş bir kurum olmayıp, uygulamada gelişen bir sözleşme türüdür. Sözleşmenin bir tarafı ya da taraflarının borcunu gerektiği gibi yerine getirmemesi durumunda diğer tarafın uğrayacağı muhtemel zararın önceden belirlendiği sözleşme doktrinde götürü tazminat sözleşmesi olarak adlandırılmakta, belirlenen miktara ise götürü tazminat adı verilmektedir³⁵.

Götürü tazminatın işlevi, zararın önceden kararlaştırılması suretiyle zarara uğrayan tarafın zararını ispatlama faaliyetinden kurtulmasını sağlamak ve götürü tazminat sözleşmesini sunarak ispat kolaylığı sağlamaktır. Hemen belirtmek gerekir ki, buradan götürü tazminatın talep edilmesinin zarara bağlı olmadığı sonucu çıkarılmamalıdır. Götürü tazminatın talep edilebilmesi zararın varlığına bağlıdır. İşte bu noktada götürü tazminat, ceza koşulundan nitelik olarak ayrılmaktadır. Çünkü ceza koşulunda alacaklının zararını talep edebilmesi için zararın mevcut olması şart değildir. Alacaklı hiçbir zarara uğramasa da salt borcun ihlaline dayanarak ceza koşulunu talep edebilecektir. Ayrıca götürü tazminat anlaşması borçluyu borcunu ifaya sevk etme işlevini haiz değildir. Tam tersine götürü tazminat borçlu açısından, sözleşmenin kendisi için arz ettiği riskleri önceden kestirme imkanı sağlar. Buradan hareketle, ceza koşulu yalnızca alacaklıya fayda sağlarken, götürü tazminat anlaşması hem alacaklı hem borçlu için lehe durumlar getirmektedir³⁶.

Açıklanan sebeplerle götürü tazminat anlaşmaları, ceza koşulunun bir türü olmayıp, ceza koşulunun hükümlerine tâbi değildir.

³⁴ M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, **a.g.e.**, C.II, s.553; Fikret Eren, **a.g.e.**, s.1193; Hilal Gülseven, **a.g.e.**, s.48.

³⁵ Yasemin Kabaklıoğlu Arslanyürek, **a.g.e.**, s.40; Köksal Kocaağa, **a.g.e.**, s.176.

³⁶ Yasemin Kabaklıoğlu Arslanyürek, **a.g.e.**, s.40; Köksal Kocaağa, **a.g.e.**, s.185.

B. Hükümün Uygulanma Şartları

1. Borçlunun Tacir Sifatını Haiz Olması

Tacirin aşırı ceza koşulunun indirilmesini isteyememesine ilişkin TTK m.22 hükmünün geçerli olması için, maddenin lafzından hareketle kural olarak ceza koşulu borçlusunun tacir sıfatını haiz olması gerekmektedir.

Tacir sıfatını haiz kişilerin yanında, tacir sayılanların durumu da önem arz etmektedir. TTK m.12/II uyarınca “*Bir ticari işletmeyi kurup açtığını, sirküler, gazete, radyo, televizyon ve diğer ilan araçlarıyla halka bildirmiş veya işletmesini ticaret siciline tescil ettirerek durumu ilan etmiş olan kimse, fiilen işletmeye başlamamış olsa bile tacir sayılır.*” TTK m.12/II’nin işlevi konusunda iki görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre, bu hüküm ticari işletmenin işletilmesinden önce hazırlık aşamasında yapılan ve ticari işletmenin işletilmesini kolaylaştıracak işlemlere de ticari işletmenin işletilmesi kapsamına alınması niteliğindedir. Bu görüşe göre ortada bir ticari işletme vardır, TTK m.12/II ticari işletmenin işletilmesi ve faaliyete geçmesi unsurunun ikamesidir³⁷. Karşı görüşe göre ortada bir ticari işletme yoktur, TTK m.12/II ticari işletmenin tescil ve ilan edilmesi yoluyla ticari işletmenin var olması şartını ikame etmektedir³⁸. Kanımızca karşı görüşün kabul edilmesi mümkün bulunmamaktadır. Çünkü TTK m.12/II’de ifade edilen durumda ortada bir ticari işletme vardır, lâkin bu ticari işletme müşterilere ticari faaliyetlerini henüz sunmamış ve ticari işlemlerine başlamamıştır. Ticari işletme mevcut değil iken, ticari işletme varmış gibi hareket etmek TTK m.12/III kapsamında düzenlenmiş bir durumdur., TTK m.12/II’nin konusu değildir. TTK m.12/II, faaliyet unsuru eksik olan ticari işletmenin bu unsurunu ikame etmek suretiyle ticari işletmeyi kuran şahsı da tacir saymak suretiyle tacir olmanın hükümlerine tâbi kılmıştır. “*Tacir sayılmak*” ile “*tacir olmak*” arasında lafzi olarak fark olsa da, tacir sayılan şahısların tâbi olduğu hükümler kapsamında tacirlerden bir

³⁷ Ernst Hirsch, **Ticaret Hukuku Dersleri**, 3. Bası, İstanbul, 1948, s.121; Sabih Arkan, **a.g.e.**, s.125; Ülgen/Helvacı/ Kendigelen/Kaya/ Nomer Ertan, **a.g.e.**, s.259.

³⁸ Oğuz İmregün, **Kara Ticareti Hukuku Dersleri**, 12. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2001, s.32; Hayrettin Domaniç, **Ticaret Hukukunun Genel Esasları**, 4. Bası, İstanbul, 1988, s.157.

farkı olmayıp, bunlar tacir olmanın nimetlerinden faydalanıp tacir olmanın külfetlerine de katlanırlar³⁹. TTK m.18-23 arasında düzenlenen “*tacir olmanın hükümleri*” ve diğer kanunlarda tacir olmaya bağlanan hüküm ve sonuçlar⁴⁰, tacir sayılanlar için de geçerli olup, tıpkı tacirler gibi tacir sayılanlar da ücret ve ceza koşulunun indirilmesini talep edemezler⁴¹. Bu sebeple tacir sıfatını haiz olanların yanında ayrıca, TTK m.12/II kapsamında “*tacir sayılan*” şahıslar da ücret ve ceza koşulunun indirilmesini talep edemeyecektir.

TTK m.12/III kapsamında “*tacir gibi sorumlu olan*” şahıslara dair kullanılan ifade sadece sorumluluğa ilişkin olup, tacir olmanın nimetlerinden faydalanmalarına dair bir düzenleme mevcut değildir. Anılan madde hükmü uyarınca “*Bir ticari 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 işlemlerde bulunan kimse, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olur.*” Kanun, doktrinde “hukuki görünüş nazariyesi”⁴² olarak adlandırılan ve dürüstlük kuralına dayanan faraziye kapsamında ortada herhangi bir ticari işletme mevcut olmasa da, oluşturulan dış görünüme sonuç bağlamış ve kanunda sayılan bu şahısların iyiniyetli üçüncü kişilere karşı sadece tacir gibi sorumlu olduklarını düzenlemiştir. Bu sebeple, tacir gibi sorumlu olan şahıslar tacir olmanın sorumluluklarına tâbidirler⁴³. Buradan hareketle,

³⁹ Reha Poroy/Hamdi Yasaman: **Ticari İşletme Hukuku**, 14. Bası, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2012., s.127 vd.. Yazar, kanunda “tacir sayılır” terimi kullanılmış olsa da, tacir olmaktan tüm hüküm ve sonuçlara tabi olduktan sonra “tacir olmak” ile “tacir sayılmak” arasında fark gözetmenin faydasının olmadığını belirtmektedir. Yazara göre tacir ile tacir sayılan kişi arasında hiçbir fark bulunmamaktadır; aynı yönde, Ernst Hirsch, **a.g.e.**, s.121; Muhammet Emin Bingöl, **a.g.e.**, s.30.

⁴⁰ 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun “iflas yolu ile takip” başlıklı 43. maddesi “*İflas yolu ile takip, ancak Ticaret Kanunu gereğince tacir sayılan veya tacirler hakkındaki hükümlere tabi bulunanlar ile özel kanunlarına göre tacir olmadıkları halde iflasa tabi bulundukları bildirilen hakiki veya hükmi şahıslar hakkında yapılır. Şu kadar ki, alacaklı bu kimseler hakkında haciz yolu ile de takipte bulunabilir.*” hükmünü haiz olup, tacir sayılanları da açıkça iflas yolu ile takibe tabi kılmıştır. Bu durum, “tacir olmak” ile “tacir sayılmak” arasında yasa koyucu tarafından hiçbir fark gözetilmediğinin ayrı bir göstergesidir.

⁴¹ Muhammet Emin Bingöl, **a.g.e.**, s.104.

⁴² Hüseyin Ülgen, **Türk Ticaret Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi (Ticari İşletme Bakımından Uygulama)**, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2005, s.73 vd.; Özlem Karaman Coşgun, “**6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Teşebbüs Kavramı ve Tacir Sayılmasının Sonuçları**”, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, S.1, C.21, s.130; Halit Aker, “**Türk Ticaret Kanunu Madde 14 Hakkında Bazı Düşünceler ve Yeni Bir Tacir Türü: Hâkim Teşebbüs**” BATİDER, S.2, C.15., S.2, Y.2009, s.274 vd.; Fatma Betül Çakır Çelebi, “**Şirketler Topluluğunda Hâkim Teşebbüs**”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, Y.2018, C.4, S.1, s.22.

⁴³ Reha Poroy/Hamdi Yasaman, **a.g.e.**, s.137; Sabih Arkan, **a.g.e.**, s.154; Ülgen/ Helvacı / Kendigelen / Kaya / Nomer Ertan, **a.g.e.**, s.261;

TTK m.12/III kapsamında tacir gibi sorumlu olanlar da ücret ve ceza koşulunun indirilmesini talep edemezler.

Belirtmek gerekir ki, sermaye şirket ortakları tacir sıfatını haiz olmadığından ceza koşulu ve ücretin indirilmesini talep edebilirler⁴⁴.

Kooperatifler ise, TTK m.124/I hükmünde⁴⁵ açıkça ticaret şirketlerinden biri olarak sayılmış ve Kooperatifler Kanunu'nun 21.04.2004 tarih 5146 sayılı Kanunla değişik 1. maddesi⁴⁶ kapsamında "ortaklık" olarak nitelendirilmiştir. İş bölümü gereği genel olarak kooperatifler hukukundan kaynaklanan davalar sonucu verilen hüküm ve kararlara bakan Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, müstekar içtihadında kooperatiflerin ticaret şirketi olmaması sebebiyle tacir olmadıklarını⁴⁷ ve kooperatiflerin taahhüt ettikleri aşırı ceza koşulunun TBK m.182/III kapsamında indirilebileceğini⁴⁸ kabul

⁴⁴ Yargıtay 11. HD, E.2015/11066, K.2016/4996, T.03.05.2016: "*Dava, limited şirket hisse devir sözleşmesinin ihlalden kaynaklanan cezai şartın tahsili istemine ilişkin olup, mahkemece davalı tacir olsa da ticari açıdan onun mahvına yol açacak cezai şartın indirilebileceği, somut olayda cezai şartın davalının ekonomik mahvına yol açmayacağı gerekçesiyle, 500.000 TL cezai şartın tahsiline karar verilmiştir. ... kural olarak davalının şirket ortağı olması sırf bu nedenle tacir sayılması sonucunu doğurmaz. Bir başka deyişle davalının şirket ortağı olması ona tacir sıfatını kazandırmaz. Bu itibarla, mahkemece davalı şirket ortağının tacir sıfatında olmadığı, hakkında 6762 Sayılı TTK'nın 24. maddesinin tatbik edilemeyeceği nazara alınarak, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 161. maddesi uyarınca cezai şart talebi değerlendirilerek, neticesine göre bir karar vermek gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.*" (Sinerji İçtihat Bankası, Erişim Tarihi:05.10.2018)

⁴⁵ TTK m.124/1 hükmü şu şekildedir: "(1)Ticaret şirketleri; kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerden ibarettir."

⁴⁶ 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 21.04.2004 tarih ve 5146 sayılı Kanunla değişik 1. maddesi şu şekildedir: "*Tüzel kişiliği haiz olmak üzere ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek veya geçimlerine ait ihtiyaçlarını işgücü ve parasal katkılarıyla karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak amacıyla gerçek ve tüzel kişiler tarafından kurulan değişir ortaklı ve değişir sermayeli ortaklıklara kooperatif denir.*"

⁴⁷ Yargıtay 23. HD, E.2016/5646, K.2019/2469, T.29.05.2019: "*Kooperatifler Kanunu'nun 1. maddesi gereğince kooperatif, ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek veya geçimlerine ait ihtiyaçlarını işgücü ve parasal katkılarıyla karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak amacıyla gerçek ve tüzel kişiler tarafından kurulan değişir ortaklı ve değişir sermayeli ortaklıklar olup, tacir sıfatına haiz değildir.*"; Yargıtay 23. HD, E.2016/ 473, K.2018 / 4675, T.11.10.2018: "...davacı ... kooperatifinin de tacir niteliği taşımadığı..."; Yargıtay 23. HD, E.2016/ 2714, K.2018 / 5511, T. 27.11.2018: "...Kooperatif tacir değildir..." (Sinerji İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 05.10.2018).

⁴⁸ Yargıtay 23. HD, E.2015/9991, K.2018/3769, T.27.06.2018: "*Somut olayda dosya kapsamı itibarıyla arsa sahipleri ve davalı kooperatifin tacir olmadığı, bu nedenle dava konusu cezai şart isteminin dayanağını oluşturan taraflar arasındaki inşaat sözleşmesinin maddesindeki miktarın çok aşırı olup, tarafın mahvına sebep olabileceği gözetilerek mahkemece 6098 sayılı TBK'nın 182/.... maddesi uyarınca aşırı olan cezai şart miktarında hakkaniyete uygun tenzilat yapılması gerektiği halde belirtilen hususlar gözetilerek, sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın fahiş olup olmadığı ve indirilmesi gerekir*

etmektedir. Yargıtay'da iş bölümü kapsamında eser sözleşmelerine bakan Yargıtay 15. Hukuk Dairesi⁴⁹, taraflardan birinin kooperatif olduğu eser sözleşmesinden doğan davalarda kooperatifin ticaret şirketi olmadığı yönünde hüküm tesis etmektedir⁵⁰. Özel Daire, bu içtihadından yola çıkarak eser sözleşmeleri kapsamında kooperatifin ceza koşulunun tenkisini talep edebileceğini kabul etmiştir⁵¹. Her ne kadar Özel Dairelerin

gerekeceği tartışılmadan, cezai şart alacağının hüküm altına alınması doğru olmamış hükmün bu nedenle bozulmasını gerektirmiştir.” (Sinerji İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 05.10.2018).

⁴⁹ Yargıtay Büyük Genel Kurulu, Sayı.2012/1, T. 09/02/2012: “İşin niteliği ve tarafların sıfatına bakılmaksızın bütün istisna (eser) sözleşmelerinden kaynaklanan davalar sonucu verilen (BK.nun 355-376. maddelerine göre) hüküm ve kararlar (23. H.D.nce bakılacak olan arsa payı ya da kat karşılığı inşaat sözleşmelerinden kaynaklanan davalar ile 3. H.D.nce bakılacak olan "Diş tedavi, protez v.s, estetik amaçlı ameliyatlara, araç tamiri ile fotoğraf ve video çekiminden kaynaklanan davalar hariç olmak üzere)” (18 Şubat 2012 tarihli, 28208 sayılı Resmî Gazete).

⁵⁰ Yargıtay 15. HD, E.2014/3693 K.2014/4334, T.23.06.2014: “1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 1. maddesinde, kooperatifler "Tüzel kişiliği haiz olmak üzere ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek veya geçimlerine ait ihtiyaçlarını iş gücü ve parasal katkılarıyla karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak amacıyla gerçek ve tüzel kişiler tarafından kurulan değişir ortaklı ve değişir sermayeli ortaklıklar" olarak tarif edilmiştir. Maddede, kooperatifin ortaklık (şirket) olduğu belirtilmiş ise de, bu ortaklığın "ticari nitelikte bir ortaklık" olduğu yönünde bir açıklama ve belirleme yapılmamıştır. Kooperatifler Kanunu'nun 1. maddesinde gösterilen bu tanımdan açıkça anlaşılacağı üzere kooperatiflerde amaç, diğer ticaret şirketlerinden farklı olarak kazanç elde etmek ve bunu ortakları arasında paylaşmak olmayıp, ortakların ekonomik menfaatlerini, özellikle meslek veya geçimlerine ait ihtiyaçlarını iş gücü ve parasal katkılarıyla karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak ve gidermektir. Kooperatifler, kar - zarar amacından ziyade sosyal yönü ağır basan ortaklıklardır. Bu tanım ve amaç 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 171. maddesinde "Devlet, milli ekonominin yararlarını dikkate alarak, öncelikle üretimin artırılmasını ve tüketicinin korunmasını amaçlayan kooperatifçiliğin gelişmesini sağlayacak tedbirleri alır." şeklinde anlamını bulmuştur. Bu tanım ve düzenlemelere göre, yapı kooperatiflerini tacir kabul edip, tacir sıfatının sonuçlarıyla sorumlu tutmak mümkün değildir. Aksi bir kabul, kooperatiflerin ticari kazanç elde etme amacına yönelik hareket etmeleri sonucunu doğurur ki, bu durumun Anayasada dahi kendisine yer verilen kooperatifçiliğin amacına uygun düşmeyeceği açıktır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 124/1 maddesinde "Kooperatifler" ticaret şirketleri arasında sayılmış ise de, aynı maddenin 2. bendinde kooperatifler "Şahıs şirketleri" ve "Sermaye şirketleri" arasında gösterilmemiştir. TTK'nın 124. maddesinin 1 ve 2. bentleri ile 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 1. maddesi birlikte değerlendirildiğinde yapı kooperatiflerinin "ticaret şirketi" olmadığı, sosyal niteliği ağır basan kendine özgü bir ortaklık olduğu anlaşılmaktadır. Kaldı ki, bu düzenlemelere benzer hükümler, 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu'nda dâbulunmasına rağmen (md 18,136), Yargıtay'ın istikrar kazanan uygulamasında, yapı kooperatifleri tacir olarak kabul edilmemiştir. Esasen, yıllardır süregelen Yargıtay uygulamasını (Dairemizin 09.06.2008 tarih ve 2007/2726 esas, 2008/3798 karar ile yine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 07.02.1996 tarih ve 1995/956 esas, 1996/45 karar sayılı kararları) ortadan kaldıracak bir yenilik de bulunmamaktadır. Yukarıda açıklandığı üzere, davalı yapı kooperatifi olup tacir niteliği taşımadığından...”; aynı yönde karar için bkz. Yargıtay 15 HD, E.2014/3400, K.2014 / 3937, T.: 09.06.2014 (Sinerji İçtihat Bankası, Erişim Tarihi 09.09.2018).

⁵¹ Yargıtay 15. HD, E.2019/1960, K.2019/3281, T.09.07.2019: “Davalı yüklenici kooperatif tacir olmayıp mahkemenin kabul ettiği gibi aşırı cezai şartın tenkisi mümkün ise de kararlaştırılan aylık 200 Alman Markı cezai şart sözleşme konusu işin niteliği, yapılıp davacı arsa sahibine teslim edilecek inşaatın villa olup bunun değeri, cezai şartın konuluş amacı, tarafların iktisadi durumları dikkate alındığında fahiş olmadığı gibi teslimi gereken tarihin ötelenerek tenkis yapılması doğru olmamıştır.” (Sinerji İçtihat Bankası, Erişim Tarihi 09.09.2019); Yargıtay 15. HD, E.2007/4890, K.2007/8088, T.13.12.2007: “...BK'nın 161/son maddesi uyarınca hakim, fahiş gördüğü cezayı tenkis ile yükümlüdür. Davalı Kooperatif tacir sayılmadığından, kooperatif yönünden ceza miktarı fahiş görülürse indirilir.” (Karataş, a.g.e., s.385).

görüşü bu yönde de olsa, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E.2017/19-1658, K. 2017/1464 sayılı 29.11.2017 tarihli kararında, 6762 sayılı eTTK'nın 136. maddesinde yer alan yer alan "kooperatif şirket" ibaresi ile ilgili tartışmanın 21.04.2004 tarih 5146 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle sona erdirildiğini, bu değişiklikle Kooperatifler Kanunu'nun 1. maddesinde kooperatifin şirket olduğunun açıkça belirtildiğini, akabinde 6102 sayılı TTK'nın m.16/I hükmünde bütün ticari şirketlerin tacir olarak sayıldığını, "Ticari Şirketler"i düzenleyen kısımdaki m.124/I hükmünde kooperatiflerin ticari şirket olduğunun açıkça düzenlendiğini, bütün bu yasa hükümlerinin karşısında kooperatifin tacir sayılmayacağı yönündeki yorumun kanuna aykırı (*contra legem*) bir yorum faaliyeti olduğunu gerekçe göstererek kooperatiflerin ticaret şirketlerinden olduğu ve tacir olduklarına karar verilmiştir⁵². Nitekim doktrinde de baskın görüş⁵³, kooperatiflerin tacir oldukları yönündedir. Buradan hareketle, kanımızca da, yukarıda anılan yasa maddelerinde aksi bir yoruma mahal vermeyecek kadar açık bir şekilde kooperatiflerin ticaret şirketlerinden olduğu düzenlenmiştir. Bu sebeple bunların tacir oldukları açık olup, Yargıtay 15. ve 23. Hukuk Dairelerinin istikrar kazanan kararları kanuna açıkça aykırı (*contra legem*) yorumdur ve "*contra legem* yorum yasağı" gereğince Yargıtay 15. ve 23. Hukuk Dairelerinin bu yorumu kabul edilemez. Buradan hareketle kooperatiflerin TTK m.22 kapsamında ceza koşulunun indirilmesini talep edemeyeceği kanaatindeyiz.

Ceza koşulunun indirilmesine dair genel hüküm olan TBK m.182/III hükmüne göre, "*Hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir.*" Bu düzenleme uyarınca hakim, sözleşmeyle belirlenen ceza koşulunun aşırı olup olmadığını, sözleşmenin mahiyetine uygun düşüp düşmediğini re'sen denetlemek zorundadır. Ceza koşulu borçlusu da ceza koşulunun fahiş olduğu gerekçesiyle indirilmesini mahkemeden talep edebilir. Bu sebeple prensip olarak, fahiş olan ceza koşulu talep

⁵² Nitekim 865 sayılı Ticaret Kanunu döneminde yargı kararlarının ortaya çıkması nedeniyle içtihatların birleştirilmesi yoluna gidilmiş ve 07.11.1945 gün ve 1944/8 E., 1945/14 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu Kararında ortaklarının sıfatı ve işlemlerinin niteliğine bakılmaksızın kooperatiflerin tamamının ticaret şirketi kabul edilmiştir: "*Ticaret Kanunu'nda, mutlak surette tacir addolunacağı ve ticaret şirketleri nevinden olduğu tasrih olunan ve ticaret şirketlerinin bütün mümeyyiz vasıflarını haiz bulunan kooperatif şirketlerini, muameleleri bakımından medeni veya ticari diye ayırt etmeye kanun hükümleri müsait olmadığından, bu şirketleri, ortaklarının sıfatı ve muamelelerinin vasfı ne olursa olsun sadece ortaklığın hukuki şekline göre ticari şirketlerden madut olduğuna ve şirket azası arasında çıkan davanın Ticaret mahkemelerinde görülmesi gerekli bulunduğuna...*"

⁵³ Sabih Arkan, *a.g.e.*, s.123; Kırca, *a.g.e.*, s.5-25

üzerine veya re'sen indirilebilecektir. Lâkin, borçlunun tacir sıfatını haiz olup olmadığı üzerine bir uyuşmazlık çıkması durumunda, karineyi çürütmek ve bu sıfatın varlığını ispat etmek zorunda olan alacaklıdır. Alacaklı, borçlunun tacir olduğunu ispat etmek suretiyle, TBK m.182/III genel hükmünün istisnası olan TTK m.22'nin uygulanması gerektiği yönündeki iddiasını ispatlayarak karineyi çürütmüş olacaktır. Ancak borçlunun TTK m.15 hükmü uyarınca esnaf olduğunu iddia etmesi durumunda ispat yükü borçluya geçecektir⁵⁴.

Önemle belirtmek gerekir ki, bir hukuki işlemin taraflarından birinin tacir sıfatını haiz olması, diğerinin tacir olmaması durumunda ceza koşulunun ve ücretin indirilmesini isteme yasağı sadece tacir bakımından geçerlidir. TTK m.19/II⁵⁵ kapsamında ticari iş karinesi gereğince yapılan işlem, tacir olmayan taraf bakımından da ticari iş sayılsa bile, tacir olmayan borçlu ceza koşulunun ya da ücretin indirilmesini talep edebilir⁵⁶. Bu sebeple, ticari iş ya da ticari iş karinesi, ceza koşulunun ya da ücretin indirilmesini talep edebilmenin şartlarından ya da kriterlerinden biri değildir; esas olan tacir sıfatını haiz olup olunmadığıdır. Bu hususta doktrinde baskın görüş bu şekilde olsa da, DOĞANAY'a göre alacaklının tacir olması sebebiyle borçlu için de ticari iş sayılan hukuki işlemlerde tacir olmayan borçlu da indirim talep edemez⁵⁷.

Borçlunun tacir sıfatını haiz olup olmadığı araştırması yapılırken esas alınması gereken an, ceza koşulu ya da ücret borcunun muaccel olduğu ya da indirimin talep edildiği tarih değil, ceza koşulu ya da ücret borcunun taraflarca kararlaştırıldığı tarihtir (ex ante yaklaşım)⁵⁸. Tacir sıfatını haiz şahısların, ticari faaliyetlerini yürütürken tacir olmayanlara göre daha çok riziko altına girmelerinin daha doğru olduğu fikrinden hareketle koruyucu hükümlerden mahrum bırakılmaları gerektiği kabul edildiğinden,

⁵⁴ Köksal Kocaağa, **a.g.e.**, s.382;

⁵⁵ TTK m.19 şu şekildedir: “(1) Bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Ancak, gerçek kişi olan bir tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticari sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde borç adi sayılır. (2) Taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır.”

⁵⁶ M. Kemal Oğuzman/ M. Turgut Öz, **a.g.e.**, II, s.550; Hilal Gülseven, **a.g.e.**, s.71; Kemal Tunçomağ, **a.g.e.**, s.177; Köksal Kocaağa, **a.g.e.**, s.382; Sabih Arkan, **a.g.e.**, s.154.

⁵⁷ İsmail Doğanay, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.I, 4. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2004., **a.g.e.**, s.233.

⁵⁸ Köksal Kocaağa, **a.g.e.**, s.381; Kemal Tunçomağ, **a.g.e.**, s.176-177.

TTK m.18/II hükmünde düzenlenen basiretli tacir gibi davranma yükümlüğü gereğince tacirden beklenen, ceza koşulu ve ücret borcu altına girdiği sırada olası riskleri ve borcu ifa edip edemeyeceğini basiretli bir şekilde değerlendirmesidir. Nitekim mehzaz kanun BGB'nin Alman hukuku kapsamındaki yorumu da aynı yönde (*ex ante* yaklaşım) gelişmiş olup, aşırı ceza koşulunun indirilmesinin talep edilip edilemeyeceğine karar verilirken, borçlunun ceza koşulunu ödeme taahhüdünü verdiği andaki sıfatına bakılması gerektiği kabul edilmektedir⁵⁹.

Borçlunun ücret veya ceza koşulunu TBK m.196 vd. hükümleri kapsamında üstlenmiş olması durumunda, borcu üstlenen kişi ceza koşulu ya da ücretin indirilmesini talep edebilecek midir? Bu husus doktrinde tartışmalıdır. Baskın görüşe göre, tacir tarafından taahhüt edilen borcun daha sonradan tacir olmayan bir kişi tarafından üstlenilmesi halinde, borcu üstlenen şahıs tarafından aşırı ceza koşulu ya da ücretin indirilmesi talep edilebilir. Bu durumda tacir sıfatını haiz şahıs tarafından indirilmesi talep edilemeyen ceza koşulu veya ücret, tacir olmayan bir şahıs tarafından üstlenilerek indirilmesi talep edilebilir hale gelmektedir⁶⁰. Aksi görüşü savunanlara göre bu durum suistimal edilebilir nitelikte olup, kötüniyetli tacirin salt indirim talep edebilmek amacıyla ceza koşulu ya da ücret borcunun tacir olmayan bir şahıs tarafından üstlenilmesini sağlaması durumunda kanun hükmünün kötüniyetli olarak dolanılması tehlikesi söz konusu olacağından, tacir tarafından taahhüt edilen borcun daha sonradan tacir olmayan bir şahıs tarafından üstlenilmesi halinde, borcu üstlenen şahsın aşırı ceza koşulu ya da ücretin indirilmesi yönündeki talebi kabul edilmemelidir⁶¹. Lâkin TBK m.196 hükmünde⁶² borcun üçüncü bir şahıs tarafından üstlenilebilmesi için zaten alacaklının rızasının ya sözleşmeyle ya da öneri usulüyle aranması, lehine ücret ya da ceza koşulu kararlaştırılan şahsın rızasının olmaması durumunda geçerli bir borç üstlenilmesinden bahsedilememesi sebebiyle, ortada

⁵⁹ Sabih Arkan, **a.g.e.**, s.136, dn.5; Köksal Kocaağa, **a.g.e.**, s.381.

⁶⁰ Sabih Arkan, **a.g.e.**, s.154; Karahan, **a.g.e.**, s.104; Köksal Kocaağa, **a.g.e.**, s.382; BİRSEL, s.160.

⁶¹ Hilal Gülseven, **a.g.e.**, s.71.

⁶² TBK m.196 hükmü şu şekildedir: “(1) Borçlunun yerine yenisinin geçmesi ve borcundan kurtarılması, borcu üstlenen ile alacaklı arasında yapılacak sözleşmeyle olur. (2) İç üstlenme sözleşmesinin, üstlenen veya onun izni ile borçlu tarafından alacaklıya bildirilmesi, dış üstlenme sözleşmesinin yapılmasına ilişkin öneri anlamına gelir. Alacaklının kabulü açık veya örtülü olabilir. (3) Alacaklı, çekince ileri sürmeksizin üstlenenin ifasını kabul eder veya onun borçlu sıfatı ile yaptığı diğer herhangi bir işleme rıza gösterirse, borcun üstlenilmesini kabul etmiş sayılır.”

alacaklının rızası mevcut iken kanunun kötünîyetli bir şekilde dolanılabileceği öne sürülemez⁶³. Bu sebeple kanımızca da, tacir tarafından taahhüt edilen borcun daha sonradan tacir olmayan bir kişi tarafından üstlenilmesi halinde, borcu üstlenen şahıs tarafından aşırı ceza koşulu ya da ücretin indirilmesi talep edilebilir.

2. Borçlunun Ceza Koşuluna Bağlanan Borcunun Ticari İş Olması

Ceza koşulunun indirilmesini talep edememe açısından tek şart tacir sıfatını haiz olmak değildir, aynı zamanda ceza koşulunun borçlunun ticari işletmesiyle ilgili bir borca ilişkin olması da şart olarak aranmaktadır. TTK m.22 hükmünün lafzında açıkça “ticari faaliyetlerine ilişkin iş ve işlemler kapsamında” şeklinde ifade yer almasa da, TTK m.18/II’de tacirin “*ticaretine ait bütün faaliyetlerinde*” basiretli bir iş adamı gibi davranması gerektiği düzenlenmiştir. TTK m.22, TTK m.18/II’de düzenlenen basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğünün doğal bir sonucu olduğundan, tacir sıfatını haiz şahsın yalnız ticaretine ait faaliyetlerinde taahhüt ettiği ceza koşulunun indirilmesini talep edemeyeceği kabul edilmektedir. Buradan hareketle, tacirin ceza koşuluna bağlanmış borcun ticari işletmesiyle ilgili bir borç olmadığını ispat etmesi durumunda TTK m.22 uygulanmayacak ve tacir m.182/III uyarınca ceza koşulunun indirilmesini talep edebilir.

TTK m.18/II’de belirtilen “*tacirin ticaretine dair faaliyetleri*”, zaten TTK m.3’teki ticari iş tanımının⁶⁴ özetinden ibarettir. O halde, ceza koşulunun indirilememesi yasağı, yalnızca tacir sıfatını haiz olmaya değil, bir tacirin ticari borçlarına bağlanan bir hükümdür. Nitekim Yargıtay’ın 03.07.1940 tarihli içtihadı birleştirme kararında⁶⁵ “...*münhasıran ticari olmayan hadiselerle tatbik edilmesi icap eden Borçlar Kanunu’nun 161. maddesinin son fıkrasının ticari muamelelere teşmiline imkan bulunmadığına...*” şeklinde kararlar, TBK m.182/III hükmünü karşılayan eBK m.161/III hükmünün ticari işler kapsamında uygulanmasının mümkün olmadığı içtihat edilmiştir.

⁶³ Sabih Arkan, **a.g.e.**, s.154; Muhammet Emin Bingöl, **a.g.e.**, s.106-107.

⁶⁴ TTK m.3 şu şekildedir: “(1) *Bu Kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir.*”

⁶⁵ Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi:03.09.2018.

Ayrıca, TTK m.3 uyarınca ticari işletmeyle ilgili olmasa da TTK'da düzenlenen hususlar da ticari iştir. Bu sebeple, TTK'da düzenlenen işlemler kapsamında taahhüt edilen ceza koşulunun indirilmesi TTK m.22 gereğince tacir tarafından talep edilemez.

Hemen belirtmek gerekir ki, TTK m.19/I'de düzenlenen ticari iş karinesi de burada geçerlidir. Anılan maddenin zıt kavramından, gerçek kişi olan bir tacirin işlemi yaptığı sırada bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirmediği veya işin ticari sayılmasına durum elverişli olduğu takdirde borç ticari borç sayılır; bu halde ticari borca bağlanan ceza koşulunun indirilmesi talep edilemez.

Tüzel kişi tacirlerin adi borç sahaları bulunmayıp, tüm işleri ticaridir⁶⁶. Çünkü TTK m.19/I/c.2 kapsamında gerçek kişi tacir için istisnalar düzenlenmişken, tüzel kişi tacir için herhangi bir istisna belirtilmemiş olup, doktrinde de tüzel kişi tacirlerin adi borçlarının olamayacağı kabul edilmektedir. Buradan hareketle, bu başlık altında incelenen “ceza koşulunun borçlunun ticari işletmesiyle ilgili bir borca ilişkin olması” şartı sadece gerçek kişi tacirler için geçerli olup, tüzel kişi tacirlerin tüm borçları ticari olduğundan TTK m.22 hükmü tüzel kişiler için her durumda uygulanacaktır. Lâkin Yargıtay, tüzel kişi işveren ile işçi arasındaki ilişkinin ticari iş olmadığını, bu sebeple iş sözleşmeleri kapsamında tüzel kişi tacirin ceza koşulunun indirilmesini talep edebileceğini kabul etmektedir⁶⁷. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bu içtihadına, iş

⁶⁶ Reha Poroy/Hamdi Yasaman, **a.g.e.**, s.138-139; Sabih Arkan, **a.g.e.**, s.155; Ülgen/Helvaci/Kendigelen/Kaya/ Nomer Ertan, **a.g.e.**, s.273; Sami Karahan, **a.g.e.**, s.104.

⁶⁷ YHGK, E.1997/9-486, K.1997/822, T. 15.10.1997: “İlk olarak belirtelim ki, işveren ile işçi arasındaki ilişki TTK'nin 3. maddesinde anlamını bulan ticari iş niteliğinde olmayıp 1475 sayılı İş Yasası'ndan kaynaklanan ve İş Yasası hükümlerine bağlı ve bu çerçevede içinde kendine özgü bir hizmet aktidir. Dahası işçi, işveren ilişkileri gözetildiğinde kamu düzeni ile de ilgilidir. Esasen iş hukukunun temel ilkelerinden olan tarafların dengeli tutulması kuralı da bu kabulü doğrulamaktadır. O nedenle işe almama karşılığı bir yaptırım olarak kararlaştırılan ceza koşulunun TTK hükümlerinin öngördüğü anlamda bir ticari ilişkiden kaynaklanmadığı çok açıktır. Hal böyle olunca; davalı işveren A.Ş.'nin, tacir olması taraflar arasındaki anlatılan hukuki ilişkinin kendine, özellikle İş Yasası'na özgü niteliği karşısında, TTK'nin 24. maddesinin uygulanmasını gerektirmez. Açıklanan nedenlerle, TTK 24. maddesine dayanılarak, işe almama tazminatı (ceza koşulu) miktarında indirim yapılmamasına ilişkin yerel mahkemenin kabulü ve direnmesi yerinde görülmemiştir. Ne var ki, hükmedilen işe almama tazminatının (ceza koşulunun) miktarı, dosyadaki bilgi ve belgeler değerlendirildiğinde; tarafların ekonomik durumu, özel olarak borçlunun ödeme kabiliyeti ile beraber borcunu yerine getirmemiş olması, dolayısıyla sağladığı yarar, borçlunun kusur derecesi ve borca aykırı davranışın ağırlığı ölçü olarak alındığında hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun görülüş, mahkeme kararının bu nedenle onanması gerekmiştir.” (Sinerji İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 07.08.2018); kararın incelemesi ve eleştirisi için bkz. Ahmet Battal, “Tacirin İş Kanunu'na Tabi Bir Sözleşmeden Doğan Cezai Şart

sözleşmelerinin İş Kanunu düzenlemelerine kendine özgü yapısı sebebiyle TTK m.3 kapsamında ticari iş olmadığını ve iş sözleşmelerinin kamu düzeninden olması sebebiyle işçi ile işveren arasındaki dengenin gözetilmesi kuralı da göz önünde tutularak işçinin indirim talep etme hakkının karşısında işverenin de indirim talep etme hakkının korunması gerektiğini gerekçe olarak göstermiştir. Yargıtay'ın bu içtihadı, doktrinde yoğun bir şekilde haklı olarak eleştirilmektedir⁶⁸. Öncelikle, Yargıtay'ın "*iş hukukunun temel ilkelerinden olan tarafların dengeli tutulması kuralı*" şeklinde ifade ettiği ilke, 28.05.1958 tarihli bir Yargıtay içtihadı birleştirme kararında⁶⁹ benimsenen ve Yargıtay'ın daha sonraki kararlarında⁷⁰ da sürdürdüğü işçi lehine yorum ilkesidir. Yargıtay'ın "*...işveren ile işçi arasındaki ilişki TTK'nin 3. maddesinde anlamını bulan ticari iş niteliğinde olmayıp 1475 sayılı İş Yasası'ndan kaynaklanan ve İş Yasası hükümlerine bağlı ve bu çerçeve içinde kendine özgü bir hizmet aktidir.*" şeklindeki tanımlamasında kullandığı "*kendine özgü akit*" ibaresi, sui generis sözleşme olarak anlaşılmamalıdır, Yargıtay'ın "*kendine özgü akit*" ya da "*kendine, özellikle İş Yasası'na özgü niteliği*" şeklindeki ibarelerden anlaşılması gereken işçi lehine yorum ilkesidir. İş hukuku kurallarının birçoğu iş ilişkisinin güçsüz tarafı olan işçinin korunması amacını izlediğinden ötürü işçi lehine yorum ilkesinde, amaca uygun (teleolojik) yorum yöntemi gereğince, işçi ile işveren arasında menfaatler değerlendirmesi yapılır ve iş hukuku mevzuatında açık olmayan kurallar işçi lehine

Borcuna TTK 24 (İndirim Yasağı) Uygulanabilir mi?, Batider, Aralık 1999, C.XX, S.2, s.15-23; bu karara atıfla aynı yönde verilen, daha güncel Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararlar için bkz. YHGK, E.2001/9-1175, K.2011/1166, T.26.12.2001; YHGK, E.2004/9-759, K.2005/9, T.26.12.2001; bu kararların incelemesi ve eleştirisi için bkz. Füsun Nomer Ertan, "**İş Aktinden Doğan Cezai Şart Hükümlerine TTK m.24 Uygulanır mı?**", Hüseyin Ülgen'e Armağan, s.35 vd; yine aynı yönde daha güncel bir karar için bkz. YHGK, E.2004/ 9-759, K.2005/9, T.02.02.2005 (Sinerji İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 07.08.2018).

⁶⁸Füsun Nomer Ertan, **a.g.e.**, s.35 vd.; Ahmet Battal, **a.g.m.**, s.15 vd., Rıza Ayhan, **a.g.e.**, s.314; Reha Poroy/Hamdi Yasaman, **a.g.e.**, s.138-139; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/ Nomer Ertan, **a.g.e.**, s.274; Yeşiltepe, **a.g.e.**, s.51 vd.

⁶⁹YİBGK, E.1957/15, K.1958/5, T. 7.5.1958: "*Kanun koyucuya İş Kanunlarını kabul ettiren tarihi sebepler ve bunlar arasında iktisadi durumca zayıf olan işçiyi iktisadi durumu daha kuvvetli olan işverene karşı özel şekilde koruyacak içtimai muvazeneyi ve cemiyetin sükununu sağlama hedefi ve hukuk hükümlerinin tefsirinde lafzın gayenin ışığı altında manalandırılmasının gerektiği göz önünde tutulunca, iş hukukuna ait hükümlerin tefsirinde tereddüt halinde işçinin lehine olan hal şeklinin kabul edilmesi, iş hukukunun ana kaidelerinden olduğu neticesine varılır. Zaten mahkemelerin iş hukuku tatbikatında bu esas benimsenmiş bulunmaktadır. Hadiseye tatbiki gerekli metinler incelenince hemen hemen tereddüde yer olmamakla beraber, bir tereddüdün söz konusu olabileceği kabul edilse dahi, heyetçe varılan netice, burada hatırlatılan tefsir esasına da uygun bulunmaktadır.*" (Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi:07.12.2018)

⁷⁰YİBGK, E.2017/1, K.2018/2, T.23.02.2018; YHGK, E.2015/1828, K.2018/1093, T.16.05.2018; YHGK, E.1976/10-3435, K.1978/23, T. 25.01.1978; YHGK, E.1975/ 9-762, K.1976 / 1164, T.24.03.1976 (Sinerji İçtihat Bankası, Erişim Tarihi:07.12.2018).

yorumlanır⁷¹. Bu sebeple, işçi ile işveren arasında menfaatler dengesinin gözetilmesi, işçinin işverene karşı korunması şeklinde kabul edilmektedir⁷². O halde Yargıtay'ın - kendi ifade şekliyle- "*iş hukukunun temel ilkelerinden olan tarafların dengeli tutulması kuralı*"na dayanarak işvereni işçiye karşı koruması isabetli olmamıştır⁷³. Üstelik, yukarıda izah edildiği üzere Yargıtay içtihadında, tacir olmayan şahıs ile tacir arasındaki ticari iş kapsamında, tacir olmayan şahsa TBK m.182/III kapsamında ceza koşulunun indirilmesini talep etme hakkı tanınmasına rağmen tacirin TTK m.22 gereğince ceza koşulunun indirilmesini talep edemeyeceği kabul edilmiştir. Tacir olmayan şahsın yerinde işçinin olması durumunda Yargıtay'ın tam tersi şekilde işveren taciri koruma altına alması çelişki teşkil etmektedir⁷⁴.

Yargıtay'ın diğer gerekçesi olan, iş sözleşmelerinin kendine özgü yapısından yola çıkılarak TTK m.3 kapsamında ticari iş olamayacağı şeklindeki yorum da doktrinde isabetli bulunmamıştır. TTK m.3 uyarınca, sadece TTK'da düzenlenen sözleşmeler değil, TTK'da düzenlenmemiş de olsa tacirin ticari işletmesini ilgilendiren tüm sözleşmeler ticari iştir. O halde bir sözleşmenin başka kanunlarda düzenlenmiş olması veya o sözleşmenin kendine özgü niteliklerinin olması, TTK m.3 kapsamında ticari iş olamayacağı anlamına gelmez⁷⁵. Aksinin kabulü halinde, kendine özgü niteliği haiz hiçbir sözleşme ticari iş olarak kabul edilemeyecektir ki bu yorum hem Yargıtay içtihadına hem doktrindeki yerleşik görüşe aykırıdır.

