

TACİRLER BAKIMINDAN CEZAI ŞART (CEZA KOŞULU)

Penal Clause in Terms of Merchants

Ahmet TAMER*

ÖZET

Cezai şart, borca aykırılık riski karşısında alacağın teminat altına alınmasına yönelik bir hukuki araçtır. Cezai şart sayesinde alacaklı, borçlunun borcuna aykırı davranması halinde, zararını ispat etmek zorunda kalmaksızın belirli bir edimin ifasını talep etme hakkını elde eder. Sözleşme özgürlüğü ilkesi doğrultusunda taraflar cezai şartın miktarını serbestçe belirleyebilir. Ancak cezai şart miktarı, menfaatler dengesi bakımından hakkaniyete aykırı olacak biçimde yüksek tespit edilemez. Aksi halde cezai şartın aşırı olması gündeme gelir. Bu gibi hallerde hâkimin sözleşmeye müdahale etmesi ve aşırı cezai şartı kendiliğinden indirmesi söz konusudur. Tacirlerin taraf olduğu hukuki işlemlerde de cezai şarta ilişkin hükümlere yer verildiği görülmektedir. Ancak kanun koyucu tacir sıfatını taşıyan borçlular bakımından aşırı cezai şartın indirilemeyeceğini hükme bağlamıştır. Zira kanun gereği tacirler, ticari işletmeleriyle ilgili her türlü işlemleri sırasında basiretli birer iş adamı gibi hareket etmek zorundadır. Aşırı cezai şartın indirilemeyeceği kuralı, yalnızca tacirler bakımından geçerlidir. Dolayısıyla tacir olmayan veya kanun gereği tacir sayılmayan kişiler aşırı cezai şartın indirilmesini talep edebilecektir. Bununla birlikte söz konusu hukuki işlemin ticari işletmelerini ilgilendirmemesi halinde tacirler de aşırı cezai şartın indirilmesini talep edebileceklerdir. Ayrıca yargı kararlarında, hakkaniyetin gerektirdiği durumlar ile iş kanununa tabi hukuki ilişkilerde tacirlerin aşırı cezai şartın indirilmesini talep edebilecekleri kabul edilmektedir. Öte yandan genel hükümler çerçevesinde cezai şartın bağlı olduğu asıl borcun veya cezai şart borcunun geçersiz olduğu durumlarda bundan tacirler de yararlanacaktır.

Anahtar Kelimeler: Tacir, Cezai Şart, Cezai Şartın İndirilmesi Yasağı.

ABSTRACT

The penal clause is a legal instrument which guarantees credit in the event of breach of debt. Thanks to penal clause, the creditor shall has the right to request the execution of a certain deed without having to prove his damages in case of debtor violate his debt. Accordance with the principle of freedom of contract the parties may freely determine the amount of penal clause. However, the amount of penal clause can not be

* Kalkınma Bakanlığı Uzmanı, atamer@dpt.gov.tr, ahmet.tamer@kalkinma.gov.tr

determined higher that would be contrary to equitable in terms of balance of interests. Otherwise, it comes into play the penal clause is excessive. In such cases it comes into play the judge intervene the contract and reduce excessive penal clause ex-officio. It seems legal transactions whose party ise merchants also include rules concerning penal clause. However, the legislator has decreed that the penal clause couldn't reduce with regard to debtors holding the title of merchant. Because merhants are required by law, has to move as a prudent businessman during all kinds of transactions related to their commercial enterprises. The rule that the excessive penal clause doesn't reduce ise only valid in terms of merhants. Therefore, the persons who are not merchant or not considered merchant by law will be able to demand the reduction of excessive penal clause. However, also merchants will be able to demand the reduction of excessive penal clause in the event that the called legal transaction is not related to their commercial enterprises. In addition, it is accepted in judicial decisions that the merchants may demand the reduction of excessive penal clause in case of circumstances reguired by equity and legal transactions subject to labour law. On the other hand, merchants will also benefit from circumstances that the main obligation which the penal clause is connected to or debt of penal clause are invalid.

Keywords: Merchant, Penal Clause, Reduction of Penal Clause Prohibition.



GİRİŞ

Kişiler bir hukuki ilişkiye başlarken, bu ilişkiden herhangi bir zarar görmemeyi hatta bundan menfaat sağlamayı ümit eder. Bu beklentinin karşılanması bakımından tarafların edimlerini gereği gibi (zamanında ve tam olarak) yerine getirmeleri halinde bir sorun yoktur. Ancak günlük hayatta herkesin ahde vefa ilkesine (pacta sund servanda) uygun hareket ettiği maalesef söylenemez. Hal böyle olunca kişiler kendilerini güvence altına almak amacıyla birtakım tedbirlere başvurma yoluna gitmiş, hukuk düzeni de bunları meşru saymış ve tanımıştır. İşte borcun gereği gibi yerine getirilmemesi riski karşısında alacaklıyı koruyan bu hukuki güvencelerden biri de cezai şart müessesesidir.

Cezai şart kapsamında, sözleşmeler hukukunun temelini oluşturan sözleşme özgürlüğü (serbestisi) ilkesi gereğince taraflar sözleşmede istedikleri kadar cezai şart belirleyebilirler. Nitekim bu husus TBK. m.182/1'de açıkça vurgulanmıştır. Dolayısıyla cezai şartın miktarının belirlenmesinde taraflar kural olarak serbesttir. Bu şekilde belirlenen bir cezai şart, artık sözleşmenin bir parçası haline geldiğinden, cezai şart olarak belirlenen tutarı ödemek borçlu bakımından yerine getirilmesi zorunlu olan bir edim borcu haline gelir. Ancak bütün hukuki ilişkilerde geçerli olan başka bir kural daha vardır. O da TMK. m.2'de düzenlenen dürüstlük (dürüst davranma) kuralıdır. Bu kural gereğince

herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorunda olup, bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz. Dolayısıyla sözleşmede cezai şartın miktarına karar verilmesi de özünde bir hak olduğuna göre, bu hakkın dürüstlük kuralına uygun şekilde kullanılması gerekir.

Bu çerçevede dürüstlük kuralı, söz konusu cezai şartın bir yandan alacaklının zararını teminat altına alırken diğer yandan borçlunun ekonomik açıdan mahvına sebep olacak şekilde aşırı (fahiş) olmamasını gerektirir. Başka bir ifadeyle cezai şart miktarı öyle belirlenmelidir ki, borçlunun bu edimini yerine getirmesi dürüstlük kuralı gereğince kendisinden beklenmemelidir. Nitekim kanun koyucu hâkimin, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indireceğini öngörerek (TBK. m.182/3) sözleşme özgürlüğü ilkesine istisna getirmiştir. Bununla birlikte bütün borçluların durumu aynı değildir. Zira TTK. m.18/2 gereğince her tacir, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmek zorundadır. Dolayısıyla tacir borçluların tacir olmayan borçlulara göre hukuki ilişkilerinde daha dikkatli ve özenli olmaları kendilerinden istenir ve beklenir. Bu çerçevede tacir borçluların kendileri aleyhine belirlenen cezai şartın miktarı konusunda bunun sonuçlarını önceden tam anlamıyla takdir ve kabul edecekleri varsayılır.

Bu hususu dikkate alan kanun koyucu tacir borçlular bakımından özel bir düzenleme getirmiştir. Konuyu düzenleyen TTK. m.22, “*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.*” hükmünü taşımaktadır. Görüldüğü üzere kanun koyucu fahiş (aşırı) olması sebebiyle borçlunun cezai şartın indirilmesini isteme hakkına sahip olduğunu düzenleyen yasal hükümlerin, tacir sıfatına sahip borçlular bakımından uygulanamayacağını kararlaştırmış ve böylece TBK. m.182/3’e istisna (istisnanın istisnasını) getirerek tacir borçlular bakımından sözleşme özgürlüğü ilkesine geri dönmüştür¹.

Bu konunun detaylı incelenmesi bakımından, öncelikle cezai şart ve tacir kavramlarına açıklık getirilmesi, ardından konuyla yakından ilgisi sebebiyle tacir olmanın hükümleri arasında yer alan basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğüne değinilmesi, akabinde ise tacir borçlular bakımından aşırı cezai

¹ GÜNEY, Cevdet İlhan: Cezai Şart (BK. m.158-161), Ankara 2002, s.216.

şartın indirilmesinin yasak olması hususunun ve tacir borçlular bakımından cezai şart konusunda ileri sürülebilecek hallerin açıklanması uygun olacaktır.

I. CEZAI ŞART (CEZA KOŞULU) KAVRAMI

Bir borç ilişkisinde, ahde vefa ilkesi gereğince tarafların borçlarını gereği gibi yerine getirmesi beklenir. Buna aykırı davranan borçlu, alacaklının bu yüzden uğradığı zararı tazmin etmek zorunda kalır. Nitekim bu husus TBK. m.112’de “*Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.*” şeklinde açıklanmıştır. Ancak bunun için alacaklının genel kurallar çerçevesinde zararını (zararının varlığını ve miktarını) ispat etmesi gerekir ki, bu durum çoğu zaman zor ve zahmetli bir iş olduğu gibi, ihtilafları da beraberinde getirir.

İşte cezai şart, borçlunun borcunu gereği gibi ifa etmemesi halinde alacaklının, zararını ispat etmesine gerek olmaksızın alacağını kısa yoldan teminat altına almasını sağlayan hukuki bir güvencedir². Başka bir ifadeyle cezai şart, alacaklının ifa menfaatini teminat altına almayı amaçlayan bir müessesedir³. Zira borçlu, borcuna aykırı davranması halinde önceden kararlaştırılan bir edimi yerine getirmek zorunda kalacağından, daha dikkatli ve özenli hareket etme gereği duyacak ve böylece cezai şart, borçlu üzerinde özel hukuktan doğan bir ceza etkisi oluşturacaktır⁴. Dolayısıyla cezai şartın temel işlevinin, asıl borcun gereği gibi yerine getirilmesi konusunda borçluyu zorlamak⁵ (baskı uygulamak) ve böylece asıl alacağı kuvvetlendirmek olduğu söylenebilir⁶.

² “Cezai şart, geçerli bir borcun yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesi ya da belli bir yerde, belli bir zamanda yerine getirilmemesi durumunda, borçlunun ödemesi gereken ve (ekonomik) malca değeri olup bir hukuk sistemiyle belirlenen götürü bir edimdir.” Bkz. Y.13.H.D., T.25/12/1981, E.7896, K.8497 (GÖKÇEOĞLU, Kamil Haluk: Cezai Şart ve Güncel İçtihatlar, İstanbul 2007, s.203). Cezai şart konusunda yapılan çeşitli tanımlar için bkz. **EKİNCİ, Hüseyin:** “Cezai Şart, Zarar İlişkisi ve Cezai Şartın Sona Ermesi”, Adalet Dergisi 2002, S.10, s.98-100./ **DİRİCAN, Gökhan:** Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul 2007, s.15-16.

³ **OZANOĞLU, Hasan Seçkin:** “İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı Eklene Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1999, C.3, S.1-2, s.78.

⁴ **ÖZDEMİR, Erdem:** “İş Hukukunda Cezai Şart”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 2005, C.9, S.3-4, s.403./**BAŞBUĞ, Aydın:** “Tacir İşveren ve İş Hukukunda Cezai Şarttan İndirim”, Kamu-İş Dergisi 2003, C.7, S.2, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/7218.pdf> (Erişim Tarihi: 19/03/2013), s.3./**EKİNCİ, Hüseyin:** “İş Hukukunda Cezai Şart Uygulaması ve Özellikleri”, Adalet Dergisi 2006, S.24, s.37.

⁵ Ozanoğlu, zorlama fonksiyonunun, “*borçluyu korkutma*” ve “*borçlunun durumunun ağırlaştırılması*” olmak üzere iki şekilde ortaya çıkabileceğini belirtmektedir. Bkz. **OZANOĞLU**, s.79.

⁶ **KILIÇOĞLU, Ahmet M.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011, s.749-750. **DEMİRTAŞ, Sebla:** “Cezai Şart”, İstanbul Barosu Dergisi 2010, C.84, S.2, s.850./**ARICI, Kadir:**

Cezai şart, genel olarak TBK. 179 ila 182 nci maddeleri arasında düzenlenmiş olup, asıl borca ilişkin olarak yapılan ek bir anlaşma mahiyetindedir⁷. Bu anlaşma ile borçlu, asıl borcunu gereği gibi yerine getirmemesi (borca aykırı davranması) halinde alacaklıya belli bir edimi yerine getirmeyi de kabul ve taahhüt eder. Bu nedenledir ki cezai şart, bir tür geciktirici (erteleyici) şarta bağlı, asıl borca dayanan fer'i nitelikli bir edim borcudur⁸. Dolayısıyla cezai şart borcu, asıl borcun kaderine (asıl borcun tabi olduğu işlemlere) bağlıdır⁹. Bununla birlikte cezai şart, asıl borçtan ayrı olarak borçluya yeni bir edim yükümlülüğü yükler¹⁰. Dolayısıyla cezai şart asıl borçtan bağımsız olarak ayrı bir dava ile istenebilir¹¹. Ayrıca yine bu nedenle her ne kadar cezai şartın geçerli olup olmaması hususu asıl borca bağlı ise de bu durum cezai şart borcunun da kendi başına geçerli olması gerektiği sonucunu değiştirmemektedir. Buna göre asıl borca ilişkin hukuki ilişki geçerli olsa dahi cezai şartın geçersiz olduğu durumlarda -ki bu durumlar aşağıdaki bölümlerde açıklanacaktır- cezai şart hüküm ve sonuç doğurmaz.