Hemen belirtelim ki, tacirin gerçek kişi ya da tüzel kişi olması yukarıda anlatılanları değiştirmeyecektir. Çünkü, her ne kadar gerçek kişiler bakımından adi borç ve ticari borç ayrımı olsa da, gerçek kişi tacirin ticari işletmesinde çalışan işçiler ile arasındaki iş (hizmet) sözleşmesi ticari işletmesi ile ilgili olup, gerçek kişi tacir TTK m.22'de düzenlenen tenkis yasağına tâbi olacaktır⁷⁶.

⁷¹ Sarper Süzek: **İş Hukuku**, 11. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2015, s.22; Ercan Akyiğit, **İş Hukuku**, 9. Bası, Ankara, 2013, s.40-41.

⁷² Sarper Süzek, **a.g.e.**, s.25.

⁷³ Rıza Ayhan, **a.g.e.**, s.311 vd.; Reha Poroy/Hamdi Yasaman, **a.g.e.**, s.139; Muhammet Emin Bingöl, **a.g.e.**, s.112.

⁷⁴ Ahmet Battal, **a.g.m.**, s.22, Rıza Ayhan, **a.g.e.**, s.314; Reha Poroy/Hamdi Yasaman, **a.g.e.**, s.139; Füsün Nomer Ertan, **a.g.e.**, s.36; Muhammet Emin Bingöl, **a.g.e.**, s.112.

⁷⁵ Füsün Nomer Ertan, **a.g.e.**, s.35-36; Muhammet Emin Bingöl, **a.g.e.**, s.111.

⁷⁶ Reha Poroy/Hamdi Yasaman, **a.g.e.**, s.139; Muhammet Emin Bingöl, **a.g.e.**, s.111.

Önemle belirtmek gerekir ki işveren, iş sözleşmesi kapsamındaki ceza koşulunun indirilmesini TTK m.22 kapsamında talep edemeyecek olsa da, ceza koşulunun geçersiz olduğunu ileri sürebilir⁷⁷.

C. Hüküm Kapsamında Sayılan Haller

1. Genel Olarak

TTK m.22 uyarınca tacirin aşırı ceza koşulunun ya da ücretin indirilmesini talep edemeyeceği haller, Türk Borçlar Kanununun m.121/II, m.182/III ve m.525 hükümlerindeki yazılı haller olarak sayılmıştır. Anılan TBK hükümleri kapsamında ücret ve ceza koşulunun indirilmesine dair düzenlemelerden tacirler faydalanamayacak ve indirim talebinde bulunamayacaklardır.

TTK m.22 hükmünde sayılan hususların sınırlı sayıda (*numerus clausus*) olup olmadığı konusu tartışmalıdır. TTK m.22’de sayılan TBK maddelerinin örnekleyici mi yoksa sınırlı mı olduğu konusunda kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde baskın görüş, TTK m.22’de sayılan hallerin sınırlı (*numerus clausus*) olduğu yönündedir⁷⁸. Kanımızca da, tacirler açısından genel hükümlerin dışında bir sınırlama getiren bu özel hüküm dar yorumlanmalıdır. Aksi halde, yasal dayanağı olmadığı halde sadece yorum yoluyla tacirler TBK’daki birtakım yasal imkanlardan mahrum bırakılmış olacaktır. Bu durum, “istisnalar kural olarak geniş yorumlanmaz”⁷⁹

⁷⁷ Nitekim Yargıtay Büyük Genel Kurulu 08.03.2019 tarihli içtihadı birleştirme kararında, iş hukukunda ceza koşulu kapsamında önemli tespitlerde bulunmuş ve belirli süreli olarak yapılmış ancak objektif şartları taşıması sebebiyle mahkemece belirsiz süreli olarak kabul edilen iş sözleşmesinde kararlaştırılan “süreden önce haksız feshe bağlı ceza koşulu” klozunun, belirlenen süre ile sınırlı olmak üzere geçerli olduğunu, işverenin bu durumu ileri sürerek ceza koşulu borcu olmadığını ileri sürebileceğini içtihat etmiştir. Bkz. YİBGK, E.2017/ 10, K.2019/1, T.08.03.2019 (Sinerji İtihat Bankası, erişim tarihi:30.08.2019).

⁷⁸ Şener Akyol, **a.g.e.**, s.254; Ülgen/Helvaci/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, **a.g.e.**, s.273; Köksal Kocaağa, **a.g.e.**, s.385.

⁷⁹ YİBGK, E.2017/ 1, K.2018 / 2, T.23.02.2018: “*Dar yorum: Latince “singularia non sunt extendi” olarak ifade edilen ve genellikle “istisnalar geniş yorumlanamaz” şeklinde Türkçeye çevrilen ve Türk hukukunda genellikle “istisnalar dar yorumlanır” şeklinde kullanılan bu kuralın çok eski olduğu ve tarihsel açıdan Roma hukukundan kaynaklandığı görülmektedir (Yongalık, AYNUR, “İstisnalar Dar yorumlanır” Kuralı ve Değerlendirilmesi. AÜHFD, 60 (1) 2011 1-15). Somut olaya uygulanacak*

(*singularia non sunt extendenda*) şeklindeki yorum prensibine aykırılık teşkil edecektir. Bu sebeple, tacirler açısından düzenlenen indirim talep etme yasağı sadece TTK m.22’de sayılan hallerde söz konusu olmalıdır.

2. TBK m.121/II

Temerrüt faizi, TBK m.120 uyarınca temerrüdün gerçekleşmesini izleyen günden itibaren işlemeye başlamasına rağmen, TBK’nın “*faizlerde, iratlarda ve bağışlamada temerrüt faizi*” başlıklı 121. maddesinin⁸⁰ birinci fıkrasında sözleşmesel faiz, iratlar ve borçlunun bağışladığı bir miktarla ilgili temerrüt faizinin icra takibi ya da dava tarihinden itibaren işleyeceği düzenlenmiştir⁸¹. Bununla beraber, taraflar bu hükmün aksini sözleşmede kararlaştırıp temerrüt faizinin başlangıcını daha önceki bir tarihe alabilirler⁸². Nitekim maddenin ikinci fıkrası uyarınca, ilk fıkra ya aykırı olarak yapılacak anlaşma ya da klotlar ceza koşulu hükümlerine tâbidir. Örneğin, taraflar anapara faizinin ödenmemesine ilişkin temerrüt faizinin başlangıcını ihtar gününe çekebilirler. Bu durumda bu anlaşma ya da klot, ceza koşulu hükümleri kapsamında değerlendirilecektir. Buradan hareketle, ceza koşulunun indirilmesine dair TBK m.182/III hükmü burada da geçerli olacak ve bu anlaşma ya da klot uyarınca borçlanılan miktar hakim tarafından ya da borçlunun talebi üzerine indirilebilecektir⁸³.

TTK m.22 hükmü uyarınca, tacir sıfatını haiz bir şahıs ticari işletmesine ilişkin sözleşmenin karşı tarafıyla anapara faizi, irat veya borçlunun bağışladığı bir miktarla

kuralın, dar bir anlam verilmesi, uygulama alanının daraltılmasıdır.”; aynı yönde diğer bir karar için bkz. YİBGK, E.1997/1, K.2000/1, T. 18.02.2000 (Sinerji İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 07.12.2018).

⁸⁰ TBK m.121 şu şekildedir: “(1) Faiz veya irat borcunu ya da bağışladığı bir miktar parayı ödemekte temerrüde düşen borçlu, icra takibine girildiği veya dava açıldığı günden başlayarak, temerrüt faizi ödemekle yükümlüdür.

(2) Buna aykırı olarak yapılan anlaşmalar, ceza koşulu hükümlerine tabi olur.

(3) Temerrüt faizine, ayrıca temerrüt faizi yürütülemez.”

⁸¹ Pierre Tercier/Pascal Pichonnaz/H. Murat Develioğlu, **a.g.e.**, s.408; Fikret Eren, **a.g.e.**, s.1005; Arkan’a göre, söz konusu *ratio legis*’i kanun koyucunun faiz ve irat alacaklarının yatırım amacıyla kullanılmasını engellemek, bağışlamada ise bağışlayanın daha hafif bir sorumluluğa tabi tutulmasını sağlamaktır. bkz. Sabih Arkan, **a.g.e.**, s.153.

⁸² Fikret Eren, **a.g.e.**, s.1005.

⁸³ Fikret Eren, **a.g.e.**, s.1005; Sabih Arkan, **a.g.e.**, s.153; Ahmet Tamer: “**Tacirler Bakımından Cezai Şart (Ceza Koşulu)**”, TAAD, Y.4, S.14, Temmuz 2013, s.731-770, s.753; Muhammet Emin Bingöl, **a.g.e.**, s.115.

ilgili olarak temerrüt faizinin özel olarak belirlenen bir tarihte başlayacağını taahhüt etmesi durumunda, söz konusu taahhüdün fahiş sonuçlar doğurduğunu iddia ederek indirim talep edemeyecektir⁸⁴.

Hemen belirtmek gerekir ki, kanaatimizce TTK m.22 kapsamında TBK m.121/II hükmü özel olarak sayılmasaydı da söz konusu tenkis yasağı yine geçerli olacaktı. Çünkü anapara faizi, irat veya borçlunun bağışladığı bir miktarla ilgili olarak temerrüt faizinin özel olarak belirlenen bir tarihte başlayacağına dair taahhütte indirim talebi TBK m.121/II hükmüne değil, TBK m.182/III'e dayanmaktadır. Bu sebeple, TTK m.22'de TBK m.121/II hükmü özel olarak sayılmasaydı da, TBK m.182/III hükmü sayıldığı için tacir, TBK m.121/II hükmü kapsamındaki taahhüdünde indirim talep edemeyecekti.

3. TBK m.525

TBK m.525, TBK'da simsarlık sözleşmesine dair 520 vd. hükümleri arasında simsarlık ücretinin indirilmesini düzenleyen hükümdür. TTK m.22 kapsamında sayılan durumların arasında ücrete dair olan tek yasa maddesi TBK m.525'tir.

⁸⁴ Muhammet Emin Bingöl, **a.g.e.**, s.115; Yargıtay 13. HD, E.2002/ 14711, K.2003 / 1355, T.17.02.2003 (Sinerji İçtihat Bankası): "...tacir olan davalıların murisi tarafından imzalanan 15.8.1998 tarihli Müşavirlik Protokolü'nün özel Hükümler" başlıklı 4. maddesinde, müşavirlik hizmeti ücretinin zamanında ödenmemesi durumunda her geçen gün için %10 cezai müeyyide uygulanacağı kararlaştırılmıştır. Temerrüt halinde alacağa uygulanması kararlaştırılan günlük %10 gibi fahiş cezai şartın yukarıda belirtilen yasal düzenleme ve ilkelere aykırı olduğunun kabulü zorunludur. Bu itibarla, günlük %10 cezai şartı içeren sözleşme hükmünün dikkate alınmamasında bir isabetsizlik yok ise de, acaba, bu sözleşme hükmünün, hiçbir anlam ve amacı yok mudur? Bu soru üzerinde önemle durmak gerekir. Özellikle somut olayda uyumsuzluk konusu cezai şart bir yerde temerrüt faizine ilişkindir. Tarafların sözleşme ile, yasal düzenlemelerin üzerinde temerrüt faiz oranı belirlemelerinde ise bir sakınca yoktur. Yeter ki, bu düzenleme BK.nun 19 ve 20 maddelerinde belirtilen sınırlamalar içinde kalmasına özen gösterilmiş olsun, bir başka anlatım ile taraflar makul seviyelerde olmak kaydıyla, yasal düzenlemelerle açıklanan oranların üzerinde temerrüt faizi kararlaştırılabilirler. Bu aynı zamanda sözleşme serbestisinin de bir gereğidir. Davalı taraf daha sözleşme kurulurken günlük %10 gibi bir cezai şart niteliğinde temerrüt faizini kabul etmiş ise artık, kendisinden yasa gereği istenebilecek oranın üzerinde temerrüt faizi ödemeyi kabul etmiş sayılmalıdır. Sonuç itibarıyla, tarafların bu yönde birleşen ortak iradelerine bir anlam ve değer verilmelidir. Böyle bir sözleşme hükmünü tamamen yok saymak mümkün değildir. O halde mahkemece tarafların iktisadi durumu, özel olarak borçlunun ödeme kabiliyeti ile beraber borcunu yerine getirmemiş olması dolayısıyla sağladığı yarar, borçlunun kusur derecesi ve borca aykırılığı ölçü olarak alınmak suretiyle, hüküm altına alınacak temerrüt faizi niteliğindeki cezai şartın hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun tespit edilmesi gerekirken, bu yönde hiçbir inceleme ve irdeleme yapmadan yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir."

Simsarlık sözleşmesi, TBK m.520/I hükmünde simsarın taraflar arasında bir sözleşme kurulması imkanının hazırlanmasını veya kurulmasına aracılık etmeyi üstlendiği ve bu sözleşmenin kurulması hâlinde ücrete hak kazandığı sözleşme olarak tanımlanmıştır. eTK, tellallık ismi altında ticaret işleri tellallığı için özel hükümler düzenlese de, hem TBK hem TTK'da düzenlemeye ihtiyaç bulunmaması sebebiyle TTK'da tellallığa ilişkin düzenlemeler alınmamış ve tellallık tamamen TBK kapsamında simsarlık adı altında düzenlenmiştir⁸⁵.

Simsar bir tacir yardımcısı olup, TBK m.521 uyarınca ancak aracılık etmeyi üstlendiği sözleşmenin kurulması halinde ve anında ücrete hak kazanır⁸⁶. TBK m.525⁸⁷ uyarınca, simsarlık ücretinin aşırı olduğu ileri sürülüp indirilmesi borçlu tarafından Mahkemeden talep edilirse simsarlık ücreti, Mahkeme tarafından hakkaniyete uygun bir surette indirilebilir. Ceza koşulunun indirilmesine dair TBK m.182/III hükmünden farklı olarak, karşılaştırılan simsarlık ücretinde Mahkeme tarafından indirim yapılabilmesi için borçlu tarafından talep edilmiş olması şart koşulmuştur⁸⁸. TTK m.22 uyarınca borçlu tacir ise böyle bir talepte bulunamaz, simsarlık ücretinin indirilmesini talep edemez⁸⁹.

4. TBK m.182/III

a. Genel Olarak

TBK m.182/I hükmünde ceza koşulunun sözleşme serbestisi kapsamında belirlenebileceğini düzenlerken TBK m.182/III. hükmünde hakim aşırı gördüğü ceza koşulunu re'sen indirebileceği düzenlenmiştir. Bunun sebebi, her ne kadar sözleşme serbestisi kapsamında belirlenmiş de olsa, sözleşmedeki menfaatler dengesi,

⁸⁵ Reha Poroy/Hamdi Yasaman, **a.g.e.**, s.282.

⁸⁶ Reha Poroy/Hamdi Yasaman, **a.g.e.**, s.284; Muhammet Emin Bingöl, **a.g.e.**, s.115.

⁸⁷ TBK m.525 şu şekildedir: “Sözleşmede aşırı bir ücret kararlaştırılmışsa, borçlunun istemi üzerine, bu ücret hâkim tarafından hakkaniyete uygun olarak indirilebilir.”

⁸⁸ Reha Poroy/Hamdi Yasaman, **a.g.e.**, s.284.

⁸⁹ Reha Poroy/Hamdi Yasaman, **a.g.e.**, s.284, Sabih Arkan, **a.g.e.**, s.154, Muhammet Emin Bingöl, **a.g.e.**, s.115.

borçlunun kusuru ve alacaklının zararı kapsamında aşırı olduğuna kanaat getirilen ceza koşulu, borçluyu borca uygun hareket etmeye sevk etme amacını aşar, borçlunun ekonomik kişilik hakkını zedeler.

Hakim, alacaklının çıkarları, alacaklı ve borçlunun ekonomik durumları, borçlunun borcu ihlal etmekteki kusuru ve özellikle alacaklının uğradığı zarar miktarı, sözleşmenin türü ve süresi gibi hususları⁹⁰ göz önünde tutarak, ceza koşulunun adalet ve hakkaniyet ile açık bir çelişki içerisinde, makul olmayacak derecede yüksek belirlendiğini tespit ederse re'sen sözleşmeye müdahale edip ceza koşulunu indirir.

Aşırı ceza koşulunun indirilmesi imkanının tanınmasının altında yatan sebep (*ratio legis*), ekonomik olarak daha güçlü olan şahsın ceza koşulu kurumunu suistimal etmek suretiyle kendine göre zayıf olan tarafı ezmesini önlemek ve ifa imkanlarına güvenerek tedbirli davranmayan borçlunun üstlendiği yüksek miktarda ceza koşulunun tehlikelerini azaltmaktır⁹¹.

Hemen belirtmek gerekir ki, ceza koşulunun aşırılığı ile ahlaka aykırılığı karıştırılmamalıdır. Ceza koşulunun salt aşırılığı, o ceza koşulunu ahlaka aykırı yapmaz⁹². Ceza koşulunun ahlaka aykırı derecede yüksek olması için borçlunun ekonomik varlığını tehlikeye atacak ve borçlunun ekonomik mahvına sebep olacak derecede yüksek olmasını gerektirir.

⁹⁰ YHGK, E.2004/9-759, K.2005/9, T.02.02.2005 : “Bir olayda, cezai şart miktarının fahiş olup olmadığı belirlenirken;

- Tarafların ekonomik durumları, özel olarak borçlunun ödeme gücü,

- Alacaklının, asıl borcun ifa edilmesi halinde elde edeceği yarar ile, cezai şartın ödenmesinin sağlayacağı yarar arasındaki makul ve adil ölçü,

- Sözleşmeye aykırı davranılması yüzünden alacaklının uğradığı zarar; borçlunun borcunu yerine getirmemek suretiyle sağladığı yarar,

- Borçlunun kusur derecesi ve borca aykırı davranışının ağırlığı,

Ölçüt alınmalı ve sonuçta hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun bir cezai şart miktarına hükmedilmelidir. Hakimin, bu kuralı uygularken kullanacağı takdir hakkının, Yargıtay denetimine elverişli esaslara dayanması da zorunludur. Yine, fahişliğin belirlenmesinde, cezai şartın borcunu yerine getirmesi için borçlu üzerinde, hukuk düzeninin izin verdiği ruhsal bir baskı aracı olduğu da gözden kaçırılmamalı, bu baskının ortadan kaldırılmasına yol açacak biçimde indirimden kaçınılmalıdır.” (Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi:20.08.2018).

⁹¹ Köksal Kocağa, **a.g.e.**, s.216; Muhammet Emin Bingöl, **a.g.e.**, s.118.

⁹² Fikret Eren, **a.g.e.**, s.1213.

b. İndirim Şartları

ba. Geçerli bir ceza koşulu anlaşmasının varlığı

Ceza koşulunun indirilebilmesi için geçerli bir ceza koşulu mevcut olmalıdır. Bu ceza koşulunun aşırı olması durumu değiştirmez. Lâkin ceza koşulu taraflardan biri için geçerli değilse, indirimde değil, geçersizliğe tâbi olacaktır. Bu durumda ceza koşulu indirilmeyecektir.

Yukarıda ayrıntılı olarak izah edildiği üzere, her ne kadar ceza koşulu başlığı altında TBK m.179/III hükmünde düzenlense de dönme cezası, bir ceza koşulu türü olmayıp TBK m.182/III hükmüne tâbi değildir.

Ceza koşulu fer'i nitelikte bir edim olduğundan, asıl borcun geçersiz olması durumunda ceza koşulu da geçersizdir. Asıl borç TBK m.27'de sözleşme serbestisine getirilen sınırlamalar (emredici hukuk kurallarına, ahlaka, kamu düzenine aykırılık ya da imkansızlık) ya da ehliyetsizlik sebebiyle geçersiz ise, ceza koşulu da geçersiz sayılacak ve indirimde tâbi tutulamayacaktır. Aynı şekilde TBK m.30 vd. hükümlerindeki yanılma, aldatma ve korkutma halleri (irade sakatlığı) kapsamında asıl borç iptal edilirse buna bağlı olarak ceza koşulu da sona erer ve geçerli bir ceza koşulunun varlığından söz edilemez. Yine asıl borcu doğuran hukuki işlemin şekle tâbi olması durumunda, asıl borç şekle aykırılıktan geçersiz olması halinde ceza koşulu da geçersizdir. Nitekim bu hususlar TBK m.182/II/c.1'de şu şekilde düzenlenmiştir: *“Asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse, cezanın ifası istenemez.”*

Ceza koşulunun kendisi de sayılan bu hallerden dolayı geçersiz olabilir. Bu durumda asıl borcun geçersizliğini etkilemeyecektir. TBK m.182/II/c.2 uyarınca, *“Ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hâle gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez.”*

TBK’da ceza koşulu hükümlerine tâbi kılınan iki durumda ortada bir ceza koşulu olmamasına rağmen bu durumlar kanunun açık hükmüyle TBK m.182/III hükmüne tâbi kılınmışlardır. Bunlardan birincisi, yukarıda izah edilen TBK m.121/II hükmüdür. TBK m.121/II uyarınca, sözleşmesel faiz, iratlar ve borçlunun bağışladığı bir miktarla ilgili temerrüt faizinin birinci fıkrada belirtilen tarihten daha önceki bir tarihte ödenmesinin kararlaştırılması ceza koşulu hükümlerine tâbi olduğundan, bu durumda hesaplanan temerrüt faizinin aşırı olduğu ileri sürülerek indirim talep edilebilecektir⁹³. Lâkin TTK m.22 kapsamında TBK m.182/III ve m.121/II hükümleri *numerus clausus* sayılan hallerden olduğundan, TBK m.121/II’den kaynaklanan temerrüt faizinin indirilmesi tacir tarafından talep edilemeyecektir.

Ceza koşulu türlerinden olmamasına rağmen ceza koşulu hükümlerine tâbi olduğu için TBK m.182/III hükmüne tâbi olan ikinci husus, TBK m.181’de düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca, sözleşmeden dönme durumunda ifa edilmiş olan kısmın alacaklıya kalacağını öngören sözleşmelere de ceza koşuluna ilişkin hükümler uygulanır. Böylece sözleşmeden dönme durumunda sözleşmenin tüm etkilerinin en başından itibaren ortadan kalkacağı görüşü dahi benimsense ceza koşuluna ilişkin hükümlere tâbi olacağından indirime dair TBK m.182/III hükmü uygulanabilecektir⁹⁴.

bb. Ceza koşulu muaccel olmalıdır.

Ceza koşulunun indirilebilmesi için gerekli olan ikinci şart ceza koşulunun muaccel olmasıdır. Ceza koşulunun muaccel olması için öncelikle asıl borcun muaccel olması ve alacağın gereği gibi ifa edilmemiş olması gerekmektedir⁹⁵. Ayrıca taraflar kendi aralarında ceza koşulunun başka bir zamanda muaccel olacağını kararlaştırmaları halinde ceza koşulu, söz konusu vade geldiğinde muaccel olur⁹⁶.

⁹³ Sabih Arkan, **a.g.e.**, s.153; Ahmet Tamer, **a.g.e.**, s.753; Yasemin Kabaklıoğlu Arslanyürek, **a.g.e.**, s.93.

⁹⁴ Yasemin Kabaklıoğlu Arslanyürek, **a.g.e.**, s.93.

⁹⁵ Köksal Kocağa, **a.g.e.**, s.162 vd.

⁹⁶ Muhammet Emin Bingöl, **a.g.e.**, s.119.

bc. Ceza koşulu henüz ifa edilmemiş olmalıdır.

Türk doktrininde farklı görüşler olmakla birlikte, doktrindeki hakim görüşe göre ceza koşulunun indirilebilmesi için gerekli olan üçüncü şart, ceza koşulunun henüz ifa edilmemiş olmasıdır. Çünkü ifa edilmiş bir ceza koşulu, ödenebilecek bir ölçüde olup, ceza koşulunun aşırı olmadığı fiili durumla sabit kılınmıştır. Ayrıca, ceza koşulunun borçlu tarafından ödenmiş olmasına, borçlunun indirim talebinden feragat ettiği sonucu bağlanmaktadır⁹⁷. O halde, borçlu ceza koşulunu ifa etmekle birlikte indirim hakkını saklı tutmayı istiyorsa, ceza koşulunun ifasını çekince kaydıyla yerine getirmeli ve indirim talep etme hakkını saklı tutmalıdır⁹⁸. Bununla birlikte durumun gereğine ya da hakkın kötüye kullanımı teşkil etmemesi sebebine dayanarak bazı durumlarda borçlunun ifadan sonra indirim talep etmesi için çekince kaydı ileri sürmenin şart olmadığı da hakim görüş kapsamında kabul görmektedir. BİNGÖL'e göre, icra tehdidi altında ifa edilen ceza koşulunun aşırı olduğu iddia edilerek indirilmesinin talep edilebilmesi durumun gereği sebebiyle mümkündür⁹⁹. Yazara göre TBK m.182/III hükmüyle borçlunun ceza koşulu sebebiyle içine düştüğü zor durumdan kurtulması amaçlanmakta olduğundan, dış etkenlerden doğan baskı sonucu ifa edilen ceza koşulunun indirilmesini isteyebilmelidir. Yine ERDEM'e göre, ceza koşulunun ifa edilmesinin akabinde hakkın kötüye kullanımı teşkil etmeyecek bir süre içinde indirim talep edilmesi durumunda çekince kaydı aranmadan indirim yapılabilirdir¹⁰⁰.

bd. Ceza Koşulunun Aşırı Olması

⁹⁷ Mehmet Erdem, **a.g.e.**, s.171-172; Fikret Eren, **a.g.e.**, s.1213; M. Kemal Oğuzman/ M. Turgut Öz, **a.g.e.**, s.549; Muhammet Emin Bingöl, **a.g.e.**, s.121; Yasemin Kabaklıoğlu Arslanyürek, **a.g.e.**, s.95.

⁹⁸ Kemal Tunçomağ, **a.g.e.**, s.156; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu'na göre borçlu ceza koşulunu ifa ederken çekince kaydı öne sürmek suretiyle indirim talep etme hakkını saklı tutmuşsa, ödenen fazla miktarın iadesini sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca talep edebilir, Pierre Tercier/Pascal Pichonnaz/H. Murat Develioğlu, **a.g.e.**, s.433; Yasemin Kabaklıoğlu Arslanyürek, **a.g.e.**, s.95; Muhammet Emin Bingöl, **a.g.e.**, s.121; ayrıntılı bilgi için Bkz. Arif Kocaman, “**BK m.158/II c.2 Hükmü Gereğince İfaya Ekli Cezai Şart Talep Etme Hakkının Düşmesi (Sona Ermesi) ve BK M. 158/II c.2'de Hakkın Korunması için Öngörülen İhtirazi Kayıt İleri Sürme Şartının Sözleşme ile Bertaraf Edilip Edilmeyeceği Hususu**”, Prof.Dr.Şener Akyol'a Armağan, İstanbul, 2011, s.569-573.

⁹⁹ Mehmet Erdem, **Clause Pénale**, s.172; Muhammet Emin Bingöl, **a.g.e.**, s.121; aynı yönde Bkz. Adem Özmen, “**Borçlar Hukukunda Cezai Şartın İndirilmesi**”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011, s.78 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

¹⁰⁰ ERDEM, **a.g.e.**, s.172.

Ceza koşulunun indirilmesinin talep edilebilmesi için gerekli olan en önemli şart, ceza koşulunun aşırı olmasıdır. Ceza koşuluna bağlanabilecek borçların gösterdiği çeşitlilik karşısında aşırılık tanımının çok dar kalabileceği sebebiyle aşırılığın tanımı ve şartlarına dair kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Aşırılığın tespitinde hangi hususlara bakılacağı ve bir borcun aşırı olup olmadığının tespiti hakimnin takdirine bırakılmıştır. Hakim, sözleşmedeki menfaat dengesini, alacaklı ve borçlunun ekonomik durumlarını, borçlunun borcu ihlal etmekteki kusuruna ve borca aykırılığın ağırlığını, alacaklının menfaatine ve uğradığı zararın miktarını, sözleşmenin türünü ve süresini göz önünde tutmak suretiyle bir değerlendirme yapar ve kararlaştırılan ceza miktarının makul ölçüde olmadığına, hakkaniyet ve adalet ilkelerinin zedelendiğine, hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı hareket edildiğine kanaat getirirse sözleşmeye re'sen müdahale eder ve ceza koşulunun miktarını indirir.

Hemen belirtmek gerekir ki, ceza koşulunun salt alacaklının uğramış olduğu zarardan fazla olduğu gerekçesiyle indirim yapılamaz. Unutulmamalıdır ki, ceza koşulu genellikle ortaya çıkacak zarardan veya asıl borcun ifa edilmesi halinde beklenen faydadan daha yüksek bir miktar olarak kararlaştırılmaktadır. Çünkü ceza koşulunun talep edilebilmesi için zararın mevcudiyeti aranmaz. Ceza koşulunun temel işlev ve amacının borçluyu ifaya yönlendirmek olduğu da hesaba katıldığında, ceza koşulunun adalet ve hakkaniyet ilkeleri kapsamında makul kabul edilebilecek bir ölçüde yüksek olması olağandır.

Hakim, ceza koşulunun aşırı olup olmadığı tespitini yaparken, TBK m.182/I uyarınca ceza koşulunun serbestçe kararlaştırılmasının genel kural olduğunu, indirim yapılmasının ise istisna olduğunu göz önünde tutmalıdır.

Ceza koşulunun aşırılığının tespitinde esas alınacak an önem arz etmektedir. Bu hususta doktrinde görüş ayrılıkları bulunmaktadır¹⁰¹. Doktrindeki bir görüşe¹⁰²

¹⁰¹ TTK m.22 kapsamında tacirin taahhüt ettiği ceza koşulunun tacirin mahvına sebep olup olmayacağına karar verilirken esas alınacak ana dair görüşlerle mukayese edilmesi için bu konudaki görüşlere ayrıntılı olarak yer vereceğiz.

¹⁰² Hatemi'ye göre, taahhüt edildiği sırada aşırı olan ceza koşulu indirime tabi iken, sonradan şartların değişmesi dolayısıyla aşırı hale gelen ceza koşulu aşırı ifa güçlüğü sebebiyle uyarlamaya tabidir. Bkz. Hatemi, **a.g.e.**, s.221.

göre, ceza koşulunun aşırı olup olmadığına bakılırken ceza koşulunun taahhüt edildiği an dikkate alınmalıdır. Genellikle reddedilen *ex ante* niteliğindeki bu yaklaşımın doktrinde haklı olarak eleştirilmesinin sebebi, borca aykırılık henüz gerçekleşmemiş ve zarar henüz ortaya çıkmamışken ceza koşulunun aşırı olup olmayacağının taahhüt eden tarafından bilinemeyecek olmasıdır¹⁰³. Ceza koşulunun akdedildiği an ile muaccel olduğu an arasında sözleşmedeki menfaatler dengesi alacaklı lehine değişmiş ve ceza koşulu daha sonradan borçlu açısından aşırı hale gelmiş olabilir¹⁰⁴. Bu durumda ceza koşulunun taahhüt edildiği anı esas almak borçlunun ekonomik kişiliğini sarsacak sonuçlar doğurabilir. Doktrinde bir diğer görüşe¹⁰⁵ göre, ceza koşulunun aşırılığının tespitinde hakimin hüküm vereceği anın esas alınması gerekmektedir. Lâkin muacceliyet tarihinde aşırı olmayan ceza koşulunun hüküm anında aşırı hale gelmesi durumunda borcunu ve ceza koşulunu vadesinde ödemeyen borçlunun ödüllendirilmesi ve borçlu lehine haksız menfaat sağlanması sonucunu doğuracaktır¹⁰⁶. Ceza koşulundaki indirimlerin bilirkşi raporu alınmak suretiyle hesaplattırıldığı da göz önünde tutulursa ceza koşulunun aşırılığının tespitinde hakimin hüküm verdiği anın esas alınması uygulamada da sorunlar çıkaracaktır. Bizim de katıldığımız görüşe göre, hâkim ceza koşulunun aşırı olup olmadığını tespit ederken muacceliyet anının esas alınması gerekir. Ceza koşulunun indirilmesine dair hükmün uygulanması kapsamında taraflar arasındaki dengenin ve hakkaniyetin gözetilmesi için en uygun kriter muacceliyet anı olacaktır¹⁰⁷. Kaldı ki ceza koşulunun taahhüt edildiği an ve hakimin indirimine dair hüküm kuracağı ana dair yukarıda izah ettiğimiz sakıncalar da dikkate alındığında, aşırılığın tespit edilmesine muacceliyet anının uygulanması isabetli olacaktır.

be. İndirimin Yasaklanmamış Olması

TBK m.182/III hükmü emredici nitelikte olup, ceza koşulunun re'sen indirilmesi konusunda hakime tanınmış olan yetkinin tarafların aralarında yapacakları

¹⁰³ Mehmet Erdem, **a.g.e.**, s.165.

¹⁰⁴ Köksal Kocağa, **a.g.e.**, s.352; Kemal Tunçomağ, **a.g.e.**, s.150 ; Yasemin Kabaklıoğlu Arslanyürek, **a.g.e.**, s.111.

¹⁰⁵ Hüseyin Ekinci, **a.g.e.**, s.360; Muhammet Emin Bingöl, **a.g.e.**, s.122; Hilal Gülseven, **a.g.e.**, s.122.

¹⁰⁶ Yasemin Kabaklıoğlu Arslanyürek, **a.g.e.**, s.113.

¹⁰⁷ Yasemin Kabaklıoğlu Arslanyürek, **a.g.e.**, s.113.

sözleşmeyle ortadan kaldırılması mümkün değildir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 02.02.2005 tarihli bir kararında¹⁰⁸ şu şekilde içtihat edilmiştir: “*Borçlu cezai şartın indirilmesi hakkından önceden feragat edemez; Borçlar Kanunu’nun 161/3. maddesiyle hâkime bırakılan bu konuda, taraflarca yapılan kararlaştırma, aynı kanunun 19. maddesine göre geçerli değildir.*” Bu sebeple, TBK m.182/III kapsamında indirim yapılması ancak kanun hükmüyle yasaklanabilir. Nitekim, TTK m.22 kapsamında tacir, ticari işletmesiyle ilgili bir borca ilişkin ceza koşulunun indirilmesini talep edemez.

bf. Borçlunun Talebine Gerek Olmaması

TBK m.182/III hükmünde aşırı ceza koşulunun hâkim tarafından re’sen indirilebileceği düzenlenmiştir. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir. Bu sebeple ceza koşulunun indirilmesi için borçlunun talebine gerek olmaması kabul edilmektedir.

Alman Medeni Kanunu’nda (BGB §343) ceza koşulunun indirilebilmesi için borçlunun talebinin gerekli olduğu açıkça düzenlenmiş iken Fransız Medeni Kanunu (m.1231-5/II), 818 sayılı Borçlar Kanunu (m.161/III) ve İsviçre Borçlar Kanunu hâkime ceza koşulunu indirme yetkisi vermiş, borçlunun talebinin gerekli olup olmadığını açıkça düzenlememiştir. Bu sebeple 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun yürürlükte olduğu dönemde borçlunun talebi olmadan ceza koşulunun indirilip indirilemeyeceği hususunda tartışma bulunmaktaydı. Doktrinde bir görüş ceza koşulunun indirilmesi için borçlunun talebine gerek olmadığını savunmaktayken¹⁰⁹, diğer görüş ceza koşulunun indirilmesi için borçlunun talebinin gerekli olduğunu ileri sürmekteydi¹¹⁰. Yargıtay ise borçlunun talebine gerek olmaksızın hâkimin aşırı bulduğu ceza koşulunu re’sen indirebileceği yönünde kararlar vermektedir¹¹¹. Lâkin

¹⁰⁸ YHGK, E.2004/9-759, K.2005/9, T.02.02.2005 (Kazancı İctihat Bankası, Erişim Tarihi:20.08.2018).

¹⁰⁹ Fikret Eren, **a.g.e.**, s.1188.

¹¹⁰ Kemal Tunçomağ, **a.g.e.**, s.152; Köksal Kocaağa, **a.g.e.**, s.239; Mehmet Erdem, **a.g.e.**, s.162.

¹¹¹ YHGK, E.2004/9-759, K.2005/9, T.02.02.2005: “...*Borçlar Kanunu’nun 161/3. maddesi hükmü uyarınca, hakim fahiş gördüğü cezaları indirmekle yükümlüdür. Bu hüküm, emredici nitelikte olduğundan hakim tarafından re’sen gözetilmelidir; borçlunun bu yolda bir talebinin bulunması aranmaz.*”; aynı yönde kararlar için bkz. Yargıtay 13. HD., E.2008/9592, K.2009/3258, T.12.03.2009; Yargıtay 13. HD., E.2007/720, K.2007/4630, T.03.04.2007 (Sinerji İctihat Bankası, Erişim Tarihi:20.08.2018).

daha sonra hem 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda (m.182/III) hem de İsviçre Borçlar Kanunu'nda hâkimin ceza koşulunu re'sen indirebileceği açıkça düzenlenmiştir. Böylece borçlunun talebi olmadan da hâkimin ceza koşulunu kendiliğinden indirebileceği açıkça kabul edilmiş ve bu yöndeki tartışmalar yasal değişiklik ile birlikte sona ermiştir¹¹².

Hemen belirtmek gerekir ki, borçlunun talebine gerek olmaması, alacaklının ceza koşulunu talep ettiği bir dava açması ve borçlunun davalı olması durumu için geçerlidir. Çünkü alacaklının dava açmaması durumunda ceza koşulunun indirilmesini sağlamak isteyen davalı, bu talebini ancak bir dava konusu yapmak suretiyle ileri sürebilir. Bu durumda borçlu bir dava açarak ceza koşulunun indirilmesini talep etmek durumunda kalacak, borçlunun talebinin bu durum özelinde gerekli olduğu sonucuna varılacaktır.

Uygulamada sık rastlanan durumlardan biri olarak, ceza koşulunun teminatı niteliğinde borçlu tarafından alacaklı lehine keşide edilen teminat senedinin tahsili zımında açılan icra takibi karşısında borçlu ceza koşulu borçlusu olmadığını ya da ceza koşulunda indirim yapılması gerektiğini ancak menfi tespit davası açarak ileri sürebilecektir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin, E.2015/4245, K.2015/11065 sayılı 26/10/2015 tarihli kararı¹¹³, bu şekilde açılmış bir davaya emsaldir: “*Dava, davacı ve dava dışı ... İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti. arasında imzalanan sözleşmenin cezai şarta ilişkin hükümlerini de kapsayacak biçimde, davacı tarafından teminat olarak verilen bono nedeniyle yapılan icra takibinde, davalıya borçlu bulunulmadığının tespiti ve takip sırasında ödenen bedelin istirdatı istemine ilişkindir.*” Bu durumda borçlu salt hiç borçlu olmadığının tespitini talep etse dahi, hakim eğer borçlu olduğuna hükmedecekse bile ceza koşulunun aşırılığını re'sen denetlemeli, aşırı bir ceza koşulu söz konusu ise ödenen aşırı kısmın istirdadına karar vermelidir. Çünkü yukarıda BİNGÖL'e atıf yapılarak izah edildiği üzere, her ne kadar çekince kaydı ileri sürmeden de olsa icra tehdidi altında ifa edilen ceza koşulunun aşırı olduğu iddia edilerek indirilmesinin talep edilebilmesi mümkündür.

¹¹² Köksal Kocağa, a.g.e., s.356.

¹¹³ Yargıtay Karar Bilgi Bankası, Erişim Tarihi:08.07.2019.

Ceza koşulunun indirilebilmesi için borçlunun talebine gerek olmaması kuralı kapsamında 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu günümüzdeki tartışma ise, ceza koşulunun indirilmesi talebinin borçlu tarafından ileri sürülebilmesi için dava açmasının zorunlu olup olmadığına ilişkindir. Bazı yazarlar, alacaklının açtığı eda davasında ceza koşulunun indirilmesinin bir savunma olarak ileri sürülemeyeceğini, borçlunun ceza koşulunun indirilmesi talebini ancak bir karşı davayla ileri sürebileceğini savunmaktadır. Bu görüşü destekleyenler, dayanak olarak, ceza koşulunun aşırılığını değerlendirebilmesi için uyuşmazlığın hâkimin önüne gelmesi gerektiğini, ayrıca ceza koşulunun indirilmesine dair talebin yenilik doğurucu bir hak olduğunu, bu sebeple ceza koşulunun yenilik doğurucu bir dava ile hakim önüne gelmesi gerektiğini, borçlunun ceza koşulunun indirilmesini talep ettiği karşılık davanın yenilik doğuran bir dava olduğunu ve mahkemenin vereceği kararın yenilik doğurucu nitelikte olduğunu, bu sebeple karşılık davanın gerekli olduğunu ifade etmektedirler¹¹⁴. Lâkin bu görüş, ceza koşulunun indirilmesinin hakim tarafından re'sen gözetileceği kuralına aykırı kalmaktadır¹¹⁵. Çünkü davayı açan alacaklı da olsa, hakim ceza koşulunun aşırılığını re'sen gözetmek durumunda iken, (davalı) borçlunun aşırılığı def'i olarak ileri süremeyeceğini ya da ileri sürse dahi bu def'inin mahkemece dinlenmeyeceğini iddia etmek kabul görmeyecektir¹¹⁶. Nitekim Yargıtay, indirim talebinin borçlu tarafından karşılık dava olarak ileri sürülmesini gerekli görmemekte ve eda davasında savunma olarak ileri sürülmesi halinde indirim talebini değerlendirmekte ya da re'sen dikkate alınması suretiyle indirim yapılması gerektiğine hükmetmektedir¹¹⁷. Kaldı ki, her durumda ayrı bir dava açmasını beklemek, borçlunun dava harçları ödemesine ve davanın masraflarına katlanmak zorunda kalmasına sebep olur ki bu durum borçlunun durumunu kolaylaştıran TBK m.182/III hükmünün amacıyla çelişir¹¹⁸.

¹¹⁴ Bu görüşteki ayrıntılı görüşler için bkz. Kemal Tunçomağ, **a.g.e.**, s.163, dn.10.

¹¹⁵ Kemal Tunçomağ, **a.g.e.**, s.163; Hüseyin Hatemi/Emre Gökyayla, **a.g.e.**, s.360; Yasemin Kabaklıoğlu Arslanyürek, **a.g.e.**, s.121.

¹¹⁶ Kemal Tunçomağ, **a.g.e.**, s.163; Hüseyin Hatemi/Emre Gökyayla, **a.g.e.**, s.360; Yasemin Kabaklıoğlu Arslanyürek, **a.g.e.**, s.121.

¹¹⁷ YHGK, E.2004/9759, K.2005/9, T.02.02.2005 (Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 05.08.2018); Yargıtay 13. HD, E.2007/720, K.2007/4630, T.03.04.2007: "...Davalı, davaya cevap vermediği gibi yargılamaya da katılmamıştır. ... Davalının iktisadi durumu ile ceza miktarının fahiş olup olmadığı konusunda yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda araştırma ve değerlendirme yapılmamıştır... cezai şart miktarının hak ve nesafete uygun olduğu sonucuna varılması doğru değildir." (Sinerji İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 05.08.2018); Yargıtay 13. HD, E.2008/9592, K.2009/3258, T.12.03.2009 (Sinerji İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 05.08.2018).

¹¹⁸ Kemal Tunçomağ, **a.g.e.**, s.163; Yasemin Kabaklıoğlu Arslanyürek, **a.g.e.**, s.122.

III. Hükümün Uygulama Alanı Dışında Kalan Haller

TBK m.646 uyarınca TBK, TMK'nın beşinci kitabı olup, TMK'nın tamamlayıcısıdır. TTK m.1 uyarınca TTK, TMK'nın ayrılmaz bir parçası olduğundan, TMK'da geçerli olan ilkeler TTK'da geçerlidir. Buradan hareketle, TMK'nın ayrılmaz bir cüzü olan TBK'da geçerli olan ilkeler de TTK'da geçerlidir. Kaldı ki TMK m.5 uyarınca TMK ve TBK'daki genel nitelikli hükümler, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır. Bu sebeple, söz gelimi TMK'da yer alan kişilik, hak ehliyeti ve fiil ehliyetine ilişkin hükümler (TMK m.8 vd.), TBK'da yer alan sözleşmelerin şekline ilişkin 12 ilâ 17. maddeler arasındaki hükümler, sözleşmelerin içeriğine, sözleşme özgürlüğüne ve sınırlarına ilişkin TBK 26, 27. ve 28. madde hükümleri Türk Ticaret Kanunu yönünden de uygulanabilir hükümlerdir¹¹⁹. Bu sebeple, TTK m.22 hükmü uygulanırken tacirin ceza koşulunun ve ücretin tenkisini talep etme yasağı çerçevesindeki uyuşmazlık çözümünde ortaya çıkan boşluklarda TBK'da düzenlenen genel hükümlerin uygulama alanı unutulmamalıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, TBK m.182/III'ün emredici hükmündeki indirim ancak ve ancak kanunla yasaklanabilir olup, tacirler bakımından ücret ve ceza koşulunun indirilemeyeceğine dair TTK m.22 böyle bir yasaklama hükmüdür ve TBK m.182/III'e bir istisna getirmiştir. Böylece tacirler bakımından TBK m.26 ve m.182/I hükümlerinde düzenlenen sözleşme serbestisi ve ahde vefa ilkesine dönülmüştür. Üstelik TTK m.18/II hükmünde düzenlenen basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü de dikkate alındığında ilk bakışta (*prima facie*), tacirin sözleşme serbestisi ve ahde vefa ilkesine istisnasız tâbi olduğu düşünülmektedir. Halbuki tacirin, taahhüt ettiği tüm borçların bütün sonuçlarına istisnasız katlanması gerektiği, ekonomik mahvına da sebep olsa ya da ahlaka aykırılık ölçüsünde yüksek de olsa ceza koşulunu ödemesi gerektiği anlaşılmamalıdır. Çünkü sözleşme serbestisine dair TBK m.26 hükmü tarafların, bir sözleşmenin içeriğini “kanunda öngörülen sınırlar içinde” özgürce belirleyebileceklerini düzenlerken, “kanunla öngörülen sınırlar” ifadesiyle sözleşme serbestisinin de istisnaları olduğunu kabul etmiş ve hemen sonraki madde

¹¹⁹ Sabih Arkan, **a.g.e.**, s.104; Gönen Eriş, **a.g.e.**, s.45; Ülgen/Helvacı/ Kendigelen/Kaya/ Nomer Ertan, **a.g.e.**, s.38; Hayri Domaniç, **a.g.e.**, s.5 vd.

olan TBK m.27, m.28 ve m.29’da sözleşme serbestisi ve ahde vefa ilkesinin sınırlarını çizmiştir. Bunlar, TBK m.27 kapsamında sözleşmenin emredici kanun hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olması, sözleşmenin konu itibarıyla imkansız olması; TBK m.28 kapsamında aşırı yararlanma ve TBK m.29 kapsamında ön sözleşmedir¹²⁰.

Buradan hareketle, TTK m.22’nin TBK m.182/III’e bir istisna getirmesiyle tacirler bakımından TBK m.26 ve m.182/I hükümlerinde düzenlenen sözleşme özgürlüğü ve ahde vefa ilkesine dönülmüş iken, sözleşme özgürlüğüne ilişkin hükümlerle birlikte sözleşme özgürlüğünün istisnalarına dair TBK m.27 ve TBK m.28 hükümlerinin de uygulama alanı bulacağına dikkat edilmelidir. Bu yorumla, TTK m.22’nin uygulama alanı dışında kalan durumlar ortaya çıkacak, TBK m.27’deki ahlaka aykırılık sebebiyle kesin hükümsüzlük ve TBK m.28’deki aşırı yararlanma hükümlerinin uygulama alanı incelenmelidir.

A. Ahlaka Aykırılık Nedeniyle Kesin Hükümsüzlük (Butlan)

1. Genel Olarak

TBK m.27 uyarınca kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Tacir de olsa bir kimsenin ekonomik özgürlüğünün aşırı derecede sınırlandırılması doktrinde ve Yargıtay içtihadında ahlaka aykırılık sebebi olarak kabul edilmiştir. Sözleşmenin ahlaka aykırı sayılması için borçlunun ekonomik özgürlüğünü yok etmesi veya ağır şekilde kısıtlaması ya da ekonomik geleceğini tehlikeye düşürmesi, yani kısaca “*ekonomik mahvına*” sebep olması gerekmektedir.

Yargıtay içtihadı ve doktrinde hakim olan görüşe göre, tacirin ekonomik mahvına sebep olacak nitelikte ceza koşulu ahlaka aykırı olarak kabul edilmektedir.

¹²⁰ Ahmet Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.

Hemen belirtmek gerekir ki, ceza koşulunun “aşırı” olması ile “ahlaka aykırı olması” birbirinden farklı durumlardır. Ceza koşulunun salt yüksek miktarda olması ahlaka aykırı olmasına sebep olmaz. Ceza koşulunun aşırı olması ile ahlaka aykırı olması arasındaki en önemli fark, aşırı ceza koşulunda ortada geçerli ve TBK m.182/III kapsamında indirimine tâbi bir ceza koşulu mevcut iken, ahlaka aykırı ceza koşulu TBK m.27 kapsamında kesin hükümsüzlüğe tâbi olup geçersizdir. Ayrıca, ahlaka aykırılığın tespitinde ceza koşulunun kararlaştırıldığı andaki şartlar esas alınırken, ceza koşulunun aşırılığının tespitinde hakim görüşe göre ceza koşulunun muacceliyet tarihi esas alınır. Önemle belirtmek gerekir ki aşırı ceza koşulu borçlunun ekonomik mahvına sebep olamaz, bu sebeple ahlaka aykırılık oluşturamaz. *Vice versa*, ahlaka aykırı ceza koşulu indirimine tâbi tutulamaz.

Ahlaka aykırı ceza koşulu tacirler bakımından ilk olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 20.03.1974 tarihli kararında¹²¹ içtihat edilmiştir. Karar konusu olayda, eser sözleşmesi kapsamında (davacı) yüklenici tacir, eseri vadesinde teslim edemeyince günlük hesaplanan bir ceza miktarı üzerinden, sözleşme kapsamındaki alacağının da çok üzerinde bir miktarda ceza koşulu ödeme borcu altına girmiş, bakiye istihkak alacağı talepli davasında davalı tarafından alacağına mahsup edilen ceza koşulu borcunun kanuna ve iyi niyet kurallarına uygun düşmediğini, fahiş olduğunu ileri sürmüştür. Yerel Mahkeme, 6762 sayılı Ticaret Kanunu’nun 24. maddesine dayanarak tacirin ücret ve ceza koşulunun indirilmesini talep edemeyeceği gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun bozma kararındaki önemli gerekçeler şu şekildedir:

“B.K.’nun 161/3. maddesi hükmüne karşı olarak Ticaret kanunu’nun 24. maddesi ile tarafların ceza miktarını serbestçe tesbit edebilecekleri esası kabul edilmiştir. Ceza tutarı borçlunun taahhüdünden elde edeceği menfaate tecavüz etse bile cezanın indirilmesi düşünülemez. Ancak T.K.’nun 24. maddesi ile tacir olan şahsa ve akdine tanınmış olan bu akit serbestisi bütün akitler için sınır çekmiş olan B.K.’nun 20. maddesi ile tahdit edilmiştir. Cezai şart borçlunun iktisaden mahvını mucip olacak derecede ağır ve yüksek ise adap ve ahlaka aykırı sayılarak tamamen veya kısmen iptal edilmesi gerekir. Borçlu tacir olsa dahi böyle bir durumda ceza iptal edilebilir. Çünkü ahlak ve adaba aykırılık dolayısıyla şartın butlanı genel bir hükümdür. T.K.’nun 24. maddesi hükmünün bu genel müeyyidenin uygulanmasına engel sayılacağı düşünülmaz.

¹²¹ YHGK, E.1970/ 1053, K.1974 / 222, T.20.03.1974 (Sinerji İctihat Bankası, Erişim Tarihi:16.06.2019).

...

Bidayet mahkemesi, cezai şartın fahiş olması ile ahlak ve adaba aykırı bulunmasını ayırmak yoluna gitmemiştir. Ticaret Kanunu'nun 24. maddesi, Borçlar Kanunu'nun 161. maddesinin son fıkrasına yaptığı yollamadan da anlaşılacağı gibi, yalnız fahiş olsa dahi cezai şartın indirilemeyeceği esasını kabul etmiştir. Yoksa ahlak ve adaba ve emredici hükümlerinin koyduğu kurallara aykırı olan cezai şartın geçerli olmasını kabul etmemiştir, maddede bu sonucu veren bir hüküm yoktur. Fahiş cezai şartın tenkisini önleyen bir hüküm isten bulunsun, isterse bulunmasın cezai şartın ahlaka ve adaba, emredici hükümlere aykırılığı sebebiyle iptal edilmesine bu durumun bir etkisi olmaz.

...

(654, 699) lira keşif değerli bir işte cezai şartın baliğ olduğu miktarın ve özellikle mukavelede günde (500) lira cezai şart kabul edildiği halde, buna günde (10.000) liraya çıkaran protokolün yapıldığı 29.3.1963 tarihinden bu meblağın kabulünün, o tarihteki durumu itibarıyla borçlu müteahhidin iktisadi hürriyetini kabul edilmez derecede tazyik edip etmediği, iktisadi mevcudiyetinin büyük bir tehlike altına girmesini veya yıkılmasını mucip olup olmadığı, doğru ve makul tacirlerin vasatı görüşleri açısından taysın ve takdir edilmelidir.”

Yargıtay bu kararında ve daha sonra verdiği kararlarında¹²², borçlunun ekonomik özgürlüğünü yok etmesi veya kabul edilemez derecede kısıtlaması,

¹²² Yargıtay 19. HD, E.2012/16814, K.2013/4336, T.07.03.2013 (Sinerji İçtihat Bankası, Erişim Tarihi:09.05.2018): “...6762 sayılı TTK'nun 24 (6102 sayılı TTK'nun 22.) maddesine göre tacir sıfatına haiz borçlu, fahiş olduğu iddiası ile cezai şarttan indirim yapılmasını mahkemeden isteyemez. Kural bu olmakla birlikte, Yargıtay, kararlaştırılan cezai şart miktarının ekonomik yönden borçlunun yıkımına sebep olabilecek tarzda yüksek olduğunun saptanması halinde tacir olan borçlu yönünden de cezai şarttan indirim yapılabileceğini kabul etmektedir. Ancak, böyle bir indirimin yapılabilmesi için sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın borçlunun ekonomik yönden yıkımına yol açacağının belirlenmesi gerekir. Somut olayda, bu hususa ilişkin olarak yapılan araştırma ve inceleme ile hükme esas alınan bilirkişi raporu yeterli olmayıp, Yargıtay denetimine de elverişli görülmemiştir. O halde mahkemece yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda 05.09.2003 tarihli taahhütnamede belirtilen cezai şart miktarının ekonomik yönde davalı borçlunun yıkımına neden olacak şekilde fahiş olup olmadığı yönünden daha ayrıntılı araştırma ve inceleme yapılarak davalının ekonomik durumunu tüm yönleri ile ortaya koyacak geniş kapsamlı ve Yargıtay denetimine elverişli bir rapor alındıktan sonra deliller hep birlikte değerlendirilip, varılacak uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.”; Yargıtay 19. HD, E.2010/11107, K.2011 / 4427, T.05.04.2011: “...cezai şartın tenkisi tacir sıfatına haiz borçlu tarafından istenemez ise de B.K.nun 19-20 ve B.K.nun 161/2. maddeleri gereğince cezai şart tacir borçlunun ekonomik olarak mahvına sebep olacak derecede ağır ve yüksek ise bu husus genel adap ve ahlaka aykırı sayılacağından mahkemece cezai şartın tamamen veya kısmen iptaline karar verilmesi mümkündür. Bu durumda mahkemece tarafların iktisadi durumu, davalı borçlunun ödeme gücü ve kabiliyeti göz önüne alınıp tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir karar verilmesi gerekirken...”; Yargıtay 6. HD, E.2009/ 6629, K.2010 / 4835, K.22.04.2010: “TTK'nın 24. maddesi gereğince tacir sıfatını haiz borçlu BK'nın 161/3. maddesinde yazılı cezai şartın indirilmesini mahkemeden isteyemez ise de hükmedilecek cezanın ekonomik yönden davalının mahvına sebep olması halinde cezadan indirim yapılabileceği uygulamada kabul edilmektedir.”; Yargıtay 11. HD, E. 2004/ 15293, K.2005 / 12550, T. 19.12.2005: “Gerek BK'nun da, gerekse TTK' nun da sözleşme serbestisi ilkesi benimsenmiştir. Tarafların, cezai şartı diledikleri şekilde tespit etmeleri mümkündür. TTK' nun 24'ncü maddesi, tacir

ekonomik geleceğini tehlikeye düşürmesi ya da ekonomik yönden yıkımına (mahvına) yol açması sonucunu doğuracak ceza koşulunun ahlaka aykırı olması sebebiyle TBK m.27 (eBK m.20)'ye aykırı olduğunu içtihat etmiştir.

Yargıtay'ın ahlaka aykırılığın tespitinde kullandığı kriter, borçlunun ekonomik durumunun bilirkişilerden rapor alınmak suretiyle araştırılarak, ceza koşulunun ödenmesi halinde borçlunun ticari hayatını sürdürüp sürdüremeyeceğidir. Bunun yanında, bazı kararlarında, borçlunun kusuru, alacaklının asıl borcun ifasından menfaati ile ceza koşulunun ödenmesiyle elde edeceği yarar arasındaki oran, alacaklının borcun ifa edilmemesi sonucunda uğradığı zararı da ölçüt olarak kullanmaktadır. Yargıtay, kararlarında ahlaka aykırılık incelemesi yaparken ceza koşulunun tazmin ve ifaya teşvik işlevlerini bir arada gözetmekte ve dengeli bir yaklaşım sergilemektedir¹²³.

Yargıtay, ücret ve ceza koşulunun indirilmesine ilişkin bazı kararlarında ahlaka aykırılığın tespiti için TMK m.23/II kapsamında bir değerlendirme yapmaktadır. TMK m.23/II uyarınca, *“Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz.”* Anılan kanun hükmünün, TBK m.27 hükmünün yanında sözleşme serbestisini sınırlandıran bir hüküm olduğu kabul edilmektedir¹²⁴.

sıfatı bulunan borçlunun taraflarca tayin edilen ücret ve cezanın fahiş olduğunu ileri sürerek indirim talep edemeyeceğini hükme bağlamıştır. Ancak, bu ceza tacirin ekonomik olarak yıkımına neden olacak bir miktarda ise bu halde cezai şart BK'nun 19 ve 20'nci maddeleri hükümleri gözetilerek ahlak ve adaba aykırılık nedeniyle indirime tabi tutulabilir. O halde, tarafların tacir oldukları, cezai şartın tahsili halinde davalının ekonomik açıdan yıkıma uğrayacağı yönünde bir savunma bulunmadığı dikkate alınmadan ve de hiçbir gerekçe gösterilmeden yazılı şekilde re'sen cezai şartın tenkisine karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün bozulması gerekmiştir.”

¹²³ Muhammet Emin Bingöl, **a.g.e.**, s.127; Yargıtay 13. HD, E.1977/ 4495, K.1977 / 5010, T.14.11.1977 *“... Kanunumuzda, ceza koşulunun, ceza ve tazminat fonksiyonları kaynaştırılarak, bileşik sistem kabul edilmiştir. Bu sistemin sonucu ise aşırı görülen ceza koşulunun indirilmesinde, tazmin ve cezanın dengeli olarak korunmasıdır. O nedenle, ceza koşulunun ceza fonksiyonu hiç sayılarak, yalnızca zarar karşılığı olan tutara kadar indirme yapılması kanuna aykırıdır. İndirimin en son sınırı, zarar ve işin gereğine göre belirlenecek cezanın toplamıdır. Mahkemece, bu yön gözetilmeksizin, ceza koşulunun, yalnızca zarar tutarı üzerinden ve bu sınıra kadar indirilmesi suretiyle tahsili bozmayı gerektirir.”* (Sinerji İçtihat Bankası, Erişim Tarihi:05.08.2018).

¹²⁴ YHGK, E.2012/ 11-1601, K.2013 / 752, T.22.05.2013 (Sinerji İçtihat Bankası, Erişim Tarihi:15.07.2018): *“Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 23/2. maddesindeki düzenleme uyarınca da; kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz. Görüldüğü üzere, mevzuatımızda, sözleşme serbestisi ilkesi yanı sıra bu özgürlüğün sınırları da belirlenmiş durumdadır.”* ; Yargıtay 11. HD, E.2012/ 17736, K.2013 / 9814, T. 13.05.2013 (Sinerji İçtihat Bankası): *“Anayasa'nın 48. maddesi uyarınca herkes çalışma hürriyetine sahip olup uyumsuzluğa uygulanması gereken 818 sayılı Yasanın 19, 20, 155, 161 ve TMK'nın 23'ncü maddeleri karşısında davalının daha önce çalıştığı ilçede sözleşmenin sona ermesinden sonra 2 yıl süre ile mesleğini icra*

TMK m.23/II kişilerin “ekonomik özgürlüğü”nü korur ve kişinin özgür iradesi ile akdettiği sözleşmenin karşı tarafından kaynaklanan suistimallere karşı korunmasını sağlar¹²⁵. Ekonomik özgürlük doktrindeki tanımlardan¹²⁶ yola çıkılarak, kişinin serbestçe ekonomik (iktisadi) faaliyetlerde bulunması, mesleki ve ticari itibarını ve ekonomik kazanımlarını serbestçe kullanabilmesini ifade eder. Kişinin ekonomik özgürlüğünü yok eden, kabul edilemeyecek ölçüde kısıtlayan ve alacaklının sömürüsüne açık hale getiren tüm taahhütler ahlaka aykırı kabul edilmektedir. Bu

edememesi bir rekabet etmeme koşulu değil, kelepçeleme sözleşmesi niteliğinde olup, davalının ekonomik özgürlüğünü kısıtlayan bu hüküm ve dolayısıyla da buna dayalı cezai şart koşulu da geçersizdir.” (Sinerji İçtihat Bankası, Erişim Tarihi:15.07.2018).

¹²⁵ Yargıtay 11. HD, E. 2015/3828, K.2015/11197, T.28.10.2015: “*Dava, iş sözleşmesi bünyesinde düzenlenen rekabet yasağına aykırılık nedeniyle haksız rekabetin tespiti, önlenmesi ve maddi tazminat istemine ilişkin olup, mahkemece yapılan yargılama sonunda davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Sözleşmenin tarafları, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde sözleşmenin konusunu belirlemede özgür iseler de bu özgürlüğün sınırsız ve sonsuz olduğu söylenemez. Anayasa, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu hükümleri ile sözleşme özgürlüğünün sınırlarını çizmiştir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti başlıklı 48. ve devamı maddelerinde, herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olduğu bildirilmiş, BK’nın 19. maddesinin ilk fıkrasında, bir akdın mevzuunun kanunun gösterdiği sınır dairesinde serbestçe tayin olunacağı belirtiltikten sonra, 2. fıkrasında bu serbestinin sınırları gösterilmiş, 20. maddesinde ise bir akdın mevzuunun gayri mümkün veya gayri muhtemel yahut ahlaka (adaba) mugayir olması halinde o akdın batıl olacağı, MK. 23/2. maddesinde de kimsenin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamayacağı düzenlenmiştir. Bu yasal düzenlemeler karşısında, tarafların sözleşme içeriğinde, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile güvence altına alınan çalışma hürriyeti ilkesine aykırı olarak ve bu özgürlüğü ihlal anlamına gelecek herhangi bir düzenleme yapmalarının mümkün değildir. Taraflar arasında düzenlenen iş sözleşmesi incelendiğinde, davalı işçinin, şirketin işine rakip herhangi bir işe veya faaliyete doğrudan veya dolaylı olarak girmeyeceği konusunda 2 yıl süreli bir yasak getirildiği, yasağın ihlali halinde ise bir yaptırım öngörülmediği anlaşılmaktadır. Davalının müşteri portföyü bilgilerine ve ticari sırlarına davacının vakıf olduğu, davacı tarafından, davalı ile aynı alanda faaliyet gösteren bir limited şirket kurulduğu ve haksız rekabete girildiği, davacı müşterileri davalı tarafından etki altına alındığından iş hacimlerinin ve faaliyet karlarının olumsuz etkilendiği, davalının eylemleri nedeniyle zarara uğradığı iddiası ile dava açılmış ise de, dosya kapsamında davalının eylemleri nedeniyle davacının zarara uğradığına dair somut veri bulunmamakla birlikte; yukarıda açıklanan yasal düzenlemeler karşısında da, iş sözleşmesi ile davalının Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde 2 yıl süreyle davacı şirketin işine rakip bir işte çalışmayacağı şeklinde çalışma yasağı getirilmesi ve sınırlarının yeterince belirlenmemesi durumu da başlıbaşına Anayasa ile güvence altına alınan çalışma hürriyetinin açık bir ihlali niteliğinde olup, mahkemece bu hususlar göz önünde bulundurulmaksızın davanın reddi yerine kısmen kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün davalı yararına bozulması gerekmiştir.”* (Sinerji İçtihat Bankası, Erişim Tarihi:16.09.2018).

¹²⁶ “bir kişinin ekonomik faaliyetlerine son verebilmesini, meslek ve ticari itibarı, kredisi ile sırları üzerinde sahip olduğu her türlü haklarını ve yetkilerini ifade etmektedir.”, Ateş, s.251-252; “bireylerin mal ve hizmet değişimi işlemlerinde devlet kontrolünün olmaması, ülke içinde veya dışında mal ve hizmet değişiminin gönüllülük esasına göre yapılması, bireylerin iktisadi tercihlerinde ve mülkiyet haklarında devlet güvencesinin olması”, Taner Güney, “**Ekonomik Özgürlük ve İnsani Gelişmişlik**”, Taner Güney, Ekonomik Özgürlük ve İnsani Gelişmişlik, Hitit Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Yıl 10, Sayı 2, Aralık 2017, ss. 1109-1120, s.1109; “ekonomik özgürlükler, bireylerin serbestçe iktisadi faaliyetler sonucunda elde ettikleri değerleri dışarıdan herhangi bir zorlama olmaksızın serbestçe kullanabilmeleri ve sahiplenmeleridir.”, Coşkun Can Aktan, “**Devlet Müdahalesi ve Ekonomik Özgürlükler**”, Bkz. http://www.canaktan.net/canaktan_personal/canaktan-arastirmalari/devlet-reformu7aktan-devlet-mudahalesi-ekonomik-ozgurluk.pdf, .s2.

noktada, her sözleşmenin bir bağlanma ve kısıtlanma olduğu iddia edilebilir. Ancak her taahhüt ve bağlanma ahlaka aykırılık teşkil etmez. Kısıtlamaların ahlaka aykırı olup olmadığı incelenirken, borçlunun ekonomik faaliyet alanının kabul edilemeyecek ölçüde kısıtlanıp kısıtlanmadığına bakılmalıdır.

Her ne kadar TMK m.23/II ile TBK m.27/I hükümlerinin ortak bir şekilde ahlaka aykırılığı konu edildiği fark edilse de, her iki hükümde korunan hukuki değerin aynı olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, her iki hükümde geçen ahlaka aykırılığın anlamı aynı da olsa, TMK m.23/II hükmündeki amaç şahsın kişiliğinin hukuki işleme karşı korunmasıdır. TBK m.27 ise yalnızca kişiyi değil, toplumu da korumakta; işlemin sadece bireydeki etkisi değil, toplum ve üçüncü kişi üzerinde yarattığı menfaat ve zararlar da gözetilmektedir. Diğer görüşe göre her iki hüküm de aynı hukuki değerleri korumayı amaçlamaktadır; her iki hükümde de gözetilen genel ahlak kuralları aynı anlama gelmektedir. Bu görüşe göre TMK m.23/II, kişisel özgürlüklere dair genel bir hüküm iken TBK m.27 hükmü kişisel özgürlüklerin bir türü olan sözleşme serbestisinin sınırlarına ilişkin bir hükümdür¹²⁷.

Gerek TBK m.27/I gerekse TMK m.23/II hükümleri kapsamında ahlaka aykırılık incelemesi yapılırken esas alınan temel kriterin “ekonomik mahvına sebep olma” veya “ekonomik özgürlüğün kabul edilemeyecek ölçüde sınırlandırılması” olduğu kabulü, kanımızca yerindedir. Hukuk sisteminde korunması gözetilen husus piyasadaki daha güçlü aktörlerin ceza koşulu ve ücret üzerinden baskı ve sömürü uygulayarak tacirin ticari hayattan silinmesi tehlikesini bertaraf etmek ve tacirin ekonomik hayatının devamını sağlamaktır. O halde, her tacirin subjektif durumunun gözetilmesi, farklı ekonomik durumda olan tacirlerin aynı koşullar altında akdedilmiş ceza koşulunun taraflar açısından farklı etkiler doğurmasını engellemektedir. Ekonomik durumları farklı olan tacirlerin standart bir uygulamaya tâbi tutulması halinde ortaya çıkan eşitlik sadece şekli olacak, maddi bir eşitlikten söz edilemeyecektir. Bu sebeplerden ötürü, tacirin ücret ve ceza koşulunun ahlaka aykırı

¹²⁷ Serozan’a göre, TBK m.27 ve TMK m.23/II hükmü bir madalyonun iki yüzü gibidir, her iki hüküm de yaptırım ve şartlar bakımından aynı kapsamda değerlendirilir. Bkz.Rona Serozan, Medeni Hukuk, s.462.

olduğunu iddia edebilmesi için ücret ve ceza koşulunun ödenmesi halinde ekonomik olarak mahva uğrayacak olması şartının aranması isabetlidir.

Bununla birlikte, Yargıtay'ın az sayıda kararlarıyla paralel olarak doktrinde bir görüşe göre, bazı durumlarda tacir ekonomik mahva uğramasa da ceza koşulunun ahlaka aykırılığı söz konusu olabilecektir. Çünkü taraflardan bir tanesinin üstün durumunu kullanarak karşı tarafı sömürmek amacıyla karşı tarafla, ortaya çıkabilecek muhtemel zararın çok üzerinde bir ceza koşulu kararlaştırılabilir. Örneğin, yüklenici A ve arsa sahibi B arasında akdedilen hasılat paylaşımli inşaat sözleşmesi kapsamında yüklenici firma olan A'nın borcunu ifada gecikmesi halinde B'ye 1.000.000-TL ceza koşulu ödeyeceği akdedilmiş, TBK m.179/II hükmü kapsamında ifaya eklenen ceza koşulu olarak kabul söz konusu ceza koşulunun ifa yerine ceza koşulu olduğuna dair aksine bir anlaşmanın mevcut olmadığı farz edilsin. A'nın borcu 10 gün gecikmeyle ifa etmesi halinde dahi B'nin uğrayacağı zarar 50.000-TL olmasına rağmen A, ifada gecikme halinde B'ye 1.000.000-TL ceza koşulu ödemek zorunda kalacaktır. Bu görüşe göre, her ne kadar A, bu ceza koşulunu ödemesi halinde ekonomik olarak mahva uğramayacak da olsa, bu şekilde kararlaştırılmış bir ceza koşulu borçlunun sözleşmeyi ifa etmesini teşvik amacından çıkarak bir sömürü işlevi görmektedir ve genel ahlakın gözettiği değerlere aykırıdır.

Nitekim Yargıtay da birtakım kararlarında ceza koşulunun ahlaka aykırılığını incelerken tacirin ekonomik mahvına sebep olması şartını değerlendirmemiş, tacirin ekonomik mahvının söz konusu olmadığı hallerde de ceza koşulunun ahlaka aykırı olabileceğine hükmetmiştir. Yukarıda verdiğimiz örnekteki olayla benzerlik gösteren bir olaya dair Yargıtay Hukuk Dairesi şu şekilde hüküm tesis etmiştir:

“Taraflar arasındaki 31.3.1995 tarihli sözleşmenin 8. maddesinde, inşaatın 30.6.1995 gününe kadar bitirilmemesi halinde 380.000.000 liranın iki katı kadar bir tazminatın iş sahibine ödeneceği kararlaştırılmıştır. Bu tazminat, BK.nın 158/II. maddesinde düzenlenmiş bulunan "ifa kili ceza" niteliğindedir. Sözleşmeye göre de, işin bedil, zaten 380.000.000 liradır. Daha açık bir anlatımla, yüklenici - ceza olarak- hem aldığı e alacağı bedeli ve hem de bu bedelin bir mislini ödeyecek, iş sahibi de -durduğu yerde, hem yapılan imalatı bedavaya getirecek ve hem de iş bedeli kadar bir yerde- hem yapılan imalatı bedavaya getirecek ve hem de iş bedeli kadar bir para alacaktır. Gerçi, geciken ifa nedeniyle iş sahibinin de zararı söz konusu olursa da, sözleşmedeki bu ceza hükmü, muhtemel zararın ço ötesinde, onu aşan, etik yönden toplumu rahatsız eden, adeta angaryayı meşru sayan bir hükümdür. Yüklenicinin iktisadan mahvına

neden olmasa da, taşıdığı bu sakıncalarından dolayı Anayasa'nın 18. ve BK'nın 19. maddelerine aykırı olup, BK'nın 20/II. maddesi uyarınca butlan ile batıldır. bu itibarla, reddi gereken ceza isteminin kabulü isabetli bulunmamış kararın açıklanan nedenle de bozulması gerekmiştir.”¹²⁸

Dikkat edilirse Yargıtay, geciken ifa sebebiyle alacaklının muhtemel zararının çok üzerinde kararlaştırılan ceza koşulunun her ne kadar tacirin mahvına sebep olmasa da etik yönden toplumu rahatsız etmesini Anayasa m.18’de yasaklanan angarya kapsamında değerlendirmiştir.

Yine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından 29.05.2017 tarihinde verilen bir kararda ceza koşulunun ahlaka aykırılığı Anayasa’nın 48. maddesine dayandırılmıştır. Karar şu şekildedir:

“Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyumsuzluk; taraflar arasındaki taşıma sözleşmesinin 16. maddesinde düzenlenen cezai şart hükmünün geçersiz sayılmasının gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır. Bilindiği üzere, Anayasa’nın Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti başlıklı 48. maddesi uyarınca herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir. ... Bu maddeden sonra gelen madde ise; sözleşmenin konusunun gayri mümkün veya gayri muhik yahut ahlaka (adaba) mugayir olması halinde geçersiz olacağı belirtilmiştir (Mülga BK m.20; TBK m.27). Benzer bir geçersizlik hali de, aynı yasanın 161. maddesinde cezai şartlara ilişkin olarak da öngörülmüştür. Bu hükümlerin yanı sıra, Türk Medeni Kanunu’nun (TMK) 23/2. maddesindeki düzenleme uyarınca da; kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz. ...

... Sözleşmeler bazen hukuka değil, ancak ahlaka uygun olmayabilir. Ahlak kuralları, hukuk kurallarından farklı olarak yazılı olmayan kurallardır. Toplumun değer yargıları ve ahlak anlayışı bir davranışın ahlaka uygun olup olmadığını tayin eder. Bu nedenle, ahlak kuralları zamandan zamana, toplumdan topluma hatta yöreden yöreye değişirler. Sözleşmenin ahlaka aykırı olup olmadığı, toplumun ahlak anlayışı göz önünde tutulmak suretiyle belirlenebilir. Bahsi geçen ahlaka aykırı sözleşmelere, ekonomik olarak zayıf ve diğerine muhtaç durumda olan sözleşme tarafının, kendisinden daha güçlü diğer tarafın isteklerini kabul ederek imzalamak zorunda kaldığı sözleşmeler örnek verilebilir. Öğretide kavram birliği olmasa da, bu tür sözleşmelere değişik isimler verilmiştir. Bunlar arasında; kelepçeleyen sözleşmeler, köleleştiren sözleşme, cendere sözleşmeleri, kımıldamayacak bir surette bağlama sözleşmesi sayılabilir. Somut olaydaki uyumsuzluk, taraflar arasında imzalanan Taşeron Sözleşmesi

¹²⁸ Yargıtay 15. HD, E.1999/4655, K.2000/2324, T.11.05.2000 (Sinerji İçtihat Bankası, Erişim Tarihi:31.01.2018).

başlıklı sözleşmeden kaynaklanmaktadır. Bu sözleşmenin cezai şartı belirleyen 16. maddesinde Bu sözleşmeyi imzalamış olan taşıeron araç sahibi iş bu sözleşmenin sona ermesi ya da fesih edilmesini takip eden 2 (iki) yıl içerisinde, gerek ferden gerek başka bir şirket unvanı altında Ö... adına taşıma işleri yaptığı şahıs veya firmaların taşıma işlerini üstlenemez. Taşıeron araç sahibi herhangi bir şekilde bahse konu şahıs ve firmaların taşımasını üstlendiği takdirde, Ö... e 10.000,00 TL cezai şart ödemeyi şimdiden kayıtsız şartsız kabul ve taahhüt etmektedir. İşbu sözleşmenin süresinin bitimi veya tarafların sözleşmeyi fesh veya sona erme tarihinden itibaren 2 (iki) yıl müddetle geçerli ve tarafları bağlar düzenlemesine yer verilmiştir. Bu şekildeki hükmün konulma amacının, yukarıda açıklandığı üzere, taraflardan birisinin (davalının) çalışma özgürlüğünü sınırlayan bir hüküm olduğunda tereddüt bulunmamaktadır. Bu nokta da tespiti gereken, bu sınırlamanın hukuka ve ahlaka aykırı olup olmadığıdır. ... Bu itibarla, taraflar arasındaki taşıma sözleşmesinin 16. maddesinde düzenlenen cezai şart hükmünün geçersiz sayılması gerekir.”¹²⁹

Yargıtay bu kararında, TBK m.27/II ve TMK m.23/II hükümlerinin yanı sıra Anayasa’nın çalışma ve sözleşme yapma hürriyetine dair 48. maddesi uyarınca, çalışma özgürlüğünü makul olmayacak derecede sınırlayan ceza koşulunun ahlaka aykırı olduğuna karar vermiştir.

Kanaatimizce, ceza koşulunun tacirin ekonomik mahvına sebep olmasa da ahlaka aykırı olabileceği yönündeki görüş, borçlunun ceza koşulu borcu ile alacaklının muhtemel zararının mukayese edilmesi suretiyle sözleşmelerdeki menfaatler dengesinin hakim tarafından incelenmesine kadar gidebileceğinden, ilk bakışta (*prima facie*) TBK m.182/III hükmü kapsamında hakimin indirim kıstaslarının TBK m.27/II hükmü kapsamındaki ahlaka aykırılık incelemesinde uygulandığını akla getirse de, Yargıtay’ın sözleşmedeki menfaatler dengesi incelemesini Anayasa m.18 ile sınırlı tutması bu görüşün hukuki zeminini ve inceleme kapsamını netleştirmiştir. Böylece TBK m.26’da düzenlenen sözleşme serbestisinin ahlaka aykırılık başlığı altında toplanan istisnaları sadece TBK m.17/II, TMK m.23/II ve Anayasa m.18 gibi temel hükümlerde yerini bulmuştur. Kanaatimizce de, ceza koşulunun ahlaka aykırı olup olmadığı incelenirken sadece “tacirin ekonomik mahvı” kriterinden yola çıkılması hatalı olup, tacirin ekonomik mahvına sebep olmasa da ceza koşulunun ifaya yönlendirme amacından saparak borçlu taciri sömürme aracına dönüşmesi halinde

¹²⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E.2012/11-1601, K.2013/752, T.22.05.2013 (Sinerji İçtihat Bankası, Erişim Tarihi:31.01.2018)

Anayasa m.18 gereğince angarya yasağı kapsamına girecek ve yine ahlaka aykırılık söz konusu olacaktır.

2. Ceza Koşulunun Ahlaka Aykırı Olmasının Hukuki Sonucu

Kararlaştırılmış olan ücret veya ceza koşulunun, ahlaka aykırı olması sebebiyle tamamen geçersiz mi olacağı yoksa sadece ahlaka aykırı olan kısmının mı geçersiz olacağı konusu tartışmalıdır.

Yargıtay uygulamasına göre ahlaka aykırı bir ceza koşulu TBK m.27/I uyarınca kesin hükümsüzlüğe, eğer şartları mevcutsa TBK m.27/II uyarınca kısmi kesin hükümsüzlüğe tâbidir. Yani Yargıtay¹³⁰, ahlaka aykırı bir ceza koşulunun tamamen geçersiz sayılabileceği gibi, ceza koşulunun ahlaka aykırı kısmının geçersiz kılınmasının mümkün olabileceğini içtihat etmiştir. Bu görüş doktrindeki bir grup yazar¹³¹ tarafından da desteklenmektedir. Bu görüşe göre, sözleşmelerdeki maddelerin bölünebilmesi gibi edimler de miktar bakımından bölünebilir¹³². TBK m.27/II hükmünde yer alan “*sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması*” ifadesinden hareketle, bir edim olan ceza koşulunun ahlaka aykırı kısım ve ahlaka aykırı olmayan kısım şeklinde ikiye bölünebileceğini, ahlaka aykırı kısmın TBK m.27/I hükmü kapsamında geçersiz olacağı, ahlaka aykırı olmayan kısmın TBK m.27/II c.1 hükmünden hareketle diğer kısımdan etkilenmeden geçerli olacağı bu görüş kapsamında kabul edilmektedir.

Birinci görüş, sözleşmelerin birden çok anlaşmadan meydana geldiği, sözleşmelerin anlaşmalar bakımından bölünebilir olduğu kabul edilse de anlaşmaların bölünebilir nitelikte olmadığı, bu sebeple edimlerin miktar yönünden “hukuka uygun kısım” ve “hukuka aykırı kısım” şeklinde bölünemeyeceği gerekçesiyle doktrinde bazı yazarlar tarafından eleştirilmektedir. Bu yazarlara göre, ceza koşulu asıl sözleşmenin bir parçası olup, ceza koşulu anlaşması kendi içinde ayrıca bölünemez. Bu yazarlardan

130 YHGK, E.1970/1053, K. 1974/222, T.20.03.1974 (Sinerji İctihat Programı, Erişim Tarihi: 17.06.2019).

131 Fikret Eren, **a.g.e.**, s.337.

132 Köksal Kocaağa, **a.g.e.**, s.390.

OĞUZMAN/ÖZ'e¹³³ göre, ceza koşuluna TBK m.27/II hükmünün tatbik edilmesi durumunda ya tüm ceza koşulu geçersiz olacak ya da ceza koşuluyla birlikte tüm sözleşme geçersiz olacaktır. O halde, TBK m.27/II hükmünün kıyasen uygulanması durumunda ceza koşulu her durumda tamamen geçersiz olacaktır. Lâkin genel hükümler kapsamında aşırı ceza koşulu indirime tâbi tutulurken, tacirler bakımından ahlaka aykırı ceza koşulunun tamamen geçersiz sayılması ve tacirin ceza koşulu borcundan tamamen kurtulması, tacirin tacir olmayanlara göre daha çok korunması anlamına gelecektir ki ticari iş sahasının adi iş sahasına göre daha fazla korunması ticaret hukukunun genel ilkeleriyle çelişecektir. Hatta TTK m.22'nin amacının, tacirlerin durumunu tacir olmayanlara göre daha da ağırlaştırmak olduğuna¹³⁴ göre, ahlaka aykırı her ceza koşulunun geçersiz olduğuna karar verilmesi TTK m.22'nin amacına ve varlık sebebine (*ratio legis*) aykırı olacaktır. Bu durumda Oğuzman/Öz tarafından doktrinde ileri sürülen ve destek bulan görüş, TTK m.1530/I hükmünün buraya kıyasen uygulanması görüşüdür. TTK m.1530/I hükmünde kanunen veya yetkili bir makam tarafından konulmuş en yüksek sınırı aşan sözleşmelerin tamamının geçersiz sayılamayacağı, bu sözleşmelerin koyulan en yüksek sınırdan yapılmış sayılacağı düzenlenmiştir.

Son olarak, Hakim, ahlaka aykırılığı incelerken, taahhüt edilen işin değerini, tarafların, özellikle borçlunun ceza koşulunun kararlaştırıldığı tarihteki ekonomik durumunu bilirkişiler vasıtasıyla saptamalıdır¹³⁵. Lâkin ceza koşulu taahhüt edildiği tarihte ahlaka aykırı olacak derecede yüksek olmasına rağmen, muaccel olduğu tarihte değişen koşullar sebebiyle ahlaka aykırılık söz konusu değilse borçlunun ceza koşulunun geçersizliği yolundaki talebi kabul görmemelidir.

¹³³ M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, **a.g.e.**, C.II, s.549.

¹³⁴ Muhammet Emin Bingöl, **a.g.e.**, s.147.

¹³⁵ YHGK, E.1970/1053, K. 1974/222, T.20.03.1974 (Sinerji İçtihat Bankası, Erişim Tarihi:16.06.2019): “Ahlak ve edebe aykırılığı tayin ve takdir edebilmek için taahhüt olunan işin değerini, tarafların ve özellikle borçlunun cezai şartın kabul edildiği tarihteki iktisadi durumu bilirkişiler aracılığıyla tespit edilmeli...”

B. Müzayaka (Zor Durumda Kalma) Hali ve Aşırı Yararlanma (Gabin)

1. Genel Olarak

Sözleşmenin taraflarından birinin diğer tarafın zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden faydalanmak suretiyle, kendi edimine nazaran aşırı orantısız olan bir edim vaadi elde etmesi durumunda aşırı yararlanma (gabin)¹³⁶ söz konusu olur¹³⁷. Gabin, TBK m.28’de düzenlenmiş olup madde hükmü uyarınca,

“Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa, bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir.

Zarar gören bu hakkını, düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği; zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıl içinde kullanabilir.”

¹³⁶ 818 sayılı Borçlar Kanunu m.21’de “gabin” adı altında düzenlenen bu kurum için 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda “aşırı yararlanma” terimi kullanılmıştır. Doktrinde ve uygulamada yerleşmiş, hukuki müesseseyeyle bütünleşmiş ve zamanla kelime anlamından sıyrılarak teknik bir hukuki terim haline gelmiş olan gabin kavramının yerine aşırı yararlanma deyiminin, müzayaka kavramının yerine zor durumda kalma kavramının getirilmesinin pek yerinde olmadığı görüşüne katılmaktayız. Bkz. Veysel Başpınar, “*Hukuk Tekniği Açısından Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi*”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara 2009, s. 225; Veysel Başpınar, “*Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Şekli Açısından Değerlendirilmesi*”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, İstanbul 2010, s. 486; Selmani Okumuş, **a.g.e.**, s.2, dn.4. Yargıtay kararlarında ve doktrindeki yerleşmiş kullanım da dikkate alınarak çalışmamız kapsamında gabin ve müzayaka kavramları kullanılacaktır. Aksi halde, tanım ve değerlendirmelerde aynı hukuki müessese için birden fazla kavram kullanılması tehlikesi ortaya çıkacaktır.