Cezai şart çoğunlukla sözleşmeden doğan bir borç için kararlaştırılır. Ancak cezai şart sözleşme dışında doğan alacaklar bakımından da öngörülebilir¹². Cezai şart asıl borca ilişkin sözleşmede öngörülebileceği gibi, sonradan ayrı bir

"Hizmet Akitlerine Cezai Şart Konulması", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1997, C.1, S.1, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/1_1_tam.pdf (Erişim Tarihi: 20/03/2013), s.41./ **EKİNCİ, Hüseyin**: "Cezai Şart İlişkisinde Kusur Sorunu", Terazi Aylık Hukuk Dergisi 2007, S.8, s.21. **ÇABRİ, Sezer**: "Cezai Şart Borçlusunun Tacir Olması Halinde İş Sözleşmesinde Kararlaştırılan Fahiş Cezai Şartın İndirime Tabi Tutulup Tutulmaması", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 2006, C.3, S.11, s.920-921./ **GÜNAY, s.74./OZANOĞLU, s.79.**

⁷ **DEMİRTAŞ, s.850.**

⁸ **NOMER ERTAN, N. Fusun**: "İş Akdinden Doğan Cezai Şart Hükümlerine TTK. m.24 Uygulanır mı?", Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, C.1, İstanbul 2007, s.29./ **UYGUR, Tanju**: Cezai Şartın Tenkisi, Ankara Barosu Dergisi 1975, S.6, s.816./ **KILIÇOĞLU, s.751. /BAŞBUĞ, s.3./ EKİNCİ, Hüseyin**: Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, Ankara 2004, s.50./ **GÜNAY, s.28./DEMİRTAŞ, s.851./GÖKÇEOĞLU, s.36./EREN, Fikret**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2011, s.1134-1135. **ÇINAR, Ömer**: "Türk Borçlar Kanunu ve Alman Medeni Kanununa Göre Cezai Şartın İndirilmesi", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 2009, Y.8, S.16, s.97. **REİSOĞLU, Safa**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006, s.396./ **BİLGE, Necip**: "Cezai Şart", Medeni Hukuk Ordinaryüs Profesörü Ahmet Esat Arsebük'ün Aziz Hatırasına Armağan, Ankara 1958, s.67-77. **UYGUR, Turgut**: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C.1 (Madde 1-236), Ankara 2012, s.1075./ **DİRİCAN, s.24-26.**

⁹ Ancak bu bağlılık, cezai şartın muaccel olduğu ana kadar devam eder. Cezai şart alacağı muaccel olduğu tarihten itibaren bağımsız bir alacak niteliğini kazanır. Bkz. **BAŞBUĞ, s.4./KILIÇOĞLU, s.753.**

¹⁰ **BİLGE, s.77./GÜNAY, s.27./DEMİRTAŞ, s.851.**

¹¹ Bununla birlikte TMK. m.119/2 gereğince evlenmeden kaçınma hali için öngörülen cezai şart istenemez.

¹² **DİRİCAN, s.22./DEMİRTAŞ, s.851.**

sözleşme olarak da öngörülebilir. Cezai şartın çeşitli türleri bulunmaktadır¹³. Bunlar arasında; seçimlik cezai şart, ifaya eklenen cezai şart ve dönme cezası zikredilebilir.

Cezai şartın konusu genellikle bir miktar paranın ödenmesidir. Ancak bu konuda bir zorunluluk yoktur. Cezai şart ekonomik bir değeri bulunması kaydıyla paradan başka bir edim şeklinde de ortaya çıkabilir¹⁴. Önemli olan, borca aykırılık sebebiyle ödenmesi gereken edimin taraflarca belirlenmesidir. Şayet bu edim taraflarca değil, kanun tarafından belirlenirse cezai şart olarak nitelenemez¹⁵. Ayrıca cezai şart tutarının önceden belirlenmesi de zorunlu değildir, sözleşmede kararlaştırılmış bazı ölçütler çerçevesinde cezai şartın belirlenebilir olması yeterlidir¹⁶.

TBK. m.180/1'de "*Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir.*" hükmü yer almaktadır. Şu halde cezai şart zarardan bağımsızdır¹⁷. Başka bir ifadeyle borçlunun zararı olmamış olsa dahi yine de cezai şart istenebilir. Nitekim cezai şart müessesesinin isminde "*ceza*" tabirinin geçmesi, bu edimin yalnızca tazmin edici değil, aynı zamanda ve daha fazla borcunu gereği gibi yerine getirmeyen borçluyu cezalandırıcı bir yönünün olduğunu göstermektedir¹⁸. Alacaklının zararının olması, cezai şartın bu zararı karşılamaması halinde kusurun ispatı noktasında önem taşımaktadır. Zira TBK. m.180/2, "*Alacaklının uğradığı zarar kararlaştırılan ceza tutarını aşılıyorsa alacaklı, borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmedikçe aşan miktarı isteyemez.*" hükmünü taşımaktadır. Dolayısıyla somut olayda borcun gereği gibi yerine getirilmemesi sebebiyle alacaklının bir zararı doğmuşsa ve sözleşmede öngörülen cezai şart tutarı bu zararın tamamını karşılamaya yetmiyorsa, bu takdirde alacaklının cezai şart ile karşılanmayan zararını (munzam/aşkın zararını) ve borçlunun kusurunu ispat etmesi gerekecektir.

¹³ Cezai şartın türleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **EKİNCİ**, (Cezai Şart), s.107-218./ **GÜNAY**, s.78-86./**GÖKÇEOĞLU**, s.30-34./**DEMİRTAŞ**, s.852./**EREN**,s.1136-1138./**KILIÇOĞLU**, s.753-758./**DİRİCAN**, s.27-32.

¹⁴ **GÜNAY**, s.22-23./ **DİRİCAN**, s.23.

¹⁵ **DEMİRTAŞ**, s.851.

¹⁶ **REİSOĞLU**, s.396.

¹⁷ **DOĞANAY**, İsmail: Türk Ticaret Kanunu Şerhi Birinci Cilt – Madde 1-419, İstanbul 2004, s.233/**SOYER**, **M. Polat**: "Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu", Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, s.366. / **UYGUR**, (Turgut), s.1084/**EREN**, s.1138./**DİRİCAN**, s.35./**ÇABRİ**, s.922./**EKİNCİ**, (Zarar ilişkisi), s.100./**KILIÇOĞLU**, s.759 **ÇINAR**, s.93.

¹⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **BİLGE**, s.40-43, 83.

Borcun gereği gibi yerine getirilmemesi sebebiyle alacaklının uğradığı zararın tazmini noktasında, kusurun ispatı bakımından, TBK. m.180/2 ile m.112 arasında önemli bir fark bulunmaktadır. Şöyle ki; genel olarak borca aykırılığı düzenleyen TBK. m.112, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda borçlunun, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlü olduğunu belirtmektedir. Görüldüğü üzere TBK. m.112 sözleşmeden doğan sorumluluk için -haksız fiil sorumluluğundan farklı olarak- kusurun ispatını borçluya yüklemektedir. Başka bir ifadeyle kusurun ispatı konusunda ispat yükü borçluya ait olup, borçlu söz konusu zararın ortaya çıkmasında kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmek zorundadır. Aksi halde borçlu, borca aykırılık sebebiyle alacaklının uğradığı zararı tazmin etmek mecburiyetinde kalacaktır. Buna karşılık TBK. m.180/2, borca aykırılık sebebiyle alacaklının uğradığı zarar miktarının, sözleşmede kararlaştırılan cezai şart tutarını aşması halinde, alacaklının, bu zararının tazminini isteyebilmesi bakımından, borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmesini zorunlu saymaktadır.

Dolayısıyla TBK. m.180/2, -haksız fiil sorumluluğuna benzer şekilde- borca aykırılıktan doğan zararın tazmini noktasında kusurun ispatı bakımından ispat yükünü alacaklıya yüklemekte olup, alacaklı söz konusu zararının ortaya çıkmasında borçlunun kusurlu olduğunu ispat edemezse, cezai şartla karşılanamayan zararının tazminini isteyemeyecektir. Şu halde sözleşmede cezai şartın öngörülmüş olması, borca aykırılık durumunda alacaklının uğradığı zararın tazmini noktasında kusurun ispatı bakımından dengeleri (kusur karinesini) değiştirmektedir¹⁹.

¹⁹ Bazı yazarlar, ispat yükünün bu şekilde düzenlenmesinin makul ve doğal olduğu kanaatindedir. (Bkz. **EKİNCİ**, (Kusur Sorunu), s.26./**BİLGE**, s.111/**DİRİCAN**, s.37). Ancak kanaatimizce kanun koyucunun getirdiği bu çözüm tarzı eleştiriye açıktır. Bir defa, sözleşmede cezai şart öngörülmemiş olsaydı borca aykırılık sebebiyle zararın tazmini için borçlunun kusurunu ispat etmek zorunda olmayacak olan alacaklı, sırf sözleşmede cezai şart öngörüldü diye, bu cezai şartla karşılanamayan zararlarını talep edebilmek için borçlunun kusurunu ispat etmek zorunda kalacaktır. Hâlbuki cezai şart özünde alacağı teminat altına alan ve dolayısıyla alacaklıya hizmet eden bir araçtır. Ancak sözleşme ilişkisinde alacaklının kendi lehine hizmet etmek üzere koydurduğu cezai şart, TBK. m.180/2 hükmü sebebiyle belki de alacaklının daha ağır bir sonuçla karşı karşıya kalmasına neden olacaktır. Ayrıca her ne kadar sözleşmede cezai şart öngörülmüş olsa dahi bu durum hukuki ilişkinin sözleşme sorumluluğu olduğu gerçeğini ortadan kaldırmamaktadır. Başka bir ifadeyle sözleşmede cezai şartın öngörülmesi, hukuki ilişkiyi sözleşme sorumluluğundan haksız fiil sorumluluğuna dönüştürmemektedir. Dolayısıyla sözleşmede cezai şart öngörüldüğü durumlarda zararın tazmini noktasında kusurun ispatı külfetinin yer değiştirmesinin (haksız fiil sorumluluğunda olduğu gibi alacaklının kusurun ispat yükü altında bırakılmasının) haklı bir tarafı yoktur. (Sözleşme ve haksız fiil sorumluluğu arasındaki farklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **İNAL, H. Tamer**: Borca Aykırılık ve Sonuçları, İstanbul 2009, s.339-414). Öte yandan TBK. m.180/2'de öngörülen bu düzenleme

Her ne kadar kanunda açıkça söz edilmese de cezai şart için kusur unsurunun (borçlunun kusurlu olmasının) gerekli olduğu savunulmaktadır²⁰. Burada da kusurun ispatı külfeti, TBK. m.112'deki kuralın aksine alacaklıya aittir²¹.

II. TACİR KAVRAMI

Tacir kavramı, TTK.'nın sistemi içerisinde büyük önemi haizdir. Zira kanun koyucu tacir sıfatına sahip kimselere bazı haklar ve bazı yükümlülükler bağlamıştır. Dolayısıyla TTK.'nın bazı hükümleri (m.18-23) yalnızca tacirler bakımından uygulanabilmektedir. Ayrıca ticari iş karinesi (m.19) yönünden de tacirin yaptığı işler esas alınmaktadır. Kanundaki düzenleme şekline uygun olarak tacir kavramı, gerçek ve tüzelkişiler bakımından ayrı ayrı ele alınarak incelenebilir.

A. Gerçek Kişiler Bakımından Tacir Sıfatı

TTK. m.12 gerçek kişilerde taciri “*Bir ticari işletmeyi, kısmen de olsa, kendi adına işleten kişi*” olarak tanımlamaktadır. Şu halde gerçek kişi tacir için yalnızca iki koşuldan söz edilebilir. Bunlar, bir ticari işletmenin bulunması ve bu ticari işletmenin o kişi adına işletilmesidir. Bu unsurları açıklamadan önce belirtmek

tarzı, alacaklının sonradan kusurun ispatı bakımından zor durumda kalmaması bakımından “sözleşmelerde cezai şart konulmasından vazgeçilmesi” veya “konulacaksa da çok yüksek tutarlarda cezai şartın belirlenmesi” gibi iki olumsuz durumu ortaya çıkarabilecektir. Zira sözleşmelerde cezai şart konulmasından vazgeçilmesi, cezai şart müessesesinin etkisizleşmesi ve önemini kaybetmesi sonucunu ortaya çıkaracakken; cezai şartın çok yüksek tutarlarda belirlenmesi ise aşırı (fahiş) cezai şartlarla karşı karşıya kalınması nedeniyle borçlunun çok ağır bir yük altına sokulması ve bu konudaki ihtilafların artması sonucunu doğuracaktır. Diğer taraftan kanun koyucunun önce cezai şartın zarardan bağımsız olduğunu belirtmesi (TBK. m.180/1), daha sonra ise “zararın cezai şart tutarını aşması” durumundan söz etmesi (TBK. m.180/2), sanki “cezai şartın aslında zarara bağlı bir müessese olduğu” gibi yanlış bir izlenim de uyandırmaktadır. Bu nedenle de TBK. m.180/1 ile TBK. m.180/2 hükmünün tutarlı olmadığı gündeme gelmektedir. Dahası, cezai şart fer'i bir borç olması sebebiyle temerrüt faizi ile benzerlik göstermektedir. Nitekim bu benzerlik TBK. m.131'de açık bir biçimde ifade edilmiş ve borcun sona ermesi bakımından hem cezai şart hem de temerrüt faizi aynı hukuki rejime tabi kılınmıştır. Temerrüt faizi ile karşılanmayan zarar (aşkın veya münzam zarar) incelendiğinde, kanun koyucunun, (TBK. m.122/1) alacaklının temerrüt faizini aşan bir zararının olması halinde, borçlunun kendisinin hiçbir kusuru bulunmadığını ispat etmedikçe, bu zararı da gidermekle yükümlü olduğunu açıkça hükme bağladığı görülmektedir. Şu halde üzere kanun koyucu aşkın zararlar bakımından, fer'i bir borç olan temerrüt faizinde ispat yükü (kusurun ispatı) konusunda sözleşme hukukundaki temel ilkedden ayrılmazken, başka bir fer'i borç olan cezai şartta tam aksi bir düzenleme getirmesi başka bir çelişki oluşturmaktadır. Bütün bu nedenlerle, TBK. m.180/2 hükmünün kaldırılması ve böylece borca aykırılığa ilişkin genel kurala (TBK. m.112) uygun olarak burada da alacaklının, borçlunun kusurunu ispat etmek zorunda olmaksızın cezai şartla karşılanamayan zararlarının tazminini sağlayabilmesi gerekir.

²⁰ Bkz. **EKİNCİ**, (Kusur Sorunu), s.22./**BİLGE**, s.108-109./ **KILIÇOĞLU**, s.760-761./**UYGUR**, (Turgut), s.1085./**EKİNCİ**, (Zarar ilişkisi), s.101./**DİRİCAN**, s.35./**GÖKÇEOĞLU**, s.55-56. Aksi yönde görüş için bkz. **EREN**, s.1139.

²¹ **UYGUR**, (Turgut), s.1085./**BİLGE**, s.111./**EKİNCİ**, (Kusur Sorunu), s.26. Aksi yönde görüş için bkz. **DİRİCAN**, s.35.

gerekir ki, tacir sıfatının kazanılabilmesi için bunlar dışında bir şart gerekmez. Örneğin ticaret siciline kayıtlı olmak (tescil ve ilan) tacir sıfatı için zorunlu bir unsur değildir²². Nitekim Yargıtay da bu düşüncededir²³.

1. Bir Ticari İşletmenin Bulunması

TTK. m.11/1'e göre ticari işletme, *“esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir”*. Görüldüğü üzere bir ticari işletmeden söz edebilmek için; gelir sağlamak (kar elde etmek) amacıyla faaliyette bulunulması, bu faaliyetlerin devamlı (sürekli) olması, yine söz konusu faaliyetlerin başka bir ticari işletmeden bağımsız bir şekilde yürütülmesi ve en önemlisi bahse konu işletmenin esnaf işletmesi için öngörülen sınırı²⁴ aşması gerekir²⁵.

Kanun koyucu tacir sıfatı için ortada bir ticari işletme olması şartı bakımından bir istisna getirmektedir. Buna göre (TTK. m.12/3) *“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, iyniyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olur”*. Görüldüğü üzere burada gerçekte bir ticari işletme olmadığı halde bu şekilde bir görüntü ortaya koyan kimseler, hukuki görünüş nazariyesi²⁶ çerçevesinde iyniyetli üçüncü kimseler karşısında tacir olarak kabul edilmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki bu hükümde sözü edilen kişilerin *“tacir gibi sorumlu olacağı”*ndan bahsedilmektedir. Bu nedenle bu kişiler normal tacirlerden farklı olarak, kanunun tacirlere bağladığı haklardan yararlanamazlar, yalnızca tacirler için öngörülen yükümlülöklere tabi olurlar²⁷. Nitekim bu düşünce, bu kimselerin dürüstlük kuralına aykırı hareket etmelerinin (gerçekte var olmayan bir olguyu sanki gerçekmiş gibi göstermelerinin) doğal bir sonucu olarak görölebilir.

²² ÇEKER, Mustafa: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku, Adana 2012, s.79./ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2012, s.117.

²³ Bkz. Y.11.H.D., T.28/01/2002, E.2001/8149, K.2001/565 (Yargıtay Kararları Dergisi 2002, C.28, S.10, s.1515).

²⁴ TTK. m.11/2'ye göre ticari işletme ile esnaf işletmesi arasındaki bu sınır, Bakanlar Kurulunca çıkarılacak kararnamede gösterilecektir. Böylece ticari işletme ve esnaf işletmesi arasındaki ayırım, somut bir kritere bağlanmış olacaktır. Bkz. DEDEAĞAÇ, Ender: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1. Kitabına İlişkin Görüşlerim, Ankara 2012, s.23.

²⁵ Ticari işletmenin unsurları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DOMANİÇ, Hayri – ULUSOY, Erol: Ticaret Hukukunun Genel Esasları, İstanbul 2007, s.146-155. / AYHAN, Rıza: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2007, s.98-103. / ÇEKER, s.24-27. / ARKAN, s.27-32.

²⁶ Hukuki görünüş nazariyesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÜLGEN, Hüseyin: Türk Ticaret Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi (Ticari İşletme Bakımından Uygulama), İstanbul 2005, s.72-103.

²⁷ İMREGÜN, Oğuz: Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler – Ortaklıklar – Kıymetli Evrak), İstanbul 1996, s.34./ARKAN, s.114.

2. Ticari İşletmenin O Kişi Adına İşletilmesi

Ticari işletmenin işletilmesi, söz konusu işletmenin müşteri çevresiyle ilişkiye girerek ticari işletmeyi ilgilendiren faaliyet ve işlemlere girilmiş olması demektir. Ancak kanun koyucu (TTK. m.12/2) bu kurala istisna getirmiş ve söz konusu ticari işletmeler henüz fiilen işletilmeye başlanmamış olsa dahi, 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 kimseleri tacir kabul etmiştir. Ayrıca “*ticari işletmeyi ilgilendirme*” hususunun geniş yorumlanarak bir ticari işletmenin kurulmasını veya işletilmesini kolaylaştırmaya yönelik ön (hazırlık) işlemlere başlanmasını dahi ticari işletmenin işletilmesi olarak kabul etmek gerekir²⁸. Dolayısıyla bir fabrika binasının kurulması ya da devralınması için, yer temin edilmesi, işyeri kiralınması gibi birtakım işlemlere başlayan kişileri de tacir kabul etmek gerekir.

Tacir sıfatının doğumu bakımından, işletmenin kimin adına işletildiği kritik öneme sahiptir. Zira kanun koyucu (TTK. m.12/1) yalnızca ticari işletmeyi kendi adına işleten kişiyi tacir kabul etmiştir. Bu nedenle ticari işletmenin başkası nam ve hesabına işletildiği hallerde tacirden söz edilemez. Örneğin ticari işletmenin vekil aracılığıyla işletildiği hallerde tacir sıfatı vekile değil, müvekkile ait olacaktır. Yine aynı nedenle tüzelkişiliklerinin bulunması sebebiyle ticaret şirketlerinde işletme şirket adına işletilir ve bunun sonucunda tacir sıfatı, yönetici veya ortaklara değil, şirketin kendisine ait olur. Ayrıca genel müdür, işletme müdürü, fabrika müdürü, şube müdürü veya şube yetkilisi gibi sıfatlarla ticari işletmeler için atanan kişiler de tacir sayılmazlar, bunlar tacir yardımcıları olarak nitelenir²⁹. Bununla birlikte tacir sıfatının kazanılabilmesi için söz konusu ticari işletmenin tamamen o kişi adına yürütülmesi gerekmez, kısmen dahi olsa³⁰ o kişi adına işletilmesi yeterlidir. Bu nedenle bir ticari işletmeyi işletmek üzere kurulan bir adi şirkette bütün ortaklar tacir sayılır.

TTK. m.13 gereğince küçük ve kısıtlılara ait bir ticari işletme bulunması ve bu işletmeyi bunlar adına yasal temsilcinin işletmesi halinde tacir sıfatı yasal temsilciye değil, temsil edilene yani söz konusu küçük ve kısıtlıya ait olacaktır. Buna karşın küçük veya kısıtlının yasal temsilcisinin bulunmadığı (ticari

²⁸ ARKAN, s.115, dn.1.

²⁹ ÇEKER, s.82.

³⁰ TTK. m.12/1 hükmünde tacir tanımlanırken “kısmen de olsa” şeklinde bir ifadenin kullanılması, gerek bu ifadenin bir anlam taşıması, gerekse de hukuken yanlışlığı (hüküm gerekçesinden bu ifade ile adi şirketin gözönünde bulundurulduğunun anlaşıldığı, hâlbuki adi şirket ortağının ticari işletmeyi “kısmen kendi adına” değil, “hem kendi adına hem de diğer ortaklar adına” işlettiği) sebebiyle eleştirilmektedir. Bkz. İMREGÜN, s.30.

işletmenin izinsiz şekilde işletildiği) durumlarda, söz konusu küçük veya kısıtlının yaptığı işlemler TMK. m.16 gereğince kendisini bağlamayacağından, tacir sayılmaları da mümkün değildir³¹.

Öte yandan TTK. m.14/1’de yer alan özel hüküm gereğince, kişisel durumları ya da yaptığı işlerin niteliği nedeniyle yahut meslek ve görevleri dolayısıyla, kanundan veya bir yargı kararından doğan bir yasağa aykırı olacak şekilde bir ticari işletmeyi işleten kişiler ile başka bir kişinin veya resmî bir makamın iznine gerek olmasına rağmen söz konusu izin veya onay almadan bir ticari işletmeyi işleten kişiler de tacir sayılacaktır. Örneğin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m.28’e aykırı olacak biçimde ticari işletme işleten memurlar ile Hazine Müsteşarlığından faaliyet izni alması gerekirken bu izni almaksızın faiz kazancı elde etmek amacıyla ödünç para verme işiyle uğraşan kişiler tacir sayılacak ve tacire ilişkin hak ve yükümlülüklerle tabi olacaktır.

B. Tüzelkişiler Bakımından Tacir Sıfatı

Kanun koyucu aşağıda belirtilen bazı tüzelkişilerin tacir sayılacaklarını açıkça hükme bağlamıştır (TTK. m.16).

- a) Ticaret şirketleri (kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif³² şirketler),
- b) Amacına ulaşmak için ticari bir işletme işleten vakıflar ve dernekler,
- c) Kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar.

Dolayısıyla tacirler için geçerli olan hak ve yükümlülükler yukarıda sayılan tüzelkişiler için de geçerli olacaktır. Ancak kanun koyucu bu kuralın istisnasına da yer vermiştir. Buna göre devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri ile kamu yararına çalışan dernekler ve gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıflar, bir ticari işletmeyi ister doğrudan doğruya ister kamu hukuku hükümlerine göre yönetilen ve işletilen bir tüzel kişi eliyle işletse dahi, kendileri tacir sayılmayacaktır (TTK. m.16/2).

Bununla birlikte TTK. m.195/5’te şirketler topluluğu bakımından “*hâkim teşebbüs*”ün tacir sayılacağı açıkça hükme bağlanmıştır. Hâkim teşebbüs

³¹ ÇEKER, s.83./ARKAN, s.116.

³² Yargıtay yapı kooperatiflerini ise tacir saymamaktadır. Bkz. Y.15.H.D., T.10/06/1996, E.3101, K.3247 (UYGUR, (Turgut), s.1094, dn.231).

kavramı, tacir olsun veya olmasın bütün gerçek kişileri, özel hukuk tüzelkişilerini, kamu hukuku tüzelkişilerini ve hatta tüzelkişiliği dahi olmayan oluşumları ifade edecek kadar geniş bir kavram olduğuna göre³³, bu iki hükmün birarada değerlendirilmesi gerekmektedir. Bizim de katıldığımız görüşe³⁴ göre TTK. m.195/5 hükmü, TTK. m.16/2 hükmüne göre özel hüküm niteliğindedir, dolayısıyla TTK. m.195/5 hükmü öncelikli olarak uygulanmalıdır. Şu halde hâkim teşebbüs konumunda olmaları halinde; devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri yanısıra kamu yararına çalışan dernekler ve gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıflar da tacir sayılacaktır. Bununla birlikte sözü edilen kuruluşlar şirketler topluluğunun hâkimi değilse TTK. m.16/2 hükmü devreye girecek ve bu kuruluşlar tacir sayılmayacaktır.

TTK. m.17 hükmü, “*birden çok kişinin paylı mülkiyet şeklinde malik oldukları bir gemiyi, menfaat sağlamak amacıyla aralarında yapmış oldukları sözleşme gereğince, hepsi adına ve hesabına suda kullanmaları*” şeklinde tanımlanabilecek olan (TTK. m.1064/1) donatma iştiraki hakkında tacire ilişkin hükümlerin aynen uygulanacağını belirtmiştir. Dolayısıyla tacire ilişkin hak ve yükümlülükler, müşterek donatanlara değil, tüzelkişiliği olmayan, hukuki bir birlik niteliğindeki donatma iştirakine uygulanacaktır³⁵. Nitekim TTK. m.1084’te müşterek donatanların değil, donatma iştirakinin iflasından söz edilmesi de kanun koyucunun donatma iştirakini -adeta (sanki) bir tüzel kişiymiş gibi- tacir hükmünde kabul ettiğini göstermektedir.

III. BASİRETİLİ BİR İŞ ADAMI GİBİ HAREKET ETME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü, tacir olmaya bağlanan yükümlülüklerden biri, belki de en önemlisidir. Bu yükümlülük TTK. m.18/2’de “*Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Belirli bir mali büyüklüğe ulaşmış kısaca “*büyük tacir*” olarak niteleyebileceğimiz iş adamları, geleceğe yönelik ticari kararlarında geleceğe ilişkin öngörülerde bulunma durumunda olan ya da olması beklenen ileri görüşlü kişilerdir³⁶. Zira iş adamlarının geleceğe

³³ Bkz. **OKUTAN NİLSSON, Gül**: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul 2009, s.76-78.

³⁴ **ARKAN**, s.127.

³⁵ **ARKAN**, s.128.

³⁶ **ERİŞ, Gönen**: Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, C.1 (1-56.Maddeler), Ankara 2010, s.883.

dönük ticari kararları çoğunlukla büyük mali kaynaklara dayandığından, bu kararların riski (zarar görme ihtimali) de bir o kadar büyüktür.