¹³⁷ Pierre Tercier/Pascal Pichonnaz/H. Murat Develioğlu, **a.g.e.**, s.257; Fikret Eren, **a.g.e.**, s.434; Ahmet Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.218; Selmani Okumuş, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Aşırı Yararlanma (Gabin)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s.60; Çiğdem Mine Aslan, **Gabin, Unsurları ve Hukuki Sonuçları**, Ankara, 2006, s.26.

818 sayılı Borçlar Kanunu m.21'den¹³⁸ farklı olarak TBK m.28'de, eBK'da mevcut olmayan “*ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini*” seçeneği eklenmek suretiyle sözleşmenin iptali yerine ayakta tutulması mümkün kılınmıştır¹³⁹.

Doktrinde bir görüşe göre aşırı yararlanma sözleşme özgürlüğüne getirilen bir sınırlamadır. Bu görüşteki yazarlara göre, kanun sistematğinde aşırı yararlanma “*sözleşmenin içeriği*” konu başlığı altında TBK. m. 26 ve 27'den hemen sonra düzenlenmekle sözleşme özgürlüğünün istisnası olarak addedilmiştir. TBK'da “*sözleşmenin içeriği*” şeklindeki konu başlığı altında “*sözleşme özgürlüğü*” kenar başlıklı m.26'da sözleşme özgürlüğü düzenlenmiş ve sözleşmenin içeriğinin taraflarca özgürce kararlaştırılabileceği hüküm altına alınmıştır. “*Sözleşmenin içeriği*” konu başlığı altındaki diğer maddeler sözleşme özgürlüğünün sınırları ve istisnalarını düzenlemektedir. Bunlar, TBK m.27 kapsamında sözleşmenin emredici kanun hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olması, sözleşmenin konu itibarıyla imkansız olması; TBK m.28 kapsamında aşırı yararlanma ve TBK m.29 kapsamında ön sözleşmedir¹⁴⁰. Bu sebeple, bu görüşe göre aşırı yararlanma sözleşme kapsamındaki edimlerin özgürce tayin edilebilmesi bakımından sözleşme özgürlüğüne getirilmiş bir sınırlamadır.

Doktrindeki diğer görüşe göre aşırı yararlanma; yanıltma, aldatma ve korkutma gibi iradeyi sakatlayan hallerden biridir. Bu görüşü savunan yazarlar, birinci gerekçe olarak, aşırı yararlanmada güçlü olan tarafın diğer tarafın iradesini baskıladığını ve zayıflık içerisine düşen tarafın iradesinin zayıflık sebebiyle sakatlandığını, bu sebeple bir tür saik hatası meydana geldiğini ifade etmektedirler. Bu görüşü savunan yazarların ikinci gerekçesi, kanunda aşırı yararlanmaya bağlanan yaptırım ile irade sakatlıklarına bağlanan yaptırımın aynı olması, ikisinde de sözleşme ile bağlı olmama yaptırımının söz konusu olmasıdır.

¹³⁸ “*Bir akitte ivazlar arasında açık bir nispetlilik bulunduğu takdirde, eğer mutazarrırın müzayaka halinde bulunmasından veya hiffetinden yahut tecrübesizliğinden istifade suretiyle vukua getirilmiş ise, mutazarrır bir sene zarfında akdi feshettiğini beyan ederek verdiği şeyi geri alabilir.*”

Bu müddet, akdin inikadından itibaren cereyan eder.”

¹³⁹ Ahmet Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.218.

¹⁴⁰ Ahmet Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.

Bu konuda Yargıtay bir kararında aşırı yararlanmanın irade sakatlığı hallerinden biri olmadığını karar vermiştir¹⁴¹.

Kanun koyucu sözleşmede zayıflık içerisinde olan tarafa, edimler arasındaki dengeyi gözden geçirme imkanı tanımıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararında¹⁴² bu durum şu şekilde ifade edilmiştir: “*Gabin, dar ve zor durumda kalmalarından ötürü sözleşme yapmaya sürüklenmiş olan kişileri korumak ve zayıfı güçlüye ezdirmemek için daha çok sosyal amaçlarla kabul edilmiş bir müessesedir.*” Diğer taraftan, aşırı yararlanmaya bağlanan yaptırımın irade sakatlıklarıyla aynı olması, onun irade sakatlıklarından biri olduğunu göstermez. Yargıtay da 1979 yılında verdiği bir kararda, aşırı yararlanmanın irade sakatlığı hallerinden olmadığını kabul etmiştir .

Nitekim sözleşme özgürlüğünün sınırlarını çizen TBK. m. 26 ve 27'ye aykırılığın yaptırımı kesin hükümsüzlük (butlan) olarak düzenlenmiştir. Aşırı yararlanma ise tıpkı irade sakatlıklarında olduğu gibi sözleşme ile bağlı olmama yaptırımına bağlanmıştır.

2. Tacirin Müzayaka (Zor Durumda Kalma) Halinde Gabin (Aşırı Yararlanma) İleri Sürebilmesi

TBK m.27'de düzenlenen ahlaka aykırılık nedeniyle kesin hükümsüzlük hükmünün uygulama alanı yukarıda incelenmişti. Aşırı yararlanmaya dair TBK m.28 hükmü de Türk Borçlar Kanunu'nda “*Genel Hükümler*” kısmı altında düzenlenmiş bir genel hükümdür. TMK m.5 ve TTK m.1 hükümleri kapsamında aşırı yararlanmaya

¹⁴¹ Yargıtay 1. HD., T. 26.4.1979, E. 1979/2670, K. 1979/5555: “*Gabinde, sözleşmeyi oluşturan iradede yani "kaynak" da bozukluk ve sakatlık yoktur. İrade arzu edilen, istenilen hukuksal sonuç doğrultusunda açıklanmıştır. İrade de bir sakatlık mevcut olmamasına rağmen sözleşme maddî -ekonomik hasıla - açısından normal sayılmayan bir sonuç husule getirmiştir... Rızanın fesada uğradığı hallerde ise irade ile hukuksal sonuç arasında uygunluk ve uyum yoktur. Kopukluk vardır.*” (Sinerji İçtihat Bankası, Erişim Tarihi 02.10.2019).

¹⁴² YHGK, E.1971/1-376, K.24, T.24.01.1973 (Sinerji İçtihat Bankası, Erişim Tarihi 02.10.2019).

dair TBK m.27 hükmü de uygun olduğu ölçüde tüm özel hukuk sözleşmelerine ve TTK. m. 1 uyarınca ticarî nitelikteki sözleşmelere uygulanabilir niteliktedir.

TMK m.5 hükmündeki “*uygun düştüğü ölçüde*” ifadesinden yola çıkarak, aşırı yararlanma hükümlerinin ticari sözleşmelere ne şekilde uygun düştüğü incelenmelidir. TTK m.19/I hükmü uyarınca tacirlerin bütün hukukî işlemlerinin ticarî olduğu karinedir ve TTK m.18/II hükmü uyarınca tacirin, basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekmektedir. Hal böyle olunca, bir tacirin hukukî ilişkileri kapsamında deneyimsizliğini veya düşüncesizliğini ileri sürebileceğini kabul etmek mümkün değildir. Bu sebeple, tacirlerin ancak müzayaka (zor durumda kalma) halinde gabin ileri sürebileceği kabul edilmektedir¹⁴³.

Yargıtay’ın da tacirlerin müzayaka halinde gabin ileri sürebileceğine dair kararları bulunmaktadır. Yargıtay’ın tacirin müzayaka halinde gabin ileri sürebileceğine dair müstekar içtihadı, Kasım 2000’de ve Şubat 2001’de yaşanan iki ayrı finansal krizi takip eden yıllarda oluşmuştur. Yargıtay’ın bundan önceki kararlarında tacirin müzayaka halinde gabin ileri sürebileceği yönünde kararları¹⁴⁴ pek nadirdir. Türkiye’de 22 Kasım 2000 ve 19 Şubat 2001’de patlayan 2 ayrı finansal kriz

¹⁴³ Eugen Bucher, **a.g.e.**, s. 233, dn. 22; Reha Poroy/Hamdi Yasaman, **a.g.e.**, s.140; Kaya Arslan, **a.g.e.**, s.356; Ahmet Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.221; Necip Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 492; Sabih Arkan, **a.g.e.**, s. 139; Fikret Eren, **a.g.e.**, s.437; Türker Yalçınduran, **a.g.e.**, s. 58; Halid Kemal Elbir, **Gabinin Unsurları**, s. 207, 208; Selmani Okumuş, **a.g.e.**, s.98; Eraslan Özkaya, **Gabin Davaları**, Ankara 2000, s. 31; Mahmut Kızır, **Yargıtay Kararları Işığında Basiretli İşadamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğünün Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanmasına Etkisi**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.19, S.2, 2011, s.254-255.

¹⁴⁴ Yargıtay 11. HD., E.2002/ 4990, K.2002 / 6559, T.25.06.2002: “*Mahkemece, iddia, savunma, taraflarca sunulan kanıtlar ve yaptırılan bilirkişi incelemelerine göre, davacının dersane işleten bir tacir olduğu, meydana gelen depremin 7.4 şiddetinde olması büyük hasara yol açtığı, davacının elde ettiği sürekli ve düzenli geliri deprem neticesinde bir anda kaybettiği, bankalarla olan kredi ilişkisi nedeniyle sıkıntı içine girdiği, psikolojik ve iktisadi müzayaka içine düştüğü, BK.nun 21 nci maddesindeki gabin olgusunun gerçekleştiği, poliçe üzerindeki %0 koasürans ve %0 tenzili muafiyetin deprem ve yanardağ püskürmesi ek klotunda geçerli olması gerektiği, bunların sehven yazıldığı savunmasının geçerli sayılmayacağı, iş ve kira kaybının poliçe kapsamında olduğu, davacının bunlardan dolayı toplam (41.412.500.000) lira talep edebileceğinin tespit edildiği gerekçesiyle, davanın gabin iddiasının kabulü ile ibranamenin iptaline, (41.412.000.000) liranın davalıdan tahsiline karar verilmiştir. Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve poliçede özel şartların poliçenin eki olduğu konusunda bir kayıt taşınmaması karşısında davalı vekilinin yerinde bulunmayan temyiz itirazlarının reddi ile kararın onanması gerekmiştir.*” (Sinerji İçtihat Bankası, Erişim Tarihi 02.10.2019).

sonrasında bazı bankalara TMSF tarafından el konulmuş,¹⁴⁵ bu sürecin hemen akabinde, daha önceden de riskli olduğu bilinen bankacılık sisteminin yeniden yapılandırılması süreci başlatılmış ve Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun (BDDK) 27.02.2001 gün ve 189 sayılı kararı ile bazı bankaların denetim ve yönetimi Bankalar Kanunu'nun 14/III madde hükmü uyarınca Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na (TMSF) devir edilmiştir¹⁴⁶. Kriz döneminde gecelik (*overnight, O/N*) faiz olarak mudilerin hesaplarına bankalar tarafından yatırılan fazla meblağlar, kamusal görev yapan TMSF yönetimine geçildikten sonra bankalar tarafından gabin ileri sürülmek suretiyle mudilerin hesaplarından tek taraflı işlemlerle çekilmiş ve İstanbul Menkul Kıymetler Borsası ortalama faizlerinin üzerindeki faiz oranlarının verilmemesi yönünde uygulama yapılmıştır. Bunun üzerine mudilerin bankalara karşı açtıkları davalarda ya da bankaların mudilere karşı açtığı menfi tespit davalarında bankalar tarafından gabin ileri sürülmüştür.

Bankalar, gabinin objektif unsuru olarak faiz oranının aşırılığını ileri sürmüş ve subjektif unsur olarak ise bankaların içine girdiği darboğaz, mali sıkıntı ve ülkedeki ekonomik kriz sebebiyle mudilere normalin çok üzerinde faizler verildiğini, büyük mevduat sahiplerinin münferiden ya da birlikte hareket ederek bankaların müzayakasından yararlanmak için ellerindeki bu mali güçle bankalardan yüksek faiz istediklerini, bankaların zayıflığından faydalanarak bir yılda bile alınamayacak miktarda faizi bir gecede aldıklarını ileri sürmüşlerdir.

İlk derece mahkemeleri bu iddialara ilişkin olarak, faizin tahakkuk ettirildiği dönemlerde gecelik (O/N) faizlerin 7000-8000'lere çıktığını, bu durumun geçici bir süreyle tüm bankalar için aynı gecelik faiz oranları üzerinden devam ettiğini, diğer bankaların gecelik faizleri ile mukayese edildiğinde davanın tarafı olan bankanın taahhüt ettiği faiz oranının fahiş olmadığını gerekçe göstererek gabinin objektif

¹⁴⁵ Türkiye'de, 22 Kasım 2000'de "finansal baskı endeksi" üzerinden tanımlanan bir finansal kriz patladı ve bu tarihte bankalararası piyasada gecelik borçlanma basit faizi yaklaşık üç kat artarak ortalama %110.8'e, en yüksek %210'a fırladı. Kasım krizi aşıldı derken, tam üç ay sonra 19 Şubat 2001'de Başbakan ile Cumhurbaşkanı arasındaki bir tartışma sonrasında ikinci bir finansal kriz bu kez döviz krizi şeklinde patladı. 21 Şubat 2001'de bankalararası para piyasasında gecelik faiz %6200'e kadar çıktı ve ortalama %4018.6 oldu. Bkz. Türkiye Ekonomi Kurumu, "**Krizden Krize Türkiye:2000 Kasım Ve 2001 Şubat Krizleri**", İkinci Genişletilmiş Taslak, 7 Nisan, 2001, Ankara, <http://www.tek.org.tr/dosyalar/KRIZ-2000-20013.pdf>, s.5, 6, 22 ve 23 (Erişim Tarihi:03.10.2019).

¹⁴⁶ Türkiye Ekonomi Kurumu, **a.g.e.**, s.14, 32; Selmani Okumuş, **a.g.e.**, s.93.

unsurunun gerçekleşmediğine karar vermiştir. İlk derece mahkemeleri, mudilerin bankaları bilerek kandırmak suretiyle bankaların zayıflığından faydalandığı iddiasının hayatın olağan akışı içerisinde kabul edilemeyeceğini gerekçe göstererek gabinin subjektif unsurunun da gerçekleşmediğine karar vermişlerdir. İlk derece mahkemeleri, bankaların ekonomik krizde TTK ve Bankalar Kanunu hükümleri çerçevesinde başvurması gereken yöntemler varken bu yöntemlere başvurmayıp krizden çıkmak için yüksek faizle para toplamayı tercih ettiklerini, bankaların salt mevduat toplayabilmek amacıyla batacağını bile bile mudileri kandırdığını ve gerçek durumunu gizleyip basiretli tacir gibi davranmadığını, bu sebeple bankaların bu tercihin sonuçlarına katlanması gerektiğini gerekçe göstererek bankaların gabin iddiasını kabul etmemişlerdir.

Bu kararların temyiz incelemesi sonucu Yargıtay 11. ve 19. Hukuk Daireleri ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, tacirin düşüncesizlik veya deneyimsizliğinden bahsedilemese de, tacirlerin müzayaka halinde olmasının mümkün olduğunu, bu nedenle tüzel kişi tacir bankaların müzayaka sebebiyle gabin ileri sürebileceğini içtihat etmiştir¹⁴⁷.

Yargıtay, bankaların müzayaka içerisinde olup olmadığının ve gabinin şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin tahkik edilmesi gerektiğine, ilk derece mahkemelerince toplanan delillerin bu noktada karar vermek için yetersiz olduğuna karar vermiş; bozma kararlarında gabin iddiasını gabinin objektif ve subjektif unsuru kapsamında ayrıntılı incelemiştir. Yargıtay’a göre, gabinin objektif unsurunun (sözleşmedeki ivazlar arasında açık bir oransızlık bulunup bulunmadığının)

¹⁴⁷ Yargıtay 11. HD., E. 2003/1235, K. 2003/6761, T. 23.06.2003; Yargıtay 11. HD., E. 2003/1886, K. 2003/8919, T. 06.10.2003; Yargıtay 11. HD., E. 2003/10420, K. 2003/9650, T. 21.10.2003; Yargıtay 11. HD., E. 2003/3481, K. 2003/10519, T. 06.11.2003; Yargıtay 11. HD., E. 2003/5078, K. 2004/81, T. 12.01.2004; Yargıtay 11. HD., E. 2003/6792, K. 2004/1312, T. 16.02.2004; Yargıtay 11. HD., E. 2004/322, K. 2004/9237, T. 04.10.2004; Yargıtay 11. HD., E. 2005/9238, K. 2006/9949, T. 09.10.2006; Yargıtay 11. HD., E. 2005/10462, K. 2007/300, T. 16.01.2007; Yargıtay 11. HD., E. 2005/14019, K. 2007/967, T. 29.01.2007; Yargıtay 11. HD., E. 2005/14021, K. 2007/993, T. 29.01.2007; Yargıtay 11. HD., E. 2005/14015, K. 2007/1030, T. 29.01.2007; Yargıtay 19. HD., E. 2003/11504, K. 2004/8245, T. 09.07.2004; Yargıtay 19. HD., E. 2004/12551, K. 2005/157, T. 24.1.2005; Yargıtay 19. HD., E. 2004/4853, K. 2005/205, T. 25.01.2005; Yargıtay 19. HD., E. 2005/2795, K. 2005/6854, T. 20.06.2005; Yargıtay 19. HD., E. 2005/4985, K. 2005/7980, T. 14.07.2005; YHGK., E. 2004/19-346, K. 2004/374, T. 23.06.2004; YHGK., E. 2004/11-729, K. 2004/652, T. 08.12.2004; YHGK., E. 2005/11-459, K. 2005 / 480, T. 21.09.2005; YHGK., E. 2007/19-63, K. 2007/52, T. 07.02.2007; YHGK., E. 2009/11-119, K. 2009/179, T. 6.5.2009 (Sinerji İtihat Bankası, Erişim Tarihi 02.10.2019).

incelenebilmesi için uyuşmazlık konusu finansal kriz döneminde TMSF'ye devrolunan bankalar dışındaki diğer banka ve aracı kurumların uyguladığı repo, ters repo ve gecelik (O/N) faiz oranları araştırılmalı ve dava konusu bankanın uyguladığı faiz oranının bu oranlara nazaran aşırı olup olmadığı incelenmelidir. Hatta ilk derece mahkemelerinin kriz döneminde İMKB'de oluşan faiz oranları üzerinden yaptığı inceleme Yargıtay tarafından kabul edilmemiş ve TMSF'ye devrolunan bankalar dışındaki diğer banka ve aracı kurumların uyguladığı repo, ters repo ve gecelik (O/N) faiz oranlarının araştırılması gerektiği ısrarla belirtilmiştir. Yargıtay içtihadındaki bu gerekçe doktrinde eleştirilmektedir. Çünkü gabinin objektif unsuru kapsamında incelenmesi gereken açık oransızlık piyasa fiyatlarına göre belirlenir¹⁴⁸. OKUMUŞ, bu gerekçeye dayanarak, tek tek her banka ve aracı kuruluşun uyguladığı faiz oranlarının esas alınmasının hatalı olduğunu, ilk derece mahkemelerinin yaptığı gibi piyasa fiyatını yansıtan borsada oluşan ortalama faiz oranının dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır. Kanımızca bu görüşün haklı yanları ağır basmaktadır. Çünkü piyasada krize rağmen görece düşük faizler taahhüt ederek ayakta kalabilecek banka ve aracı kuruluşlar mevcut olsa da, piyasadaki normu finansal kriz ve yüksek faiz oranları belirlemektedir. Finansal kriz yaşanıyor olması ve borsadaki faiz oranının zaten aşırı yüksek olması sebebiyle davalara taraf olan bankalar tarafından borsadaki oranlara yakın şekilde taahhüt edilen faiz “herkesin gözüne çarpacak”¹⁴⁹ kadar oransız olmaktan uzaklaşmaktadır. Kaldı ki doktrinde, “Şubat Krizi” olarak bilinen dönemde Doların Türk Lirası karşısında bir gecede %30 değer kazanması karşısında, belirlenen faizlerin aşırı oranda olmadığı görüşü de ileri sürülmüştür¹⁵⁰. Açık oransızlık incelemesi yapılırken piyasanın diğer tüm şartlarıyla birlikte değerlendirilmesi gerektiği ortadayken, her piyasada ve her koşulda mevcut olabilecek birtakım güçlü aktörlerin tek tek araştırılması ve piyasa normlarının dışında taahhüt ettikleri edimlerin

¹⁴⁸ Sözleşmedeki edimler arası açık oransızlık (açık nispetsizlik), sözleşmenin akdedildiği zaman ve yerdeki arz, talep ve pazara yani piyasa şartlarına göre belirlenir. Fikret Eren, **a.g.e.**, s.436; Ingeborg Schwenzer, **a.g.e.**, N. 32.50; Peter Gauch, *Übervorteilung*, s. 95; Ernst A. Kramer, **Kommentar**, Art. 21, N. 19; Ernst A. Kramer, **Obligationenrecht**, N. 216; Eugen Bucher, **a.g.e.**, s. 231, dn. 13;

¹⁴⁹ Açık oransızlık için TBK'da “açık”, mehzaz kanun BGB §138/II'de “auffällig” (göze çarpan) şeklinde kullanılan ifadeler, Yargıtay ve Federal Mahkeme tarafından “herkesin gözüne çarpan” şeklinde yorumlanmıştır. BGE 53 II 488; “*Kökleşmiş Yargıtay içtihatlarına göre, hakim, ivazlar arasında açık nispetsizlik mevcut olup dolmadığını takdir ederken, normal zekalı (vasat) bir kişinin ilk bakışta gözüne çarpacak bir nispetsizliğin bulunup bulunmadığı ortaya koyarak bir sonuca varacaktır.*”, YHGK, E.1971/1-376, K.24, T.24.01.1973 (Sinerji İçtihat Bankası, Erişim Tarihi:02.10.2019).

¹⁵⁰ Türker Yalçınduran, **a.g.e.**, s. 59, 60.

esas alınması kanımızca da hatalı olmuştur. Bu sebeple, Şubat Krizi'nde piyasadaki faizin ölçülmesinde İMKB'de oluşan faiz oranlarının esas alınmalı ve İMKB'de oluşan faize yakın oranlarda faiz taahhüdü veren bankaların gabin iddiasında aşırı oransızlık bulunmaması sebebiyle objektif unsurun gerçekleşmediğine, ancak tarafların İMKB'de oluşan faiz oranının da çok üzerinde bir faiz oranı akdetmeleri halinde aşırı oransızlık ve objektif unsurun gerçekleştiğine karar verilmeliydi¹⁵¹.

Gabinin objektif unsuru incelendikten sonra Yargıtay'a göre, şayet sözleşmedeki ivazlar arasında açık bir nispetsizlik olduğuna kanaat getirilirse, bunun bankanın müzayaka halinden kaynaklanıp kaynaklanmadığının araştırılarak gabinin subjektif unsurunun mevcut olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Yargıtay, tacirlerin subjektif unsur kapsamındaki zayıflık hallerinden sadece müzayaka halinde bulunabileceğini ve müzayaka halinde gabin ileri sürebileceğini içtihat etmiştir. Bu kararlardan bir tanesinde¹⁵² Yargıtay 19. Hukuk Dairesi,

“...bankacılık sistemini sarsan mali kriz sebebiyle müzayaka halinde bulunan bankanın mevduat çekilişini karşılayamaz durumda bulunması durumundan istifade ile mevduat sahipleri aşırı faiz taleplerini bankaya kabul ettirmişlerdir. Olayda edimler arasında açık nispetsizlik olduğu ve bu durumun bankanın müzayaka halinden faydalanmak suretiyle oluşturulduğu toplanan delillerle anlaşıldığından mahkemece menfi tesbit davasının kabulü gerekirken, yazılı gerekçeyle reddinde isabet görülmemiştir.”

şeklinde karar tesis etmiştir. Aynı şekilde, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 07.02.2007 tarihinde verdiği bir kararı uyarınca,

“Açıklanan bu duruma göre, davalı/karşı davacı Bankanın, anılan dönemde, hem piyasadan para toplayabilmek ve hem de, mevcut hesaplardaki paraların çekilmesini önlemek, günlük ödemelerini karşılamak için, bunlara normalin çok üzerinde faiz uygulamak zorunda kaldığının; başka bir ifadeyle, müzayaka halinde bulunduğunun kabulü zorunludur.”

Sübjektif unsur bakımından bankanın tüzel kişi tacir olması sebebiyle deneyimsizlik ve düşüncesizlik hallerinde olduğunu ileri süremeyeceği yönünde doktrinde de fikir

¹⁵¹ İMKB tahvil ve bono piyasası repo ve ters repo pazarında oluşan faiz oranları önemli bir ölçü olsa da, sermaye piyasalarının mahiyetleri ve yatırım araçlarının bu piyasalardaki getirilerinin, para piyasalarından farklı niteliklere sahip olduğu da düşünülerek, İMKB tahvil ve bono piyasası repo ve ters repo pazarında oluşan faiz oranlarının yanında Türkiye Bankalar Birliği'nin kayıtlarına da başvurulması gerektiği görüşü için bkz. Türker Yalçınduran, **a.g.e.**, s. 58.

¹⁵² Yargıtay 19. HD., E.2005/ 4985, K.2005/7980, T.14.07.2005

birliğı bulunmaktadır¹⁵³. Çünkü TTK m.18/II'ye göre bir tacirin ticarî işlerinde bilgisi ve deneyimi bulunması asıldır¹⁵⁴. Bununla birlikte, müzayaka (zor durumda kalma) halinin tüzel kişi tacirler açısından da söz konusu olabileceğı ve tacirlerin ancak müzayaka halinde gabin ileri sürebileceğı, doktrinde hâkim görüş tarafından kabul edilmektedir¹⁵⁵. Nitekim Federal Mahkeme'nin içtihadı da aynı yöndedir¹⁵⁶. Yargıtay, subjektif unsurun değerlendirilmesine dayanak teşkil etmesi için banka kayıtları üzerinde ekonomist, bankacı ve borçlar hukuku konusunda uzman öğretim üyelerinden oluşacak bir bilirkişi kurulu ile inceleme yaptırılması gerektiğini belirtmiştir. Yargıtay'a göre bilirkişi incelemesinde, bankanın şube sayısı, aktif pasif durumu, ağırlıklı işlem hacmi¹⁵⁷, bankanın nakit sıkıntısı içerisinde olup olmadığı, nakit sıkıntısına ekonomik kriz sebebiyle düşüp düşmediğı, bankanın elde ettiğı parayı içinde bulunduğu zor durumdan kurtulmak için kullanıp kullanmadığı tespit edilmelidir¹⁵⁸. Federal Mahkeme de eğer elde edilen bedel zor durumdan kurtulmak

¹⁵³ Eugen Bucher, **a.g.e.**, s. 233, dn. 22; Reha Poroy/Hamdi Yasaman, **a.g.e.**, s.140; Kaya Arslan, **a.g.e.**, s.356; Ahmet Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.221; Necip Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 492; Sabih Arkan, **a.g.e.**, s. 139; Fikret Eren, **a.g.e.**, s.437; Türker Yalçınduran, **a.g.e.**, s. 58; Halid Kemal Elbir, **Gabin Unsurları**, s. 207, 208; Selmani Okumuş, **a.g.e.**, s.98; Eraslan Özkaya, **Gabin Davaları**, Ankara 2000, s. 31; Mahmut Kizir, **a.g.e.**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.19, S.2, 2011, s.254-255.

¹⁵⁴ Sabih Arkan, **a.g.e.**, s.86; Ahmet Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.221; Kaya Arslan, **a.g.e.**, s.356; Selmani Okumuş, **a.g.e.**, s.99.

¹⁵⁵ Ingeborg Schwenzer, **a.g.e.**, N. 32.52; Eugen Bucher, **a.g.e.**, s. 233, dn. 22; Ernst A. Kramer, **Kommentar**, Art. 21, N. 14; Eugen Bucher, **a.g.e.**, s. 233, dn. 22; Reha Poroy/Hamdi Yasaman, **a.g.e.**, s.140; Kaya Arslan, **a.g.e.**, s.356; Ahmet Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.221; Necip Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 492; Sabih Arkan, **a.g.e.**, s. 139; Fikret Eren, **a.g.e.**, s.437; Türker Yalçınduran, **a.g.e.**, s. 58; Halid Kemal Elbir, **Gabin Unsurları**, s. 207, 208; Selmani Okumuş, **a.g.e.**, s.98; Eraslan Özkaya, **Gabin Davaları**, Ankara 2000, s. 31; Mahmut Kizir, **a.g.e.**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.19, S.2, 2011, s.254-255.

¹⁵⁶ BGE 84 II 107; 43 II 803; BGE 123 III 301.

¹⁵⁷ Yargıtay 11. HD., E.2003/ 1235, K.2003 / 6761, T.23.06.2003: "...davacı bankanın şube sayısı, aktif pasif durumu, ağırlıklı işlem hacmi, uygulanan faiz oranları, T.M.S. F' nun el koyduğu bankaların dışında kalanları tarafından uygulanan faiz oranları araştırılıp tespit edildikten sonra, ülkenin ve davalı bankanın içinde bulunduğu ekonomik durum göz önünde bulundurulmak, aynı ve diğer bankalardaki hesap sahipleriyle davacının koşulları karşılaştırılarak, davalı bankanın müzayaka altında olup olmadığı, tahakkuk ettirilen faizlerle diğer bankaların ki arasında bir nispetsizlik varsa bunun oranı, repo ya da mevduat hesabı tercihinin sebebi belirlenmek, bu hususlarda, içlerinde bankacılık ve ekonomi uzmanlarının bulunduğu başka bir bilirkişi kurulundan yeni bir rapor veya aynı kuruldan ek rapor alınarak değerlendirme yapılmak gerekirken, yetersiz rapora dayanılarak, eksik incelemeye dayalı hüküm tesisi, bozmayı gerektirmiştir." (Sinerji İçtihat Bankası, Erişim Tarihi:05.10.2019).

¹⁵⁸ YHGK, E.2004/ 19-346, K.2004 / 374, T.23.06.2004: "...İleri sürülen müzayaka iddiası yönünden, öncelikle davalı/karşı davacı Bankanın kayıtları üzerinde bir bilirkişi incelemesi yaptırılmasının ve davaya konu faiz alacağının ilişkin bulunduğu dönem itibarıyla, Bankanın ileri sürülen şekilde bir müzayaka halinde olup olmadığı; bu bağlamda, ülkedeki ekonomik krizden dolayı Bankanın nakit para sıkıntısı içerisine düşüp düşmediğinin, yüksek faizle topladığında çekişme bulunmayan paraları bu sıkıntının giderilmesi amacıyla mı, yoksa- örneğin, daha yüksek faizle başkalarına satılması gibi- kar getirecek şekilde mi değerlendirdiğinin; aynı dönemde TMSF'na devredilmeyen bankalar ve aracı

için değil de, ticarî faaliyetler veya daha yüksek faizle üçüncü şahıslara satılmışsa banka tarafından gabin ileri sürülemeyeceğini içtihat etmiştir¹⁵⁹. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bu konu kapsamında verdiği en kapsamlı ve detaylı kararlarından birinde,¹⁶⁰ yüksek faizle para toplamak zorunda kalan bankanın topladığı paraları nakit sıkıntısını gidermek amacıyla kullandığına, kendisine kar sağlayacak başkaca bir şekilde değerlendirmediyine, mevduat pazarlama yoluna gitmediğine ilişkin bilirkişi raporuna dayanarak bankanın müzayaka halinde olduğunu kabul etmiştir.

Bu sebeple bankanın ticarî kayıtları incelenerek, müşterinin parasını hangi amaçla kullandığı tespit edilmelidir. Buraya kadar subjektif unsur olan müzayakanın zor durumda kalma şartı incelenmiştir. Müzayakanın diğer şartı bu zor durumdan kurtulmayı sağlayabilecek başka imkânlarla sahip olmamaktır. Bu sebeple kanımızca, somut olayın şartları değerlendirilmek suretiyle bankanın müzayaka halinden daha az

kurumlarca benzer nitelikteki işlemler için uygulanan faiz oranlarının hangi düzeyde bulunduğu belirlenmesi ve bir karşılaştırma yapılması gerektiği açıktır.” (Sinerji İtihat Bankası, Erişim Tarihi:05.10.2019); YHGK, E.2004/ 11-729 K. 2004 / 652, T.08.12.2004: “...bankanın ileri sürülen şekilde bir müzayaka halinde olup olmadığının; bu bağlamda, ülkedeki ekonomik krizden dolayı bankanın nakit para sıkıntısı içerisine düşüp düşmediğinin, yüksek faizle topladığında çekişme bulunmayan paraları bu sıkıntının giderilmesi amacıyla mı, yoksa -örneğin, daha yüksek faizle başkalarına satılması gibi- kar getirecek şekilde mi değerlendirdiğinin; aynı dönemde Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na devredilmeyen bankalar ve aracı kurumlarca benzer nitelikteki işlemler için uygulanan faiz oranlarının hangi düzeyde bulunduğu belirlenmesi ve bir karşılaştırma yapılması gerektiği açıktır.”; Yargıtay 1. HD., E. 1976/10536, K. 1976/11572, T. 24.11.1976: “...Davada, davacının miras bırakanın hastalığından ve satışın bu durumun doğurduğu darlık yüzünden yapıldığı ileri sürülmüştür. Miras bırakanın ağır bir hastalığın kurbanı olduğu açıktır. Ancak, feshi istenilen satış sözleşmesinin, hastalık durumunun doğurduğu sıkıntı ve varlıktan kurtulmak amacıyla yapıldığını kanıtlamaya elverişli ve yeterli delil yoktur. Müzayaka durumunun varlığını kabule yeterli sayılabilecek kesinlikte delil mevcut olmadığına göre sübjektif unsurun oluştuğundan söz edilemez.” (Sinerji İtihat Bankası, Erişim Tarihi:05.10.2019);

¹⁵⁹ BGE 51 II 162

¹⁶⁰ YHGK., E. 2007/19-63, K. 2007/52, T. 07.02.2007: “Hukuk Genel Kurulu'nun bozma ilamına uyulduktan sonra alınan 13.4.2005 günlü bilirkişi raporundaki saptama ve açıklamalar ile dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde; davalı/karşı davacı Bankanın, kısmen kendi zaaflarından ve yönetimindeki basiretsizliklerden kaynaklanan nedenlerle, ancak asıl olarak Ülkemizde yaşanan ekonomik krizden dolayı, hızlı para çıkışı yüzünden uyuşmazlık konusu dönemin özellikle son bölümünde nakit para sıkıntısı içerisine düştüğü, taahhütlerini yerine getirebilmek amacıyla ve o dönemdeki koşullar itibarıyla başka bir seçeneği de bulunmadığı için, piyasalardan yüksek faizle para toplamak zorunda kaldığı, davacı/karşı davalının hesabındaki paraya yukarıda oranları belirtilen yüksek faizleri uygulamasının da bu zorunluluktan kaynaklandığı; topladığı paraları nakit sıkıntısını gidermek amacıyla kullandığı, kendisine kar sağlayacak başkaca bir şekilde değerlendirmediyi, mevduat pazarlama yoluna gitmediği anlaşılmaktadır. ... Açıklanan bu duruma göre, davalı/karşı davacı Bankanın, anılan dönemde, hem piyasadan para toplayabilmek ve hem de, mevcut hesaplardaki paraların çekilmesini önlemek, günlük ödemelerini karşılamak için, bunlara normalin çok üzerinde faiz uygulamak zorunda kaldığının; başka bir ifadeyle, müzayaka halinde bulunduğu kabulü zorunludur.” (Sinerji İtihat Bankası, Erişim Tarihi:10.10.2019).

zararlı çıkararak kurtulacağı başka imkânlarının olup olmadığı da incelemeye esas alınmalıdır.

Yargıtay, subjektif unsurun da mevcut olduğunu tespit ettikten sonra subjektif koşullardan yararlanma unsuru bakımından inceleme yapmış, müşterilerin finansal krizden, bankaların mali durumlarından ve nakit sıkıntılarından haberdar olmamalarının mümkün olmadığını, bankanın nakit sıkıntısından faydalanmak suretiyle aşırı yüksek oranda faiz geliri elde etmeyi amaçladıklarını ve bu sırada mevduatlardaki devlet güvencesine yaslandıklarını gerekçe göstererek yararlanma kastının mevcut olduğuna hükmetmiştir¹⁶¹. Yargıtay'ın yararlanma kastına ilişkin bu gerekçesi doktrinde çokça eleştirilmiştir. Öncelikle müşterilerin bankaların kayıtlarını bilmediği ve bilemeyecekleri ileri sürülmüştür¹⁶². Öte yandan o dönemde yürürlükte olan 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 14. maddesi uyarınca Bankacılık Düzenleme Denetleme Kurulu, finansal durumu ve dengesi taahhütlerini karşılayamayacak durumda olan ve mali piyasalarda istikrarsızlığa yol açabilecek bankalar hakkında yasada sayılan önlemleri uygulamakla görevli ve yetkili olmasına rağmen, söz konusu bankaların mali durumunun taahhütlerini karşılamaya yetmediği, mali bünyesinin piyasalarda istikrarsızlık doğurabilecek derecede bozuk olduğu yönünde finansal krizden önce BDDK tarafından kamuya açıklanmış bir bilgi de bulunmamaktadır¹⁶³. Yararlanma kastına ilişkin ispat yükü bankalarda olup, müşterinin bankanın müzayaka halini bildiği ve bundan yararlanmak kastıyla hareket ettiğini ispatlaması gerekmektedir¹⁶⁴. Bankaların yararlanma kastına ilişkin sunması gerektiği deliller

¹⁶¹ YHGK., E. 2007/19-63, K. 2007/52, T. 07.02.2007: "Yine, tüm dosya kapsamı ve özellikle hesap hareketleri değerlendirildiğinde; kendisi de tacir olan ve Kanun gereği basiretli, müdebbir davranmakla yükümlü bulunan davacı/karşı davalının; 2001 yılı başlarında ülkemizde yaşanan ve esasen belirtileri daha önce ortaya çıkmış olan ekonomik krizin olası sonuçlarını öngörememiş olabileceğinin, davalı/karşı davacı bankanın ve benzeri durumdaki, mevduat hacmi ve şube sayısı düşük, sayıları az ve fakat mevduatları yüksek hesap sahipleriyle çalışan başka bazı bankaların, kamuoyuna açıklıkla yansıdığı için toplumun genelinde dahi bilinen mali durumlarından, nakit sıkıntılarından haberdar bulunamayabileceğinin kabulü mümkün değildir. Davacı/karşı davalının, buna rağmen uyumsuzluk konusu dönemde mevduat hesabında önemli miktarda para bulundurmasının, banka mevduatlarının sınırsız olarak Devlet güvencesi altında bulunmasından ve davalı/karşı davacı Bankanın da nakit para sıkıntısı çekmesinden, müzayaka halinde olmasından yararlanmak suretiyle, fahiş oranlarda faiz geliri elde etme amacına yönelik bulunduğu kabul edilmelidir." (Sinerji İçtihat Bankası, Erişim Tarihi:10.10.2019).

¹⁶² Selmani Okumuş, **a.g.e.**, s.100-101.

¹⁶³ Türker Yalçınduran, **a.g.e.**, s.59.

¹⁶⁴ Türker Yalçınduran, **a.g.e.**, s.59.

Yargıtay kararlarında yer almamış ve tartışılmamıştır. Bu hususta Yargıtay kararlarında genel olarak ülkedeki finansal krizin kamuoyunda çokça tartışıldığı ve bu durumun herkes tarafından bilindiği karinesine dayanılarak mevduat sahiplerinin müzayakadan yararlanma kastı bulunduğu yönünde hüküm tesis edilmesi hatalı olmuştur¹⁶⁵.

Aşırı yararlanma kastına ilişkin Yargıtay'ın gerekçesine getirilen diğer bir eleştiri, taraflar arasında gecelik (O/N) faize dayandırılan tasarruf mevduatı sözleşmesinin¹⁶⁶ niteliğine ve koşullarına dayandırılmaktadır. Bu görüşe göre, tasarruf mevduatı sözleşmesinde kural olarak, bankanın onayı olmadıkça belirlenen vadeden önce para çekilemez¹⁶⁷, bu sözleşmelerde taraflar usulüne göre banka tarafından belirlenecek faiz oranı üzerinden anlaşılır, böylece faiz oranını belirleme yetkisi bankaya verilir ve bu bakımdan gecelik faiz sözleşmelerinin her gün yenileme yoluyla sona erdiğini kabul etmek yerinde olmaz. Bu sebeple bu görüşe göre gecelik (O/N) faize dayandırılan tasarruf mevduatı sözleşmesi kurulurken bir açık oransızlık mevcut değil iken, finansal kriz meydana geldikten sonra ortaya çıkan gecelik (O/N) faiz oranlarında bir aşırı oransızlık meydana geldiğinden, faiz oranının belirlenmesinde hiçbir etkisi olmayan müşterinin, bankanın zor durumundan yararlanması söz konusu değildir. Bu eleştiri, kanımızca, gecelik (O/N) faize dayandırılan tasarruf mevduatı sözleşmesinin sadece finansal krizden önce akdedilmesi durumu için haklı bir eleştiridir. Çünkü finansal kriz patlamadan önce banka ile gecelik (O/N) faize dayandırılan tasarruf mevduatı sözleşmesi akdeden ve parasını bankaya yatıran mudilerin, finansal kriz patladıktan sonra mevduatını çekip vadesiz mevduata uygulanan faizle yetinmektense bankanın yüksek orandaki gecelik faizlerinden faydalanmak istemeleri sözleşmedeki menfaatler çerçevesinde makul bir tercih olup,

¹⁶⁵ Bankanın mali durumunun taahhütlerini karşılamaya yetmediği ve kendi mali bünyesinin piyasalarda istikrarsızlık doğurabilecek derecede bozuk olduğu yönünde banka tarafından kamuoyuna açıklanmış bir bilgi bulunup bulunmadığının da önemli bir kriter olduğu savunulmuştur. Bkz. Türker Yalçınduran, **a.g.e.**, s.59-60.

¹⁶⁶ hukukî niteliğine ilişkin, misli şeylerin saklanması (TBK. m. 570) ve tüketim ödücü (TBK. m. 386) sözleşmesi görüşleri ileri sürülmüştür. Üçüncü bir görüş ise tasarruf mevduatını misli şeylerin saklanması ve tüketim ödücü karışımı kendine özgü "sui generis" bir sözleşme olarak kabul etmektedir¹⁵⁴. Söz konusu dönemde tasarruf mevduatı sözleşmesinde vade 1 aya kadar, 3 aya kadar, 6 aya kadar ve bir yıla kadar şeklinde belirlenebilmektedir¹⁵⁵.