Bu riskler karşısında iş adamları ticari kararlarını verirken; son derece dikkatli ve akılcı (rasyonel) davranırlar, duygularıyla hareket etmezler, bir işin önünü ve sonunu iyi hesap ederler, ticari hayatla ilgili örf ve adet kurallarını bilirler, doğabilecek riskleri önceden kestirerek alınması gereken tedbirleri zamanında alırlar, hesaplarını iyi yaparlar, zarar görme ihtimalleri yüksek işlere girmezler, gerekli araştırma ve tetkik işlemlerini ihmal etmezler, hukuki ilişkilerinde hak ve yükümlülüklerini tam anlamıyla bilip ona göre hareket ederler, özellikle üstlenecekleri yükümlülüklerin kapsam ve sonuçlarını iyi tartarak hukuki ilişkiye girerler, üstlendikleri sorumlulukları yerine getirmedikleri takdirde bazı müeyyidelerle karşı karşıya kalacak olmalarının farkındadırlar, kısaca her türlü ticari faaliyet ve işlemlerinin anlamını ve kapsamını bilecek kadar tutarlı ve bilinçli hareket ederler. İşte kanun koyucu ticari işlerine ait bütün faaliyetlerinde gerçek veya tüzelkişi³⁷ olsun bütün tacirlerin de bu şekilde hareket etmelerini sağlamak istemiştir.

Belirtmek gerekir ki, basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü, aynı ticari alanda faaliyet gösteren tedbirli ve öngörülü bir tacirden beklenen dikkat ve özenin gösterilmesini gerekli kılar³⁸. Buradan iki sonuç ortaya çıkmaktadır. Birincisi, burada sübjektif değil, objektif (nesnel) bir özen ölçüsü söz konusudur³⁹. Başka bir ifadeyle somut olaydaki kişinin şahsi bilgi, yetenek veya imkânları yahut alışkanlık ve davranış biçimleri gibi sübjektif özellikleri dikkate alınmaz. İkincisi ise basiret ölçüsünün belirlenmesinde, somut olaydaki tacirin faaliyet gösterdiği ticari alan esas alınır. Dolayısıyla basiret ölçüsü mutlak olmayıp, söz konusu sözleşmenin veya ticari işin kapsamı ve özelliklerine göre belirlenmelidir⁴⁰. Bu sayede objektif ölçünün katılıkları da giderilmiş olur.

TBK.'nın aşırı yararlanmaya (gabine) ilişkin hükmü (TBK. m.28) kural olarak tacire uygulanmaz. Zira basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü, tacirin ticari faaliyet ve işlemlerinde “*düşüncesiz*” veya “*deneyimsiz*” olmasını

³⁷ Tüzel kişi tacirler bakımından basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü, hem tüzelkişi tacirin kendisi için hem de yönetici ortakları için geçerlidir. Bkz. **ASLAN, İ. Yılmaz – ERGÜN, Mecvi**: Ticaret Hukuku, Bursa 2010, s.75.

³⁸ **ARKAN**, s.137-138.

³⁹ **BERZEK, Ayşe Nur**: Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, İstanbul 2008, s.52/**AYHAN, Rıza – ÇAĞLAR, Hayrettin – ÖZDAMAR, Mehmet**: Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2009, s.94./**DERVAL, Yahya**: Meslek Yüksek Okulları İktisadi ve İdari Bilimler Programları İçin Ticaret Hukuku Bilgisi (Özet Ders Kitabı), Trabzon 2006, s.35./**DOĞANAY**, s.195./**ÇEKER**, s.94./**ASLAN – ERGÜN**, s.74-75./**ERİŞ**, s.883. / **İMREGÜN**, s.38./**AYHAN**, s.204.

⁴⁰ **DOĞANAY**, s.198.

kabul etmez. Bununla birlikte sözleşmede karşılıklı edimler arasındaki açık oransızlık, zarar gören konumundaki tacirin “zor durumda kalmasından (muzayaka)” yararlanılmak suretiyle gerçekleştirilmiş ise TBK. m.28’e başvurulabilecektir⁴¹. Öte yandan basiretli davranma yükümlülüğü gereğince tacirler, bütün tedbirleri önceden aldığını ve gerekli her türlü özeni gösterdiğini ispat etmedikçe mücbir sebep veya beklenmeyen hali ileri sürerek sözleşmedeki yükümlülüklerinden kurtulamazlar⁴². Dolayısıyla basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümü, mücbir sebep ve beklenmeyen halin tayini bakımından tacir borçlular için daha ağır bir ölçüyü gerekli kılar.

IV. TACİR BORÇLUNUN AŞIRI (FAHİŞ) CEZAI ŞARTIN İNDİRİLMESİNİ İSTEYEMEMESİ

Bu başlık altında önce aşırı cezai şartın indirilmesi konusu genel olarak açıklanacak, daha sonra konunun tacirler bakımından arz ettiği özellik üzerinde durulacaktır.

A. Genel Olarak Aşırı Cezai Şartın İndirilmesi

Sözleşme hukukunda geçerli olan serbesti ilkesi çerçevesinde taraflar, cezai şartın kararlaştırılıp kararlaştırılmaması konusunda serbest oldukları gibi, kararlaştırdıkları cezai şartın kapsamını da yine serbestçe belirleme imkânına sahiptirler. Şu halde cezai şart tutarı kural olarak taraflarca serbestçe belirlenebilecektir⁴³. Ancak her hakkın bir sınırı olduğu gibi bu hakkın da bir sınırı vardır. Buna göre cezai şart ediminin aşırı (fahiş) şekilde belirlenmesi halinde kanun koyucu hâkimin re’sen (kendiliğinden) bu cezai şartı indirebileceğini belirtmiştir⁴⁴ (TTK. m.182/3). Böylece zayıf durumda bulunan borçlunun aşırı cezai şart yoluyla sömürülmesini engellemek ve taraf menfaatleri

⁴¹ **BATTAL, Ahmet:** “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Yönünden Tacirlerin Tüketici Sıfatı”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan’dan Ayrı Bası, Ankara 1998, s.320./**ARKAN**, s.139.

⁴² Bkz. **DOĞANAY**, s.198-199.

⁴³ Bununla birlikte bu kurala getirilen bazı yasal istisnalar bulunmaktadır. Buna göre, TBK. m.260/2’de taksitle satış sözleşmesinde alıcının temerrüdü ile ilgili olarak cezai şartın kararlaştırıldığı hallerde söz konusu cezai şartın peşin satış bedelinin yüzde onunu aşamayacağı, yine benzer şekilde TBK. m.271/2 ve m.271/3’de ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinde alıcının temerrüdü ile ilgili olarak cezai şartın kararlaştırıldığı hallerde söz konusu cezai şartın satış bedelinin yüzde onunu aşamayacağı açıkça belirtilmek suretiyle, cezai şart tutarının kapsamı sınırlanmıştır.

⁴⁴ Hâkime verilen bu indirim yetkisinin, uygulamada cezai şartı önemli bir unsur haline getirdiği belirtilmektedir. Bkz. **ÖZDEMİR**, s.403-404.

arasında hakkaniyete uygun bir dengeyi tesis etmek amacıyla⁴⁵, hâkimin sözleşmeye müdahale etmesi esası kabul edilmiştir⁴⁶.

Cezai şartın aşırı (fahiş) olması ile kastedilen, cezai şart miktarının, alacaklının menfaatleri ile borçlunun menfaatleri arasında adalet ve hakkaniyet duyguları ile bağdaşmayacak ölçüde açık bir oransızlık bulunacak kadar yüksek tespit edilmesidir⁴⁷. Buna göre, söz konusu cezai şartın ifasının, borçlunun ekonomik açıdan yıkımı (mahvı) sonucuna yol açabilecek yahut iflasını gündeme getirebilecek şekilde yüksek olması halinde aşırılıktan söz edilecektir. Ancak cezai şart tutarının borçluyu zorlaması, ekonomik açıdan malvarlığında ciddi bir kayba neden olacak olması ya da ticari işlerini olumsuz etkilemesi gibi daha hafif nitelikli durumlar “aşırı (fahiş)” olarak nitelenemez. Yine cezai şart tutarının büyüklüğü de tek başına cezai şartın aşırı olması sonucunu doğurmaz. Zira belli bir tutara sahip olan cezai şart miktarı, sahip oldukları ekonomik malvarlığı itibarıyla bazı borçluların mahvına sebep olabilirken, bazı borçluları bu ölçüde etkilemeyebilir. Dolayısıyla cezai şart miktarının aşırı olup olmadığını tespit ederken, cezai şarta muhatap borçlunun kişisel ekonomik ve sosyal durumu gözетilmelidir. Ancak bunu yaparken, söz konusu borçlunun bu duruma verdiği sübjektif (kişisel) anlam değil, aynı durumda bulunsaydı makul ve orta zekâlı kişilerin vereceği anlam ölçü kabul edilmelidir⁴⁸.

Ayrıca aşırı cezai şartın indirilmesi kuralının (TBK. m.182/3), cezai şartın serbestçe belirlenebilmesi kuralının (TBK. m.182/1) bir istisnası olduğu ve hukukta istisnaların dar yorumlanması gerektiği unutulmamalıdır. Dolayısıyla hâkim önüne gelen olayda cezai şartın aşırı olup olmadığını takdir ederken ve ceza tutarını indirirken geniş yorum yapmamalıdır. Başka bir ifadeyle alacaklının uğradığı zarar ile cezai şart tutarı arasındaki dengenin alacaklı lehine olması⁴⁹ yahut cezai şartı ifa etmenin borçlunun ekonomik durumunu olumsuz etkilemesi her durumda cezai şartın indirilmesini gerektirmez. Şu halde hâkim

⁴⁵ BAŞALP, Nilgün: “Sözleşme Özgürlüğünün Sözleşme Adaletinin Sağlanması Amacıyla Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Korunması: İçerik Denetiminin Hukuki Temelleri Hakkında Bazı Değerlendirmeler”, Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan, İstanbul 2011, s.225-226./KOCAAĞA, Köksal: Türk Özel Hukukunda Cezai Şart (BK.m.158-161), Ankara 2003, s.216./OZANOĞLU, s.114./BİLGE, s.117./REİSOĞLU, s.400./ÇABRİ, s.923.

⁴⁶ Hâkimin sözleşmeye müdahalesi, sözleşmenin içerik denetiminin yapılması olarak da değerlendirilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. BAŞALP, s.232-235.

⁴⁷ ARICI, s.49-50.

⁴⁸ “Bu husus tarafların veya hâkimin sübjektif görüşüne değil, doğru ve makul kimselerin vasatı görüşlerine göre tayin ve takdir edilmelidir.” Bkz. Y.15.H.D., T.28/03/2002, E.1188, K.1472 (ERİŞ, s.953-954).

⁴⁹ ÇABRİ, s.922./EKİNCİ, (Zarar ilişkisi), s.103./NOMER ERTAN, s.31./EKİNCİ, (Cezai Şart), s.321.

cezai şartın indirilmesi müessesesinin sözleşmeye bağlılık ilkesini⁵⁰ ortadan kaldıran bir araç haline getirilmemesi için dikkatli davranmalı, cezai şartın borçluyu ifaya zorlayan bir baskı aracı olduğunu unutmamalı, cezai şarta ilişkin sözleşmenin de diğer sözleşmeler kadar korunmaya (ayakta tutulmaya) değer olduğunu gözönünde bulundurmalıdır⁵¹.

Hatta cezai şartın alacaklıya hizmet eden bir müessese olduğu dikkate alınarak, cezai şartın indirilmiş halinin, her halükarda alacaklının müspet zararını karşılamak amacıyla genel kurallar göre isteyebileceği tazminat miktarından fazla olması gerektiği savunulmaktadır⁵². Bu hususta Yargıtay da “*Cezai şartın ceza ve tazminat fonksiyonu olup, Borçlar Kanununda bu iki fonksiyon kaynaştırılarak bileşik sistem kabul edilmiştir. Bu sistemin sonucu olarak aşırı görülen cezai şartın indirilmesinde tazmin ve ceza dengeli olarak korunmalıdır.*” demek suretiyle⁵³, hâkimin bu takdir yetkisini kullanırken ölçülü hareket etmesi gerektiğini vurgulamıştır.

Aşırı cezai şartın indirilmesi hususu emredici nitelikte⁵⁴ ve kamu düzeni ile ilgili olup⁵⁵, borçlunun bu yönde herhangi bir talepte bulunmasına gerek yoktur⁵⁶. Hâkim önüne gelen olayda cezai şartın aşırı olduğuna kanaat getirirse re’sen araştırma yapmak ve indirim gitmek yükümlülüğü altındadır⁵⁷. Burada hâkim indirimi re’sen yaptığından ve davacının da önceden ne kadar indirim yapılacağını bilmesi mümkün olmadığından, aşırı cezai şartın indirildiği durumlarda, talep edilip de reddedilen cezai şart miktarı üzerinden davacı aleyhine yargılama masrafına (vekâlet ücreti vs.) hükmedilemez⁵⁸. Şüphesiz borçlu da TBK. m.182/3’ün hâkime yüklediği görevi kendisine hatırlatabilecek ve aşırı cezai şartın indirilmesini talep edebilecektir. Kanun koyucu aşırı cezai şartın indirilmesinden söz ettiğinden, hâkim söz konusu cezai şart ne kadar

⁵⁰ Sözleşmeye bağlılık ilkesi ve hâkimin sözleşmeye müdahalesi arasındaki ilişki hakkında bkz. **TOPUZ, Seçkin**: Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale, Ankara 2009, s.64-68.

⁵¹ **BAŞBUĞ**, s.6./**GÜNAY**, s.179. /**ÇINAR**, s.106-107./**OZANOĞLU**, s.116./**ÇABRİ**, s.923.

⁵² **REİSOĞLU**, s.399.

⁵³ Y.13.H.D., T.14/11/1977, E.4495, K.5010 (**GÖKÇEOĞLU**, s.203).

⁵⁴ Y.H.G.K., T.25/11/1987, E.15-304, K.868 (**GÖKÇEOĞLU**, s.215).

⁵⁵ **EKİNCİ**, (İş Hukuku), s.61./**BAŞBUĞ**, s.5./Y.H.G.K., T.02/10/2002, E.9-596, K.662 (**GÖKÇEOĞLU**, s.201).

⁵⁶ **UYGUR**, (Turgut), s.1091-1092./**GÜNAY**, s.174./**SEROZAN, Rona**: Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975, s.232-234. / **KILIÇOĞLU**, s.761. / **ARICI**, s.50. / **DOĞANAY**, s.233-234./**UYGUR**, (Tanju), s.816. / **REİSOĞLU**, s.399. / **NOMER ERTAN**, s.32. Aksi yönde görüş için bkz. **EKİNCİ**, (Cezai Şart), s.326 /**TUNÇOMAĞ, Kenan**: Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963, 151-153. / **DİRİCAN**, s.190./**EKİNCİ**, (Zarar ilişkisi), s.105.

⁵⁷ Y.13.H.D., T.28/01/2002, E.2001/12705, K.2002/696 (**GÖKÇEOĞLU**, s.242)./Y.H.G.K., T.24/01/1968, E.1966/4, K.365/45 (**EREN**, s.1142, dn.37).

⁵⁸ **DOĞANAY**, s.241.

yüksek olursa olsun -ahlaka aykırılık hali hariç- cezai şart miktarını tamamen indiremez⁵⁹. Ayrıca hâkim cezai şart ediminin niteliğini de değiştiremez⁶⁰. Örneğin sözleşmede para ödeme borcu olarak düzenlenen bir cezai şart, hâkim kararıyla bir malın verilmesi veya bir hizmetin görülmesi şekline dönüştürülemez.

Hâkim cezai şartın aşırı olup olmadığı konusunda takdir yetkisini⁶¹ kullanırken TMK. m.4 hükmü çerçevesinde hakkaniyet (somut olay adaleti) ölçülerini dikkate alacaktır⁶². Bu çerçevede her somut olayın kendine özgü koşulları içerisinde, alacaklının çıkarları (uğradığı müspet zarar vs.), alacaklının ifa menfaati ile cezai şart miktarı arasındaki oran, alacaklı ve borçlunun ekonomik durumu, borca aykırılığın ağırlığı, borca aykırılık sebebiyle borçlunun elde ettiği menfaat, borçlunun kusuru, tarafların tecrübe düzeyi, asıl sözleşmenin türü ve süresi gibi hususlar bir bütün içerisinde incelenmelidir⁶³. Nitekim bu konuda Yargıtay “*Ceza koşulunun fahiş olup olmadığı, tarafların iktisadi durumu, özel olarak borçlunun ödeme kabiliyeti ile beraber borcunu yerine getirmemiş olması dolayısıyla sağladığı menfaat, borçlunun kusur derecesi ve borca aykırı davranışın ağırlığı ölçü olarak alınarak tayin edilmeli ve hüküm altına alınacak ceza miktarı hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun olarak tesbit edilmelidir.*” demek suretiyle bu esaslara vurgu yapmıştır⁶⁴. Buna göre; alacaklının ekonomik durumunun iyi olduğu, alacaklının müspet zararının büyük olmadığı, alacaklının manevi zarara uğramadığı, borçlunun ekonomik durumunun iyi olmadığı, borçlunun sözleşmenin zayıf tarafı olduğu, borca aykırılığın ortaya çıkmasında borçlunun kusurunun bulunmadığı, borca aykırılığın hafif düzeyde olduğu gibi durumlarda, hâkim daha kolaylıkla aşırı cezai şartın indirilmesi yoluna gidecektir.

Belirtmek gerekir ki, aşırı cezai şartın indirilebilmesi için; söz konusu cezai şartın aşırı olması yanısıra somut olayda geçerli bir cezai şart anlaşmasının bulunması, cezai şartın muaccel olması ve cezai şart borcunun ifa edilmemiş

⁵⁹ EREN, s.1142./ÇINAR, s.110./UYGUR, (Tanju), s.817./ BİLGE, s.214. /EKİNCİ, (Zarar ilişkisi), s.115./ÇABRİ, s.923.

⁶⁰ NOMER ERTAN, s.32.

⁶¹ Belirtmek gerekir ki, hâkimin buradaki takdir yetkisi, söz konusu cezai şartın aşırı olup olmadığı hususunu kapsamaktadır. Yoksa hâkim aşırı olduğunu tespit ettiği bir cezai şartın indirilip indirilmemesi konusunda bir takdir yetkisine sahip değildir. Hâkim cezai şartın aşırı olduğuna kanaat getirdiği her durumda indirme gitmekle yükümlüdür. Bkz. BİLGE, s.117.

⁶² UYGUR, (Tanju), s.817./OZANOĞLU, s.115.

⁶³ Bkz. OZANOĞLU, s.115-116./BİLGE, s.120-124./TUNÇOMAÇ, s.145-150./DEMİRTAŞ, s.867-868./GÜNAY, s.182-193./GÖRÇEĞLU, s.68./EKİNCİ, (Cezai Şart), s.324-330./BAŞBUĞ, s.6-8./ÇINAR, s.106-109./UYGUR, (Tanju), s.816-817.

⁶⁴ Y.13.H.D., T.11/11/1986, E.4726, K.5410 (GÜNAY, s.182).

olması koşulları da aranır⁶⁵. Şu halde cezai şartın geçersiz olduğu veya henüz alacaklı tarafından istenebilir olmadığı durumlarda aşırı cezai şartın indirilmesi de gündeme gelmeyecektir. Yine aşırı olmasına rağmen söz konusu cezai şart borcunun borçlu tarafından yerine getirildiği durumlarda, aşırı cezai şartın indirilmesinden söz edilemeyecektir. Zira bu gibi durumlarda cezai şartın ifası, hem borçlunun cezai şartın indirilmesi talebinden vazgeçmesi olarak hem de cezai şartın borçlu tarafından ödenebilir olduğu (demek ki aşırı olmadığı) şeklinde yorumlanacağından, sonradan indirim talep edilmesi TMK. m.2/2 anlamında hakkın kötüye kullanımı teşkil eder. Bununla birlikte borçlu söz konusu cezai şart borcunu ifa ederken, indirim talep etme hakkının saklı olduğunu alacaklıya bildirmişse (ihtirazi kayıt koymuşsa⁶⁶) bu takdirde cezai şartın aşırı olması sebebiyle indirim talep edebilecektir.

Aynı şekilde borçlunun cezai şart edimini yerine getirmesinde alacaklının hilesi veya tehdidi etkili olmuşsa bu durumda da borçlunun aşırı cezai şart nedeniyle indirim talep edebilmesi gerekir. Öte yandan her hakkın kullanılmasında olduğu gibi aşırı cezai şartın indirilmesi bakımından da TMK. m.2/2'ye aykırılık oluşturulmaması gerekir aksi halde (hakkın kötüye kullanımı teşkil edecek durumlarda) aşırı cezai şart indirilemez⁶⁷. Örneğin borçlunun kasten alacaklının zararına hareket ettiği durumlar böyledir. Son olarak, cezai şartın aşırı olup olmadığını tespit, söz konusu cezai şartın yüklenildiği veya muaccel hale geldiği andaki durumu değil, mahkemenin karar verdiği andaki durumu (miktarı) esas alınmalıdır⁶⁸.

B. Tacir Borçlular Bakımından Durum

Cezai şart ticaret hukuku alanında da sıkça kendisini göstermektedir. Bu kapsamda özellikle ticari işletmelerin devrine ilişkin yapılan sözleşmeler ile ticaret şirketi kurulmasına ilişkin sözleşmelerde⁶⁹ ve tacirin ticari faaliyetine ilişkin edim borcu üstlenilen sözleşmelerde cezai şartla karşılaşılakta, bunun sonucunda ise söz konusu cezai şartın aşırılığı gündeme gelmektedir. Yukarıda söz edildiği üzere normalde bu durum yani cezai şartın aşırı olması, hakkaniyet

⁶⁵ Cezai şartın indirilmesi için gerekli şartlar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **EKİNCİ**, (Cezai Şart), s.322-327./**ÇINAR**, s.95-101./**GÜNAY**, s.178-196. /**GÖKÇEOĞLU**, s.66-68.

⁶⁶ Cezai şart uygulamasında ihtirazi kayıt hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **KOCAMAN, Arif**: "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 İçin Öngörülen İhtirazi Kayıt İleri Sürme Şartının Sözleşme İle Bertaraf Edilip Edilemeyeceği Hususu", Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, İstanbul 2011, s.569-573.

⁶⁷ **ÇINAR**, s.110-111.

⁶⁸ **EKİNCİ**, (Zarar ilişkisi), s.108-109.

⁶⁹ **EKİNCİ**, (Zarar ilişkisi), s.104.

ilkesi bakımından borçludan ifa etmesi beklenemeyecek bir nitelik arz eder. Ancak bu noktada kanun koyucu, söz konusu cezai şartın borçlusu bakımından bir ayırım yapmakta ve tacir sıfatını taşıyan borçlular bakımından özel bir düzenleme getirmektedir⁷⁰.

Konuya ilişkin TTK. m.22, “*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.*” hükmünü taşımaktadır⁷¹. Bu hükme göre aşırı (fahiş) nitelikteki cezai şartlar bakımından borçlunun niteliği önem taşımakta olup, tacir sıfatını taşıyan borçlular bu tür cezai şartların indirilmesini isteyemeyeceklerdir⁷². Aynı şekilde cezai şart borçlusunun tacir olduğu durumlarda hâkim de cezai şartın aşırı olduğunu görse dahi herhangi bir indirimde hükmedemeyecektir. Dolayısıyla burada tacir borçlular bakımından aşırı cezai şartın indirilmesi yasağından söz edilebilir⁷³. Şu halde TTK. m.22 hükmünün, aşırı cezai şartın hâkim tarafından indirileceğini öngören TBK. m.182/3 hükmünün bir istisnasını oluşturduğu söylenebilir.

Tacir sıfatını taşıyan borçlular bakımından bu yasağın getirilmesindeki temel düşünce, tacir olmaya bağlanan sonuçlardan olan ve daha önce açıklanan “*basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümü*”dür⁷⁴. Başka bir ifadeyle TTK. m.22, TTK. m.18/2’nin doğal bir uzantısı ve özel bir uygulama biçimidir. Zira tacir basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümünün bir gereği olarak ticari işletmesiyle ilgili hukuki işlemlere girerken, özellikle sözleşme yaparken ve bu

⁷⁰ “Türk Ticaret Kanununun 24. Maddesince ... ‘Tacir sıfatına haiz borçlular’ için BK. nun 161/III. fıkrasına bir istisna getirilmiştir.” Bkz. Y.13.H.D., 08/10/1990, E.1649, K.6060 (GÜNAY, s.217-218, dn.616).

⁷¹ KENDİGELEN, bu hükümde geçen “*ücret veya ceza kararlaştırılmış*” ibaresinin gereksiz olduğunu, ayrıca cezai şart tabiri konusunda TTK. ve TBK. arasında uyumsuzluk bulunduğunu belirtmektedir. Bkz. KENDİGELEN, Abuzer: Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2012, s.64.

⁷² Y.19.H.D., T.25/01/2006, E.2005/4447, K.2006/389 (GÖKÇEOĞLU, s.233)./Y.19.H.D., T.18/05/2005, E.2004/10961, K.2005/5750 (GÖKÇEOĞLU, s.234). /Y.19.H.D., T.16/12/1999, E.4667, K.7746 (GÖKÇEOĞLU, s.235)./Y.H.G.K., T.12/04/1989, E.11-135, K.270 (GÖKÇEOĞLU, s.214). /Y.11.H.D., T.10/03/1997, E.1132, K.1439 (GÜNAY, s.216-217, dn.613).

⁷³ Ticari hayatta merhamet ve insafın ne gösterildiği ne de beklendiği dikkate alındığında, bu yasağın olağan ticari yaşama uygun olduğu belirtilmektedir. Bkz. BAŞBUĞOĞLU, Tarık: Uygulamalı Ticaret Kanunu, Ankara 1988, s.57. / EKİNCİ, (Cezai Şart), s.93-94.

⁷⁴ POROY, Reha – YASAMAN, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2010, s.140. / UYGUR, (Tanju), s.819./BAŞBUĞ, s.14./ARKAN, s.145./ÜLGEN, Hüseyin – TEOMAN, Ömer – HELVACI, Mehmet – KENDİGELEN, Abuzer – KAYA, Arslan – NOMER ERTAN, N. Füsün: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2009, s.222./DİRİCAN, s.193./AYHAN, s.212./DERYAL, s.37./DOĞANAY, s.233./ÇABRİ, s.923.

sözleşmelerden doğan borçlarını yerine getirirken kendisinden beklenen dikkat ve özeni göstermek zorundadır.

İşte kanun koyucu borca aykırılık durumunda cezai şart gibi zarardan bağımsız olarak istenebilen ağır bir yaptırım öngörülürken ve bunun kapsamı tayin edilirken, tacirlerin basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülükleri çerçevesinde, söz konusu cezai şartın kendileri için ne gibi riskler doğurabileceği konusunda bilinçli olarak hareket edeceklerini, söz konusu cezai şartın olası bütün sonuçlarını önceden dikkate alacaklarını varsaymıştır. Ardından ise tacir borçlunun başlangıçta bu kadar dikkatli ve kararlı oldukları bir hususta sonradan cezai şartın indirilmesini talep etmelerini, tutarlı bir davranış olarak görmemiş ve dürüstlük kuralına uygun bulmamıştır⁷⁵. Ayrıca tacir borçlular bakımından aşırı cezai şartın indirilmesi yasağı getirilmesinde, ticari işlerdeki sürat ve emniyet gereklerinin etkili olduğu belirtilmektedir⁷⁶.