¹⁶⁷ Ancak para vadeden önce çekilmek istendiğine banka muvafakat ederse, bu durumda müşteri vadesiz mevduata uygulanan faizle yetinmek zorunda kalır

ortada bankanın müzayaka halinden yararlanma kastı olduğundan söz edilemez¹⁶⁸. Buradan hareketle, Yargıtay'ın bazı kararlarında¹⁶⁹ aşırı yararlanma kastına dair incelemeye ilişkin olarak mevduat sahiplerinin, bankaların finansal kriz sebebiyle sarsılan mali durumlarından ve müzayaka hallerinden faydalandıkları ve aşırı faiz taleplerini bankalara kabul ettirdikleri yönündeki tespitler hatalıdır. Yargıtay'ın bu tespitinin haklı olabileceği durum, finansal kriz patladıktan sonra bu bankalara mevduat yatıran mevduat sahiplerinin durumudur. Nitekim Yargıtay, kararlarından bir tanesinde¹⁷⁰ mevduat sahibinin dava dışı 37 mevduat sahibi ile birlikte hareket ederek finansal kriz sonrasında dava konusu müzayaka halindeki bankada gecelik (O/N) faiz

¹⁶⁸ Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararında yer alan muhalefet şerhinde bu husus oldukça isabetli bir şekilde ifade edilmiştir: “Muhalefet görüşü: ...Dosyadaki delillere göre gecelik faiz oranları özellikle 19.2.2001 gününde itibaren yükselmeye başlamış ve şubat ayı sonuna doğru düşmüştür. Davacının mevduat hesabı ise faizlerin yüksek olduğu günlerde açılmamıştır. Davacı, zaten davalı bankanın müşterisidir ve yüksek faiz uygulamasının başladığı tarihten çok önce davalı ile mevduat ilişkisine girmiştir. Kaldı ki, gecelik faiz oranlarını davacı değil, davalı banka belirlemiş ve uygulamıştır. ... davalı bankanın müzayaka halinde olduğu bir an için kabul edilecek olsa bile, davacının bu durumdan yararlandığı, onu istismar ettiği kanıtlanmadıkça gabin oluşmaz. ... Somut olayda, davacının, davalı bankanın (bızce kabul edilmeyen) müzayaka halinden yararlanarak akit yapma, başka bir deyimle davalının durumunu istismar etme kastı bulunmamaktadır. Öteden beri davalı banka ile çalışan ve gereksinme duyduğu teminat mektuplarını davalıdan alabilmek için mevduatını bu bankada değerlendiren ve hatta mevduat miktarını arttırması konusunda davalı tarafından ikaz edilen davacının, bir ay sonra bankasının fona devredileceğini bilmesi ve bile bile bu kadar yüksek miktardaki parayı riske atması hayatın olağan akışına uygun düşmez. Zira, davacı böyle bir ihtimali aklına getirmiş olsaydı, davalının fona devredilmesinden birkaç gün önce parasını çekip hesabını kapatabilirdi.” YHGK, E.2004/ 19-346; K.2004/374, T.23.06.2004 (Sinerji İçtihat Bankası, Erişim Tarihi:05.10.2019).

¹⁶⁹ Yargıtay 19.HD., E.2005/4985, K.2005/7980, T.14.07.2005: “Hal böyle olunca bankacılık sistemini sarsan mali kriz nedeniyle müzayaka halinde bulunan bankanın mevduat çekilişini karşılayamaz halde bulunması durumundan istifade ile mevduat sahipleri aşırı faiz taleplerini bankaya kabul ettirmişlerdir. Olayda edimler arasında açık nispetlilik olduğu ve bu durumun bankanın müzayaka halinden faydalanmak suretiyle oluşturulduğu toplanan delillerle anlaşıldığından mahkemece menfi tespit davasının kabulü gerekirken, yazılı gerekçeyle reddinde isabet görülmemiştir.” (Sinerji İçtihat Bankası, Erişim Tarihi:06.10.2019).

¹⁷⁰ Yargıtay 11. HD., E.2003/ 1886, K.2003 / 8919, T.06.10.2003: “Davalı-karşı davacı Banka dava dilekçesinde davacı-karşı davalının dava dışı 37 kişi ile birlikte grup oluşturarak grup faizinden yararlanmak suretiyle yüksek faiz geliri elde ettiğini ileri sürmüşse de mahkemece ekonomik krizin en üst seviyede bulunduğu 20.02.2001-13.03.2001 tarihleri arasında davacı karşı davalının grup oluşturarak yüksek oranda faiz aldığına ilişkin herhangi bir araştırma ve inceleme yapılmadığı gibi bilirkişilerde aynı konuda değerlendirme yapmamışlardır. Öncelikle davalı-karşı davacı Banka'nın bu iddiaları konusunda delillerinin istenerek gerekirse banka kayıt ve defterleri üzerinde inceleme yapılmak suretiyle alınacak bilirkişi raporuna göre değerlendirme yapılması gerekmektedir. Grup oluşturma iddiasının ve yüksek faiz alma olgusunun kanıtlanması halinde, yine davalı-karşı davacı Banka vekili cevap ve karşı dava dilekçesinde, açıkça ekonomik kriz nedeniyle Bankanın müzayaka halinde bulunduğu, taraflar arasındaki sözleşmenin gabin, ahlaka ve hukuka aykırı olması nedeniyle geçersiz olduğu ileri sürülmüştür. Ancak, dosya üzerinde inceleme yapılarak düzenlenen bilirkişi raporunda, sözleşme serbestisi ilkesi gereği bankanın tek taraflı olarak faiz oranlarının yüksek olduğunu gerekçe göstererek, tahakkuk ettirilen faizi geri alamayacağı belirtmekle, yetinilmiş olup, müzayaka halinin bulunup bulunmadığı bakımından banka kayıtları üzerinde yeterli bir inceleme yapılmadığı gibi, mahkemece de bu konuda gerekçeli kararda yeterli bir değerlendirme yapılmamıştır.” (Sinerji İçtihat Bankası, Erişim Tarihi:11.10.2019).

işlemleri yaptığı yönündeki banka iddiasının araştırılmadan karar verilmesini bozma gerekçesi yapmıştır.

Kanımızca, Yargıtay'ın aşırı yararlanma kastına ilişkin kararlarına dair tartışılması gereken bir diğer husus, bankaların basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğünü yerine getirmemiş olduğu kabul edilmesine rağmen, mevduat sahiplerinin bu durumdan yararlanma isteğini hukuken meşru ve haklı kılamayacağına karar verilmiş olmasıdır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 07.02.2007 tarihli bir kararında¹⁷¹, her ne kadar 2001 yılının Şubat ayında ortaya çıksa da finansal krizin belirtilerinin esasen daha önceden ortaya çıktığını, bankaların finansal krizden önce almaları gereken tedbirleri almadıklarını, bu sebeple basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğünü yerine getirmediğini ve müzayaka içerisine düşmelerinde kendi kusurlarının olduğunu açıkça kabul etmiştir. Halbuki yukarıda ayrıntılı olarak izah edildiği üzere, TTK m.18/II'ye göre bir tacirin ticarî işlerinde bilgisi ve deneyimi bulunması asıldır ve tacirlerin deneyimsizlik ve düşüncesizlik hallerinde olduğunu ileri süremeyeceği, ancak müzayaka halinde gabin ileri sürebileceği yönünde doktrinde de fikir birliği bulunmaktadır¹⁷². Hal böyleyken, ortaya çıkan soru şudur: tacir müzayaka haline kendi düşüncesizliği sebebiyle girmesi halinde gabin ileri sürebilecek midir? EREN'e göre müzayaka hali zarar görenin kusursuz olması halinde

¹⁷¹ YHGK., E. 2007/19-63, K. 2007/52, T. 07.02.2007: "...tüm dosya kapsamı ve özellikle hesap hareketleri değerlendirildiğinde; kendisi de tacir olan ve Kanun gereği basiretli, müdebbir davranmakla yükümlü bulunan davacı/karşı davalının; 2001 yılı başlarında Ülkemizde yaşanan ve esasen belirtileri daha önce ortaya çıkmış olan ekonomik krizin olası sonuçlarını öngörememiş olabileceğinin, davalı/karşı davacı bankanın ve benzeri durumdaki, mevduat hacmi ve şube sayısı düşük, sayıları az ve fakat mevduatları yüksek hesap sahipleriyle çalışan başka bazı bankaların, kamuoyuna açıklıkla yansıdığı için toplumun genelinde dahi bilinen mali durumlarından, nakit sıkıntılarından haberdar bulunamayabileceğinin kabulü mümkün değildir. Davacı/karşı davalının, buna rağmen uyumsuzluk konusu dönemde mevduat hesabında önemli miktarda para bulundurmasının, banka mevduatlarının sınırsız olarak Devlet güvencesi altında bulunmasından ve davalı/karşı davacı Bankanın da nakit para sıkıntısı çekmesinden, müzayaka halinde olmasından yararlanmak suretiyle, fahiş oranlarda faiz geliri elde etme amacına yönelik bulunduğu kabul edilmelidir. Davalı/karşı davacı Bankanın mali açıdan zorluk yaşamasının, nakit para sıkıntısı içine düşmesinin, müzayaka haline girmesinin kısmen kendi zaafılarından ve yönetimindeki basiretsizliklerden kaynaklanmış olması, başka bir ifadeyle, müzayaka halinin oluşmasında kendi kusurunun da bulunması, davacı/karşı davalının bu durumdan yararlanma isteğini hukuken meşru ve haklı kılamaz." (Sinerji İçtihat Bankası, Erişim Tarihi:10.10.2019).

¹⁷² Eugen Bucher, **a.g.e.**, s. 233, dn. 22; Kaya Arslan, **a.g.e.**, s.356; Ahmet Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.221; Necip Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 492; Sabih Arkan, **a.g.e.**, s. 139; Fikret Eren, **a.g.e.**, s.437; Türker Yalçınduran, **a.g.e.**, s. 58; Halid Kemal Elbir, **Gabin Unsurları**, s. 207, 208; Selmani Okumuş, **a.g.e.**, s.98; Eraslan Özkaya, **Gabin Davaları**, Ankara 2000, s. 31; Mahmut Kizir, **a.g.e.**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.19, S.2, 2011, s.254-255.

gerçekleşebileceği gibi zarar görenin kusurundan da kaynaklanabilir¹⁷³. Zarar görenin müzayaka içerisine girmesinde kendi kusuru olup olmadığı irdelenirse müzayaka halinin uygulaması hayli daralır, ayrıca kendi kusuruyla müzayaka halinde olan şahısların sömürülmesinin önü açılır ki bu durumlar gabinin kanundaki amacına aykırı düşer. Kanun koyucu, taraflardan birinin diğer tarafın –kendi kusurundan kaynaklansın ya da kaynaklanmasın- müzayaka halinde bulunduğu olumsuz koşullardan yararlanmak suretiyle sözleşme özgürlüğünün kötüye kullanılmasını ve müzayaka içerisinde olan tarafın sömürülmesini yaptırıma bağlamaktır. Zor durumdan kurtulabilmesi için diğer tarafın sunduğu ağır koşulları kabul etmekten başka çaresi olmayan taraf, kendi kusurundan bağımsız olarak müzayakaya dayanarak gabin ileri sürebilmelidir.

Yukarıda incelenen Yargıtay kararlarının alındığı yıllarda yürürlükte olan 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda “edimler arasındaki aşırı oransızlığın giderilmesi”, gabinin yaptırımı olarak henüz öngörülmemiştir. Bankalar kriz dönemindeki ödedikleri fahiş faizleri, yönetimleri TMSF’ye devrolunduktan sonra tenkisata tâbi tutup mudilerin hesaplarından çekmişler, davalarda gabin ileri sürerek edimler arasındaki aşırı oransızlığın giderilmesini kısmi iptal şeklinde talep etmişlerdir. Gabinin bir yaptırımı olarak “edimler arasındaki aşırı oransızlığın giderilmesi” doktrinde ileri sürülmekteydi, lâkin Yargıtay uygulamasına yukarıda anılan 2001 Şubat Krizi sonrasında bankaların gabin ileri sürerek fahiş faizlerin iadesi taleplerine ve işlemlerine ilişkin davalarla girmiştir. Yargıtay yukarıda anılan kararlarda bankaların taleplerini kabul etmiş ve doktrindeki hâkim görüşü dikkate alarak gecelik (O/N) faize dayandırılan tasarruf mevduatı sözleşmesinin iptaline değil, fahiş ödenen faizin iadesi suretiyle edimler arasındaki aşırı oransızlığın giderilmesine karar vermiştir. Bu durum, Yargıtay’ın gabin kapsamında bankalarla ilgili olmayan kararlarında edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini kabul etmemesi karşısında, söz konusu olan bankalar olunca edimler arasındaki oransızlığın giderilmesine karar vermesi doktrinde haklı olarak eleştirilmiş ve çelişkili bulunmuştur¹⁷⁴.

¹⁷³ “Gerçek kişiler gibi tüzel kişiler de zor durumda kalabilirler. Zor durumda kalma hali, zarar görenin kusurundan kaynaklanabileceği gibi, kusursuz da olabilir.”, Fikret Eren, **a.g.e.**, s.437.

¹⁷⁴ Selmani Okumuş, **a.g.e.**, s.102.

3. Tacirin Müzayaka Halinde Ücret Ve Ceza Koşulunun İndirilmesini Talep Edebilmesi

Yukarıda, TTK m.18/II'ye göre bir tacirin ticarî işlerinde bilgisi ve deneyimi bulunması asıl olduğundan, deneyimsizlik ve düşüncesizlik hallerinde olduğunu ileri süremeyeceği, lâkin müzayaka (zor durumda kalma) halinin tüzel kişi tacirler açısından da söz konusu olabileceği ve tacirlerin ancak müzayaka halinde gabin ileri sürebileceği yönünde Yargıtay'ın içtihadının müstekar olduğu ve bu hususta doktrinde fikir birliği olduğu¹⁷⁵ açıklanmış ve Yargıtay'ın tacirin faiz borcuna ilişkin kararları incelenmiştir. Peki TTK m.22 hükmü karşısında bu hususların tacirlerin ücret ve ceza koşulu taahhütleri bakımından da uygulanması mümkün müdür?

TTK m.22 yasağının bir istisnasının söz konusu olması ve indirim yapılabilmesi için, fahiş olan bir ücret veya ceza koşulunun bulunması gerekmektedir. Faizin hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte, öğretide ücret olarak da kabul edilmektedir¹⁷⁶. Bu sebeple, yukarıda faiz konusunda Yargıtay tarafından gabin kapsamında alınan kararların ve doktrindeki görüşlerin ücret bakımından zaten uygulandığı kabul edilebilir.

TMK m.5 ve TTK m.1 kapsamında gabine dair TBK m.27 hükmünün de uygun olduğu ölçüde tüm özel hukuk sözleşmelerine ve TTK. m. 1 uyarınca ticarî nitelikteki sözleşmelere uygulanabilir nitelikte olduğu ve TTK m.22'nin özel hüküm niteliği karşısında gabine dair TBK m.28 hükmünün Türk Borçlar Kanunu'nda "*Genel Hükümler*" kısmı altında düzenlenmiş bir genel hüküm olduğu düşünüldüğünde, tıpkı ahlaka aykırılık nedeniyle kesin hükümsüzlük ileri sürerek ceza koşulunun

¹⁷⁵ Ingeborg Schwenzer, **a.g.e.**, N. 32.52; Eugen Bucher, **a.g.e.**, s. 233, dn. 22; Ernst A. Kramer, **Kommentar**, Art. 21, N. 14; Eugen Bucher, **a.g.e.**, s. 233, dn. 22; Reha Poroy/Hamdi Yasaman, **a.g.e.**, s.140; Kaya Arslan, **a.g.e.**, s.356; Ahmet Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.221; Necip Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 492; Sabih Arkan, **a.g.e.**, s. 139; Fikret Eren, **a.g.e.**, s.437; Türker Yalçınduran, **a.g.e.**, s. 58; Halid Kemal Elbir, **Gabnin Unsurları**, s. 207, 208; Selmani Okumuş, **a.g.e.**, s.98; Eraslan Özkaya, **Gabin Davaları**, Ankara 2000, s. 31; Mahmut Kızır, **a.g.e.**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.19, S.2, 2011, s.254-255.

¹⁷⁶ Hayri Domaniç, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, C. I, İstanbul 1988, s. 41-42; Sıtkı Akyazan, **Türk Hukukunda Faiz Türleri ve Bunlara İlişkin Kanun Hükümleriyle, Banka Cari Hesaplarında Uygulanan Kapital Faizi, Bileşik Faiz, Geçmiş Günler Faizi Üzerinde Bir İnceleme**, ABD., 1978, S. 2, s. 236.; Senai Olgaç, **Kazai ve İlmi İctihatlarla Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, Genel Hükümler, C. II, Ankara 1976, s. 163.

geçersizliğini ileri sürebilmesi gibi, tacirin müzayaka halinde gabin ileri sürerek ceza koşulunun indirilmesini ya da iptal edilebilmesini talep edebilmesi mümkündür.

Yargıtay'ın bu hususta bir içtihadının olduğunu söylemek mümkün olmasa da, doktrinde tacirin müzayaka halinde gabin ileri sürerek TTK m.22'deki yasaktan etkilenmeden ceza koşulunun indirilmesini ya da iptal edilebilmesini talep edebileceği hususunda fikir birliği bulunmaktadır¹⁷⁷. Ancak tacirin müzayaka sebebiyle gabin iddiasını ancak başka bir tacirle arasındaki ilişki kapsamında ileri sürebileceği, tacirin karşısında tacir olmayan bir kişinin bulunması halinde tacirin gabin iddiasında bulunamayacağı da ileri sürülmüştür¹⁷⁸.

Kanaatimizce de müzayaka halinde tacir gabin ileri sürebilmeli ve aşırı ceza koşulu ile ücretin indirilmesini talep edebilmelidir. Lâkin müzayaka halinin tacirler için dar yorumlanması gerektiği ve tacirlerin sadece ekonomik gerekçelere dayanan müzayaka halinde gabin ileri sürebileceği kanaatindeyiz¹⁷⁹. Çünkü basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğünün bir gereği olarak tacir, kişisel, psikolojik ya da ailevi gerekçelere dayanarak zor durumda kaldığını iddia edememelidir¹⁸⁰. Bunun dışında, tacirin ekonomik badireleri atlatmak için normal şartlar altında vermeyeceği taahhütleri vermesinde sakınca bulunmamaktadır. Ticari iş sahası ekonomik koşullara göre bunu gerektirebilir. Burada ölçü alınması gereken, tacirin aşırı oransız şekilde verdiği taahhütleri, ekonomik geleceğini tehlikeye sokacak olan krizleri atlatmak için verip vermediğidir¹⁸¹. Tacir ancak ekonomik mahvına yol açacak durumları atlatmak için yaptığı sözleşmelerde gabin ileri sürebilmelidir. Lâkin bu noktada gabinin diğer unsurlarının da (karşı tarafın yararlanma kastı vs) iyice araştırılması gerekmektedir. Söz gelimi, yukarıda izah edildiği üzere, Şubat 2001 finansal krizinden sonra

¹⁷⁷ Reha Poroy/Hamdi Yasaman, **a.g.e.**, s.140; Sabih Arkan, **a.g.e.**, s.161; Muhammet Emin Bingöl, **a.g.e.**, s.80-82; Necip Kocayusufoğlu, **a.g.e.**, s.492; Murat Topuz, **a.g.m.**, s.764; Selmani Okumuş, **a.g.e.**, s.100; Çağlar, Hayrettin : “**Aşırı Yararlanma (Gabin) Hükümlerinin Tacir Bakımından Uygulanması (TBK m.28)**”, BATİDER, C.XXXII, S.4, Y.2016, ss.69-93, s.70 vd.

¹⁷⁸ Burcu Kalkan Oğuztürk, **Türk Hukukunda Gabin**, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2004, s.67-68.

¹⁷⁹ Aynı görüşte, Muhammet Emin Bingöl, **a.g.e.**, s.80.

¹⁸⁰ İsmail Karaahmetoğlu, “**Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Etme Ölçüsü ve Yargıtay Uygulamasındaki Yeri**”, LHD, C.10, S.116, 2012, s.85-107; Muhammet Emin Bingöl, **a.g.e.**, s.80.

¹⁸¹ Çağlar, Hayrettin : “**Aşırı Yararlanma (Gabin) Hükümlerinin Tacir Bakımından Uygulanması (TBK m.28)**”, BATİDER, C.XXXII, S.4, Y.2016, ss.69-93, s.81; İsmail Karaahmetoğlu, “**Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Etme Ölçüsü ve Yargıtay Uygulamasındaki Yeri**”, LHD, C.10, S.116, 2012, s.85-107; Muhammet Emin Bingöl, **a.g.e.**, s.80.

bankaların ileri sürdüğü müzayakaya dayanan gabin iddiasının tüm şartlarının oluşmadığı kanaatindeyiz. Bu sebeple, gabinin objektif unsurunun ve yararlananın yararlanma kastının da mevcut olması şartıyla, subjektif unsur anlamında tacirin ekonomik anlamda mahvına yol açacak bir durumu atlatabilmek amacıyla aldığı yüksek risk sonucunda verdiği aşırı oransız taahhütler sebebiyle tacirin müzayaka içerisinde düşebileceği ve gabin ileri sürebileceği kabul edilmelidir.



İKİNCİ BÖLÜM: TTK M.22 HÜKMÜNÜN OLMASI GEREKEN HUKUK (DE LEGE FERANDA) BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

I. Sözleşme Özgürlüğü Kavramı ve İstisnaları

A. Kavram ve İçeriği

En basit şekliyle hukukta kişilerin sözleşme yapma ya da yapmama konusunda özgür olmaları olarak tanımlanan sözleşme özgürlüğü (*sözleşme serbestisi, la liberté contractuelle, freedom of contract*) sözleşmeler hukukunun esas çıkış noktasıdır. Ortaya çıkması ve gelişimi liberal ekonomik sistem ile doğrudan ilişkili olan sözleşme özgürlüğünün temelinde irade özerkliği¹⁸² (*autonomie de la volonté*) yatmaktadır¹⁸³.

Sözleşme özgürlüğü ve irade özgürlüğü, felsefi temellerini liberalizm ve bireycilikte bulur. Bireyler irade özgürlüğüne sahip olduğundan normatif bir düzen olan hukuk kapsamında özel hukuka ilişkin iş ve işlemlerde bir normu bireylere prensip olarak ancak kendileri koyar. Böylece sözleşme onu akdedenlerin kanunu olur, sözleşmenin kurucu unsuru olan birey iradesi de hukukun kaynağını teşkil eder. Liberalizmde insanın maddi ve manevi anlamda gelişmesi ancak teşebbüs özgürlüğü ile mümkün olduğundan, irade özgürlüğüne dayanan ve sözleşme özgürlüğünün devlet baskısı ya da müdahalesi ile hiçbir şekilde sınırlanmadığı, serbest yarışma ve rekabetin sağlandığı piyasa ekonomisi en ideal düzendir. İrade özerkliğinin ürünü olan sözleşme sözleşmenin taraflarının menfaatlerine de uygun olacak ve menfaat dengesi en adil şekilde kurulacaktır. Böylece sözleşmeye dayanan her şeyin aynı zamanda adil olduğu kabul edilmektedir.

¹⁸² İrade özerkliği kişilerin tarafı oldukları hukukî ilişkileri kendi iradeleri doğrultusunda birbirleriyle uzlaşarak arzu ettikleri şekilde serbestçe tesis edebilmeleri olarak tanımlanmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi, irade özerkliği ilkesinin İsviçre borçlar hukuku alanında egemen ilke olduğunu kararlarında ifade etmektedir. BGE 132 III 226 E. 3.3.1: “*En droit suisse des obligations prévaut le principe de l'autonomie de la volonté*”; Alman Anayasa Mahkemesi irade özerkliğini “*özgürlükçü bir toplum düzeninin yapı taşı*” olarak nitelendirmiştir. BVerfGE 81, 242 (s. 254): “*Auf der Grundlage der Privatautonomie, die Strukturelement einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung ist, gestalten die Vertragspartner ihre Rechtsbeziehungen eigenverantwortlich.*”, naklen Fahri Erdem Kaşak, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.29.

¹⁸³ Fikret Eren, **a.g.e.**, 313-314; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.149.

Sözleşme özgürlüğü kavramı, çeşitli anlamlarda kullanılmasına rağmen bununla temelde iki hususun kastedildiği kabul edilmektedir. Bunlardan ilki, irade özerkliğinin bir sonucu olan sözleşmeyi yapıp yapmama özgürlüğü, ikincisi ise sözleşmenin konusunu düzenleme özgürlüğüdür¹⁸⁴. Birinci koşul, ikinci koşulun zorunlu bir unsuru olup, birinci koşulun gerçekleşmediği bir durumda ikinci koşulun gerçekleşmesinden bahsedilemez. TBK m.26 hükmündeki düzenleme, sözleşmenin konusunu düzenleme özgürlüğüdür¹⁸⁵. Bu anlamda sözleşme özgürlüğü öncelikle sözleşme yapma veya yapmama özgürlüğünü ifade ettiği gibi, sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü, sözleşmenin konusunu belirleme ve düzenleme özgürlüğü, her iki tarafın da iradesi doğrultusunda sözleşmeyi değiştirme veya ortadan kaldırma özgürlüğü ve sözleşmenin şeklini belirleme özgürlüğünü kapsar¹⁸⁶.

Liberal ekonomik sistemi benimsemiş olan ülkelerin hukuk sistemlerinde olduğu gibi Türk Hukukunda da sözleşme özgürlüğü ilke olarak benimsenmiştir. Bu ilke öncelikle Anayada m.48/I hükmünde temel hak ve özgürlükler kapsamı içerisinde kapsamında düzenlenmiştir. AY 48/I uyarınca “*Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir.*”

Sözleşme özgürlüğü ilkesi diğer taraftan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu kapsamında “Genel hükümler” kısmında “Sözleşme özgürlüğü” başlığı altında 26. maddede temel ilkelere biri olarak benimsenmiştir.

İdeal ve mutlak liberal düzende irade özerkliği hukuk düzeninden bağımsız, insanın varlığına bağlı olarak mevcuttur ve buna bağlı olarak sözleşme özgürlüğü hiçbir sınırlama konulmadan kabul edilmesi gereken bir ilkedir. Lâkin gelişen tarihî süreçte anlaşılmıştır ki irade özgürlüğünün sınırsız olması yine irade özgürlüğünün ahlâkî temelini sarsmaktadır. Sözleşme yapanların hukuki anlamda eşitlikleri mümkün olsa bile, tarafların ekonomik ve sosyal anlamda eşit olduklarını kabul etmek oldukça teorik bir yaklaşım olup uygulamada geçerliliği yoktur. Bu sebeple sözleşmenin taraflarının ekonomik ve sosyal anlamda birbirinden çok farklı olduğu durumlarda,

¹⁸⁴ Weber, David P. : “**Restricting the Freedom of Contract: A Fundamental Prohibition**”, 16 Yale Hum. Rts. & Dev. L.J. (2013), s.55.

¹⁸⁵ Fahri Erdem Kaşak, **a.g.e.**, 30; Fikret Eren, **a.g.e.**, 314.

¹⁸⁶ Fikret Eren, **a.g.e.**, 314; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.151.

mali anlamda kuvvetli olan taraf zayıf olan tarafa kendi iradesini dayatmaktadır. Ortaya çıkan bu sonuç bizatihi irade özgürlüğüne aykırı olduğundan, sözleşmelerde zayıf tarafı koruyucu nitelikte mekanizmalara yer verilmiş, böylece sözleşme özgürlüğü tarihi süreçte gittikçe sınırlandırılmıştır. Geline nokta modern hukuk düzeni, irade özgürlüğü ve sözleşme özgürlüğüne istisna ve sınırlamalar koyulması gerektiğini kabul etmiştir. Özellikle 2. Dünya Savaşı'ndan sonra sözleşme özgürlüğüne konuların sınırlar gittikçe artmaktadır. Lâkin modern hukukta irade özerkliği halen önemli bir ilke, ona getirilen sınırlamalar ise istisnadan ibarettir.

B. Sözleşme Özgürlüğünün İstisna ve Sınırları

Türk Hukuku da modern hukuk düzenleri arasında sayılan bir hukuk düzeni olarak kanunlarında sözleşme özgürlüğüne kamu hukukundan ya da özel hukuktan doğan muhtelif istisna ve sınırlamalar getirmiştir.

Öncelikle, sözleşme yapma özgürlüğünün istisnasını sözleşme yapma zorunluluğu (sözleşme yapma yükümlülüğü) oluşturur¹⁸⁷. Liberal ekonomiyi benimsemiş olan ülkelerde, serbest piyasa koşullarında meydana gelebilecek adaletsizliklerin ve eşitsizliklerin önüne geçilebilmesi için yasa koyucu, bazı durumlarda tarafları sözleşme yapmaya zorlayarak, sözleşme yapıp yapmama ve dilediği kimse ile sözleşme yapma özgürlüğünü sınırlamıştır. Fiili veya hukuki tekel olma durumu buna örnek gösterilebilir. Bu gibi durumlarda kişiler, tekel durumunda bulunan bu işletmelere başvurduklarında, işletmeler, sözleşme özgürlüğünü gerekçe göstererek mal ve hizmet arzından kaçınabilir veya gerçek değerinin çok üzerinde bir fiyatla mal veya hizmet satışını gerçekleştirebilirler. Bu nedenle, kişilerin sahip oldukları fiili veya hukuki güçlerin kötüye kullanılmasını engellemek ve böylece toplumdaki barışı ve sosyal adaleti tesis edebilmek için belirli niteliği haiz bulunan kişilerin sözleşme yapma özgürlükleri kısıtlanmış ve bunlara, kendilerine başvuran kişilerle sözleşme yapma zorunluluğu getirilmiştir. Sözleşme yapma zorunluluğu, bazı kişi, kurum veya kuruluşların, hukuk düzeninde hak sahibi olan kişilerin talebi üzerine, talepte bulunan kişilerle belirli bir sözleşmeyi yapma yükümlülüğü altına

¹⁸⁷ Fikret Eren, **a.g.e.**, 316; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.151; Fahri Erdem Kaşak, **a.g.e.**, 42.

girmesidir¹⁸⁸. Sözleşme yapma zorunluluğunun bulunduğu durumlarda, bu yükümlülüğünden kaçınmak hukuka aykırı bir davranış olarak nitelendirilir. Hukuka aykırı davranışa maruz kalan hukuk sujesi, diğer taraf aleyhine ya aynen ifa davası açarak yapılmaktan kaçınılan sözleşmenin yapılmasını veya bu hukuka aykırı davranış nedeniyle uğramış olduğu zararların tazminini talep edebilir .

Sözleşme özgürlüğünün istisnasının yanında, kanunlarda yer alan birçok düzenleme sözleşme özgürlüğünü sınırlandırmaktadır. Sözleşme özgürlüğünün en temel sınırları 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda TBK m.27 ve m.28'de düzenlenmiştir. TBK m.27 uyarınca kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin hükümsüzdür¹⁸⁹.

Sözleşme özgürlüğüne getirilen istisna ve sınırlandırmalar sadece TBK'daki düzenlemelerle sınırlı değildir. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun "*Mali Sorumluluk Sigortası Yaptırma Zorunluluğu*" başlığı altında düzenlenen 91. maddesinde, motorlu araç işletenlerinin, aynı kanunun m.85/I hükmünde sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere malî sorumluluk sigortası yaptırmalarının zorunlu olduğu hükme bağlanmış, bir motorlu aracın işletilmesinin 3. şahıslara verebilecek olduğu zararlardan dolayı, zarar göreni korumak, zarar görenin zararını çabuk bir şekilde giderilmesini sağlamak gibi sosyal gerekçelerle motorlu araç işletenine, sözleşme yapma ya da yapmama konusunda bir özgürlük tanınmamıştır.

Tarafların, sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin ortak arzuları olmamasına rağmen, bir tarafın başvurusu üzerine hakimın sözleşmenin bir veya bir kaç hükmünü değiştirmesi, sözleşmenin ancak tarafların ortak arzuları ile değiştirilebileceği ilkesine ters düşer. Zira anılan ilke, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde taraflara, ortak irade çerçevesinde sözleşme üzerinde diledikleri gibi tasarrufta bulunma yetkisi vermektedir. Buna göre taraflar, karşılıklı anlaşmak koşuluyla, sözleşmenin bir veya birkaç hükmünü ya da tamamını değiştirebilir yahut sözleşmeyi sona erdirebilir¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.151.

¹⁸⁹ Fikret Eren, **a.g.e.**, 316; Fahri Erdem Kaşak, **a.g.e.**, 40.

¹⁹⁰ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.151; Fikret Eren, **a.g.e.**, 316.

Ancak bunun yapılabilmesi için olması gereken asgari koşul, tarafların iradelerin uyuşmasıdır. Tarafların iradelerinin uyuşmamasına rağmen, bir tarafın sözleşmeyi değiştirmesi veya sözleşmeyi ortadan kaldırması akde aykırılık teşkil eder. Ancak, taraflardan birisinin sözleşmeyi tek yanlı değiştirmek yerine bu değişikliği hakime müracaat ile gerçekleştirmesi durumunda ortada bir akte aykırılık olmayacaktır. Hakim, yapacağı inceleme sonucunda sözleşmenin bir veya birkaç hükmünün değiştirilmesine veya sözleşmenin bütünüyle ortadan kaldırılmasına karar verir ise bu kararlar sözleşme değişecek veya ortadan kalkacaktır. Bu şekildeki bir değişiklik hakim kararı ile meydana geleceğinden akde aykırılık teşkil etmeyecek ancak, sözleşmenin değiştirilmesine veya ortadan kaldırılmasına ilişkin taraf iradeleri uyuşmamış olmasına rağmen anılan değişiklik gerçekleşeceğinden bu durum sözleşme özgürlüğüne bir müdahale anlamına gelecektir¹⁹¹.

Sözleşme özgürlüğü ilkesi, irade özgürlüğü prensibinin hukuk alanındaki bir yansıması olduğundan, sözleşmenin, tarafların özgür iradeleri doğrultusunda şekillenmesine ve ortadan kaldırılmasına büyük önem verir. Bu nedenle, sözleşmenin kurulması, değiştirilmesi veya sona erdirilmesi sırasında tarafların özgür iradelerini etkileyen her unsur, taraf iradelerine ve dolayısıyla sözleşme özgürlüğüne müdahale teşkil eder. Asıl olan, sözleşmenin, tarafların iradesi dışındaki tüm etkilerden uzak olmasıdır. Tarafların ortak iradeleri bulunmamasına rağmen, bir tarafın sözleşmenin değiştirilmesine yönelik isteği sonucunda hakimin sözleşmenin bir veya bir kaç hükmünü değiştirmesine yönelik sözleşmeye müdahalesi, sözleşmenin tarafların ortak ve serbest iradeleri ile şekilleneceğine ilişkin sözleşme özgürlüğü ilkesine bir müdahale teşkil edeceği kanaatindeyiz. Ancak, belirli bazı durumlarda, taraflar arasında bozulan edimler dengesini düzeltmek ve böylece adaletin sözleşenler arasında yeniden tesisini sağlayabilmek bakımından hakimin sözleşmeye müdahalesi müessesesini kabul etmek gerekir.

¹⁹¹ Fikret Eren, *a.g.e.*, 316; Fahri Erdem Kaşak, *a.g.e.*, 35; Weber, David P. : “**Restricting the Freedom of Contract: A Fundamental Prohibition**”, 16 Yale Hum. Rts. & Dev. L.J. (2013), s.60.

II. Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğü ve TTK m.22 Hükmü ile İlişkileri

TTK m.18/II uyarınca “*Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir.*”

Tacirler için genel olarak fiktif bir şahsiyeti sorumluluk ölçütü olarak getiren bu madde hükmünde basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğünün tanımı yapılmamıştır. Kavram, tanımını Yargıtay kararları ve doktrinde bulmaktadır.

TTK m.18/II’deki hükmün mehası Alman Ticaret Kanunu’dur (HGB)¹⁹². Nitekim Kıta Avrupası hukuk sisteminde basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğünün ilk olarak düzenlendiği kanun da Alman Ticaret Kanunu’dur. Tacirler için bu şekilde ağırlaştırılmış bir özen yükümlülüğü getiren diğer bir ülke ise Avusturya’dır. Ticari iş sahası ve adi iş sahası ayrımı keskin olmayan İsviçre, Fransa ve İtalya gibi Kıta Avrupası ülkeleri, tacir bakımından genel bir ağırlaştırılmış bir özen yükümlülüğü düzenlenmemiştir. İsviçre Borçlar Kanunu’nda genel bir hüküm olarak basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü mevcut olmasa da acenteler yönünden basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü getirilmiştir¹⁹³.

Kıta Avrupasında basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğünün temelleri Roma Hukukunda kullanılan sorumluluk ölçütleri olan Diligentia ve Imperitia ayrımına dayanmaktadır. *Diligentia*, diligens pater familias (özenli aile babası) ya da diligentissimus pater familias (en özenli aile babası) gibi alt ölçütlerini içeren, genel olarak malların yönetiminde ve borçların ifasında şahıslardan beklenen sorumluluk ölçütünü ve beklenen özeni ifade etmektedir¹⁹⁴. Imperitia ise, iş yapmayı üstlenen kişinin yeteneksizlik ve tecrübesizlik sebebiyle zarara sebep olması durumunda da sorumlu olduğunu ifade eden sorumluluk ölçütüdür. Bu ölçüt

¹⁹² HGB 347/I : “*Wer aus einem Geschäft, das auf seiner Seite ein Handelsgeschäft ist, einem anderen zur Sorgfalt verpflichtet ist, hat für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns einzustehen.*” (Kendisi açısından ticari nitelikte bir hukuki işlemten dolayı yükümlülük altına giren kimse, basiretli bir tacirin özenini göstermekle yükümlüdür.)

¹⁹³ OR art. 418c/I: “*Der Agent hat die Interessen des Auftraggebers mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes zu wahren.*” (Acente, müvekkilinin menfaatini basiretli bir tacirin özeni ile gözetmelidir)

¹⁹⁴ Özlem Söğütü Erişgin, **Roma Hukukunda Tarihsel Gelişim İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s.203.

kapsamındaki fiktif şahsiyet, yetenekli, tecrübeli, donanımlı ve eğitimli bir zanaatkârdır. Bu sebeple Kıta Avrupası sisteminde basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğü Roma Hukukundan kaynaklanmaktadır.

Anglo Sakson hukuk sisteminde (Common Law) ise trust¹⁹⁵ kapsamında trustee'nin tasarrufları sırasında keyfi davranmasının önüne geçilmesi için “*Prudent Man Rule*” (Basiretli Adam Kuralı) getirilmiştir¹⁹⁶. “*Prudent Man Rule*” trust kapsamındaki mallar üzerinde iş ve işlemler ya da yatırımlar yapan kişinin gerekli araştırmaların ve analizlerin yapılmış olmasını gerektiren bir kuraldır. Amerika’da birtakım hukuki düzenlemelerin sonrasında “*Prudent Man Rule*” kuralının yerini “*Prudent Investor Rule*” almıştır¹⁹⁷. Anglo-Sakson hukuk sisteminde genel hukuk ilkeleri arasında kusurun belirlenmesinde ayrıca “*Reasonable Man*” şeklindeki fiktif bir kişi ölçüt alınmaktadır. Bu durumda dava konusu olayla aynı veya benzer bir durumda makul ve sağduyulu bir objektif üçüncü kişinin esas alınması söz konusudur. Lâkin “*Reasonable Man*” ölçütünün ve “*Prudent Man Rule*” ya da “*Prudent Investor Rule*” kuralının genel anlamda tacirler için belirlenmiş ağırlaştırılmış bir özen yükümlülüğü getirdiğinden bahsedilemez. Bu konuda sadece 2003 yılında yapılan değişiklikler sonrasında *Uniform Commercial Code* (Yeknesak Ticaret Kanunu)¹⁹⁸, Art.2-104’te tacir kavramı tanımlamış ve tecrübeli tacirlerin daha yüksek sorumluluk ölçüsüyle sorumlu olduğu belirtilmiştir.

Hukukumuzdaki bu kuralın mehzazını, Kıta Avrupası ve Anglo-Sakson hukuk sistemlerindeki yerini kısaca belirttikten sonra hukukumuzdaki yerini, gelişimini ve ne

¹⁹⁵ “*Trust, kurucu adı verilen kişi tarafından, sağlararası veya ölüme bağlı bir işlemle, trust konusu malların faydalanan kişinin yararı veya belirli bir amacın gerçekleştirilmesi için güvenilen kişiye emanet edildiği hukuki ilişkileri ifade etmektedir.*”, Erkan Küçükgüngör, “**Anglo-Amerikan Hukukunda Trust Kavramı, Trust’ın Tarihi Gelişimi ve Roma Hukukuna Dayanan Kıta Avrupası Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi**”, BATİDER, C.XXIII, S.21, Y.2005, s.5.

¹⁹⁶ İlk defa 1830 yılında Harvard College v. Amory kararında ortaya atılmış bir kuraldır. <https://www.oecd.org/finance/private-pensions/2763540.pdf> (erişim tarihi:20.11.2019)

¹⁹⁷ Max M. Schanzenbach/Robert H. Sitkoff, “**Did Reform Of Prudent Trust Investment Laws Change Trust Portfolio Allocation?**”, 50 Journal of Law and Economics, http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Schanzenbach_Sitkoff_580.pdf, s.688-690 (Erişim Tarihi: 21.11.2019)

¹⁹⁸ Uniform Commercial Code (Yeknesak Ticaret Kanunu), ABD’de satım sözleşmelerine uygulanmak üzere tüm eyaletlerde geçerli olmak üzere belirlenen genel ilkelere ilişkin yapılan hukuki düzenlemedir. bkz. Mustafa Can, **ABD Hukukunda Ticari Satım Sözleşmelerinde Tarafların Hakları (Rights Of Parties)**, <https://www.mevzuatdergisi.com/2002/05a/01.htm> (Erişim Tarihi:21.11.2019)

şekilde tanımlandığını inceleyelim. Basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü TTK'nın “*tacir olmanın hükümleri*” konu başlığı altında düzenlenen en temel hüküm ve ilkelerden bir tanesi olup, 865 sayılı TTK ve 6762 sayılı TTK'da da düzenlenmişti. Basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü, 865 sayılı TTK m.644'de¹⁹⁹ tacirin yalnızca taahhütleri bakımından getirilmiş iken, 6762 sayılı TTK m.20/II'de tacirin sadece ticari taahhütleri değil, ticaretine ait bütün faaliyetleri bakımından düzenlenmiş; yürürlükteki 6102 sayılı TTK m.18/II'de 6762 sayılı TTK m.20/II hükmü aynen tekrar edilmiştir.

Yukarıda belirtildiği üzere TTK m.18/II hükmünde basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğünün tanımı, anılan madde hükmünde yapılmamıştır. Kavram, tanımını Yargıtay kararları ve doktrinde bulmaktadır.

Yargıtay, basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünü kısaca “basiretli tacir” olarak kullanmış ve 1944 tarihli bir kararında basiretli taciri “*piyasanın hâl ve istikbal durumunu göz önünde tutan*” şeklinde tanımlamıştır²⁰⁰. Nitekim doktrinde, kanunda getirilen özen yükümlülüğünün ekonomik değil, hukuki bir kavram olduğu, ticari faaliyet ve ticari işletme ile ilgili bu kavramın “basiretli iş adamı” yerine “basiretli tacir” olarak anılması gerektiği belirtilmiştir²⁰¹. Zaten kanunda birden fazla yerde geçen bu yükümlülük derecesi, acentelik hükümleri kapsamında TTK m.110/II'de “basiretli bir tacir” şeklinde ifade edilmiştir²⁰².

Basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü, tacir sıfatını haiz olanların yanında ayrıca, TTK m.12/II kapsamında “*tacir sayılan*” şahıslar bakımından da geçerlidir. “*Tacir sayılmak*” ile “*tacir olmak*” arasında lafzî olarak fark olsa da, tacir sayılan şahısların tâbi olduğu hükümler kapsamında tacirlerden bir farkı olmayıp, bunlar tacir olmanın nimetlerinden faydalanıp tacir olmanın külfetlerine de

¹⁹⁹ 865 sayılı TTK m.644: “*Bir taahhüdü ticarinin ifasında müteahhidin basiretkâr biri gibi hareket etmesi lazımdır.*” Bkz. Ernst E. Hirsch, **Notlu Ticaret Kanunu**, s.300.

²⁰⁰ Yargıtay Temyiz Dairesi, 05.04.1944 tarihli kararı, Turgut S. Erem, **Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku Prensipleri**, C.I, İstanbul, Hilal Matbaası, 1967, s.81.

²⁰¹ Yaşar Karayalçın, **Ticaret Hukuku, I.Giriş-Ticari İşletme**, 3. Bası, Ankara, 1968, s.218, dn.53.