Aşırı cezai şartın indirilmesinin istenememesi bakımından öncelikli koşul, borçlunun tacir sıfatına sahip olmasıdır. Eğer borçlu tacir sıfatını haiz değilse TTK. m.22 uygulanamaz. Bununla birlikte TTK. m.22'deki kuralın uygulanması bakımından, bu kuralın, kanunen tacir sayılan (tacire ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilen) veya tacir gibi sorumlu kılınan kişileri de kapsadığı kabul edilmektedir⁷⁷. Buna göre, aşağıdaki zikredilen kişiler aşırı cezai şartın indirilmesini talep edemeyecektir:

- a) Bir ticari işletmeyi, kısmen de olsa, kendi adına işleten kişiler (TTK. m.12/1),
- b) Fiilen işletmeye başlamamış olsa bile, 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 kişiler (TTK. m.12/2),
- c) Sahip oldukları ticari işletmeyi bunlar adına yasal temsilcilerin işlettiği küçük ve kısıtlılar (TTK. m.13),
- d) Kişisel durumları ya da yaptığı işlerin niteliği nedeniyle yahut meslek ve görevleri dolayısıyla, kanundan veya bir yargı kararından doğan bir yasağa aykırı bir şekilde ya da başka bir kişinin veya resmî bir makamın iznine gerek olmasına rağmen izin veya onay almadan bir ticari işletmeyi işleten kişiler (TTK. m.14),

⁷⁵ Bkz. **ASLAN – ERGÜN**, s.75.

⁷⁶ Bkz. **BİLGE**, s.126.

⁷⁷ **NOMER ERTAN**, s.33./**AYHAN – ÇAĞLAR – ÖZDAMAR**, s.97./**ÜLGEN – TEOMAN – HELVACI – KENDİGELEN – KAYA – NOMER ERTAN**, s.223./**ÇABRİ**, s.924.

e) Ticaret şirketleriyle, amacına varmak için ticari bir işletme işleten vakıflar, dernekler ve kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar (TTK. m.16/1),

f) Şirketler topluluğunun hâkimi durumundaki teşebbüs (TTK. m.195/5),

Ayrıca TTK. m.17 gereğince tacire ilişkin hükümler aynen donatma iştiraki hakkında da uygulanacağından, borçlu konumundaki donatma iştiraki de aşırı cezai şartın tenkisini talep edemeyecektir.

Yine daha önce açıklandığı üzere TTK. m.12/3 gereğince gerçekte bir ticari işletme olmadığı halde bu şekilde bir görüntü ortaya koyan kimseler, hukuki görünüş nazariyesi çerçevesinde iyiniyetli üçüncü kimseler karşısında tacir olarak kabul edilmekte ancak bu kişiler normal tacirlerden farklı olarak, kanunun tacirlere bağladığı haklardan yararlanamamakta, yalnızca tacirler için öngörülen yükümlülüklerle tabi olmaktadır. Aşırı cezai şartın indirilmesini isteyememe, tacir olmaya bağlanan bir hak değil, yükümlülük niteliğinde olduğundan, TTK. m.12/3 çerçevesinde tacir sayılan kişiler de TTK. m.22 kapsamına girecek ve dolayısıyla bunlar da aşırı cezai şartın indirilmesini isteyemeyeceklerdir⁷⁸. Başka bir ifadeyle aşırı cezai şartın indirilememesi yasağı, 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 kimseler hakkında da uygulanacaktır.

Buna karşılık borçlu tacir sıfatına sahip olmadığı halde, yapılan işlem TTK. m.19/2'de öngörülen ticari iş karinesi⁷⁹ çerçevesinde borçlu bakımından da ticari iş sayıldığı durumlarda borçlu aşırı cezai şartın indirilmesini talep edebilecektir⁸⁰. Zira kanun koyucu bu yasak bakımından TTK. m.22'de "*ticari iş*" kistasını değil, "*tacir sıfatını taşıyan borçlu*"yu esas almıştır. Dolayısıyla her iki taraf için de ticari iş olarak kabul edilen borç ilişkilerinde tacir sıfatına sahip olmayan borçlular bakımından TTK m.22 uygulanmayacaktır. Nitekim yargı kararları da bu yöndedir⁸¹. Örneğin mağazadan mobilya satın alınmasını ve söz konusu mobilyaların tesliminin ya da ücretin ödenmesinin gecikmesi

⁷⁸ ARKAN, s.114, 144.

⁷⁹ TTK. m.19/2 gereğince taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır.

⁸⁰ BİLGE, s.126./BAŞBUĞ, s.14-15./GÖKÇEOĞLU, s.70./ARKAN, s.144./GÜNAY, s.220./DERYAL, s.37. Aksi yönde görüş için bkz. DOĞANAY, s.233.

⁸¹ Y.13.H.D., T.28/03/1994, E.1572, K.2966 (GÜNAY, s.222).

durumunda aşırı derecede cezai şart ödenmesini öngören bir sözleşme ilişkisi bakımından, TTK. m.19 kapsamında her iki taraf bakımından da ticari bir iş söz konusudur. Bununla birlikte aşırı cezai şartın indirilmesini yalnızca alıcı talep edebilir, mağaza sahibi tacir sıfatına sahip olduğu için bu imkândan yararlanamaz.

Öte yandan aşırı cezai şartın indirilip indirilememesi noktasında tacirlik sıfatının bulunup bulunmadığı araştırılırken, cezai şartın muacceliyet tarihi değil, öngörüldüğü (kararlaştırıldığı, taahhüt edildiği) tarih esas alınmalıdır⁸². Diğer bir deyişle aşırı cezai şartın indirilip indirilemeyeceği hususunda karar verilirken, söz konusu kişinin cezai şartı üstlendiği andaki hukuki statüsü önem taşımaktadır. Buna göre cezai şartın öngörüldüğü tarihte tacir sıfatını taşımadığı halde, sonradan (muacceliyet tarihinde) tacir sıfatını haiz olan bir kimse için TTK. m.22 uygulanmayacak ve dolayısıyla bu kimse aşırı cezai şartın indirilmesini talep edebilecektir⁸³. Aşırı cezai şart öngören sözleşmenin akdedilmesinden sonra tacir sıfatının kaybedilmesi halinde ise sonuç değişmeyecektir. Böyle bir durumda dahi sonradan tacir sıfatını kaybeden borçlu aşırı cezai şartın indirilmesini isteyemez⁸⁴. Zira cezai şartın aşırı olup olmaması, buna ilişkin kaydın (sözleşmenin) öngörüldüğü tarihte gösterilmesi gereken dikkat ve özen ölçüsü ile ilgili olup, bu tarihte borçlu, tacir sıfatını taşıması sebebiyle basiretli bir iş adamı gibi hareket etme ve sonradan bunun sonuçlarına katlanma yükümlülüğü altındadır. Bununla birlikte aşırı cezai şarta bağlanmış borç tacir olmayan bir kimseye devredilirse (nakledilirse), borcu devralan kimse aşırı cezai şartın indirilmesini talep edebilir⁸⁵.

Tacir borçlular bakımından cezai şartın indirilmesi yasağını düzenleyen TTK. m.22 hükmü, Türk Borçlar Kanununun yalnızca “121 inci maddesinin ikinci fıkrası”ndan, “182 nci maddesinin üçüncü fıkrası”ndan ve “525 inci maddesi”nden söz etmektedir. Bu kapsamda söz konusu maddeler incelendiğinde:

a) Daha önce de açıklandığı gibi TBK. m.182/3, genel olarak cezai şartın indirilmesi hususunu düzenlemekte ve “*Hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir.*” hükmünü taşımaktadır.

⁸² DERYAL, s.37./DİRİCAN, s.193./GÖKÇEOĞLU, s.70./GÜNAY, s.218-219./BAŞBUĞ, s.15./DOĞANAY, s.237-238. /ÇABRİ, s.924.

⁸³ GÜNAY, s.219./GÖKÇEOĞLU, s.70./DERYAL, s.37./ÇABRİ, s.924.

⁸⁴ ARKAN, s.144./GÜNAY, s.219./DERYAL, s.37./ÇABRİ, s.924./GÖKÇEOĞLU, s.70.

⁸⁵ BAŞBUĞ, s.15./ARKAN, s.144-145./GÜNAY, s.219.

b) Temerrüt faizi konusunu düzenleyen TBK. m.121, ilk fıkrasında faiz veya irat borcunu⁸⁶ ya da bağışladığı bir miktar parayı ödemekte temerrüde düşen borçlunun, icra takibine girildiği veya dava açıldığı günden başlayarak temerrüt faizi ödemekle yükümlü olduğunu hükme bağlamakta, ikinci fıkrasında ise “*Buna aykırı olarak yapılan anlaşmalar, ceza koşulu hükümlerine tabi olur.*” demek suretiyle, ilk fıkra da öngörülen temerrüt faizi esaslarına aykırı hareket edildiği (taraf lar arasında başka esaslar belirlendiği) takdirde burada cezai şart hükümlerinin uygulanacağını belirtmektedir. Dolayısıyla temerrüt faizi konusunda tarafların sözleşmede TBK. m.121/1’de düzenlenen esaslardan farklı esaslar belirlemeleri halinde, bu esaslar çerçevesinde gündeme gelecek temerrüt faizi, cezai şart hükümlerine tabi olacaktır. Örneğin taraflar sözleşme ile temerrüt faizine konu asıl borcun yani faiz, irat yahut bağışlamadan kaynaklanan para ödeme borcunun doğduğu (mesela bağışlama sözleşmesinin yapıldığı) tarihi, temerrüt faizinin başlayacağı tarih olarak belirlemişlerse ve bu esasa göre hesaplanan temerrüt faizi tutarı, borçlu bakımından ağır sonuçlar doğuruyorsa (aşırı ise) bu takdirde borçlu TBK. m.182/3 hükmüne dayanarak hâkimden bu miktarın indirilmesini isteyebilecektir.

c) TBK. m.525 ise simsarlık sözleşmesinde ücretten indirim konusunu düzenlemekte ve “Sözleşmede aşırı bir ücret kararlaştırılmışsa, borçlunun istemi üzerine, bu ücret hâkim tarafından hakkaniyete uygun olarak indirilebilir.” hükmünü taşımaktadır. Burada esas itibarıyla bir cezai şart değil, ücret konusu düzenlendiği için bu husus çalışmamızın dışında kalmaktadır.

Kanaatimizce kanun koyucunun TTK. m.22 hükmünde yalnızca “121 inci maddesinin ikinci fıkrası”ndan, “182 nci maddesinin üçüncü fıkrası”ndan ve “525 inci maddesi”nden söz etmesi, “burada sınırlı bir saymanın (numerus clausus kuralının) olduğu, dolayısıyla tacir borçluların TBK.’nın sadece sözü edilen hükümlerinde belirtilen hallerde aşırı cezai şartın indirilmesini isteyemeyeceği, bunun dışında kalan cezai şart hallerinde ise söz konusu cezai şartın aşırı olması kaydıyla indirim talep edebilecekleri” şeklinde bir anlama gelmemektedir. Zira TBK. m.182/3 hükmü genel hüküm niteliğinde olup, bütün cezai şart hallerine uygulanabilen bir hükmüdür. Dolayısıyla TTK. m.22 hükmü, bütün cezai şart halleri için geçerli olmak üzere, tacir borçlular yönünden cezai şartın indirilmesini yasaklamaktadır. Örneğin TBK. m.179/3’te öngörülen ve dönme cezası şeklinde karşımıza çıkan cezai şart hallerinde de borçlu tacir ise aşırı cezai şartın indirilmesini talep edemez. Başka bir ifadeyle borçlunun, kararlaştırılan

⁸⁶ Örneğin haksız fiil tazminatının TBK. m.51/2 gereğince irat biçiminde ödenmesinin kararlaştırıldığı hallerde irat taksitlerinden doğan borçlar.

cezaı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğu hallerde, tacir sıfatına sahip olan borçlu, TTK. m.22’de TBK. m.179/3’e herhangi bir atıfta bulunulmadığını ileri sürerek aşırı cezai şartın indirilmesini isteyemez.

V. TACİR BORÇLUNUN CEZAI ŞART KONUSUNDA İLERİ SÜREBİLECEĞİ HALLER

Yukarıda açıklandığı üzere kanun koyucu tacir niteliğindeki borçlular bakımından ağır bir sonuç bağlamıştır. Ancak bu sonuç, tacir borçluların cezai şarttan hiçbir koşulda kurtulamayacakları ya da hiçbir surette indirim talep edemeyecekleri anlamına gelmemektedir. Zira cezai şart müessesesinin tacirler bakımından özellik (hususiyet) arz eden tek noktası, bu kişilerin söz konusu cezai şart miktarı aşırı olsa dahi indirim talep edememeleri olup, bu husus dışında Türk Borçlar Kanununun, cezai şartı düzenleyen hükümleri (m.179-182) yanısıra borç ilişkisini düzenleyen genel hükümleri tacirler bakımından da geçerlidir.

Şu halde alacaklı cezai şart isteme hakkından feragat etmişse, artık tacir borçlu genel hükümler çerçevesinde cezai şartın ifasından kurtulacaktır. Zira alacaklı, karşı tarafa (borçluya) varması gereken feragat beyanı ile birlikte tacir borçluyu cezai şart borcundan dolayı ibra etmiş olacaktır⁸⁷. Bunun yanısıra cezai şartın hükümsüzlüğüne ilişkin durumlar (TBK. m.27) tacir borçlular bakımından da uygulanacaktır. Ayrıca bazı özel (istisnai) durumlarda tacir borçluların da aşırı cezai şartın indirilmesini talep edebilecekleri kabul edilmektedir.

Bu açıklamalar ışığında, alacaklının feragati bir tarafa bırakılacak olursa, tacir borçlunun ticari işleriyle ilgili bir sözleşmede karşısına çıkan cezai şart konusunda ileri sürebileceği halleri, “*cezai şartın hükümsüzlüğüne ilişkin haller*” ve “*cezai şartın indirilmesinin istenebildiği haller*” olarak ikiye ayırmak mümkündür.

A. Cezai Şartın Hükümsüzlüğüne (Geçersizliğine) İlişkin Haller

TBK. m.27 gereğince, cezai şarta ilişkin hüküm “*emredici kurallara*”, “*ahlaka*”, “*kamu düzenine*” veya “*kişilik haklarına*” aykırıysa yahut “*konusu imkânsız*” ise hükümsüz (geçersiz) sayılacaktır⁸⁸. İşte cezai şartın hükümsüz olduğu bu gibi

⁸⁷ KOCAMAN, s.569.

⁸⁸ Bununla birlikte ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hâle gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez (TBK. m.182/2).

halleri, tacir borçlular da ileri sürebilecektir⁸⁹. Ancak bunun için ön koşul, bu hallere tacir borçlunun sebebiyet vermemiş olmasıdır. Nitekim bu husus, sonradan ortaya çıkan imkânsızlık durumu için TBK. m.182/2'nin son cümlesinde açıkça ifade edilmiştir. Şayet tacir borçlunun kendisi cezai şartın geçersizliğine sebebiyet vermişse, bu takdirde sonradan bunun ileri sürülmesi TMK. m.2/2 anlamında dürüstlük kuralına aykırılık (hakkın kötüye kullanımı) teşkil eder. Öte yandan cezai şart bakımından aşağıda belirtilen geçersizlik hallerinin hâkim tarafından re'sen (kendiliğinden) gözetilmesi gerekir⁹⁰. Nitekim bu husus bir Yargıtay kararında⁹¹ ahlaka aykırılık bakımından açıkça vurgulanmıştır.

Bu açıklamalar ışığında cezai şartın geçersizliği sonucunu doğuran haller kısaca şu şekilde açıklanabilir:

1. Cezai Şartın Emredici Hükümlere (Hukuka) Aykırı Olması

Cezai şartın kanunun emredici hükümlerine (hukuka) aykırı olması halinde, bu durum tacir borçlular tarafından da ileri sürülebilecektir⁹². Emredici hükümlere aykırılık oluşturan bazı haller şunlardır:

a) Cezai şartın şekle bağlı olduğu durumlarda⁹³ bu şekil kurallarına uyulmaması, cezai şartın geçersizliği durumunu ortaya çıkaracak (TBK. m.12/2) ve bu sonuç tacir borçlular bakımından da uygulanacaktır.

b) Yine cezai şartın genel işlem koşulları içerisinde yer alması ve bu koşulların TBK. m.20-25'te öngörülen emredici kurallara aykırı olması halinde, söz konusu cezai şart hüküm ve sonuç doğurmayacak (TBK. m.21)⁹⁴ ve bu durum tacir borçlular için de geçerli olacaktır.

⁸⁹ DEDEAĞAÇ, s.36./ARICI, s.50/KOCAĞA, s.260-265./DİRİCAN, s.194./DOĞANAY, s.234./ÇABRİ, s.926.

⁹⁰ DOĞANAY, s.236.

⁹¹ Y.H.G.K., T.20/03/1974, E.1970/1053, K.222 (GÖKÇEOĞLU, s.201).

⁹² "Ticaret Kanununun 24. maddesi (TTK. m.22), ...yalnız fahiş olsa dahi cezai şartın indirilemeyeceği esasını kabul etmiştir. Yoksa ... emredici hükümlerin koyduğu kurallara aykırı olan cezai şartın geçerli olmasını kabul etmemiştir, maddede bu sonucu veren bir hüküm yoktur." Bkz. Y.H.G.K., T.20/03/1974, E.1970/1053, K.1974/222 (Yargıtay Kararları Dergisi 1977, C.3, S.1, s.21).

⁹³ Cezai şartın şekle bağlı olması durumu iki şekilde ortaya çıkabilir. Birincisi asıl borç şekle bağlıysa (TBK. m.12, kanuni şekil), asıl borca bağlılık (fer'ilik) sebebiyle cezai şartın da aynı şekil kurallarına uyularak yapılması gerekir. İkincisi ise asıl borcun şekle bağlı olmadığı durumlarda taraflar cezai şart için özel şekil kuralları belirlemişlerse (TBK. m.17, iradi şekil) cezai şartın bu özel şekil kurallara uygun biçimde öngörülmesi gerekir.

⁹⁴ Buradaki hüküm ve sonuç doğurmama, TBK. m.21/1'de sözü edilen "yazılmamış sayılma" tabiri ile ifade edilmiştir. Yazılmamış sayılma, esas itibarıyla idare hukukundaki "yokluk" yaptırımına karşılık gelmektedir.

c) Ayrıca kira sözleşmesinde kira bedelinin zamanında ödenmemesi halinde cezai şart ödenmesinin kararlaştırılması, TBK. m.346 gereğince geçersiz olduğundan, bu durum tacir borçlular bakımından da ileri sürülebilecektir.

d) Aynı şekilde hizmet sözleşmesine yalnızca işçi aleyhine konulan ceza koşulunun geçersizliği (TBK. m.420/1) tacir borçlular bakımından da uygulanacaktır.

2. Cezai Şartın Kamu Düzenine Aykırı Olması

Kamu düzeni, bireylerin kamu yararı gereğince mutlak surette uymak zorunda oldukları, toplumsal yaşamda huzur ve güveni sağlayan kurallardır⁹⁵. Cezai şartın konusu kamu düzenine aykırı olması halinde tacir borçlular da bu cezai şartla bağlı olmaktan kurtulacaklardır.

3. Cezai Şartın Kişilik Haklarına Aykırı Olması

Genel olarak TMK. m.23 vd. maddelerinde düzenlenen kişilik hakları, bir kimsenin sırf insan olması dolayısıyla maddi, manevi ve iktisadi varlığı üzerinde sahip olduğu ve herkese karşı ileri sürebildiği, vazgeçilemeyen ve devredilemeyen haklardır⁹⁶. Cezai şartın kişilik haklarına aykırılık taşıması halinde bu durum tacir borçlular bakımından da ileri sürülebilecektir⁹⁷.

4. Cezai Şartın Ahlaka Aykırı Olması

Cezai şartın ahlaka aykırı olması durumu, tacir borçlular bakımından da ileri sürülebilen bir haldir. Nitekim bu husus bir Yargıtay kararında⁹⁸ “*Ticaret Kanununun 24. maddesi (TTK. m.22), ...yalnız fahiş olsa dahi cezai şartın indirilemeyeceği esasını kabul etmiştir. Yoksa ahlak-adaba ... aykırı olan cezai şartın geçerli olmasını kabul etmemiştir, maddede bu sonucu veren bir hüküm yoktur.*” şeklinde ifade edilmiştir. Dolayısıyla konusu ahlaka aykırı bir cezai şart tacir borçlu bakımından da bağlayıcı olmayacaktır⁹⁹. Örneğin kumar veya bahisten doğan bir borcun temini için kararlaştırılan bir cezai şart ahlaka aykırılık sebebiyle hüküm ifade etmez¹⁰⁰.

Tacir borçlu bakımından aşırı cezai şartın indirilmesini istemek, söz konusu cezai şartın geçersizliğini ileri sürmekten çok daha ağır bir sonuç

⁹⁵ RUHİ, Ahmet Cemal: Sözleşmeler Hukuku, Ankara 2011, s.33.

⁹⁶ RUHİ, s.33.

⁹⁷ EREN, s.1141./ARICI, s.43.

⁹⁸ Y.H.G.K., T.20/03/1974, E.1970/1053, K.1974/222 (Yargıtay Kararları Dergisi 1977, C.3, S.1, s.21).

⁹⁹ BAŞBUĞ, s.17./ÜLGİN-TEOMAN-HELVACI-KENDİGELEN-KAYA- NÖMER ERTAN, s.222-223.

¹⁰⁰ EKİNCİ, (Cezai Şart), s.87.

doğurmaktadır. Zira aşırı cezai şartın indirilmesi durumunda borçlu, sözleşmede yazan kadar olmasa da yine de belli bir mali yükümlülüğü yerine getirmek zorunda kalmaktadır. Hâlbuki geçersizlik durumunda borçlu aşırı cezai şarttan tamamen kurtulmakta dolayısıyla mamelekinde herhangi bir azalma yaşamamaktadır. O halde burada ahlaka aykırılık oluşturacak derecede bir aşırı cezai şarttan söz edebilmek için, tacir olmayan borçluların indirim talep edebildikleri ölçüden daha ağır bir ölçü benimsenmelidir.

Buna göre ahlaka aykırılık sebebiyle geçersizlik için, somut olaydaki cezai şartın, borçlunun ekonomik özgürlüğünü kabul edilemez şekilde sınırlandırıp onun ekonomik varlığının büyük bir tehlike altına sokulmasına veya sonlanmasına neden olacak (örneğin büyük ihtimalle iflas etmesi sonucunu doğuracak) veya objektif olarak kendisinden beklenemeyecek kadar ağır (örneğin borçluyu hayatı boyunca bir kimseye ders vermeye zorlayacak¹⁰¹) nitelikte olması gerekir¹⁰². Şu halde ahlaka aykırılık düzeyinde bir cezai şartın, kişilik haklarının ekonomik yönüyle (iktisadi kişilikle) yakın ilgisi vardır. Bir cezai şart kişinin ekonomik bütünlüğünü ne kadar tehdit edici boyutta ise o kadar ahlaka aykırılığa yakın sayılır.

Öte yandan borçlunun ekonomik özgürlüğünü ciddi manada sınırlayan veya ortadan kaldıran bir cezai şartın öngörülmesinde alacaklının kastı varsa ahlaka aykırılıktan daha kolay söz edilir. Diğer bir deyişle alacaklı, söz konusu cezai şartı sözleşmeye koyarken borçlunun ekonomik özgürlüğünü ciddi manada sınırlamayı veya ortadan kaldırmayı bilinçli olarak istemişse (bu şekilde bir saikle hareket etmişse) söz konusu cezai şartın ahlaka aykırılığı gündeme gelecektir¹⁰³. Bununla birlikte kanaatimizce kasıt unsurunu, ahlaka aykırılığın zorunlu bir koşulu saymamak gerekir. Zira kasıt unsurunun tespiti (ispatı) çoğu zaman güç bir iş olduğu gibi, alacaklı başlangıçta bu şekilde bir kasıt gözetmemiş olsa dahi cezai şart sonradan (hâkimin değerlendirme yaptığı tarihte) ahlaka aykırı hale gelmiş olabilir.

Belirtmek gerekir ki, borçluyu ekonomik açıdan büyük bir yıkıma uğratmayan, yalnızca ciddi manada maddi zarar görmesine neden olan hususlar ahlaka aykırılık olarak değerlendirilemez¹⁰⁴. Örneğin borçlu tacirin hayatını başka yollarla

¹⁰¹ GÖKÇEOĞLU, s.45.

¹⁰² Bkz. DİRİCAN, s.185-186./DOĞANAY, s.235./ÇABRİ, s.926.

¹⁰³ Nitekim ahlaka aykırı bir fiille başkasına zarar veren kişinin sorumluluğunun düzenlendiği TBK. m.49/2 hükmünde, hem ahlaka aykırı bir fiilin mevcut olması hem de kişinin kasıtlı olarak hareket etmiş olması gerektiğinden söz edilmiştir.

¹⁰⁴ Hatta cezai şart miktarının aşırı yüksek olmasının dahi ahlaka aykırılık bakımından tek başına yeterli olmayacağı, borçlunun ekonomik yıkımının hedef alınmış olması gibi başka birtakım saiklerin de bulunması gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz. EKİNCİ, (Cezai Şart), s.324./EREN, s.1141.

düzenlemek zorunda kalması özellikle masraflarını azaltmak ve bazı ihtiyaçlardan vazgeçmek durumunda kalması ahlaka aykırılık olarak nitelenemez¹⁰⁵. Bunun aksini düşünmek yani aşırı cezai şarttan söz edildiği durumlarda aynı zamanda ahlaka aykırılığın da gündeme geleceğini ve bu nedenle tacir borçluların söz konusu cezai şartın geçersizliğini ileri sürebileceklerini savunmak, kanun koyucunun öngördüğü amacı devre dışı bırakacak (TTK. m.22 hükmünü anlamsızlaştıracak) ve hukuk mantığına ters düşecektir. Zira böyle bir durumda aşırı cezai şartla karşı karşıya kalan tacir borçlular, ahlaka aykırılık sebebiyle söz konusu cezai şartın hükümsüzlüğünü talep etmek suretiyle, tacir olmayan borçluların dahi elde edemediği büyük bir menfaat sağlayacaktır. Hatta kanun koyucu tacir borçlular için aşırı cezai şartın indirilmesini yasaklamamış olsaydı (TTK. m.22 olmasaydı) dahi yine tacir borçlular indirim talep etmek yerine geçersizliği ileri sürmeyi tercih edeceklerdir.

Yargıtay'ın bazı hallerde, özellikle ifaya eklenen cezai şart bakımından, cezai şartın aşırı olmasını etik yönden toplumu rahatsız edici bulduğu ve Anayasada (m.18) düzenlenen angarya yasağına aykırılığı ileri sürerek tacir borçlunun ekonomik yıkıma uğramadığı hallerde dahi cezai şartı geçersiz kıldığı görülmektedir¹⁰⁶.

Ayrıca kanun koyucunun cezai şartın aşırı olması halinde tacir olmayan borçlulara indirim talep etme hakkı verdiği, bu nedenle bu kimselerin ahlaka aykırılığı ileri süremeyecekleri şeklinde bir kanaate de varılmamalıdır. Zira aşırı cezai şartın indirilmesi hakkının tacir borçlulara verilmeyerek yalnızca tacir olmayan borçlulara tanınması, kanun koyucunun cezai şart konusunda tacir borçlular aleyhine daha ağır bir sorumluluk yüklemek istediği anlamına gelmektedir. Hal böyleyken, tacir borçluların cezai şartın ahlaka aykırı olduğunu ileri sürerek bu borçtan tamamen kurtulmasına onay verirken, tacir olmayan borçlulara bu hakkı vermemek ve bunların yalnızca aşırı cezai şartın indirilmesini talep edebileceklerini söylemek kanun koyucunun amacıyla bağdaşmaz. Ayrıca böyle bir bakış açısı evleviyetle kuralı ile de örtüşmez. Zira daha ağır koşullara bağlanan tacir borçlular ahlaka aykırılık sebebiyle cezai şarttan tamamen kurtulabiliyorsa, daha hafif koşullara bağlanan tacir olmayan borçluların haydi haydi ahlaka aykırılık sebebiyle cezai şarttan tamamen kurtulabilmeleri gerekir.