²⁰² Kavramın kanunda gelişigüzel kullanılmasıyla ilgili olarak eleştiri için bkz.Reha Poroy/Hamdi Yasaman, **a.g.e.**, s.128.

katlanırlar²⁰³. Bu sebeple, TTK m.18-23 arasında düzenlenen “*tacir olmanın hükümleri*” ve diğer kanunlarda tacir olmaya bağlanan hüküm ve sonuçlar²⁰⁴, tacir sayılanlar için de geçerli olup, tıpkı tacirler gibi tacir sayılanlar da ücret ve ceza koşulunun indirilmesini talep edemezler²⁰⁵.

TTK m.12/III kapsamında “*tacir gibi sorumlu olan*” şahıslara dair kullanılan ifade sadece sorumluluğa ilişkin olup, tacir olmanın nimetlerinden faydalanmalarına dair bir düzenleme mevcut değildir. Kanun bunların sadece tacir gibi sorumlu olduklarını düzenlemiştir. Bu sebeple, tacir gibi sorumlu olan şahıslar tacir olmanın sorumluluklarına tâbidirler. Buradan hareketle, tacir gibi sorumlu olanlar da ücret ve ceza koşulunun indirilmesini talep edemezler²⁰⁶.

Basiretli iş adam gibi hareket etme yükümlülüğü her şeyden önce bağımsız bir özen gösterme ve koruma yükümlülüğüdür. Bu yükümlülük, sözleşmenin kurulmasından önce, kurulması esnasında veya sonrasında tacir açısından söz konusu olacaktır. Bu yükümlülüğü, POROY/YASAMAN’ın da ifade ettiği gibi sözleşmede sadece boşluk doldurucu bir nitelikte değildir²⁰⁷. Doktrindeki hakim görüşe göre bu yükümlülük kapsamında tacirin sorumluluk alanı genişlemekte, sözleşmede kararlaştırılmamış edimleri de yerine getirmesi beklenmektedir²⁰⁸. Buna örnek olarak, satılanın alıcıya gönderilmesinin kararlaştırıldığı durumda sözleşmede düzenlenmemiş olsa bile tacirin, basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü kapsamında satılanı alıcıya gönderirken sigorta yapma borcu altında olması

²⁰³ Reha Poroy/Hamdi Yasaman: **Ticari İşletme Hukuku**, 14. Bası, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2012., s.127 vd.. Yazar, kanunda “tacir sayılır” terimi kullanılmış olsa da, tacir olmaktan tüm hüküm ve sonuçlara tabi olduktan sonra “tacir olmak” ile “tacir sayılmak” arasında fark gözetmenin faydasının olmadığını belirtmektedir. Yazara göre tacir ile tacir sayılan kişi arasında hiçbir fark bulunmamaktadır.

²⁰⁴ 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun “*iflas yolu ile takip*” başlıklı 43. maddesi “*İflas yolu ile takip, ancak Ticaret Kanunu gereğince tacir sayılan veya tacirler hakkındaki hükümlere tabi bulunanlar ile özel kanunlarına göre tacir olmadıkları halde iflasa tabi bulundukları bildirilen hakiki veya hükmi şahıslar hakkında yapılır. Şu kadar ki, alacaklı bu kimseler hakkında haciz yolu ile de takipte bulunabilir.*” hükmünü haiz olup, tacir sayılanları da açıkça iflas yolu ile takibe tabi kılmıştır. Bu durum, “tacir olmak” ile “tacir sayılmak” arasında yasa koyucu tarafından hiçbir fark gözetilmediğinin ayrı bir göstergesidir.

²⁰⁵ Muhammet Emin Bingöl, **a.g.e.**, s.104.

²⁰⁶ Reha Poroy/Hamdi Yasaman, **a.g.e.**, s.137; Sabih Arkan, **a.g.e.**, s.154.

²⁰⁷ Reha Poroy/Hamdi Yasaman, **a.g.e.**, s.152.

²⁰⁸ Sabih Arkan, **a.g.e.**, s.148; Reha Poroy/Hamdi Yasaman, **a.g.e.**, s.152; Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C.I/1, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, 2008, İstanbul, s.124; Muhammet Emin Bingöl, **a.g.e.**, s.25.

gösterilebilir²⁰⁹. Ancak şunu da ifade etmek gerekir ki bu yükümlülük kapsamında sözleşme dışında doğan yeni yükümlülükler asli ya da tali edim yükümlülüğü şeklinde değil, asli ya da tali edim yükümlülüklerinin daha güvenli ve tam bir şekilde ifa edilebilmesi için özen yükümlülüğü kapsamında yerine getirilen ifaya yardımcı yükümlülükler şeklinde ortaya çıkmaktadır²¹⁰. Bu yükümlülük, tacire sadece sözleşmesel anlamda değil, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme hükümleri kapsamında da yükümlülükler yükler.

Tacirler arasındaki objektif özen yükümlülüğünün ölçüsü, vasat bir tacirden beklenen kadardır. Yani, tacir yalnızca dürüst, namuslu, makul ve orta zekâlı bir insanın benzer hadiselerde takip edeceği şekilde davranmakla yetinmeyip, kendisiyle aynı sınıfa dâhil tedbirli, sağduyulu ve yetenekli bir tacirin benzer hadiselerde takip edeceği şekilde hareket etmek zorundadır. Lâkin bu ölçütler kesin olmadığı ve her olaya ve tacire göre ayrı ayrı tayin edilmesi gerektiği düşünülmektedir²¹¹.

Yargıtay'ın müstekar içtihadı, bankaların basiretli iş adamı yükümlülüğü kapsamındaki yükümlülüklerinin daha da ağır olduğu yönündedir²¹². Bir kararında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu durumu şu şekilde ifade etmiştir²¹³:

“6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun (6762 sayılı TTK) 20/2. (6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun (6102 sayılı TTK) 18/2) maddesi gereğince, tacir, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli iş adamı gibi hareket etmesi لازمdır. Nitekim, bankaların, tacir olarak bütün işlemlerinde basiretli davranma yükümlülüğü herhangi bir tacirden farklıdır. Bu sebeple bankalardan beklenen basiret ölçüsü ve özen yükümlülüğü şüphesiz daha ağırdır. Özellikle bankaların internet bankacılığı hizmeti vermeye başladıkları andan itibaren özen yükümlülüğünün daha da arttığı kabul edilmesi gerekmektedir.”

²⁰⁹ Haluk Tandoğan, **a.g.e** s.124.

²¹⁰ Muhammet Emin Bingöl, **a.g.e.**, s.25.

²¹¹ Rıza Ayhan, **a.g.e.**, s.209; Oğuz Kürşat Ünal, **a.g.e.**, s.57.

²¹² YHGK, E.2017/ 2224, K.2018 / 1753, T.22.11.2018; YHGK, E.2017/ 2224, K.2018 / 1753, T.22.11.2018 (Sinerji İctihat Bankası, Erişim Tarihi: 20.11.2019).

²¹³ YHGK, E.2017/ 2224, K.2018 / 1753, T.22.11.2018 (Sinerji İctihat Bankası, Erişim Tarihi: 20.11.2019).

Yargıtay, günümüzde verdiği kararlarında objektif bir özen yükümlülüğü olan basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün en hafif kusurdan dahi sorumlu olmayı gerektirdiğini belirtmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında²¹⁴ bu durumu şu şekilde ifade etmiştir: *“Banka basiretli tacirden beklenen özeni göstermek zorunda olup, en hafif kusurundan dahi sorumludur ve bu sorumluluğu kaldıran sözleşme hükümleri de geçerli değildir. Bankalar, bir güven kurumudur, objektif özen borcu bulunduğundan, topladıkları mevduatı sahteciliklere karşı özenle korumak zorundadırlar.”*

Basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü, TTK kapsamında tacir yüklenen birçok yükümlülüğün de kaynağını oluşturur ve tacirler hakkında düzenlenen yükümlülüklerin yorumlanması ve değerlendirilmesi kapsamında dikkate alınır. Bu yükümlülüklerin en başında tacirin ceza koşulunun ve ücretin indirilmesini talep etme yasağının geldiği belirtilmektedir. TTK m.22 kapsamında düzenlenen bu yasak, TTK m.18/II hükmünde düzenlenen basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğünün kanundaki yansımalarından bir tanesidir. Tacirin TTK m.18/II kapsamında ağırlaştırılmış bir özen yükümlülüğünün olduğu, piyasa şartları, kendi mali durumu, sözleşmenin şartları gibi durumları yeteneği, tecrübesi ve donanımı kapsamında değerlendirerek taahhütlerinin karşısına çıkarabileceği tüm durumları hesaplaması ve öngörmesi tacirden beklenir. Bu sebeple, tacirin taahhüt ettiği ücret ve ceza koşulunun da tüm sonuçlarını öngörmesi tacirden beklenerek TTK m.22 uyarınca tacirin ücret ve ceza koşulunun indirilmesini talep edemeyeceği düzenlenmiştir.

Basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü, ahde vefa ilkesinin ticaret hukukundaki muhkem yansımalarının biridir. Tacir, taahhüt ettiği edimin ifa edilmesi için ağırlaştırılmış bir özen yükümlülüğü altına sokulmuş ve koruma yükümlülüğü kapsamında yukarıda belirtildiği gibi sözleşmede kararlaştırılmayan hususları bile gözetmesi tacirden beklenmiştir. Hatta tacirin sözleşmeden doğan yükümlülüklerine ve taahhütlerine dair vefasını artıran bu yükümlülük, bu yolla sözleşme özgürlüğü ile sıkı bağlar taşımaktadır. Sözleşme özgürlüğü sözleşmenin akdedilmesi sonrasında sözleşmeye yapılacak olan tüm dış müdahaleleri prensip olarak dışlar. Basiretli iş

²¹⁴ YHGK, E.2017/2224, K.2018/1753, T.22.11.2018 (Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 20.11.2019).

adamı gibi hareket etme yükümlülüğü de, sözleşmeden doğan tüm taahhütlerin özenle ifa edilmesi noktasında tacirlere bir yükümlülük getirdiğinden, sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlamaları dışlayan bir yükümlülüktür. Lâkin çalışmamızda “sözleşme özgürlüğü” kapsamında belirtilen hususlar dikkate alındığında, ahde vefa ilkesinin mutlak bir ilke olmadığı, hatta modern hukukta geline nokta sözleşmeye hakim ve taraflarca yapılabilen müdahaleler sonucu sözleşme özgürlüğü ile birlikte ahde vefa ilkesinin de istisnalarının ortaya çıktığı ortadadır. Basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün olaya, şartlara ve tacire göre değerlendirilmesi gerektiği, ayrıca yukarıda sözleşme özgürlüğü kapsamında belirtildiği üzere tacirlerin sosyal ve ekonomik anlamda eşit kabul edilmesinin sözleşme özgürlüğüne ve irade özerkliğine aykırı sonuçlar doğurduğu, bu sebeple tacirler arasında da pazarlık gücü ve mali konum farklarının bulunduğu, tacirler arasında da güç anlamında ayırım yapılarak düzenlemeler yapıldığı hesaba katıldığında, basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğünün mutlak bir uygulamasının söz konusu olamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

Ücret ve ceza koşulunun indirilmesi talebi ve uygulaması, çalışmamızın “sözleşme özgürlüğü kavramı ve istisnaları” bölümünde açıklandığı üzere hakimin sözleşmeye dışarıdan müdahalesi niteliğinde olduğundan, sözleşme özgürlüğüne getirilen önemli sınırlamalardan biridir. Ahde vefa ilkesi ile sözleşme özgürlüğünün yansıması olan TTK m.18/II doğrultusunda düzenlenen TTK m.22 hükmü ise ücret ve ceza koşulunun indirilmesini yasaklamak suretiyle sözleşme özgürlüğünün mutlak bir uygulamasını ticaret hukukumuzda cari kılmıştır. TTK m.22’nin kanunda düzenlenmemiş olması ihtimalinde, sadece TTK m.18/II doğrultusunda tacirin ücret ve ceza koşulunun indirilmesini talep edemeyeceği söylenemezdi. Bu sebeple, TTK m.22, TTK m.18/II’nin bir sonucu olduğu gibi, sözleşme özgürlüğü ve ahde vefa ilkesini ticaret hukukunda, sadece ücret ve ceza koşulunun indirilmesi kapsamında da olsa, TTK m.18/II’den daha kuvvetli bir şekilde ve kesin olarak uygulamaya koymuştur.

Sonuç olarak 865 sayılı eTTK’dan bu yana olduğu gibi, 6102 sayılı TTK kapsamında, basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü (TTK m.18/II) ile, ahde vefa ilkesi ve sözleşme özgürlüğünün ticari iş sahasında sınırlardan âri olarak

uygulanması ve genel olarak sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlamaların ticaret hukukunda daha kısıtlı uygulanması gerektiği düzenlenmiş; TTK m.22 hükmü ile bir adım daha ileri gidilerek tacirlerin ceza koşulu ve ücretin indirilmesini talep edemeyeceği düzenlenmek suretiyle sözleşmelerde tacirler tarafından taahhüt edilen ücret ve ceza koşulu kapsamında sözleşme özgürlüğü ve ahde vefa ilkesinin sınırlamalar olmadan cari olacağı hüküm altına alınmıştır.

III. Mukayeseli Hukuk Açısından Tacirin Ücret veya Ceza Koşulunun Tenkisini Talep Hakkı

A. Genel Olarak

Mukayeseli hukukta tacirin ücret veya ceza koşulunun tenkis edilmesini talep edip edemeyeceği hususunu irdeleyebilmek için farklı hukuk sistemlerinin ve ulusal hukukların ceza koşuluna bakışını inceleyerek başlamak gerekir.

Ceza koşulunun temel amacı ve işlevinin borçluyu borcunu ifa etmeye yönlendirmek olduğuna ayrıntılı olarak değinilmişti. Ceza koşulu, borçlunun asıl borcunu ihlal etmesi halinde yani borcunu yerine getirmemesi ya da eksik bir şekilde yerine getirmesi halinde gündeme geleceğinden, borçluyu borcunu aynen ifa (*l'exécution correcte, specific performance*) etmeye yönlendirmektedir. Borca aykırılık söz konusu olduğunda alacaklının aynen ifayı talep etme hakkı, Kıta Avrupası (*continental law, droit continental*) sözleşmeler hukukuna temel teşkil eden ahde vefa ilkesinin (*pacta sunt servanda*) bir görünümüdür²¹⁵. Aynen ifa talebi, 19 yüzyılda Alman ve İsviçre öğretisinde sözleşmeye aykırılığın bir yaptırımı olarak değil de sözleşmenin kendisi olarak görülmüştür²¹⁶. Fakat bu durum, Kıta Avrupası hukukunun

²¹⁵ Bruno Zeller, "Penalty Clauses: Are They Governed by the CISG?", Pace International Law Review, Volume 23, Issue 1, Winter 2011, s.4; Pascal Hachem, "Fixed Sums in CISG Contracts", Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration, Volume 13, No:1, 2009, 217-228, s.220; Ayça Akkayan Yıldırım, "Cezai Şartın İşlevi, Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme", İÜHFM, C.LXI, S.12, 2003, ss.357-414, s.364 vd.

²¹⁶ Jack Graves, "Penalty Clauses as Remedies: Exploring Comparative Approaches to Enforceability" Touro Law Review: Vol. 29: No. 3, Article 11, 2013, ss.680-694, s.684-690; Jonathan S. Solorzano, "An Uncertain Penalty: A Look at the International Community's Inability to

yasal olarak borçluyu aynen ifaya zorladığı anlamına gelmemeli; tarafların ortak iradeleriyle sözleşme kapsamında, borca aykırılık halinde borçluyu aynen ifaya zorlayacak mekanizmaları düzenleme hususunda serbest oldukları şeklinde anlaşılmalıdır²¹⁷. Kıta Avrupası Hukukunda ceza koşulunun taraflarca düzenlenebileceği ve borca aykırılık durumunda alacaklı tarafından talep edilebileceği hususu, Roma Hukukundan beri kabul gören bir yaklaşımdır. 1804'te kabul edilen Napolyon Medeni Kanunu (*Code Napoléon*) Roma Hukukundaki bu yaklaşımı sürdürmüş ve Kıta Avrupası hukuk sistemi içerisindeki diğer ülkeler de bu yaklaşımı kabul etmiştir²¹⁸.

Bununla birlikte Common Law sisteminin aynen ifa yaptırımına bakışı farklıdır. Bu yaptırım, genellikle Common Law ile Kıta Avrupası hukuk sistemi arasındaki en önemli farklılık olarak nitelendirilir. Kıta Avrupası sisteminde öncelikli yaptırım olan aynen ifa talebi iken, Common Law'da öncelikli yaptırım (remedy) tazminattır. Common Law'da aynen ifa talebi ancak tazminatın, aynen ifa kadar hakkaniyetli bir yaptırım (*equitable remedy*) teşkil etmemesi halinde ikincil bir yaptırım olarak gündeme gelir²¹⁹.

Common Law'da aynen ifa (*specific performance*) talebine bakıştaki bu farklılık ceza koşuluna bakışı da belirlemiştir²²⁰. Common Law hukuk sistemi dahilindeki İngiliz ve Amerikan Hukuklarında borca aykırı davranan tarafın diğer tarafça cezalandırılmasına yönelik kayıtlar, her ne kadar tarafların ortak iradesiyle düzenlenmiş de olsa, sözleşmenin taraflarından birine diğer tarafa baskı yapma yönünde bir avantaj sağlayacağından, Common Law'da benimsenen temel sözleşmeler hukuku ilkelerine aykırı bulunmaktadır²²¹. Common Law'da borca

Harmonize the Law of Liquidated Damages and Penalty Clauses", Law and Business Review of the Americas, Volume 15, Article 4, ss.779-818. (2009), s.779-784.

²¹⁷ Nitekim hukukumuzda da TBK m.112 uyarınca "*Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.*"; Ayça Akkayan Yıldırım, **a.g.m.**, s.365; Jack Graves, **a.g.m.**, s.685.

²¹⁸ Pascal Hachem, **Fixed Sums**, s.220.

²¹⁹ Ignacio Marín García: "**Enforcement of Penalty Clauses in Civil and Common Law: A Puzzle To Be Solved By The Contracting Parties**", European Journal of Legal Studies, Volume 5, Issue 1, (Spring/Summer 2012), ss. 98-123, s.85.

²²⁰ Ignacio Marín García, **a.g.m.**, s.86; Jack Graves, **a.g.m.**, s.689; Jonathan S. Solorzano, **a.g.m.**, s.783.

²²¹ Pascal Hachem, **Fixed Sums**, s.221; Ignacio Marín García, **a.g.m.**, s.86; Jack Graves, **a.g.m.**, s.689; Jonathan S. Solorzano, **a.g.m.**, s.783; Ayça Akkayan Yıldırım, **a.g.m.**, s.365.

aykırılık hallerinde çözüm yolları (*remedies*), alacaklının zararının telafi edilmesi üzerinden geliştiğinden, sözleşmelerde taraflarca kararlaştırılmış olan ceza niteliğindeki şartların geçersiz sayılacağı ve mahkemeler tarafından uygulanmayacağı, mahkeme içtihatlarında benimsenmiş bir kuraldır²²². 17. yüzyıla kadar Common Law'da borçluların borcunu gereği gibi ifa etmemeleri halinde borç miktarının iki ya da daha fazla katı ceza ödemelerini öngören, ceza senedi adı altında gelişen uygulama mahkemelerce de kabul görüyordu. Lâkin 17. yüzyıl sonlarına doğru, alacaklının borçlu üzerinde zorlama ve baskı kurmasına sebep olan bu tür uygulamaların, borca aykırı davranış sebebiyle ortaya çıkan zarar ile ilişkisi sorgulanmaya başlanmıştır. Bu aşamadan sonra Common Law'da borca aykırılık hallerinde çözüm yolları (*remedies*) zarar ile orantılı olduğu ölçüde makul bulunmuş ve kabul edilmiştir²²³. Bu sebeple Common Law'da sözleşmenin tarafları, ceza koşulu gibi, borca aykırı davranış halinde borçluya baskı yapmaya ve borçluyu zorlamaya yönelik kayıtlar kararlaştıramayacaklar, kararlaştırmış olsalar bile bu şartlar mahkemeler tarafından geçersiz sayılarak uygulanmayacaktır²²⁴. Bu durum İngiltere'de, diğer Common Law ülkelerinden farklıdır. İngiltere'de borçluya baskı yapmaya ve borçluyu zorlamaya yönelik kayıtlar geçersiz değil, talep edilemez (*unenforceable*) addedilmiştir²²⁵. Common Law'da ceza koşulunun yerine kabul gören kavram götürü tazminat sözleşmesidir (*liquidated damages clause*). Lâkin çalışmamızda götürü tazminat sözleşmesinin ceza koşulundan tamamen farklı bir kavram olduğu, götürü tazminatın ceza koşulunun bir türü olmadığı açıklanmıştı. Burada dikkat edilmesi gereken, Common Law'da borca aykırılığın yaptırımlarının dahi zararlar orantılı şekilde geliştirilmiş olması ve borca aykırı davranan tarafın diğer tarafça cezalandırılmasına yönelik ceza koşulunun kabul görmüyor olmasıdır.

Ceza koşulunun bir tür cezalandırma ve zorlama aracı olduğu yönündeki görüş, Kıta Avrupası Hukuku'nda ceza koşulunun indirilebilir nitelik kazanması şeklinde

²²² Pascal Hachem, **Fixed Sums**, s.221; Ignacio Marín García, **a.g.m.**, s.86; Jack Graves, **a.g.m.**, s.689; Jonathan S. Solorzano, **a.g.m.**, s.783.

²²³ Pascal Hachem, **Fixed Sums**, s.221; Ignacio Marín García, **a.g.m.**, s.86; Jack Graves, **a.g.m.**, s.689; Jonathan S. Solorzano, **a.g.m.**, s.783.

²²⁴ Ayça Akkayan Yıldırım, **a.g.m.**, s.367; Pascal Hachem, **Fixed Sums**, s.221; Ignacio Marín García, **a.g.m.**, s.86; Jack Graves, **a.g.m.**, s.689; Jonathan S. Solorzano, **a.g.m.**, s.783.

²²⁵ Jonathan S. Solorzano, **a.g.m.**, s.783-784.

kendini göstermiştir²²⁶. Roma Hukukundan beri kabul gören ceza koşulu, en başında aşırı olup olmadığına bakılmaksızın aynen talep edilebiliyor iken, bu yaklaşım terk edilmeye başlanmış ve aşırı ceza koşulunun hakim tarafından indirilebilmesine dair düzenlemeler Kıta Avrupası hukuk sistemine tâbi ülkelerinde kanunlarında kendini göstermiştir²²⁷. 1975 yılında Fransız Medeni Kanunu'nda 1152. maddede yapılan değişiklik ile hakim aşırı ceza koşulunun indirilmesine karar verebileceğine dair düzenleme yapılmıştır²²⁸. Aynı düzenleme İsviçre Borçlar Kanunu'nun 163. maddesinde, Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) 343. bölümünde ve Türk Borçlar Kanunu'nun m.182/III hükmünde yerini bulmuştur²²⁹.

Kıta Avrupası hukuk düzenlerinde ceza koşulunun indirilmesine dair yapılan bu değişiklikler karşısında bazı ülkelerde tacirlerin bu haktan faydalanamaması yönünde düzenlemeler yapılmış ya da mevcut hükümler korunmuştur.

Alman Ticaret Kanunu (HGB) §348'e²³⁰ göre tacir tarafından ticari işletmesi kapsamında taahhüt edilen ceza koşulu, Alman Medeni Kanunu'nun (ceza koşulunun indirilmesini düzenleyen) 343. maddesine dayanılarak indirilemez. Bu noktada dikkat çeken husus, Alman hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da söz konusu hükmün Medeni Kanun ya da Borçlar Kanunu'nda değil, Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş olmasıdır²³¹. HGB §348 hükmünde, indirilmesi istenemeyen ceza koşulunun özellikle “*ticari işletmesi kapsamında taahhüt edilen*” şeklinde nitelendirilmiş olması, TTK m.22'den lafzî anlamda tek farkı olarak değerlendirilmektedir²³². Yoksa TTK m.22 kapsamında hukuki işlem tacirin ticari işletmesinin kapsamında bir işlem değilse, tacirin ücret veya ceza koşulunun aşırı olduğunu öne sürüp indirim talep

²²⁶ Bruno Zeller, **a.g.e.**, s.4.

²²⁷ Hachem, **Fixed Sums**, s. 220, dn 7.

²²⁸ Code Civil m. 1152/2 (Loi no 85-1097 du 11 octobre 1985): “Neanmoins, le juge peut, même d’office, modérer ou augmenter la peine” (Loi no 75-597 du 9 juillet 1975) “*qui avait été convenue, si elle est manifeste ment excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite*”.

²²⁹ Bruno Zeller, **a.g.e.**, s.4; Ayça Akkayan Yıldırım, **a.g.m.**, s.367

²³⁰ “Eine Vertragsstrafe, die von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochen ist, kann nicht auf Grund der Vorschriften des § 343 des Bürgerlichen Gesetzbuchs herabgesetzt werden.” https://www.gesetze-im-internet.de/hgb/_348.html

²³¹ Köksal Kocaağa, **a.g.e.**, s.378.

²³² Muhammet Emin Bingöl, **a.g.e.**, s.103.

edebilmektedir²³³. Dolayısıyla HGB §348 ile TTK m.22 arasındaki fark lafzî olup, uygulama aynı yönde gelişmiştir.

Aynı yönde hüküm Avusturya Ticaret Kanunu ve Bulgaristan Ticaret Kanunu'nda da mevcuttur. Kıta Avrupası hukuk sisteminde bu yasağın mevcut olduğu ülkeler Almanya, Avusturya ve Türkiye iken 1996 yılında Bulgaristan Ticaret Kanunu'nda yapılan değişiklik sonrasında, Bulgaristan Borçlar Kanunu'na 20. yüzyıldaki gelişmeler sonrasında giren ceza koşulunun indirilmesine dair hükümden tacirlerin de faydalanamayacağına dair hüküm getirilmiştir. Bu hususta ilginç olan ve incelenmesi gereken, Bulgaristan'ın ceza koşulunda indirim yapılabileceğine dair hükmün kanunlarına girmesinden sonra tacirler açısından böyle bir sınırlama ihtiyacına duymuş olmalarıdır.

Tacirlerin ceza koşulunun ve ücretin indirilmesini talep edemeyeceği yasağı İsviçre, Fransa ve İtalya gibi Kıta Avrupası hukuk sistemi ülkelerinde bulunmamaktadır²³⁴. Bu sebeple genel olarak Kıta Avrupası hukuk sisteminde bahsedilen ülkeler de dahil olmak üzere genel olarak tacirler de ceza koşulunun indirilmesini talep edebilirler.

Ne Common Law ne de Kıta Avrupası hukuk sistemi kapsamında sayılan İskandinav hukuk düzenleri (İsveç, Norveç, Danimarka, Finlandiya ve İzlanda) genel olarak Alman hukukunun etkisi altına ortaya çıkmışlarsa da gerçekleştirdikleri bağımsız kodifikasyon süreçlerinde kendine özgü birçok nitelik kazandığından Kıta Avrupası hukuk sisteminin dışında konumlandırılmışlardır²³⁵. Danimarka hukukunda, Danimarka Sorumluluk Kanunu'nun 24. maddesi²³⁶ uyarınca taraflardan bir tanesine

²³³ M. Kemal Oğuzman/ M. Turgut Öz, **a.g.e.**, C.II, s.550.

²³⁴ Mehmet Erdem, **La Clause Pénale**, s.172; Köksal Kocağa, **a.g.e.**, 379.

²³⁵ Max Rheinstein, "**Common Law and Civil Law: An Elementary Comparison**," *Revista jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, 90 (1952), https://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles?utm_source=chicagounbound.uchicago.edu%2Fjournal_articles%2F9016&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages

²³⁶ İngilizceye Danish Liability Act şeklinde çevrilen Danimarka Sorumluluk Kanunu'nun 24. maddesi: "*Liability may be reduced or eliminated when the imposition of same would be unreasonably burdensome or when other exceptional circumstances make such reduction or elimination reasonable. In making this decision attention shall be given to the extent of the injury, the nature of the liability, the injuring party's situation, the injured party's interests, existing insurance, and other circumstances*", çeviri için bkz. kararlar için bkz. Joseph Lookofsky, "**The Limits of Commercial Contract Freedom:**

mâkul olmayan külfetler yükleyen klotların indirilmesi ya da geçersiz sayılması mümkün kılınmış, Danimarka Temyiz Mahkemesi (*Ugeskrift for Retsvæsen*) bu kuralın tacirler bakımından da geçerli olduğuna, aşırı ücret ya da ceza koşulunun indirilmesinin tacirler tarafından da talep edilebileceği ve uygulanabileceğini içtihat etmiştir²³⁷.

B. UNIDROIT İLKELERİ

Roma'da kurulmuş olan UNIDROIT Enstitüsü (*International Institut for the Unification of Private Law*)²³⁸ tarafından özel hukukun yeknesaklaştırılması çalışmaları kapsamında belirlenen Milletlerarası Ticarî Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT ilkeleri, ilkelerin giriş kısmında da belirtildiği üzere, ticari sözleşmelere ilişkin kurallar olup mevcut hukuk düzenlerinin ortak noktalarını kümeleyen, taraflara eşit ve adil konum oluşturan, sözleşme özgürlüğünü ön plana çıkaran ve böylece tarafları hukuki anlamda tam olarak eşit addeden ilkelere²³⁹.

UNIDROIT İlkeleri, milletlerarası ticaretin uygulanmasına değinen teknik ve ekonomik gelişmelerin etkisi ile değişen durumları hesaba katmak için yeterli esnekliğe sahiptir. Bu ilkeler, aynı zamanda, tarafların iyiniyetli davranmaları gereğine işaret etmekte, bazı özel durumlarda ise makul tutum içinde olmalarını, uyulması gereken bir kriter olarak zorunlu kılmakta, böylece milletlerarası ticarî ilişkilerde hakkaniyeti garanti altına alma gayretini göstermektedir. Bu genel açıklamalardan

Under the UNIDROIT "Restatement" and Danish Law", American Journal of Comparative Law, Volume 46, 1998, ss.485-508, s.500.

²³⁷ *Ugeskrift for Retsvæsen* 1995.602 V; *Ugeskrift for Retsvæsen* 1984.23 H, kararlar için bkz. Joseph Lookofsky, **a.g.m.**, s.500.

²³⁸ Özel Hukukun Yeknesaklaştırılması İçin Uluslararası Enstitü. Enstitü, özel hukukun yeknesaklaştırılması amacıyla 1926 yılında Milletler Cemiyeti'ne bağlı bir kurum olarak kurulmuştur. Daha sonra çalışmalarını bağımsız bir kurum olarak yürüten enstitü genel kurulunun 5 yılda bir seçtiği 5 uzman hukukçudan oluşan Yönetim Konseyi, çalışma gruplarını yürütür ve çalışma gruplarında yapılan çalışmalar sonucunda Enstitü, muhtelif yıllarda Milletlerarası Ticarî Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri'ni yayınlar.

²³⁹ Kemal Dayınlarlı, "**Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin Unidroit İlkeleri**", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, S.23(1-2), 2011, 250-203; Ingeborg Schwenzer /Peter Schlechtriem / Pınar Çağlayan Aksoy, **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi (Commentary on the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods)**, 1. Bası, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015,s.S.1536.

sonra şimdi milletlerarası ticarî tahkimde bu kuralların uygulanmasının ve oynadığı rolün faydaları üzerinde durmak gerekecektir. Öte yandan, milletlerarası yeknesak hukukun herhangi bir belgesinin yorumlanmasında veya bu belgelerin tamamlanmasında UNIDROIT kurallarından yararlanmak mümkündür²⁴⁰.

UNIDROIT ilkelerinin “borcun ifa edilmemesi (*non-performance*)- zararlar (*damages*)” bölümündeki “sözleşmede tespit edilen tazminat” (*agreed payment for non-performance*) başlıklı 7.4.13. maddesinde²⁴¹

“(1) Sözleşme ifayı yerine getirmeyenin ademi ifa nedeniyle belli bir miktarın ödeneceğini öngörmüş ise, gerçekten katlanılan zarardan bağımsız olarak bu meblağ alacaklıya verilir.

(2) Her halükârda, aksine tüm şartlara rağmen, belirtilen tazminat, ademi ifadan ve diğer hal ve şartlardan meydana gelen zararla mukayese edildiğinde açıkça aşırı ise makul bir meblağa indirilebilir.”

şeklinde düzenleme yapılmıştır. Anılan madde hükmünde görüldüğü üzere, UNIDROIT ilkelerinde ceza koşulu (*penalty clause, clause pénale*) adı altında olmasa da, borcun ifa edilmemesi durumunda borçlunun alacaklıya bir meblağ (*specified sum for such non-performance*) ödeyeceği taraflarca akdedilebilir. Bu meblağın zarardan bağımsız bir meblağ olduğu da hesaba katıldığında, bu düzenlemenin ceza koşuluna ilişkin olduğu açıktır.

Hükmün 2. fıkrası da aşırı ceza koşulunun indirimine ilişkin düzenlemedir. Buradan hareketle, UNIDROIT ilkeleri ceza koşulu ve ceza koşulunun indirimine ilişkin olarak Kıta Avrupası hukukunu takip etmiştir. UNIDROIT ilkeleri ticari sözleşmeleri düzenlediğinden, tarafların tacir olduğu sözleşmelere uygulanmaktadır. Zaten 7.4.13. maddede aşırı ceza koşulunun indirilmesini açıkça düzenleyen UNIDROIT ilkeleri kapsamında indirim talep edebilecek olan da tacirlerdir. Bu

²⁴⁰ Ingeborg Schwenzer /Peter Schlechtriem / Pınar Çağlayan Aksoy, **a.g.e.**, s.289, 290, 1536.

²⁴¹ ARTICLE 7.4.13 (AGREED PAYMENT FOR NON-PERFORMANCE)

(1) Where the contract provides that a party who does not perform is to pay a specified sum to the aggrieved party for such non-performance, the aggrieved party is entitled to that sum irrespective of its actual harm.

(2) However, notwithstanding any agreement to the contrary the specified sum may be reduced to a reasonable amount where it is grossly excessive in relation to the harm resulting from the non-performance and to the other circumstances.

sebeple, tacirin ceza koşulu ve ücretin indirilmesini talep edemeyeceğine dair bir yasak bulunmamaktadır.

C. Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın (CISG)²⁴², götürü tazminat sözleşmesi (*liquidated damages*) ya da ceza koşulu (*penalty clause*) için özel bir düzenleme içermemektedir²⁴³. Lâkin doktrinde, CISG Danışma Kurulu'nun 10 No'lu görüşünün 2. kuralında ve tahkim kararlarında CISG m.6 hükmüne dayanılarak tarafların sözleşme özgürlüğü kapsamında ceza koşulu ve götürü tazminat sözleşmesi akdedebilecekleri belirtilmiştir²⁴⁴. CISG m.6 uyarınca,

“Taraflar, bu Antlaşmanın uygulanmamasını kararlaştırabilecekleri gibi, 12. madde saklı kalmak şartıyla, hükümlerine istisna getirebilir veya hükümlerinin doğurabileceği etkileri değiştirebilirler.”

Anılan hükümden hareketle, taraflar CISG m.74-79 arasında düzenlenen “tazmini mümkün olan zararlar” kapsamını ve şartlarını değiştirebilir, borca aykırılık halinde bir ceza koşulu ödeneceği hususunda anlaşabilirler²⁴⁵. Bu sebeple, CISG kapsamında

²⁴² The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods.

²⁴³ Mükerrerem Onur Başar, **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Sözleşmeye Uygun Mal Teslim Edilmesi Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinden Ötürü Alıcının Hakları**, 1. bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.366.

²⁴⁴ CISG Danışma Kurulu, Görüş No.10, Kural 2: http://www.cisgac.com/file/repository/CISG_AC_Opinion_No_10_English.pdf; Yeşim Atamer / Yasemin Kabaklıoğlu Arslanyürek / Zeynep Damla Taşkın, **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Danışma Görüşleri**, 1. bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.244.

²⁴⁵ Ingeborg Schwenzer / Peter Schlechtriem / Pınar Çağlayan Aksoy, **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Vienna Satım Sözleşmesi) Şerhi (Commentary on the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods)**, 1. Bası, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015; Pascal Hachem: “Agreed Sums in CISG Contracts”, *Annals FLB, Belgrade Law Review*, Year LIX, No:3 2011, p.140-149; Jack Graves, “Penalty Clauses as Remedies: Exploring Comparative Approaches to Enforceability,” *Touro Law Review*: Vol. 29: No. 3, Article 11, 2013, pp.680-694, s.685;

ceza koşulunun özellikle tanındığı söylenemeyeceği gibi, dışlandığını ifade etmek de mümkün değildir²⁴⁶.

CISG kapsamında ceza koşulunun indirilmesine dair bir hüküm de bulunmamaktadır²⁴⁷. Çünkü ceza koşulunun indirilmesi, birtakım hukuk sistemlerinin ve ulusal hukuk düzenlerinin borçluyu korumak amacıyla geliştirdiği koruma mekanizmalarından biridir²⁴⁸. Bu koruma mekanizmaları kapsamında ulusal hukuk, ceza koşulunun indirilmesine ilişkin düzenlemeler getirebileceği gibi, borç kapsamında ödenmesi gereken meblağa azami sınır ya da özel şekil şartı getirebilir, Common Law’da olduğu gibi cezalandırıcı nitelikte olan meblağları geçersiz sayabilir ya da aşırı ücretin indirilmesini sağlayabilirler. Bu koruma mekanizmalarının tamamı CISG m.4/c.2(a) kapsamında sözleşmenin geçerliliğine ilişkin hüküm niteliğinde değerlendirilmekte ve bu hükümlerin CISG kapsamında değerlendirilmeyeceğini, ulusal hukuka tâbi olduklarını düzenlemektedir. CISG m.4 hükmü uyarınca

“Bu Antlaşma, sadece satım sözleşmesinin kurulmasını ve alıcı ile satıcının böylesi bir sözleşmeden doğan hak ve borçlarını düzenler. Antlaşmada aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece, özellikle; (a) sözleşmenin veya sözleşmenin hükümlerinin veya teamüllerin geçerliliği; (b) sözleşmenin, satılan malların mülkiyeti üzerindeki olası etkileri düzenlenmemiştir.”

Anılan madde hükmünden hareketle, CISG Danışma Kurulu’nun 10 No’lu görüşündeki 3. kuralda da belirtildiği üzere ulusal hukukların borçluyu koruma amacıyla geliştirdiği koruma mekanizmalarının tamamı kararlaştırılmış meblağların (fixed sums) geçerliliği ile ilgili olup, bunlara genel olarak sözleşme bakımından uygulanabilir olan ulusal hukuktaki koruma mekanizmaları uygulanacaktır²⁴⁹. Ceza koşulunun geçerliliği ya da indirilmesine ilişkin talepler koruma mekanizmaları

²⁴⁶ Mükerrerrem Onur Başar, **a.g.e.**, s.367.

²⁴⁷ Mükerrerrem Onur Başar, **a.g.e.**, s.367.

²⁴⁸ Yeşim Atamer / Yasemin Kabaklıoğlu Arslanyürek / Zeynep Damla Taşkın, **a.g.e.**, s.245;

²⁴⁹ Özellikle ceza koşulu olmak üzere, kararlaştırılmış meblağların geçersizliğine ya da indirilmesine ilişkin mahkeme ve hakem heyeti kararları için bkz. Gerechtshof Arnhem, 22.08.1995, PACE CISG Database, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950822n1.html>; Hof van Beroep Antwerp, 18.06.1996, PACE CISG Database, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960618b1.html>; RB Hasselt, 21.01.1997, CISG Online No:360; Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası Uluslararası Ticari Tahkim Mahkemesi, 19.02.2004, CISG Online No:1182.

kapsamında değerlendirildiğinden, doktrin, mahkemeler ve hakem heyetleri²⁵⁰ ceza koşulunun geçerliliği veya indirilmesi taleplerine ulusal hukukun uygulanacağı konusunda mutabıktır. Buradan hareketle, CISG'a tâbi bir sözleşmede tacirin ceza koşulunun indirilmesini talep edip edemeyeceği sorusunun cevabı, bu sözleşmeye hangi ulusal hukukun uygulandığına bağlıdır. Sözleşmeye uygulanan ulusal hukuk, Almanya, Türkiye ya da Bulgaristan gibi, tacirin ceza koşulunun indirilmesini yasaklayan bir hüküm içeriyor ise tacir CISG'a tâbi bir sözleşmede dahi ceza koşulunun indirilmesini talep edemeyecektir.

Belçika'da Antwerpen istinaf mahkemesi (Hof van Beroep Antwerp), *M.M. [Buyer] v S.A. P. [Seller]* kararında²⁵¹ dava konusu olayın CISG'a tâbi bir sözleşme olduğunu, taraflardan bir tanesinin ceza koşulunun indirilmesini talep ettiğini, CISG m.4 uyarınca bu hususa ulusal hukukun uygulanması gerektiğini, CISG uyarınca uygulanacak ulusal hukukun Fransa hukuku olduğunu, Fransa hukuku kapsamında ceza koşulunun indirilebileceğini, bu sebeple ceza koşulunun indirilmesi talebinin Fransa hukuku kapsamında değerlendirileceğini belirtip, ceza koşulunun indirilmesine karar vermiştir. Bu kararda çalışmamızın konusunu doğrudan ilgilendiren husus, Fransa hukuku kapsamında, yukarıda belirtildiği üzere, ceza koşulunun indirilmesinin tacir tarafından talep edilemeyeceğine dair bir hukuk kuralının bulunmaması sebebiyle mahkeme tarafların tacir olmasına rağmen ceza koşulunun indirilmesine karar verebilmiştir.

Hollanda'da Arnhem istinaf mahkemesi (Gerechtshof Arnhem) *Diepeveen-Dirkson BV v. Nieuwenhoven Vichandel GmbH*²⁵² davasında, borçlu ceza koşulunun aşırı olması sebebiyle CISG m.8 ve m.77 hükümleri uyarınca indirilmesini talep etmiştir. Mahkeme, CISG m.4 uyarınca bu hususa ulusal hukukun uygulanması

²⁵⁰ Stefan Kröll/ Loukas Mistelis / Perales Pilar Viscasillas, **UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)**, München, Verlag C.H.Beck, 2011, s.75; Ingeborg Schwenzer /Peter Schlechtriem / Pinar Çağlayan Aksoy, **a.g.e.**, 1252 ve 1270; Mükerrerem Onur Başar, **a.g.e.**, s.368; Jack Graves, a.g.e, s.153; Yeşim Atamer / Yasemin Kabaklıoğlu Arslanyürek / Zeynep Damla Taşkın, **a.g.e.**, 245.

²⁵¹ Hof van Beroep Antwerp, 18.06.1996, PACE CISG Database, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960618b1.html>

²⁵² Gerechtshof Arnhem, 22.08.1995, PACE CISG Database, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950822n1.html>

gerektiğini, CISG uyarınca uygulanacak ulusal hukukun Almanya hukuku olduğunu, Alman hukukunda BGB §343 uyarınca ceza koşulunun indirilmesi mümkün olsa da mahkeme önündeki davada tarafların tacir olduğunu, Alman hukukunda HGB §348'e²⁵³ göre tacir tarafından ticari işletmesi kapsamında taahhüt edilen ceza koşulunun BGB §343 maddesine dayanılarak indirilemeyeceğini gerekçe göstererek borçlu tacirin ceza koşulunun indirilmesine dair talebinin reddine karar vermiştir.

Aslında, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın (CISG) m.1/III hükmü²⁵⁴ uyarınca,

“Bu Antlaşmanın uygulanmasında ne tarafların vatandaşlığı, ne tacir olup olmadıkları, ne de sözleşmenin adı veya ticarî nitelikte olması dikkate alınır.”

Buradan hareketle CISG kapsamında tarafların tacir olup olmadıkları dikkate alınmaz ve bir talebin tacir ya da tacir olmayan tarafından ileri sürülmesi arasında fark bulunmaz. CISG kapsamında tacir ve adi iş sahası şeklinde bir ayrım olmamasının sebebi, tacirler için düzenlenen özel kuralların ve tacirlere uygulanan özel hükümlerin birçok hukuk sistemine yabancı olması ve CISG kurallarının büyük ölçüde ticari nitelikteki mal satımına ilişkin olarak düzenlenmiş olmasıdır²⁵⁵. Buradan hareketle CISG'a tâbi sözleşmelerde ilk bakışta (*prima facie*) ceza koşulunun indirilmesinin tacir ya da tacir olmayan şahıs tarafından talep edilmesi arasında bir fark olmadığı düşünülse de, ceza koşulunun indirilmesinin ulusal hukuk kurallarına tâbi olması sebebiyle, ulusal hukuktaki CISG'a tâbi sözleşmelerde de ceza koşulunun indirilmesinin tacir ya da tacir olmayan şahıs tarafından talep edilmesi arasında fark olabilecektir.

CISG'a tâbi sözleşmelerde ceza koşulunun CISG hükümleri kapsamında indirime tâbi tutulup tutulamayacağı hususunda farklı görüşler de ileri sürülmüştür. Bu görüşlerin kabul edilmesi halinde tacirin ceza koşulunun indirilmesini talep edip edemeyeceğine ilişkin durum da değişebilecektir.

²⁵³ “Eine Vertragsstrafe, die von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochen ist, kann nicht auf Grund der Vorschriften des § 343 des Bürgerlichen Gesetzbuchs herabgesetzt werden.” https://www.gesetze-im-internet.de/hgb/_348.html

²⁵⁴ “Neither the nationality of the parties nor the civil or commercial character of the parties or of the contract is to be taken into consideration in determining the application of this Convention.”

²⁵⁵ Ingeborg Schwenzer /Peter Schlechtriem / Pınar Çağlayan Aksoy, **a.g.e.**,184.

İlk olarak, zararın azaltılması külfetine dair CISG m.77²⁵⁶ hükmüne dayanılarak ceza koşulunun indirilebileceği doktrinde tartışılmıştır. CISG m.77, borca aykırılık sebebiyle zarar görenin makul tedbirleri alması halinde kaçınılabileceği kayıplardan borçlunun sorumlu tutulmaması ve borçlunun ödeyeceği tazminatın bu ölçüde indirilmesi esasına dayandığından, tazminat bakımından uygulanan bu kuralın borca aykırılık halinde ceza koşulu gibi diğer hukuki çareler (*remedies*) için de uygulanıp uygulanamayacağı, bu yolla ceza koşulunun indirilmesine dayanak teşkil edip edemeyeceği tartışmanın konusunu teşkil etmektedir. Bu tartışma kapsamında, hem doktrinde hem de CISG Danışma Kurulu’nun 10 No’lu görüşünde, sözleşmede ceza koşulu öngörülmüş olması halinde CISG m.77 hükmünün ceza koşulunun fahiş olması sebebiyle indirilmesi talebine dayanak teşkil edemeyeceği belirtilmiştir²⁵⁷. Bu görüşün gerekçesi, ceza koşulu da dahil olmak üzere kararlaştırılmış meblağların (*fixed sums*) zararın doğup doğmaması ile ilişkili olmamasına dayanmaktadır. Zararın azaltılması külfetinin yerine getirilmesi ve zararın azaltılması ceza koşulu borcunun doğup doğmaması ya da indirilebilmesi açısından bir önem taşımadığından CISG m.77 hükmünün ceza koşulunun fahiş olması sebebiyle indirilmesi talebine dayanak teşkil edemeyeceği belirtilmiştir²⁵⁸. Bu husus, yukarıda değinilen *Diepeveen-Dirkson BV v. Nieuwenhoven Vichandel GmbH* kararında da ifade edilmiş, borçlunun aşırı ceza koşulunun CISG m.8 ve m.77 hükümleri uyarınca indirilmesi talebi reddedilmiştir.

CISG’a tâbi sözleşmelerde ceza koşulunun CISG hükümleri kapsamında indirime tâbi tutulabileceğine dair diğer görüş, CISG m.79/V hükmüne dayandırılmaktadır. CISG’ın “sorumluluktan kurtulma” başlıklı 79. maddesinin 1. fıkrası uyarınca,

“Taraflardan biri yükümlülüklerinden birini ifa etmemesinin, denetimi dışında kalan bir engelden kaynaklandığını ve bu engeli, sözleşmenin kurulması

²⁵⁶ Madde 77 Sözleşmenin ihlâline dayanan taraf, mahrum kalınan kâr dahil, ihlâlden doğan zararı azaltmak için koşullar dikkate alındığında makul olan bütün önlemleri almak zorundadır. Bu önlemleri almaması halinde, ihlâl eden taraf, zararın azaltılabilecek olduğu miktarda tazminattan indirim yapılmasını isteyebilir.

²⁵⁷ Hachem, Penalty and Liquidated Damages Clauses, s.169, 170; Mükerrer Onur Başar, **a.g.e.**, s.369.

²⁵⁸ Hachem, Penalty and Liquidated Damages Clauses, s.169, 170; CISG Danışma Kurulu, Görüş No.10, Kural 7: http://www.cisgac.com/file/repository/CISG_AC_Opinion_No_10_English.pdf; Yeşim Atamer / Yasemin Kabaklıoğlu Arslanyürek / Zeynep Damla Taşkın, **a.g.e.**, s.255.

anında hesaba katmasının veya engelden ve sonuçlarından kaçınmasının veya bunları aşmasının kendisinden makul olarak beklenemeyeceğini ispatlaması halinde ifa etmemeden dolayı sorumlu tutulmaz.”

Her ne kadar CISG’ın temelinde kusursuz sorumluluk ilkesi ve CISG m.74/T’de ifade edilen tam tazmin ilkesi yatsa da, bu ilkeler 79. maddede sınırlandırılmış ve borçlunun hesaba katılamaz ve denetimi dışında kalan bir engel sebebiyle borcunu hiç ya da gereği gibi ifa edememesi durumunda kusursuz sorumluluk ilkesi ile tam tazmin ilkesine sınırlandırma getirilmiştir²⁵⁹. CISG m.79 hükmünün ceza koşulunun indirilmesi talebine dayanak teşkil edip edemeyeceği tartışmalıdır. CISG Danışma Kurulu’nun 10 No’lu görüşünde CISG m.79’un kararlaştırılmış meblağlar (*fixed sums*) açısından da uygulanabileceği, bu sebeple ceza koşulunun indirilmesi talebine dayanak teşkil edebileceği belirtilmiştir²⁶⁰. Burada önem teşkil eden, maddenin 5. ve son fıkrasında, *"Bu madde, tarafların bu Antlaşma uyarınca tazminat talebi dışındaki herhangi bir hakkını kullanmasını engellemez."* düzenlemesine yer verilmiş olmasıdır. SCHLECHTRIEM ve SCHWENZER’e göre, CISG m.79/V hükmü borçlunun sorumluluktan kurtulmasını yalnızca CISG kapsamındaki tazminat taleplerine hasretmiş, tazminat talepleri dışında yer alan kararlaştırılmış meblağlar (*fixed sums*) bakımından etkisinin açık olmadığı belirtilmiştir²⁶¹. Nitekim CISG m.79/V hükmünün kararlaştırılmış meblağlar (*fixed sums*) bakımından da geçerli olması yönünde genişletilmesi (eski) Alman Demokratik Cumhuriyeti delegesi tarafından Viyana Konferansında ileri sürülmüş, lâkin bu öneri reddedilmiştir²⁶². Bu sebeple, hem madde hükmünden hem de tarihsel yorum yönteminden yola çıkarak CISG’ın 79. maddesinin ceza koşulunun indirilmesi talebine dair etkisinin açık olmadığı sabittir. ATAMER ise, ifa yerine geçen ceza koşulunun tazminatın belirlenmesi işlevine dikkat çekerek, tazminatın yerini almak üzere belirlenen ceza koşulunun CISG m.79 ileri sürülerek ceza koşulunun ödenmesi borcundan kurtulunabileceğini, lâkin kararlaştırılan ceza koşulunun ifaya eklenen ceza koşulu olması halinde sorumluluktan kurtulmanın

²⁵⁹ Ingeborg Schwenzer /Peter Schlechtriem / Pınar Çağlayan Aksoy, **a.g.e.**, s.1249.

²⁶⁰ CISG Danışma Kurulu, Görüş No.10, Kural 2: http://www.cisgac.com/file/repository/CISG_AC_Opinion_No_10_English.pdf;

²⁶¹ Ingeborg Schwenzer /Peter Schlechtriem / Pınar Çağlayan Aksoy, **a.g.e.**, s.1270.

²⁶² CISG Danışma Kurulu, Görüş No.10, Kural 5: http://www.cisgac.com/file/repository/CISG_AC_Opinion_No_10_English.pdf; Yeşim Atamer / Yasemin Kabaklıoğlu Arslanyürek / Zeynep Damla Taşkın, **a.g.e.**, s.255; Ingeborg Schwenzer /Peter Schlechtriem / Pınar Çağlayan Aksoy, **a.g.e.**, s.1249.

mümkün olmayacağını ileri sürmüştür²⁶³. Lâkin ceza koşulu, tazminatın yerini almak üzere belirlenmiş de olsa sadece tazminatın miktarını belirleme işlevinin olduğu, lâkin bu halde de tazminatın bir türü olarak addedilemeyeceği için bu görüşe katılmak mümkün görünmemektedir. Maddenin 5. ve son fıkrasındaki "*Bu madde, tarafların bu Antlaşma uyarınca tazminat talebi dışındaki herhangi bir hakkını kullanmasını engellemez.*" şeklindeki hükümde tazminatın dışındaki meblağların açıkça dışlanması karşısında, kanımızca, doktrinde ceza koşulunun CISG m.79 hükmüne dayanılarak geçersiz kılınabileceği veya indirimine tâbi tutulabileceğine ilişkin temelleri sağlam bir görüş bulunmamaktadır. Nitekim, Hamburg istinaf mahkemesinin (Oberlandesgericht) bir kararında²⁶⁴, CISG m.79'a dayanılarak ceza koşulunun geçersizliği ya da indirilmesinin talep edilebileceği hususunun doktrinde tartışmalı olduğuna değinilerek CISG m.79'un olayda ceza koşulunun indirimi ya da geçersizliği taleplerine uygulanmayacağına karar verilmiştir. Kararda, ceza koşulunun geçersizliği hususunun CISG kapsamında değerlendirilemeyeceği, bu sebeple zaten ulusal hukuk kapsamında inceleme yapılması gerektiği, uygulanan hukukun Alman hukuku olması sebebiyle tacirler tarafından kusursuzluk öne sürülerek ceza koşulunun geçersizliğinin ya da indirilmesinin kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. CISG m.79'un ceza koşuluna ilişkin uygulaması bu kararda reddedildiği gibi, bu uygulamaya ya da uygulamanın tartışılmasına dair bir karara tarafımızca rastlanılmış değildir.

CISG kapsamında aşırı ceza koşulunun indirilmesini mümkün kılan önemli bir yöntem, Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası Uluslararası Ticari Tahkim Mahkemesi tarafından verilen bir kararda²⁶⁵ uygulanmıştır. Kararda tahkim mahkemesi, borçlunun ceza koşulunun aşırı olduğu ve indirilmesi yönündeki talebi incelenirken, tarafların bildiği veya bilmeleri gerektiği ticari teamüllerin sözleşmeye uygulanacağını CISG m.9/II hükmü²⁶⁶ uyarınca zımnen kabul edildiğini, UNIDROIT

²⁶³ Yeşim Atamer, **Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2005, s.241.

²⁶⁴ OLG Hamburg, 25.01.2008, PACE CISG Database, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080125g1.html>

²⁶⁵ Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası Uluslararası Ticari Tahkim Mahkemesi, 05.06.1997, PACE CISG Database, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970605r1.html>

²⁶⁶ (2) Aksi kararlaştırılmadıkça, tarafların bildiği veya bilmesi gerektiği ve milletlerarası ticarete aynı tür sözleşmeleri ilgili ticari branşta akdedenler tarafından yaygın olarak bilinen ve düzenli olarak uygulanan teamüllerin sözleşmelerine ve sözleşmenin kurulması aşamasına uygulanmasını zımnen kabul ettikleri varsayılır.

ilkelerinin de diğer uluslararası sözleşmelerin yorumlanmasında kullanıldığını, kurallar bütünü olarak uluslararası ticari teamül olma şartlarını taşıdığını, bu sebeple UNIDROIT ilkelerinde m.7.4.13 (2) hükmünde kabul edilen aşırı ceza koşulunun indirilebileceği kuralının CISG m.9/II atfıyla CISG'a tâbi sözleşmeler bakımından da uygulanabileceğini gerekçe göstererek borçlunun ceza koşulunun indirilmesi talebini kabul etmiştir. Lâkin karar, UNIDROIT ilkelerinin CISG m.9/II hükmündeki koşulları taşıdığına dair inceleme ve gerekçelendirmeden yoksundur. CISG m.9/II hükmü gereğince teamül sözleşmenin taraflarınca yaygın olarak biliniyor ve düzenli olarak uygulanıyor olmalıdır²⁶⁷. Ayrıca, CISG m.9/II hükmünün, kurallar bütünlerinden ziyade, münferit ticari teamüllere ve milletlerarası ticarete aynı tür sözleşmelerin münferit hükümlerine atıf yaptığı kabul edilmektedir²⁶⁸. Her ne kadar doktrinde, UCP 600²⁶⁹ ya da INCOTERMS gibi dünya genelinde yaygın kullanımda olan kurallar bütünlerinin ticari teamül olarak kabul edilmesinin karine olduğu ifade edilse de, UNIDROIT ilkelerinin bütün olarak ticari teamül addedilmesine ağırlıklı olarak mesafeli kalınmıştır²⁷⁰. Bununla birlikte, hakem heyetlerinin UNIDROIT ilkelerini *in toto* uluslararası ticari teamül olarak addettiği ve uyguladığı kararları mevcuttur²⁷¹. Bu uygulamanın kabul görmesi halinde, UNIDROIT ilkelerindeki m.7.4.13 (2) hükmü CISG'ta bulunan bir boşluğun doldurulmasını sağlayacak ve CISG m.4 hükmü üzerinden ulusal hukukun uygulanmasının önüne geçilecektir. Çünkü CISG'da Antlaşma'da yer alan birçok terimde olduğu gibi, teamül kavramının yorum yapanın ulusal hukukundan ve bu hukuktaki kavramlardan bağımsız olarak yorumlanması gerektiği ve tarafların CISG m. 9 uyarınca teamüller üzerinde anlaştıklarına kanaat getirilirse, bu teamüller ve alışkanlıklar CISG hükümlerinden üstün tutulur. Böylece CISG'a tâbi sözleşmelerde ulusal hukuktan bağımsız olarak ceza koşulunun indirilmesi gündeme gelecek, üstelik CISG m.1/III hükmü kapsamında tacir ve tacir

²⁶⁷ Ingeborg Schwenzer /Peter Schlechtriem / Pınar Çağlayan Aksoy, **a.g.e.**, s.330, 331, 332.

²⁶⁸ Ingeborg Schwenzer /Peter Schlechtriem / Pınar Çağlayan Aksoy, **a.g.e.**, s.337, 338.

²⁶⁹ ICC Uniform Customs and Practice for Documentary Credit (UCP 600) (Akreditiflere İlişkin Birörnek Usuller ve Uygulama Kuralları), 25 Ekim 2006 tarihinde ICC'nin Bankacılık Komisyonu tarafından oybirliği ile kabul edilmiş, 1 Temmuz 2007 tarihinden itibaren uygulanabilir hale gelen ve dünya genelinde yaygın olarak kullanılan uluslararası akreditif kuralıdır.

²⁷⁰ Ingeborg Schwenzer /Peter Schlechtriem / Pınar Çağlayan Aksoy, **a.g.e.**, s.337, 338.

²⁷¹ Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası Uluslararası Ticari Tahkim Mahkemesi, 05.06.1997, CISG Online No:1247.

olmama farkı gözetilmediğinden tacirlerin de indirim talep etmesi söz konusu olacaktır.

Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası Uluslararası Ticari Tahkim Mahkemesi tarafından verilen bu karar²⁷² kapsamında çalışmamız açısından önem teşkil eden diğer husus, sözleşmeye uygulanan ulusal hukukun Bulgaristan hukuku olması ve Bulgaristan Ticaret Kanununda tacirlerin ceza koşulunun indirilmesinin yasak olması belirtilmiş olmasına rağmen, sözleşmeye ulusal hukukun uygulanmaması gerektiğinin belirtilmiş olmasıdır.

Gelinen noktada, ceza koşulunun geçerliliği ya da indirilmesi taleplerinin CISG kapsamında incelenebilmesi için düşünülen seçenekler uygulamada genel olarak kabul görmemektedir. Bu aşamada doktrinde ve uygulamada hakim olan görüş, ceza koşulunun geçerliliği ya da indirilmesi incelemesinin CISG m.4/c.2 (a) uyarınca sözleşmeye uygulanması gereken ulusal hukuk kapsamında yapılması gerektiği yönündedir. Zaten bu incelemenin CISG kapsamında yapılması halinde dahi ceza koşuluna uygulanabilecek bir hükmün olmadığı da açıkça görülmektedir. Burada şunu da önemle belirtmek gerekir ki kanımızca CISG m.77 ve m.79 hükümleri kapsamında yukarıda yapılan incelemeler, kararlaştırılan meblağların (fixed sums) tamamı için genellenmemeli, ceza koşulu (*penalty clause*) ve götürü tazminat (liquidated damages) arasındaki farklar da gözetilmelidir. Şayet götürü tazminatın indirilmesinin CISG hükümleri kapsamında incelenilebileceğine dair görüşler kabul edilirse, indirim ya da sorumsuzluğa ilişkin düzenlemeleri ekseriyetle tazminata ilişkin olan CISG hükümlerinin, ceza koşulundan farklı olarak zararlar doğrudan bağlantılı olan ve tazminat niteliği ağır basan götürü tazminat bakımından uygulanması düşünülebilir. Lâkin ceza koşulunun indirilmesi hususunun CISG hükümleri kapsamında incelenilebileceğine dair görüşler kabul edilse bile, CISG'nin indirim ya da sorumsuzluğa dair hükümleri ceza koşuluna uygulanabilecek nitelikte değildir.

Sonuç olarak, doktrinde ve uygulamada hakim olan görüş, ceza koşulunun geçerliliği ya da indirilmesi incelemesinin CISG m.4/c.2 (a) uyarınca sözleşmeye

²⁷² Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası Uluslararası Ticari Tahkim Mahkemesi, 05.06.1997, PACE CISG Database, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970605r1.html>

uygulanması gereken ulusal hukuk kapsamında yapılması gerektiği yönünde olduğundan, sözleşmeye uygulanacak ulusal hukuk tacirin ceza koşulunun indirilmesini talep etme yasağı öngördüğü ölçüde bu yasak CISG’a tâbi sözleşmeler kapsamında da uygulanacaktır. Bu sebeple, CISG’a tâbi sözleşmede uygulanacak hukuk Türk hukuku ya da Alman hukuku ise, sözleşmede yer alan ceza koşulunun indirilmesi tacir tarafından talep edilemeyecektir. Lâkin çalışmamızda da incelenen yasak dışında kalan haller (ahlaka aykırılık ve müzayaka halinde gabin) CISG’a tâbi sözleşmede de saklı olacaktır.

IV. Olması Gereken Hukuk (*De Lege Feranda*) Kapsamında TTK m.22 Hükümünün Yerindeliğine İlişkin Değerlendirme

TTK m.22 hükümünün olması gereken hukuk (*de lege feranda*) kapsamında değerlendirilebilmesi için, TTK’daki olan hukukun (*de lege lata*) dayanakları, kanunda düzenlenme sebebi ve amacı (*ratio legis*) belirtilerek incelenmeye başlanmalıdır.

TTK’da “*Tacir Olmanın Hükümleri*” başlığı altında genel bir hüküm olarak düzenlenen TTK m.22’nin, yine “*Tacir Olmanın Hükümleri*” başlığı altında düzenlenen diğer bir hüküm olan basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğünün (TTK m.18/II) en somut sonucu olduğu ifade edilmektedir. Hüküm gerekçesinde de belirtildiği gibi, ticaret sahası ile adi iş sahası arasında ayırım yapılmış, “*ticaret sahasında merhamet ve insaf ne gösterilir ne beklenir*” ilkesinden hareketle tacirin basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi yükümlülüğünün bir sonucu olarak TBK’daki belirtilen koruyucu hükümlerden faydalanmasının önüne geçildiği ifade edilmiştir.

Ticari iş sahası ile adi iş sahası ayırımını keskin bir şekilde yapan Mehaz Alman Ticaret Kanunundan (HGB §348) iktibas edilmek suretiyle düzenlenen TTK m.22, tacirlerin hukuki eşitliğinin yanında sosyal ve ekonomik anlamda da eşit olduğu kabulünden yola çıkılarak sözleşme özgürlüğünün tacirler bakımından sınırlandırılmaması gerektiği kabulüne dayanmaktadır. 865 sayılı TTK’da tacirlerin mali konum ve pazarlık güçlerinin farklı olması sebebiyle sözleşme özgürlüğünün zayıf olan tacirler lehine sınırlandırılması yönündeki yaklaşıma oldukça uzak

kalınmıştır. Lâkin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda 865 sayılı TTK'dan bu yana yapılan değişiklikler göz önünde tutulduğunda sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlamaların sayısı gittikçe artmıştır.

Fransa ve İsviçre'den farklı olarak hukukumuzda 865 sayılı TTK'dan bu yana özel bir kanuna tâbi tutulan tacirlerin, her türlü işlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerektiği ve karine olarak bu niteliği taşıdığı, bu nedenle tacirlerin kural olarak özel biçimde korunmasına gerek bulunmadığı kabul edilmektedir. Ancak kapitalist ekonomik düzen içerisinde birtakım şahıs ve sermaye gruplarında sermayenin toplanması ve böylece sermayenin çok farklı şekillerde dağılması sonucunda tacirler arasında pazarlık gücü ve mali konum farkları oluştuğu, tacirler arasında da ekonomik güç açısından bir sınıflandırma yapılması gerektiği ve tacirlerin de aslında korunmaya muhtaç olduğu anlaşılmıştır. Zira tacir denen ve hukuken basiretli bir iş adamı gibi davranması aranan kişinin, mevcut ticari yaşamda varlığını sürdürebilmesi için, kişiliğini aşırı derecede sınırlayan, uzun dönemde ekonomik olarak aşırı zararlı sonuçlar doğurabilecek hukuki işlemlere girdiği görülmektedir. Özellikle uluslararası dev şirketler karşısında, yerel bir üreticinin sözleşme özgürlüğüne tam olarak sahip olduğunun kabul edilmesi düşünülemez. Küçük ve orta ölçekli işletmeler (KOBİ), kendilerine büyük pazarlar sunan dev şirketlerle ticari ilişkiye girebilmek amacıyla, kendileri için aşırı derecede olumsuz sonuçlar doğurabilecek riskli sözleşmeler akdetmek zorunda kalmaktadırlar. Ayrıca, sözleşmenin ifası sırasında KOBİ'ler büyük şirketlerle ticari ilişkisine zarar gelmemesi için normalde basiretli bir tacir olarak işletmesi gereken birtakım prosedürleri yerine getirmekten imtina etmektedirler. Söz gelimi, büyük şirketin para borcunun uzun bir vadeye yayıldığı veya sözleşmede herhangi bir vade kararlaştırılmadığı sözleşmelerde tacirler arası temerrüt için belli şekle tâbi bir ihtar aranması ve bunun da çoğu zaman büyük şirketle aranın bozulmaması için gönderilmemesi nedeniyle, para alacaklısı KOBİ'ler bu durumdan önemli ekonomik zararlar görmektedir.

Bugün gelinen noktada tacir sıfatını haiz üretici, KOBİ, fatura ya da eşdeğer ödeme talepleri karşılığı hizmet veren ticari işletmelerin mali konum ve pazarlık güçlerinin, piyasaki güçlü tacirlerle aynı durumda olmadığı kabul edilmektedir. Pazarlık güçleri ile konumları aynı olmayan kişi ve işletmeler arasında sözleşme

özgürlüğü ilkesi geçerli olmayacak, bu durum bizatihi irade özerkliğine hanel getirecektir. Tarihi süreçte işçi, tüketici ve kiracının durumunda olduğu gibi, bazı tacirlerin pazarlık gücü ve mali konumlarının diğer bazı tacirler karşısında daha zayıf olabileceği anlaşılmış, güçlü olan tacirin birtakım hükümleri zayıf tacirlere dayatmasının önüne geçilmek istenmiştir.

Bu değişimin Ticaret Kanunumuzdaki en önemli yansımalarından biri, 6762 sayılı eTTK'nın 1466. maddesidir. Anılan madde hükmünde

“Ticari hükümlerle yasak edilmiş bulunan muamele veya şartlar, aksine hususi bir hüküm bulunmadıkça, batıldır; şu kadar ki, bir akit hükmünce yerine getirilmesi gereken edalar hakkında kanun veya salahiyyetli makamların kabul etmiş olduğu en yüksek haddi aşan mukaveleler, en yüksek had üzerinden yapılmış sayılır ve bu hadden fazla olan edalar, hata ile yapılmış olmasa dahi geri alınır. Bu hallerde Borçlar Kanununun 20 nci maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesi tatbik olunmaz.”

şeklinde düzenleme yapılmak suretiyle, tacirler tarafından kanun ya da yetkili makam tarafından belirlenen sınırı aşan bir bedel üzerinden akdedilen sözleşmenin kanun ya da yetkili makam tarafından belirlenen bedel üzerinden yapılmış sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Buradan önem teşkil eden husus, bu durumda 6098 sayılı TBK m.27/II hükmünün eBK'daki karşılığı olan eBK m.20/II hükmünün uygulanmayacağına ifade edilmiş olmasıdır. eBK m.20/II hükmü *“Akdin muhtevi olduğu şartlardan bir kısmının butlanı akdi iptal etmeyip yalnız şart, lağvolur. Fakat bunlar olmaksızın akdin yapılmıyacağı meczum bulunduğu takdirde, akitler tamamıyla batıl addolunur.”* şeklindeki düzenlemeyle, sözleşmenin bir kısmının kesin hükümsüz olması halinde, kesin hükümsüz olan kısmın akdedilmemiş olması halinde sözleşmenin en başından yapılmayacağı durumu söz konusu ise sözleşmenin tamamen hükümsüz olmasıyla sonuçlanacağını hüküm altına almaktadır. 6762 sayılı eTTK m.1466'daki düzenleme sebebiyle bu hüküm uygulanmayacak ve tacirlerden birinin daha yüksek bedel ödenmesi söz konusu olmasaydı bu sözleşmeyi yapmayacağı doğrultusundaki iddiası dinlenmeyecektir. Buradan hareketle, bir tacirin pazarlık gücünü ve güçlü mali konumunu kullanarak, kendisine göre daha zayıf bir tacire, kanun ya da yetkili makamca belirlenen sınırın daha üstünde bir bedelle sözleşme yapmayı dayatması durumunda sözleşme özgürlüğüne sınırlama getirilmiştir.

Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi bir kararında²⁷³ 6762 sayılı eTTK m.1466'daki düzenlemenin kanunda varolma sebebi (ratio legis) belirtilmiş ve hükmün kamu düzeninden olduğu ifade edilmiştir. Karardaki ilgili kısım şu şekildedir:

“TTK.nun 1466. maddesi de gerekçesinde belirtildiği gibi, ekonomik sıkıntı içinde bulunan tarafın, bunun etkisi ile en yüksek haddi aşan edada bulunmayı kabul etmesini önlemek ve böylece ekonomik hayatın ölçülü ve düzenli bir şekilde ceryanını temin amacıyla getirilmiştir. Bu amacı nedeniyledir ki kanun koyucu butlan hükmünün mutlak şekilde uygulanmasını korunmak istenen tarafın yararına uygun bulmuş ve en yüksek haddin aşılması halinde sözleşmelerin en çok en yüksek had üzerinden yapılmış sayılacağı esasına koymuştur. Buna ek olarak (En yüksek haddi fazla olan edaların, hata ile yapılmış olmasa dahi geri alınacağı) ve bu hallerde BK.nun 62. maddesinin uygulanmasından doğacak sakıncaları bertaraf etmek ve akdin tamamının batıl olduğunun tespitini engellemek amacını gütmüştür.

Bu suretle, TTK.nun 1466. maddesi ekonomik sıkıntı içinde bulunan tarafı koruyucu amacı kamu düzeni ile ilgili hükümleri içermektedir.”

Anılan hüküm 6102 sayılı TTK m.1530/I hükmünde yerini korumuş, hatta TTK m.1530 hükmünde 2 ila 8. fıkralarda mal ve hizmet tedarikinde temerrüde düşmenin şartları ve sonuçlarına ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Söz konusu hükümler Avrupa Parlamentosu ile Avrupa Konseyi'nin 19 Haziran 2000 tarihli ve 2000/35/EC sayılı geç ödemelerle mücadele yönergesini değiştiren 2011/7 sayılı “Ticari İşlerde Para Borçlarının İfesindeki Gecikmelerle Mücadele” isimli Avrupa Birliği Yönergesi'nin temel ilkeleri doğrultusunda düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm üreticileri, KOBİ'leri ve fatura ya da eşdeğer ödeme talepleri karşılığı hizmet veren ticari işletmeler ile kişileri, şartları dayatma konumları güçlü ticari işletmeler karşısında korumaktadır. Finansal açıdan pek güçlü olmayan üretici, KOBİ ve benzeri işletmelerin, teslim ettikleri malların ve hizmetlerin bedelleri konusunda karşısında bulunan güçlü işletmeleri temerrüde düşürmek için yasal prosedürü işletmekten

²⁷³ Yargıtay 11. HD., E.1978/ 5246, K.1978 / 5544, T. 11.12.1978 (Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 25.11.2019)

çekinmeleri ya da sözleşme akdedilirken güçlü tacirlerin ödeme konusunda geniş vade imkanlarını elde etmeleri sonucunda üretici, KOBİ ve benzeri işletmelerin finansal durumları sarsılmakta ve iflasa gitmektedirler. Güçlü işletmeler ise bu durumu finansman aracı olarak kullanmaktadırlar. İşte bu noktada pazar ekonomisine yeni yaklaşım, Avrupa Parlamentosu ile Avrupa Konseyi yönergesi ve değişikliğinde olduğu gibi, büyük tacirlerin temerrüde düşme koşulları ve sonuçlarının kanun tarafından koruyucu hükümlerle düzenlenmesi ve üretici, KOBİ ve benzeri işletmelerin tahsil etmesi gereken bedelleri zamanında alarak ekonomik yapılarını güçlendirmelerine yardımcı olunmasıdır. Bu sebeplerle, 6102 sayılı TTK'nın 1530. maddesinde 2 ila 8. fıkralar arasındaki düzenlemeler, meclis görüşmeleri sırasında henüz Avrupa Birliği Resmi Gazetesi'nde yayınlanmamış olan 2011/7 sayılı "Ticari İşlerde Para Borçlarının İfesindeki Gecikmelerle Mücadele" isimli Avrupa Birliği Yönergesi'nin temel olarak 3. maddesi hükmü dikkate alınarak önerilmiş ve akabinde 6102 sayılı TTK bu hükümlerle yürürlüğe girmiştir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda sözleşme özgürlüğünün tacirler bakımından önemli ölçüde sınırlandırılmasına ilişkin birtakım diğer hükümler acenteye ilişkin hükümler kapsamında yer almaktadır. Söz gelimi acentenin sözleşme sonrası rekabet yasağı anlaşmasına dair TTK m.123²⁷⁴ hükmü bunlardan biridir. Sözleşme sonrası rekabet yasağı anlaşmaları, acente ile müvekkili arasındaki sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra, acentenin müvekkili ile rekabet edici faaliyetlerde bulunmaması konusunda akdedilen bir sözleşmeyi ifade etmektedir. Acentenin sözleşme sonrası rekabet yasağı anlaşması, hukukumuzda ilk kez 6102 sayılı TTK'nın 123. maddesi ile yasal düzenleme altına alınmıştır. Böylece kanun sistematığı

²⁷⁴ TTK m.123 : "Rekabet yasağı anlaşması

(1) Acentenin, işletmesine ilişkin faaliyetlerini, sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonrası için sınırlandıran anlaşmanın yazılı şekilde yapılması ve anlaşma hükümlerini içeren ve müvekkil tarafından imzalanmış bulunan bir belgenin acenteye verilmesi gerekir. Anlaşma en çok, ilişkinin bitiminden itibaren iki yıllık süre için yapılabilir ve yalnızca acenteye bırakılmış olan bölgeye veya müşteri çevresine ve kurulmasına aracılık ettiği sözleşmelerin taalluk ettiği konulara ilişkin olabilir. Müvekkilin, rekabet sınırlaması dolayısıyla, acenteye uygun bir tazminat ödemesi şarttır.

(2) Müvekkil, sözleşme ilişkisinin sona ermesine kadar, rekabet sınırlamasının uygulanmasından yazılı olarak vazgeçebilir. Bu halde müvekkil, vazgeçme beyanından itibaren altı ayın geçmesiyle tazminat ödeme borcundan kurtulur.

(3) Taraflardan biri, diğer tarafın kusurlu davranışı nedeniyle haklı sebeplerle sözleşme ilişkisini feshederse, fesihden itibaren bir ay içinde rekabet sözleşmesiyle bağlı olmadığını diğer tarafa yazılı olarak bildirebilir.

(4) Bu maddeye aykırı şartlar, acentenin aleyhine olduğu ölçüde geçersizdir."

kapsamına ticari iş sahasında sözleşme özgürlüğünü sınırlayan bir başka hüküm ihdas edilmiştir.

6102 sayılı TTK'dan önceki dönemde sözleşme sonrası rekabet yasağı anlaşmalarına ilişkin olarak, sadece hizmet akitlerine dair 818 sayılı eBK m.348-352 hükümlerinde bir yasal düzenleme mevcut idi. Acente ya da diğer tacir yardımcılarının, sözleşme sonrası dönemde rekabet etme özgürlüğünü sınırlayan anlaşmalara ilişkin kanunda bir düzenleme bulunmamaktaydı. O dönemde doktrinde, 818 sayılı eBK'nın hizmet sözleşmesine dair m. 348-352 hükümlerinin, niteliğine uygun düştüğü ölçüde acentelik sözleşmesine de kıyasen uygulanabileceği ifade edilmekteydi. Buna karşılık, iş sözleşmesinde rekabet yasağına ilişkin eBK hükümlerinin, işçi-işveren ilişkisi kapsamında işçiyi korumak amacıyla getirilmiş özel düzenlemeler olmaları nedeniyle, diğer rekabet yasaklarında uygulanamayacağı görüşü de ileri sürülmekteydi.

Modern hukuk düzenlerindeki sözleşmelerin tacirler bakımından da sınırlandırılabilmesine ilişkin gelişmeler doğrultusunda 6102 sayılı TTK ile getirilen TTK m.123 hükmünün kanun gerekçesinde belirtildiği gibi, sözleşme sonrası rekabet yasağı anlaşması acentenin sözleşme sonrası dönemde ticari ve mesleki özgürlüğünü sınırlayıcı niteliğine bağlı olarak bu konuda acenteyi koruyucu hükümlerin düzenlenmesi gerekmiştir. Söz gelimi, hükmün ilk fıkrasında düzenlenen uygun tazminat ödeme yükümlülüğü, rekabet yasağı anlaşmasının geçerlilik şartı değil, bir hukuki sonucu niteliğinde olup, rekabet yasağı anlaşmasında müvekkilin tazminat ödeme yükümlülüğüne yer verilmese bile bu tazminatın ödenmesi gerektiği düzenlenmiştir. Rekabet yasağı anlaşmasında müvekkilin tazminat ödeme yükümlülüğüne yer verilmese bile bu tazminatın ödenmesi gerektiği yönündeki düzenleme, sözleşme yapma yükümlülüğü niteliğinde olduğundan tacirler arasında sözleşme özgürlüğüne getirilmiş bir istisna niteliğindedir. Çünkü uygun tazminat ödeme yükümlülüğü, rekabet yasağı anlaşmasına zorunlu olarak bağlanmış bir hukuki sonuç olduğundan, taraflarca aksinin kararlaştırılması ve sözleşme ile kaldırılması mümkün değildir. Bu yükümlülüğün sözleşme ile kaldırılması, rekabet yasağı anlaşmasının bütünüyle geçersiz olması sonucunu doğurur. Hükmün son fıkrasında düzenlenen *“Bu maddeye aykırı şartlar, acentenin aleyhine olduğu ölçüde*

geçersizdir.” hükmü de dikkate alındığında, mali konum ve pazarlık gücü bakımından zayıf olan acente, müvekkiline karşı korunmuş ve sözleşme özgürlüğü acente lehine sınırlanmıştır.

6102 sayılı TTK’da acentelik hükümleri kapsamında acenteleri müvekkillerine karşı korumak suretiyle sözleşme özgürlüğünü ticari iş sahasında sınırlandıran hükümlerin bir başkası denkleştirme tazminatına ilişkin hükümlerdir. TTK m.122 hükmü kapsamında, acentelik sözleşmesinin sona ermesi halinde müvekkilin, acente tarafından sağlanan iş ilişkilerini ve müşteri çevresini ücret ödemeksizin elde etmesi ve kazanç sağlamasından dolayı acenteye hakkaniyet çerçevesinde “denkleştirme tazminatı” adı altında bir ücret ödemesi gerektiğini düzenlemiştir. Maddenin 4. fıkrasındaki “*Denkleştirme isteminden önceden vazgeçilemez.*” şeklindeki hüküm de hesaba katıldığında, müvekkilin sözleşmenin sona ermesinden önce pazarlık gücünü kullanarak acenteye baskı ve tazyik yapıp acentenin denkleştirme tazminatından feragat etmesinin önüne geçmiştir. Mali konum ve pazarlık gücü bakımından zayıf olan acente, müvekkiline karşı korunmuş ve sözleşme özgürlüğü yine acente lehine sınırlanmıştır.

Yukarıda incelenen TTK m.1530 hükmü ve acenteliğe ilişkin hükümler, 6102 sayılı TTK kapsamında tacirler arasında da ekonomik güç açısından bir sınıflandırma yapılması gerektiği ve tacirlerin de tacirlere karşı korunmaya muhtaç olabileceği yönündeki kabulün en önemli sonuç ve yansımalarıdır. Burada gözetilen maksat, aslında hukuken basiretli bir iş adamı gibi davranması aranan tacirin, kapitalist ticari yaşamda varlığını sürdürebilmesi için, kişiliğini aşırı derecede sınırlayan ve uzun dönemde ekonomik olarak zararlı sonuçlar doğurabilecek hukuki işlemlere girmek zorunda kalması sebebiyle dev şirketler karşısında irade özerkliğinin sınırlanmasının önüne geçmektedir. Aslında bu noktada tacirin müzayaka halinde kalması kabul edilerek gabin ileri sürebilmesi ya da kişilik haklarının ahlaka aykırı derecede sınırlandırılması sebebiyle kesin hükümsüzlük ileri sürebilmesi gibi, sözleşme özgürlüğünü genel hükümler kapsamında sınırlandıran koruyucu hükümlere başvurusuyla neden yetinilmediği, TTK’da bu tür koruyucu hükümlere yer verildiği sorusu akla gelebilir. Lâkin ticaret hayatının duyduğu hız ve işlem güvenliği sebebiyle birtakım özel düzenlemeler yapılma ihtiyacı duyulmuştur. Nitekim TTK kapsamına

alınan bu tür koruyucu özel düzenlemeler, sözleşmenin sınırlandırılmasına ilişkin genel hükümlerin kanunda varolma sebebi ve amacıyla (*ratio legis*) çatışmamakta, bilakis bağdaşmaktadır.

Bu noktada çalışmamız kapsamında sorulması gereken soru, TTK'da 22. madde hükmünün, modern hukuk düzeninin tacirler arasında da ekonomik güç açısından bir sınıflandırma yapılması gerektiği ve tacirlerin de tacirlere karşı korunmaya muhtaç olabileceği yönündeki kabulüne uyumlu olup olmadığı sorusudur.

TTK m.22 hükmü tacirin ceza koşulu ve ücretin indirilmesini talep etme hakkını sınırlandırmak suretiyle, TBK'da yer alan ve aslında sözleşme özgürlüğünü sınırlandıran koruyucu hüküm niteliğindeki TBK m.121/I, TBK m.525 ve özellikle TBK m.182/III hükümlerinden tacirin faydalanmasının önüne geçerek ticari iş sahasında sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasını engellemektedir. Yani TTK m.22 ticari iş sahasındaki sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmaması gerektiği kabulüne dayanan bir hükümdür. Bu haliyle TTK m.22, modern hukukun geldiği noktayı değil, başladığı noktayı yansıtmaktadır.

Diğer yandan, TTK m.22'nin mevcut durumda kanunda korunmasının, sözleşme özgürlüğü bakımından modern hukukun getirdiği gelişmelere olumsuz yönde ve tezat teşkil edecek bir etkisi olup olmadığı da tartışılmalıdır. Yani pazarlık gücü ve mali konumu kuvvetli olan tacirin, iş potansiyelini kullanarak zayıf olan tacire aşırı bir ceza koşulu dayatması durumunda, zayıf olan tacirin müzayaka nedeniyle gabin ya da ahlaka aykırılık nedeniyle kesin hükümsüzlük ileri sürebilmesinin mümkün olduğu, bu sebeple TTK m.22 kanunda mevcut olsa bile genel hükümlerden doğan sözleşme özgürlüğü sınırlamalarının zayıf olan taciri zaten koruduğu savunulabilir. Lâkin ticari hayatta akdedilen ücret ve ceza koşullarının genellikle tacirin mahvına yol açarak ahlaka aykırı olacak kadar aşırı olmamaktadır. Diğer yandan, tacirin gabin ileri sürebilmesi için öncelikle gabinin subjektif unsuru olan müzayaka halinin ispatlanması gerektiği, zayıf olan tacirin aşırı ceza koşulunu potansiyel iş alanı cazibesi sebebiyle kabul etmiş de olsa bu durumun her zaman müzayaka anlamına gelmeyeceği, ayrıca güçlü konumdaki tacirin yararlanma kastının ispatlanmasında güçlükler yaşandığı da dikkate alındığında, ticaret hayatının ihtiyaç

duyduğu hız ve işlem güvenliği içerisinde zayıf olan tacirin gabin ve ahlaka aykırılık hallerine güvenerek işlem tesis etmesi beklenemez. Nitekim tacirler arasında pazarlık gücü ve mali konum bakımından yapılan ayırım kanun sistematideinde kabul edilmiş ve bununla ilgili TTK m.1530 ve acentelik hükümleri gibi düzenlemeler yapılmış durumdayken, tacirlerin ekonomik ve sosyal anlamda eşit kabul edildiği ve pazarlık gücü farkının teorik olarak yok sayıldığı eski kabul ve görüşe dayanan TTK m.22'nin kanunda yerini korumasında ısrar edilmesinin uygulamada faydası olmadığı gibi kanun sistematidei içerisinde çelişki ve uyumsuzluk yaratmaktadır.



SONUÇ

TTK m.22'nin lafzı uyarınca tacir sıfatını haiz kişiler ceza koşulunun ve ücretin indirilmesini talep edemezler. Bu noktada kanunun lafzında olmasa da Yargıtay uygulamasıyla tacirin ancak ticari işletmesini ilgilendiren bir borca ilişkin ceza koşulunun ya da ücretin indirilmesini talep edemeyeceğini içtihat etmiştir. Bu konuda kanun lafzında bir değişikliğe ya da eklemeye gerek olmaksızın Yargıtay içtihadı istikrar bulmuştur. Zaten tüzel kişi tacirin tüm borçlarının ticari olduğu TTK m.19'da kabul edildiğine göre, tüzel kişi tacirin ceza koşulunun veya ücretin indirilmesini talep etmesi hiçbir şekilde mümkün olmamalıdır. Bu noktada tek sorun, Yargıtay'ın tüzel kişi ve işveren olan tacirin, işçisiyle arasında akdettiği sözleşmelerin tacirin ticari işletmesiyle ilgili olmadığını, bu sebeple bu tip bir sözleşme kapsamında tüzel kişi tacirin TBK m.182/III kapsamında ceza koşulunun indirilmesini talep edebileceğini kabul etmesidir. Yargıtay içtihadında, tacir olmayan şahıs ile tacir arasındaki ticari iş kapsamında, tacir olmayan şahsa TBK m.182/III kapsamında ceza koşulunun indirilmesini talep etme hakkı tanınmasına rağmen tacirin TTK m.22 gereğince ceza koşulunun indirilmesini talep edemeyeceği kabul edilmiştir. Tacir olmayan şahsın yerinde işçinin olması durumunda Yargıtay'ın tam tersi şekilde işveren taciri koruma altına alması çelişki teşkil etmektedir. Kanaatimizce bu yorum TTK m.22'nin Yargıtay uygulamasına dair en hatalı yorumların başında gelmekte olup, Yargıtay'ın içtihadından dönmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

TTK m.22'deki düzenlemenin niteliği açısından yapılacak ilk değerlendirmelerden biri de TTK m.22'nin emredici nitelikte olduğu ve madde kapsamındaki hükmün “yasak” olarak nitelendirilebilmelidir. Bu sebeptendir ki, çalışmamız kapsamında söz konusu düzenlemeden birçok defa “tacirin ceza koşulu ve ücretin indirilmesini talep etme yasağı” şeklinde bahsedilmiştir.

TTK m.22 hükmünde sayılan maddeler arasında TBK m.182/III ve TBK m.121/II hükmü ceza koşuluna ilişkin hükümler olup, ücrete ilişkin olan tek madde TBK m.525 hükmüdür. TTK m.22'de sayılan maddelerin sınırlı sayıda (*numerus clausus*) olduğu kabul edilirse tacirin sadece TBK m.525 hükmündeki simsarlık ücretinin indirilmesini talep edemeyeceği, diğer ücretlerin indirilmesini talep edebileceği düşünülmektedir. Bu çalışmamızda ve konu kapsamında yapılan diğer

çalışmalarda, TTK m.22’de sayılanların sınırlı sayıda (*numerus clausus*) olduğu kabulüyle olsa gerek, daha çok ceza koşulu üzerinde durulmuş ve tacirin sadece simsarlık ücretinin (TBK m.525) indirilmesini talep edemeyeceği kabul edilmiştir.

Ceza koşulunun ahlaka aykırılığı kapsamında, sadece TBK m.27 üzerinden bir argümantasyon geliştirilmesi eksik olacağından, TMK m.23/II hükmünün ceza koşulunun ahlaka aykırılığının bir diğer genel hükümle temellendirilmesi açısından önemli bulmaktayız. Kanaatimizce de, TMK m.23/II ile TBK m.27 hükümleri benzer hususları düzenlemekte ve Serozan’ın da işaret ettiği gibi bir madalyonun iki ayrı yüzü sayılabilir. Çünkü TMK m.23/II ahlaka aykırılığın tespitinde daha ziyade şahsın işinde bulunduğu durumu düzenlerken, TBK m.27 hükmü, şahsın ekonomik özgürlüğünün sadece bir parçası da olsa borçlar hukukunun en temel ve geniş kavramı olan sözleşme özgürlüğünün sınırlarını düzenler. Muhakkak olan, ücret ve ceza koşulunun ahlaka aykırı olup olmadığının tespit edilmesinde her iki hüküm de uygulama alanı bulmaktadır.

Genel ahlaka aykırı şekilde kararlaştırılmış ücret veya ceza koşulunun ahlaka aykırı kısmının TBK m.27/II kapsamında kısmi hükümsüz olduğu, ahlaka uygun kısmının geçerli olduğu yönündeki görüşe teorik olarak katılmamaktayız. Kanaatimizce, TBK m.27/II’de sözleşmelerin edim edim bölünebileceği durumundan bahsedilmekte, ceza koşulu gibi sözleşme içerisindeki edimler kendi içinde miktara göre bölünmesinin teorik temeli bulunmamaktadır. TBK m.27’nin uygulanması halinde sözleşmenin tamamının geçerliliğini etkileyip etkilemeyeceği tartışmasından bağımsız olarak ceza koşulunun tamamen geçersiz olacağı aşıkardır. Kanaatimizce de, TTK m.1530/f.1 hükmünün kıyasen uygulanması ve bir tür değitirilmiş kısmi hükümsüzlük sağlanarak bilirkişiler vasıtasıyla hesaplanan ahlaka uygun kısmın ayakta tutulması sağlanmalıdır. Aksi halde, genel hükümler kapsamında aşırı ceza koşulu indirimine tâbi tutulurken, tacirler bakımından ahlaka aykırı ceza koşulunun tamamen geçersiz sayılması ve tacirin ceza koşulu borcundan tamamen kurtulması, tacirin tacir olmayanlara göre daha çok korunması çelişkisi ortaya çıkacaktır.

Hükümün kapsamı dışında kalan diğer durum, tacirin müzayaka halinde gabin ileri sürerek sözleşmeyi feshetme ya da aşırılığın giderilmesini talep etme hakkıdır.

Doktrinde ve Yargıtay kararlarında tacirin TTK m.18/II hükmünde düzenlenen basiretli iş adamı gibi davranacağı karinesine dayanılarak deneyimsiz ve düşüncesiz davranmasının mümkün olmadığı, ancak tacirin müzayaka içerisinde kalmasının söz konusu olabileceği belirtilmiştir. Bu sebeple tacirin ancak müzayaka halinde gabin ileri sürebileceği kabul edilmiştir. Yargıtay'ın tacirin müzayaka halinde gabin ileri sürebileceğine dair müstekar içtihadı, Kasım 2020'de ve Şubat 2001'de yaşanan iki ayrı finansal krizi takip eden yıllarda oluşmuş; finansal kriz sonrasında Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun kararı ile bazı bankaların denetim ve yönetimi Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na (TMSF) devir edilmesi sonrasında, kriz döneminde gecelik (*overnight*, *O/N*) faiz olarak mudilerin hesaplarına bankalar tarafından yatırılan fazla meblağlar, kamusal görev yapan TMSF yönetimine geçmiş, bankalar tarafından gabin ileri sürülmek suretiyle mudilerin hesaplarından tek taraflı işlemlerle çekilmiş ve İstanbul Menkul Kıymetler Borsası ortalama faizlerinin üzerindeki faiz oranlarının verilmemesi yönünde uygulama yapılmış, bunun üzerine mudilerin bankalara karşı açtıkları davalarda ya da bankaların mudilere karşı açtığı menfi tespit davalarında bankalar tarafından ileri sürülen müzayaka iddiası kabul edilerek tacir olan bankaların da müzayaka durumunda olabilecekleri düzenlenmiştir. Tacirlerin de müzayaka içerisinde olabilecekleri kabul edildiğinden, diğer şartların da oluşması şartıyla tacir, gabin ileri sürerek ceza koşulunun ve ücretin indirilmesini talep edebilecektir.

TTK m.22'nin kanundaki yeri ve diğer hükümlerle uyumu incelemeye alınıp olması gereken hukuk (*de lege feranda*) kapsamında değerlendirildiğinde, hükmün sözleşme özgürlüğüne dair TTK'nın güncel durumuna aykırı bir düzenleme olduğu sonucuna ulaşılmıştır. TTK m.22, TTK m.18/II'deki basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün bir yansıması olarak kanunda mevcut olsa da, TTK m.18/II'den ileri gittiği aşıkardır. 865 sayılı eTTK'dan bu yana olduğu gibi, 6102 sayılı TTK kapsamında, basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü (TTK m.18/II) ile, ahde vefa ilkesi ve sözleşme özgürlüğünün ticari iş sahasında sınırlardan âri olarak uygulanması ve genel olarak sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlamaların ticaret hukukunda daha kısıtlı uygulanması gerektiği düzenlenmiş; TTK m.22 hükmü ile bir adım daha ileri gidilerek tacirlerin ceza koşulu ve ücretin indirilmesini talep edemeyeceği düzenlenmek suretiyle sözleşmelerde tacirler tarafından taahhüt edilen

cret ve ceza koşulu kapsamında sözleşme özgürlüğü ve ahde vefa ilkesinin sınırlamalar olmadan cari olacağı hüküm altına alınmıştır.

TTK m.22 hükmü tacirin ceza koşulu ve ücretin indirilmesini talep etme hakkını sınırlandırmak suretiyle, TBK’da yer alan ve aslında sözleşme özgürlüğünü sınırlandıran koruyucu hüküm niteliğindeki TBK m.121/I, TBK m.525 ve özellikle TBK m.182/III hükümlerinden tacirin faydalanmasının önüne geçerek bu hükümler kapsamında ticari iş sahasında sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasını tamamen engellemektedir. Yani TTK m.22 ticari iş sahasındaki sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmaması gerektiği kabulüne dayanan bir hükümdür. Bu haliyle TTK m.22, modern hukukun geldiği noktayı değil, başladığı noktayı yansıtmaktadır. Bu sebeple, TTK m.22’nin mevcut durumda kanunda korunmasının, sözleşme özgürlüğü bakımından modern hukukun getirdiği gelişmelere olumsuz yönde ve tezat teşkil edecek bir etkisi olup olmadığı da tartışılmalıdır. Tacirler arasında pazarlık gücü ve mali konum bakımından yapılan ayırım kanun sistematığinde kabul edilmiş ve bununla ilgili TTK m.1530 ve acentelik hükümleri gibi düzenlemeler yapılmış durumdayken, tacirlerin ekonomik ve sosyal anlamda eşit kabul edildiği ve pazarlık gücü farkının teorik olarak yok sayıldığı eski kabul ve görüşe dayanan TTK m.22’nin kanunda yerini korumasında ısrar edilmesinin uygulamada faydası olmadığı gibi kanun sistematıği içerisinde çelişki ve uyumsuzluk yaratmaktadır.

KAYNAKÇA

I. KİTAPLAR VE MAKALELER

Aker, Halit: **“Türk Ticaret Kanunu Madde 14 Hakkında Bazı Düşünceler ve Yeni Bir Tacir Türü: Hâkim Teşebbüs”** BATİDER, S.2, C.15., S.2, Y.2009, s.229-295.

Akkayan Yıldırım, Ayça: **“Cezai Şartın İşlevi, Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”**, İÜHFM, C.LXI, S.12, 2003, s.357-414.

Akyiğit, Ercan: **İş Hukuku**, 9. Bası, Ankara, 2013.

Aktan, Coşkun Can: **“Devlet Müdahalesi ve Ekonomik Özgürlükler”**, Bkz. http://www.canaktan.net/canaktan_personal/canaktan-arastirmalari/devlet-reformu7aktan-devlet-mudahalesi-ekonomik -ozgurluk.pdf.

Akyazan, Sıtkı: **Türk Hukukunda Faiz Türleri ve Bunlara İlişkin Kanun Hükümleriyle, Banka Cari Hesaplarında Uygulanan Kapital Faizi, Bileşik Faiz, Geçmiş Günler Faizi Üzerinde Bir İnceleme**, ABD., 1978, S. 2.

Akyol, Şener: **Medeni Hukuka Giriş**, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006.

Arkan, Sabih: **Ticari İşletme Hukuku**, 23. Bası, Ankara, Bthae Yayınları, 2017.

Aslan, Çiğdem Mine: **Gabin, Unsurları ve Hukuki Sonuçları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006.

Atamer, Yeşim/ Kabaklıoğlu Arslanyürek, Yasemin/ Taşkın, Zeynep Damla: **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Danışma Görüşleri**, 1. bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

Atamer, Yeşim: **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1999.

Atamer, Yeşim: **Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2005. (“*Satıcının Yükümlülükleri*”)

Ayan, Serkan : “**6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 1530. Maddesi Gereğince Borçlunun Temerrüdü**”, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Özel S., 2010, s.717-793.

Aydın, Ramazan: “**Aşırı Yararlanma (TBK m.28)**”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.1, 2013, s.87-106.

Ayhan, Rıza: **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara, 2007.

Ayhan, Rıza: “**Ticari İş Kavramı ve Tacir Sıfatına Bağlanan Ücret ve Sözleşme Cezalarının İndirilmesini İsteyememe**”, GÜHFD (2013), C.XVII, S.1-2, s.291 vd.

Bahtiyar, Mehmet: **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2016.

Başar, Mükerrerem Onur: **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Sözleşmeye Uygun Mal Teslim Edilmesi Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinden Ötürü Alıcının Hakları**, 1. bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

Başbuğ, Aydın: “**Tacir İşveren ve İş Hukukunda Cezai Şarttan İndirim**”, Kamu-İş Dergisi, C.7, S.2, 2003, s.2-19.

Başpınar, Veysel: “**Hukuk Tekniği Açısından Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi**”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara 2009.

Başpınar, Veysel: **“Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Şekli Açısından Değerlendirilmesi”**, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, İstanbul 2010.

Battal, Ahmet: **“Tacir Gibi Sorumlu Olan (TK m.14/3), Tacir Olmanın Hangi Sonuçlarına Tâbi Tutulmalıdır?”**, Yargıtay Dergisi, C.23, S.4, Ekim 1997, s.539-556.

Battal, Ahmet: **“Tacirin İş Kanunu’na Tâbi Bir Sözleşmeden Doğan Cezai Şart Borcuna TK m.24 (İndirim Yasağı) Uygulanabilir mi?”**, BATİDER, C.XX, S.2, Y.1999.

Berberoğlu Yenipınar, Filiz: **Ticari Davalar ve Ceza Şart**, Ankara, 2017.

Berzek, Ayşe Nur: **Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri**, 8. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2007.

Bilge, Necip: **“Cezai Şart”, Esat Arsebük’e Armağan**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları Yayınları, 1958.

Bingöl, Muhammet Emin: **Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Yükümlülüğü: Özellikle Tacirin Ücret ve Cezai Şartın İndirilmesini İsteyememesi**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık 2018.

Birsel, Mahmut Tefvik: **Ticari İşletme Hukuku**, C.1, İzmir, Ticaret Matbaacılık AŞ, 1970.

Bucher, Eugen: **Schweizerisches Obligationenrecht**, Allgemeiner Teil ohne Deliktrecht, 2. Auflage, Zürich 1988.

Buz, Vedat: **“Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması”**, BATİDER, C.XIX, S.4, Y.1988, s.53-82.

Can, Mustafa : **ABD Hukukunda Ticari Satım Sözleşmelerinde Tarafların Hakları (Rights Of Parties)**, <https://www.mevzuatdergisi.com/2002/05a/01.htm> (Erişim Tarihi:21.11.2019)

CISG Online (çevrimiçi), <http://www.cisg-online.ch/>

Coşgun, Özlem Karaman: **“6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Teşebbüs Kavramı ve Tacir Sayılmasının Sonuçları”**, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, S.1, C.21.

Çağlar, Hayrettin : **“Aşırı Yararlanma (Gabin) Hükümlerinin Tacir Bakımından Uygulanması (TBK m.28)”**, BATİDER, C.XXXII, S.4, Y.2016, s.69-93.

Çakır Çelebi, Fatma Betül: **“Şirketler Topluluğunda Hâkim Teşebbüs”**, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, Y.2018, C.4 , S.1, s.19-32.

Çınar, Ömer: **“Türk Borçlar Kanunu ve Alman Medeni Kanununa Göre Ceza Şartın İndirilmesi”**, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y.8, S.16, 2009, s.91-115.

Dayınlarlı Kemal : **“Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin Unidroit İlkeleri”**, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, S.23(1-2), 2011, 250-203.

Dayıoğlu, Yavuz: **CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı**, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2011.

Demir, Şamil: **“Türk Borçlar Kanunu’nun Para Borçlarında Faize İlişkin Getirdiği Yenilik ve Sınırlamalar”**, Ankara Barosu Dergisi, Y.2012, S.4, s. 207-234.

Dirican, Gökhan: **Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007.

Domaniç, Hayri: **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, C. I, İstanbul, 1988.

Doğanay, İsmail: **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, C.I, 4. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2004.

Ekinci, Hüseyin: **Doktrin Ve Uygulamada Cezai Şart**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004.

Elbir, Halid Kemal: **Türk Pozitif Hukukunda Gabin**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 1957.

Elbir, Halid Kemal: “**Gabine Müteallik Umumi Hüküm Muvacehesinde Fahiş Faiz Meselesi**”, İBD., Y. 1949, S. 23, s. 1 vd. (“*Fahiş Faiz*”).

Elbir, Halid Kemal: “**Ticaret Hukukunda Gabin İddiası**”, İHD., C. 5, Y. 1950, S. 56, s. 891-893 (“*Ticaret Hukukunda Gabin*”).

Elbir, Halid Kemal: “**Gabnin Unsurları**”, İBD., C. XXV, Y. 1951, S. 4, s. 193-216 (“*Gabnin Unsurları*”).

Erçin, Ferhat: “**Yargıtay Kararları Işığında Tacirlerin Ahlaka Aykırı Cezai Şartın İptalini veya Tenkisini İsteyebilmeleri**”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.10, C.10, S.1, Ocak 2011.

Erdem, H. Ercüment : “**Viyana Satım Antlaşması Uyarınca Teamüllerin Önemi**”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi., 2016, S.22(3): s.1023-1043.

Erdem, Mehmet: **La Clause Pénale Etude Comparative de Droit Suisse et Droit Turc**, Doktora Tezi (Universite de Neuchatel), Yiğit Ofset, Ankara, 2006 (“*Clause Pénale*”)

Erem, Turgut S. : **Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku Prensipleri**, C.I, İstanbul, Hilal Matbaası, 1967.

Eriş, Gönen: **Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu**, 3. Bası, C.1, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.

Erişgin, Özlem Söğütlü : **Roma Hukukunda Tarihsel Gelişim İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.

Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 21. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017.

García, Ignacio Marín: “**Enforcement of Penalty Clauses in Civil and Common Law: A Puzzle To Be Solved By The Contracting Parties**”, European Journal of Legal Studies, Volume 5, Issue 1, (Spring/Summer 2012), p. 98-123.

Gauch, Peter : “**Die Übervorteilung- Bemerkungen zu Art. 21 OR**”, recht 1989, s. 91-100.

Gottlieb, Benjamin/Brunner, Christoph: **Commentary on UN Sales Law**, Wolters Kluwer, 2019.

Göksoy, Yaşar Can : “**6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’na göre Acentenin Sözleşme Sonrası Rekabet Yasağı Anlaşması**”, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 12, Özel S., 2010, s.895-943.

Graves, Jack: “**Penalty Clauses as Remedies: Exploring Comparative Approaches to Enforceability**” Touro Law Review: Vol. 29: No. 3, Article 11, 2013, p.680-694.

Graves, Jack, “**Penalty Clauses and the CISG**” (2012), Scholarly Works, paper 414, http://digitalcommons.tourolaw.edu/scholarlyworks/414?utm_source=digitalcommon

s.tourolaw.edu%2Fscholarlyworks%2F414&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages

Gülseven, Hilal: **Türk Özel Hukukunda Cezai Şartın İndirilmesi**, Ankara, 2016.

Güney, Taner: **“Ekonomik Özgürlük ve İnsani Gelişmişlik”**, Taner Güney, Ekonomik Özgürlük ve İnsani Gelişmişlik, Hitit Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Yıl 10, Sayı 2, Aralık 2017, ss. 1109-1120

Hachem, Pascal: **“Agreed Sums in CISG Contracts”**, Annals FLB, Belgrade Law Review, Year LIX, No:3 2011, p.140-149. (*“Agreed Sums”*)

Hachem, Pascal: **“Agreed Sums Payable Upon Breach of an Obligation, Rethinking Penalty and Liquidated Damages Clauses”**, Den Haag, Eleven International Publishing, 2011. (*“Penalty and Liquidated Damages Clause”*)

Hachem, Pascal: **“Fixed Sums in CISG Contracts”**, Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration, Volume 13, No:1, 2009, 217-228. (*“Fixed Sums”*)

Hatemi, Hüseyin: **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası Koll Şti, 1976.

Hatemi, Hüseyin/ Gökyayla, Emre: **Borçlar Hukuku**, İstanbul, 2011.

Helvacı, Mehmet: **Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2000.

Hirsch, Ernst E.: **Notlu Ticaret Kanunu**, Ankara, Akay Kitabevi, 1946 (*“Notlu Ticaret Kanunu”*).

Hirsch, Ernst E.: **Ticaret Hukuku Dersleri**, 3. Bası, İstanbul, 1948.

İmregün, Oğuz: **Kara Ticaret Hukuku Dersleri**, 12. Bası, İstanbul, Fizli Kitabevi, 2001.

Kabaklıoğlu Arslanyürek, Yasemin: **Ceza Koşulu-Özellikle Zarar ve Tazminatla İlişkisi**, 1. Bası, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2018.

Kalkan Oğuztürk, Burcu: **Türk Hukukunda Gabin**, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2004.

Kapancı, Kadir Berk: “**Dönme Cezası (TBK m.179 f.3) ve Cayma Parası (TBK m.178) Kavramları Arasında Kısa Bir Karşılaştırma**”, MÜHF-HAD, C.22, S.2, s.247-270.

Kara, Ethem: “**Ticaret Kanunlarının Varsayımsal İnsanı: Amerikan Ticaret Kanununda Reasonable Man ile Türk Ticaret Kanununda Basiretli Tacir**”, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 2127-2163

Karaahmetoğlu, İsmail: “**Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Etme Ölçüsü ve Yargıtay Uygulamasındaki Yeri**”, LHD, C.10, S.116, 2012, s.85-107.

Karabağ Bulut, Nil: **Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi**, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2014.

Karahan, Sami: **Ticari İşletme Hukuku**, 27. Bası, Konya, Mimoza Yayınları, 2015.

Karataş, İzzet: **Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri**, Ankara, 2009.

Karayalçın, Yaşar: **Ticaret Hukuku, I.Giriş-Ticari İşletme**, 3. Bası, Ankara, 1968.

Kaşak, Fahri Erdem: **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

Kaya, Arslan : “**Adi ve Ticari İşlerde Faiz**”, İÜHFM, 1994, C.54, S.1-4.

Kazancı İċtihat Bankası (Çevrimiçi) www.kazanci.com

Kılıçoğlu, Ahmet: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 17. Bası, Ankara, 2013.

Kırca, İsmail: “**Kooperatiflerin Tacir Niteliği Hakkında Yargıtay’ın Tutumu: Kanuna Aykırı Yorum mu Yoksa Örtülü Boşluk Doldurma Gayreti mi?**”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Haziran 2017, s.5-25.

Kızır, Mahmut: **Yargıtay Kararları Işığında Basiretli İşadamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğünün Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanmasına Etkisi**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.19, S.2, 2011, 245-282.

Kocağa, Köksal: **Türk Özel Hukukunda Cezai Şart**, 2. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.

Kocaman, Arif: “**BK m.158/II c.2 Hükümü Gereğince İfaya Ekli Cezai Şart Talep Etme Hakkının Düşmesi (Sona Ermesi) ve BK M. 158/II c.2’de Hakkın Korunması için Öngörülen İhtirazi Kayıt İleri Sürme Şartının Sözleşme ile Bertaraf Edilip Edilmeyeceği Hususu**”, Prof.Dr.Şener Akyol’a Armağan, İstanbul, 2011, s.569-573.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem**, Sözleşme, 6. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014.

Kramer, Ernst A. : **Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Zürich 2009, “Obligationenrecht”.

Kramer, Ernst A.: **Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht** Band VI, 1. Abteilung, 2. Teilband, Unterteilband 1a, Kommentar zu Art. 19-22 OR, “Kommentar”.

Kröll, Stefan/ Mistelis, Loukas/ Viscasillas, Perales Pilar: **UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)**, München, Verlag C.H.Beck, 2011.

Küçükgüngör, Erkan: “**Anglo-Amerikan Hukukunda Trust Kavramı, Trust’ın Tarihi Gelişimi ve Roma Hukukuna Dayanan Kıta Avrupası Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi**”, BATİDER, C.XXIII, S.21, Y.2005, s.5.

Lookofsky, Joseph: “**The Limits of Commercial Contract Freedom: Under the UNIDROIT "Restatement" and Danish Law**”, American Journal of Comparative Law, Volume 46, 1998, p.485-508.

Nomer Ertan, Füsün: “**İş Aktinden Doğan Cezai Şart Hükümlerine TTK m.24 Uygulanır mı?**”, Hüseyin Ülgen’e Armağan, s.29-37.

Oğuzman, M.Kemal/Öz, M.Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.1, 15. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017 (C.I).

Oğuzman, M.Kemal/Öz, M.Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.1, 15. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017 (C.II).

Okumuş, Selmani: **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Aşırı Yararlanma (Gabin)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015.

Olgaç, Senai: **Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, Genel Hükümler, C. II, Ankara 1976.

Öcal Apaydın, Bahar/İnce Akman, Nurten: “**Götürü Tazminatın Hâkim Tarafından İndirilmesi Meselesi**”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 25, Sayı 1, Haziran 2019, s 220–261.

Özkaya, Eraslan: **Aşırı Yararlanma (Gabin) Davaları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015.

Özmen, Adem: “**Borçlar Hukukunda Cezai Şartın İndirilmesi**”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011, s.78.

Pace University CISG Database (Pace Üniversitesi CISG Veritabanı-Çevrimiçi):
<http://cisgw3.law.pace.edu/>

Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi: **Ticari İşletme Hukuku**, 14. Bası, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2012.

Rheinstein, Max: "**Common Law and Civil Law: An Elementary Comparison**,"
 Revista jurídica de la Universidad de Puerto Rico, 90 (1952),
https://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles?utm_source=chicagounbound.uchicago.edu%2Fjournal_articles%2F9016&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages

Saidov, Djakhongir: “**Cases on CISG Decided in the Russian Federation**”,
 Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration, (1/2003,) 1-62.

Schwenzer, Ingeborg: **Schweizerisches Obligationenrecht**, Allgemeiner Teil, Bern 2009.

Schwenzer, Ingeborg/Schlechtriem, Peter/ Çağlayan Aksoy, Pınar: **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi (Commentary on the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods)**, 1. Bası, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Serozan, Rona: **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007.

Serozan, Rona: **Medeni Hukuk Genel Bölüm-Kişiler Hukuku**, 6. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015 (Medeni Hukuk).

Sinerji İtihat Programı (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr

Solorzano, Jonathan S.: “**An Uncertain Penalty: A Look at the International Community's Inability to Harmonize the Law of Liquidated Damages and Penalty Clauses**”, Law and Business Review of the Americas, Volume 15, Article 4, p.779-818. (2009).

Süzek, Sarper: **İş Hukuku**, 11. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2015.

Tandoğan, Haluk: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C.I/1, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

Tamer, Ahmet: “**Tacirler Bakımından Cezai Şart (Ceza Koşulu)**”, TAAD, Y.4, S.14, Temmuz 2013, s.731-770.

Tekinay, Selahattin Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.

Tercier, Pierre/Pichonnaz, Pascal/Develioğlu, Murat: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 1. Bası, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2016

Topuz, Murat: “**Yargıtay Kararları Işığında Türk Borçlar ve Ticaret Hukukunda Gabin (Aşırı Yararlanma)**”, MÜHF-HAD, Mehmet Somer Anısına Armağan Özel Sayı, s.743-770.

Tunçomağ, Kemal: **Türk Hukukunda Cezai Şart**, İstanbul, Baha Matbaası, 1963.

Türkiye Ekonomi Kurumu: “**Krizden Krize Türkiye:2000 Kasım Ve 2001 Şubat Krizleri**”, İkinci Genişletilmiş Taslak, 7 Nisan, 2001, Ankara, <http://www.tek.org.tr/dosyalar/KRIZ-2000-20013.pdf> (Erişim Tarihi:03.10.2019).

Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/ Kendigelen, Abuzer/ Kaya, Arslan/ Nomer Ertan, Füsün: **Ticari İşletme Hukuku**, 5. Bası, İstanbul, 12 Levha Yayıncılık, 2015.

Ülgen, Hüseyin: **Türk Ticaret Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi (Ticari İşletme Bakımından Uygulama)**, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2005.

Ünal, Oğuz Kürşat: “**Tacirin Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Mükellefiyeti (I)**”, Maliye Postası, S.180, 1988.

Ünal, Oğuz Kürşat: “**Tacirin Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Mükellefiyeti (II)**”, Maliye Postası, S.181, 1988.

Ünal, Oğuz Kürşat: “**Tacirin Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Mükellefiyeti (III), Akdin İn’ikadında ve Müzakere Safhasında Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Mükellefiyeti**”, Maliye Postası, S.182, 1988.

Vitkus, Simas: “**Penalty Clauses Within Different Legal Systems**”, Social Transformations in Contemporary Society, V.1, 2013, p.153-162.

Yalçınduran, Türker: “**Olağanüstü Durumda Verilmek Zorunda Kalındığı İddia Edilen Faizlerin Geri Alınıp Alınamayacağı Sorunu**”, GÜHFD., C. VII, S. 1-2, Y. 2003, s. 47- 60.

Yeşiltepe, Salih Önder: “**İş (Hizmet) Sözleşmelerinin Ticari İş Mahiyeti, Ticari İşlerde Faiz ve İşçi Alacaklarına Uygulanacak Temerrüt Faizi Oranı**”, MÜHF-HAD, C.20, S.2, Y.2014, s.41-68.

Weber, David P. : “**Restricting the Freedom of Contract: A Fundamental Prohibition**”, 16 Yale Hum. Rts. & Dev. L.J. (2013).

Zeller, Bruno: “**Penalty Clauses: Are They Governed by the CISG?**”, Pace International Law Review, Volume 23, Issue 1, Winter 2011, p.1-14.

II. MAHKEME KARARLARI

Yargıtay 11. HD, E.2017/1496, K.2019 / 448, T. 17.01.2019
(Sinerji İctihat Bankası, Erişim Tarihi:02.10.2018)

Yargıtay 19. HD, E.2013/ 10096, K.2014 / 8175, T.30.04.2014
(Sinerji İctihat Bankası, Erişim Tarihi:02.10.2018)

YHGK, E.1977/9-101, K.1978/800, T.06.10.1978
(Köksal Kocağa, a.g.e., s.202, dn.181).

YHGK, 24.01.1970, E.1966/ 4-1348, K. 1970 / 50, T. 24.01.1970
(Sinerji İctihat Programı, Erişim Tarihi: 15.05.2019).

Yargıtay 11. HD, E.2015/11066, K.2016/4996, T.03.05.2016
(Sinerji İctihat Bankası, Erişim Tarihi:05.10.2018)

Yargıtay 23. HD, E.2016/5646, K.2019/2469, T.29.05.2019
(Sinerji İctihat Bankası, Erişim Tarihi: 05.10.2018)

Yargıtay 23. HD, E.2016/ 473, K.2018 / 4675, T.11.10.2018
(Sinerji İctihat Bankası, Erişim Tarihi: 05.10.2018)

Yargıtay 23. HD, E.2016/2714, K.2018 / 5511, T. 27.11.2018
(Sinerji İctihat Bankası, Erişim Tarihi: 05.10.2018)

Yargıtay 23. HD, E.2015/9991, K.2018/3769, T.27.06.2018
(Sinerji İctihat Bankası, Erişim Tarihi: 05.10.2018)

Yargıtay Büyük Genel Kurulu, Sayı.2012/1, T. 09/02/2012
(18 Şubat 2012 tarihli, 28208 sayılı Resmî Gazete)

Yargıtay 15. HD, E.2014/3693 K.2014/4334, T.23.06.2014
(Sinerji İctihat Bankası, Erişim Tarihi 09.09.2018)

Yargıtay 15. HD, E: 2014/ 3400 K: 2014 / 3937 T.09.06.2014
(Sinerji İctihat Bankası, Erişim Tarihi 09.09.2018)

Yargıtay 15. HD, E.2019/1960, K.2019/3281, T.09.07.2019
(Sinerji İctihat Bankası, Erişim Tarihi 09.09.2019)

Yargıtay 15. HD, E.2007/4890, K.2007/8088, T.13.12.2007
(Karataş, a.g.e., s.385)

YHGK, E.1997/9-486, K. 1997/822, T. 15.10.1997
(Sinerji İctihat Bankası, Erişim Tarihi: 07.08.2018)

YHGK, E.2004/ 9-759, K.2005/9, T.02.02.2005
(Sinerji İctihat Bankası, Erişim Tarihi:07.12.2018)

YİBGK, E.1957/15, K.1958/5, T. 7.5.1958
(Kazancı İctihat Bankası, Erişim Tarihi:07.12.2018)

YİBGK, E.2017/1, K.2018/2, T.23.02.2018;
(Sinerji İctihat Bankası, Erişim Tarihi:07.12.2018)

YHGK, E.2015/1828, K.2018/1093, T.16.05.2018;
(Sinerji İctihat Bankası, Erişim Tarihi:07.12.2018)

YHGK, E.1976/10-3435, K.1978/23, T. 25.01.1978;
(Sinerji İctihat Bankası, Erişim Tarihi:07.12.2018)

YHGK, E.1975/ 9-762, K.1976 / 1164, T.24.03.1976
(Sinerji İctihat Bankası, Erişim Tarihi:07.12.2018)

Yargıtay 19. HD, E.2012/16814, K.2013/4336, T.07.03.2013
(Sinerji İctihat Bankası, Erişim Tarihi:09.05.2018)

Yargıtay 19. HD, E.2010/ 11107, K.2011 / 4427, T.05.04.2011
(Sinerji İctihat Bankası, Erişim Tarihi:05.08.2018).

Yargıtay 6. HD, E.2009/ 6629, K.2010 / 4835, K.22.04.2010
(Sinerji İctihat Bankası, Erişim Tarihi:05.08.2018).

Yargıtay 11. HD, E. 2004/ 15293, K.2005 / 12550, T. 19.12.2005
(Sinerji İctihat Bankası, Erişim Tarihi:05.08.2018).

Yargıtay 13. HD, E.1977/ 4495, K.1977 / 5010, T.14.11.1977
(Sinerji İctihat Bankası, Erişim Tarihi:05.08.2018).

YHGK, E.2012/ 11-1601, K.2013 / 752, T.22.05.2013
(Sinerji İctihat Bankası, Erişim Tarihi:15.07.2018)

Yargıtay 11. HD, E.2012/ 17736, K.2013 / 9814, T. 13.05.2013
(Sinerji İctihat Bankası, Erişim Tarihi:15.07.2018).

Yargıtay 11. HD, E. 2015/3828, K.2015/11197, T.28.10.2015
(Sinerji İctihat Bankası, Erişim Tarihi:16.09.2018).

Yargıtay 15. HD, E.1999/4655, K.2000/2324, T.11.05.2000
(Sinerji İctihat Bankası, Erişim Tarihi:31.01.2018).

YHGK, E.2012/11-1601, K.2013/752, T.22.05.2013
(Sinerji İctihat Bankası, Erişim Tarihi:31.01.2018)

YHGK, E.1970/1053, K. 1974/222, T.20.03.1974
(Sinerji İctihat Programı, Erişim Tarihi: 17.06.2019).

YHGK, E.1970/1053, K. 1974/222, T.20.03.1974
(Sinerji İctihat Bankası, Erişim Tarihi:16.06.2019)

Yargıtay 1. HD., T. 26.4.1979, E. 1979/2670, K. 1979/5555
(Sinerji İctihat Bankası, Erişim Tarihi 02.10.2019).

YHGK, E.1971/1-376, K.24, T.24.01.1973
(Sinerji İctihat Bankası, Erişim Tarihi 02.10.2019).

Yargıtay 11. HD., E.2002/ 4990, K.2002 / 6559, T.25.06.2002
(Sinerji İctihat Bankası, Erişim Tarihi 02.10.2019).

Yargıtay 11. HD., E. 2003/1235, K. 2003/6761, T. 23.06.2003
(Sinerji İctihat Bankası, Erişim Tarihi 02.10.2019).

Yargıtay 11. HD., E. 2003/1886, K. 2003/8919, T. 06.10.2003

Yargıtay 11. HD., E. 2003/10420, K. 2003/9650, T. 21.10.2003
(Sinerji İctihat Bankası, Erişim Tarihi 02.10.2019).

Yargıtay 11. HD., E. 2003/3481, K. 2003/10519, T. 06.11.2003
(Sinerji İctihat Bankası, Erişim Tarihi 02.10.2019).

Yargıtay 11. HD., E. 2003/5078, K. 2004/81, T. 12.01.2004
(Sinerji İctihat Bankası, Erişim Tarihi 02.10.2019).

Yargıtay 11. HD., E. 2003/6792, K. 2004/1312, T. 16.02.2004
(Sinerji İctihat Bankası, Erişim Tarihi 02.10.2019).

Yargıtay 11. HD., E. 2004/322, K. 2004/9237, T. 04.10.2004
(Sinerji İctihat Bankası, Erişim Tarihi 02.10.2019).

Yargıtay 11. HD., E. 2005/9238, K. 2006/9949, T. 09.10.2006

(Sinerji İçtihat Bankası, Erişim Tarihi 02.10.2019).

Yargıtay 11. HD., E. 2005/10462, K. 2007/300, T. 16.01.2007
(Sinerji İçtihat Bankası, Erişim Tarihi 02.10.2019).

Yargıtay 11. HD., E. 2005/14019, K. 2007/967, T. 29.01.2007
(Sinerji İçtihat Bankası, Erişim Tarihi 02.10.2019).

Yargıtay 11. HD., E. 2005/14021, K. 2007/993, T. 29.01.2007
(Sinerji İçtihat Bankası, Erişim Tarihi 02.10.2019).

Yargıtay 11. HD., E. 2005/14015, K. 2007/1030, T. 29.01.2007
(Sinerji İçtihat Bankası, Erişim Tarihi 02.10.2019).

Yargıtay 19. HD., E. 2003/11504, K. 2004/8245, T. 09.07.2004
(Sinerji İçtihat Bankası, Erişim Tarihi 02.10.2019).

Yargıtay 19. HD., E. 2004/12551, K. 2005/157, T. 24.1.2005
(Sinerji İçtihat Bankası, Erişim Tarihi 02.10.2019).

Yargıtay 19. HD., E. 2004/4853, K. 2005/205, T. 25.01.2005
(Sinerji İçtihat Bankası, Erişim Tarihi 02.10.2019).

Yargıtay 19. HD., E. 2005/2795, , K. 2005/6854, T. 20.06.2005
(Sinerji İçtihat Bankası, Erişim Tarihi 02.10.2019).

Yargıtay 19. HD., E.2005/4985, K.2005/7980, T.14.07.2005
(Sinerji İçtihat Bankası, Erişim Tarihi 02.10.2019).

YHGK., E. 2004/19-346, K. 2004/374, T. 23.06.2004
(Sinerji İçtihat Bankası, Erişim Tarihi 02.10.2019).

YHGK., E. 2004/11-729, K. 2004/652, T. 08.12.2004

(Sinerji İctihat Bankası, Erişim Tarihi 02.10.2019).

YHGK., E.2005/ 11-459, K.2005 / 480. T:21.09.2005
(Sinerji İctihat Bankası, Erişim Tarihi 02.10.2019).

YHGK., E. 2007/19-63, K. 2007/52, T. 07.02.2007
(Sinerji İctihat Bankası, Erişim Tarihi 02.10.2019).

YHGK., E. 2009/11-119, K. 2009/179, T. 6.5.2009.
(Sinerji İctihat Bankası, Erişim Tarihi 02.10.2019).

YHGK, E.1971/1-376, K.24, T.24.01.1973
(Sinerji İctihat Bankası, Erişim Tarihi:02.10.2019).

Yargıtay 19. HD., E.2005/ 4985, K.2005/7980, T.14.07.2005
(Sinerji İctihat Bankası, Erişim Tarihi 02.10.2019).

BGE 84 II 107; 43 II 803; BGE 123 III 301.

Yargıtay 11. HD., E.2003/ 1235, K.2003 / 6761, T.23.06.2003
(Sinerji İctihat Bankası, Erişim Tarihi:05.10.2019).

YHGK, E.2004/ 19-346, K.2004 / 374, T.23.06.2004
(Sinerji İctihat Bankası, Erişim Tarihi:05.10.2019)

YHGK, E.2004/ 11-729 K. 2004 / 652, T.08.12.2004
(Sinerji İctihat Bankası, Erişim Tarihi:05.10.2019)

Yargıtay 1. HD., E. 1976/10536, K. 1976/11572, T. 24.11.1976
(Sinerji İctihat Bankası, Erişim Tarihi:05.10.2019)

BGE 51 II 162

YHGK., E. 2007/19-63, K. 2007/52, T. 07.02.2007
(Sinerji İçtihat Bankası, Erişim Tarihi:10.10.2019).

YHGK., E. 2007/19-63, K. 2007/52, T. 07.02.2007
(Sinerji İçtihat Bankası, Erişim Tarihi:10.10.2019).

YHGK, E.2004/ 19-346; K.2004/374, T.23.06.2004
(Sinerji İçtihat Bankası, Erişim Tarihi:05.10.2019).

Yargıtay 19.HD., E.2005/4985, K.2005/7980, T.14.07.2005
(Sinerji İçtihat Bankası, Erişim Tarihi:06.10.2019).

Yargıtay 11. HD., E.2003/ 1886, K.2003 / 8919, T.06.10.2003
(Sinerji İçtihat Bankası, Erişim Tarihi:11.10.2019).

YHGK., E. 2007/19-63, K. 2007/52, T. 07.02.2007
(Sinerji İçtihat Bankası, Erişim Tarihi:10.10.2019).

Yargıtay Temyiz Dairesi, 05.04.1944 tarihli kararı,
(Turgut S. Erem, **Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku Prensipleri**, C.I,
İstanbul, Hilal Matbaası, 1967, s.81)

YHGK, E.2017/ 2224, K.2018 / 1753, T.22.11.2018
(Sinerji İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 20.11.2019).

YHGK, E.2017/ 2224, K.2018 / 1753, T.22.11.2018
(Sinerji İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 20.11.2019).

YHGK, E.2017/ 2224, K.2018 / 1753, T.22.11.2018
(Sinerji İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 20.11.2019).

YHGK, E.2017/2224, K.2018/1753, T.22.11.2018
(Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 20.11.2019).

Yargıtay 11. HD., E.1978/ 5246, K.1978 / 5544, T. 11.12.1978

(Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 25.11.2019)

Ugeskrift for Retsvæsen 1995.602 V

(Joseph Lookofsky, “**The Limits of Commercial Contract Freedom: Under the UNIDROIT "Restatement" and Danish Law**”, American Journal of Comparative Law, Volume 46, 1998, ss.485-508, s.500)

Ugeskrift for Retsvæsen 1984.23 H J

(Joseph Lookofsky, a.g.m. s.500)

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : EFE MURAT BULUT
Tez Başlığı : TTK M.22 KAPSAMINDA TACİRLER BAKIMINDAN ÜCRET
VE CEZA KOŞULUNUN TENKİSİ YASAĞI
Savunma Tarihi : 27.12.2019
Danışmanı : Prof.Dr. TOLGA AYOĞLU

JÜRİ ÜYELERİ

Unvanı, Adı Soyadı

İmza

PROF.DR.TOLGA AYOĞLU

PROF.DR.AYŞE NUR BERZEK

DOÇ.DR.FÜLÜRYA YUSUFOĞLU BİLGİN

Prof. Dr. M. Yaman ÖZTEK
Enstitü Müdürü