¹⁰⁵ ARKAN, s.146.

¹⁰⁶ Bkz. Y.15.H.D., 18/01/2010, E.2009/635, K.2010/64 (KILIÇOĞLU, s.762, dn.929). / Y.15.H.D., T.11/05/2000, E.1999/4655, K.2000/2324 (Yargıtay Kararları Dergisi 2000, C.27, S.9, s.1394-1395).

Cezai şartın ahlaka aykırılığının tespiti, özünde bir hukuk sorunudur ve bu nedenle bu sorunun çözümü mahkemeye aittir. Bununla birlikte hâkim, cezai şarttaki aşırılığın ölçüsünü tespit ederken, özel ve teknik bilgi gerektiren iktisadi durumların tespiti bakımından bilirkişiden yararlanabilir¹⁰⁷.

Ahlaka aykırılık durumunda söz konusu cezai şartın hâkim tarafından geçersizlik sebebiyle tamamen ortadan kaldırılabilmesi gibi, indirilebileceği de belirtilmektedir¹⁰⁸. Nitekim bazı yazarlar¹⁰⁹ ile Yargıtay¹¹⁰ da aşırı cezai şartın tacirler için bile olsa ahlaka aykırılık oluşturacağı, bu nedenle bu gibi durumlarda cezai şartın indirilebileceğini belirtmektedir. Ancak kanaatimizce ahlaka aykırılık derecesine varan bir cezai şart durumunda, cezai şartın indirilmesi gündeme gelmez, TBK. m.27/1 gereğince geçersizliği gündeme gelir¹¹¹. Aksi halde TBK. m.27/1 hükmünün TBK. m.182/3 hükmünden bir farkı kalmaz. Nitekim bazı kararlarda¹¹² haklı olarak, ahlaka aykırılık sebebiyle cezai şartın geçersizliğinden söz edildiği de görülmektedir. Yine kanaatimizce ahlaka aykırılık sebebiyle cezai şartın indirilmesi, TTK. m.1530/1 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle dahi savunulamaz¹¹³. Zira TTK. m.1530/1 hükmünde¹¹⁴, kanunun veya yetkili makamların koymuş olduğu bir sınırdan (somut ölçüden) söz edilmekte ve TBK. m.27/2 ile ilişkili bir düzenleme getirilmektedir. Hâlbuki cezai şartın üst sınırı bakımından kanunun veya yetkili makamların koymuş olduğu bir sınır söz konusu olmadığı gibi, cezai şartın ahlaka aykırılık sebebiyle geçersiz kılınması TBK. m.27/2 ile değil, TBK. m.27/1 ile ilgili bir husustur.

¹⁰⁷ Y.15.H.D., T.28/03/2002, E.1188, K.1472 (ERİŞ, s.953-954).

¹⁰⁸ Bkz. ÇINAR, s.104./ARKAN, s.147. /POROY - YASAMAN, s.142. /REİSOĞLU, s.400.

¹⁰⁹ İNAL, Tamer: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2004, s.163./ASLAN - ERGÜN, s.79./ İMREGÜN, s.41./AYHAN, s.212.

¹¹⁰ Y.11.H.D., T.19/12/2005, E.2004/15293, K.2005/12550 (GÖKÇEOĞLU, s.246)/Y.15.H.D., T.28/03/2002, E.1188, K.1472 (ERİŞ, s.953-954).

¹¹¹ ÇINAR, s.93./DİRİCAN, s.185-186, 201./DERYAL, s.37.

¹¹² "TTK.nun 24. maddesi uyarınca tacirler hakkında BK.nun 161/son maddesi uygulanamaz. Ancak bu hükmeye rağmen cezai şartın uygulanması tarafların ekonomik yönden mahvına sebebiyet olur ise, ahlak ve adaba aykırı olduğu için sözleşmenin o hükmü geçersiz sayılır." Bkz. Y.13.H.D., T.03/02/2003, E.587, K.1034 (GÖKÇEOĞLU, s.240-241). Aynı yönde bkz. Y.15.H.D., T.05/05/1999, E.1119, K.1769 (ERİŞ, s.943-944).

¹¹³ Aksi yönde görüş için bkz. DİRİCAN, s.201.

¹¹⁴ TTK. m.1530/1: "Aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde, ticari hükümlerle yasaklanmış işlemler ve şartlar batıldır. Ancak, sözleşme uyarınca yerine getirilmesi gereken edimler için kanunun veya yetkili makamların koymuş olduğu en yüksek sınırı aşan sözleşmeler en yüksek sınır üzerinden yapılmış sayılır; sınırı aşan edimler hata ile yerine getirilmiş olmasa bile, geri alınır. Bu sınırlarda, Türk Borçlar Kanununun 27 nci maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi uygulanmaz."

5. Cezai Şartın Konusunun İmkânsız Olması

Cezai şartın konusunun objektif olarak imkânsız olması halinde de tacir borçlular için sorumluluk doğmayacaktır. Bu kapsamda söz konusu imkânsızlık, sözleşmenin kurulduğu (cezai şartın belirlendiği) anda yani başta ortaya çıkabileceği gibi, cezai şartın muaccel hale geldiği tarihte yani sonradan da ortaya çıkabilir. Her iki durumda da tacir borçlu cezai şartın imkânsızlığını ileri sürerek cezai şartı yerine getirmekten kurtulacaktır. Bu sonucun ortaya çıkmasında, ilk durumda cezai şartın geçersiz olması (TBK. m.27), ikinci durumda ise cezai şarta ilişkin ifa borcunun sona ermesi (TBK. m.136) etkili olacaktır.

Tacir borçlunun cezai şartın imkânsızlığını ileri sürebilmesi için, söz konusu imkânsızlık durumunun kendisine yüklenemez olması gerekir. Dolayısıyla tacir borçlu basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü çerçevesinde gerekli bütün tedbir ve özeni gösterdiğini ancak buna rağmen imkânsızlık sonucunun ortaya çıktığını ispat etmelidir. Nitekim Yargıtay tarafından bu husus “*Gerekli tedbirleri almadan sözleşme yapan ve borç altına giren tacirin alabileceği tedbirlerle önleyebileceği bir imkânsızlığa dayanması kabul edilemez.*” şeklinde açıklanmıştır¹¹⁵.

6. Cezai Şartta İradeyi Sakatlayan Nedenlerin Bulunması

TTK. m.22 hükmünün uygulanabilmesi için, tacir borçlunun cezai şart ödeme borcunun altına hukuka uygun bir şekilde girmesi gerekir. Dolayısıyla tacir sıfatını haiz borçlu, aşırı cezai şarta ilişkin kayıt konulurken TBK. m.30-39 hükümlerinde düzenlenen iradeyi sakatlayan hallerin olduğunu ileri sürerek sözleşmenin iptalini sağlayabilir ve böylece aşırı cezai şart ödemekten kurtulabilir¹¹⁶.

7. Cezai Şartın Gabin Oluşturması

Aşırı cezai şartın indirilmesinin istenememesi, tacirin basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğünün doğal bir uzantısı olduğundan, tacir borçlunun ticari faaliyet ve işlemlerinde “*düşüncesiz*” veya “*deneyimsiz (tecrübesiz)*” olması kabul edilemez. Ancak sözleşmede aşırı cezai şarttan kaynaklanan karşılıklı edimler arasındaki açık oransızlık, zarar gören konumundaki tacirin “*zor durumda kalmasından (muzayaka)*” yararlanılmak suretiyle gerçekleştirilmiş ise

¹¹⁵ Y.13.H.D., T.10/06/2003, E.322, K.636 (ÇEKER, s.95, dn.70). Aynı yönde bkz. Y.H.G.K., T.17/10/1980, E.1978/11-773, K.1980/2310 (GÖKÇEÖĞLU, s.216-219).

¹¹⁶ POROY – YASAMAN, s.144./BAŞBUĞ, s.17./ARKAN, s.145./DERYAL, s.37./DOMANİÇ, s.237.

tacir borçlu aşırı yararlanmaya (gabine) ilişkin TBK. m.28 hükmüne dayanabilecek ve dolayısıyla aşırı cezai şart ödemekten kurtulabilecektir¹¹⁷.

8. Asıl Borca Bağlı Nedenler

Yukarıda da belirtildiği üzere cezai şart, asıl borca bağlı fer'i bir borçtur. Dolayısıyla cezai şart, asıl borcun tabi olduğu işlemlere tabi olur. Buna göre asıl borç TBK. m.27 çerçevesinde geçersiz ise buna bağlı olan cezai şart da geçersiz hale gelir ve böylece tacir borçlular cezai şarttan kurtulmuş olur. Başka bir ifadeyle asıl borç; kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırıysa veya konusu imkânsızsa asıl borçla birlikte buna bağlı cezai şart da hükümsüz hale gelecektir. Nitekim bu husus TBK. m.182/2'de *"Asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse, cezanın ifası istenemez."* şeklinde açıkça belirtilmiştir. Ayrıca asıl borcun tarafların fiil ehliyetsizliği sebebiyle geçersiz olduğu hallerde de tacir borçlular cezai şarttan kurtulacaktır.

Ancak tacir borçluların bu gibi genel durumları ileri sürerek cezai şartın ifası borcundan kurtulabilmeleri için, iyiniyetli olmaları zorunludur. Eğer sözü edilen geçersizlik durumlarına kötüniyetli olarak bizzat tacir borçlu sebebiyet vermişse yahut tacir borçlu bu geçersizlik sebeplerine rağmen cezai şart edimini yerine getirmişse artık bunun ileri sürülmesi TMK. m.2/2 çerçevesinde hakkın kötüye kullanımı teşkil eder. Bu bakımdan TBK. m.182/2'de geçen *"sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple"* ibaresini, yalnızca imkânsızlık durumu için değil, asıl borcu geçersiz hale getiren diğer durumlar için de uygulanacak şekilde geniş yorumlamak gerekir.

Ayrıca yine cezai şartın asıl borca bağlı fer'i bir borç olmasının doğal bir sonucu olarak, asıl borç ifa ya da diğer bir sebeple sona erdiği takdirde, buna bağlı olarak cezai şart borcu da sona ermiş olduğundan (TBK. m.131), bu durum tacir borçlular bakımından da hüküm ve sonuç doğuracaktır.

B. Cezai Şartın İndirilmesinin İstenebildiği Haller

Kural olarak, TTK. m.22'deki açık hüküm sebebiyle tacir borçlunun aşırı cezai şartın indirilmesini istemesi mümkün değildir. Bununla birlikte bazı istisnai durumlarda tacir borçluların da karşı karşıya oldukları aşırı cezai şartın indirilmesini talep edebilecekleri kabul edilmektedir. Şüphesiz bu gibi durumlarda aşırı cezai şartın indirilmesinin koşulları burada da aranacaktır.

¹¹⁷ DERYAL, s.37./BAŞBUĞ, s.17./ARKAN, s.145./POROY –YASAMAN, s.144. / DOĞANAY, s.233.

1. Cezai Şarta İlişkin Sözleşmenin (Asıl Borcun), Tacir Borçlunun Ticari İşleriyle İlgili Olmaması

Daha önce de belirtildiği üzere tacir borçlunun aşırı cezai şartın indirilmesini talep edememesinin altında, tacirler için geçerli olan basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümü yatmaktadır. Başka bir ifadeyle TTK. m.22 hükmü esas itibarıyla TTK. m.18/2 hükmüne dayanmaktadır. Buradan hareketle TTK. m.18/2 hükmü dikkatlice incelendiğinde, burada geçen basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğünün, tacirin yalnızca “*ticaretine ait bütün faaliyetleri*” bakımından geçerli olduğu belirtilmektedir. Gerçekten bir tacirden ancak faaliyet gösterdiği ticari alanla ilgili konularda dikkatli ve özenli hareket etmesi beklenebilir. Dolayısıyla tacirin ticari olmayan (adi) işleri bakımından basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bunun içindir ki, tacir her işinde değil, yalnızca ticari işleriyle ilgili olarak aşırı cezai şartın indirilmesini isteyemeyecektir¹¹⁸. Ticari işletmesi ile ilgili olmayan (adi nitelikli) işlemlerde ise tacir borçlu, aşırı cezai şartın indirilmesini talep edebilecektir.

Bu kapsamda incelendiğinde, tüzelkişi tacirlerin bütün işlem ve faaliyetleri ticari sayılır. Başka bir ifadeyle tüzelkişi tacirlerin adi borç ilişkisi yoktur¹¹⁹. Bu nedenle tüzelkişi tacirler bakımından yukarıdaki durumun (istisnanın) uygulanma olasılığı yoktur¹²⁰. TTK. m.22 hükmü tüzelkişi tacirler bakımından mutlak olarak uygulanacaktır. Bununla birlikte gerçek kişi tacirler bakımından, bir gerçek kişi tacirin borçlarının ticari olması asıl ise de bunun istisnaları bulunmaktadır. Buna göre, gerçek kişi olan bir tacirin, işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği hallerde veya işin ticari sayılmasına durumun elverişli olmadığı zamanlarda söz konusu borç adi sayılacaktır (TTK. m.19/1). Şu halde borçlu konumundaki gerçek kişi bir tacir, aşırı cezai şartın öngörüldüğü sözleşmenin yapıldığı sırada bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirmişse veya bildirmemesine rağmen somut olayın hal ve koşullarından söz konusu sözleşme konusu işin gerçek kişi tacirin ticari işletmesiyle ilgili olmadığı anlaşılıyorsa bu takdirde aşırı

¹¹⁸ **BATTAL, Ahmet:** “Tacirin İş Kanunu’na Tabi Bir Sözleşmeden Doğan Cezai Şart Borcuna TK. 24 (İndirim Yasağı) Uygulanabilir Mi?”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 1999, C.20, S.2, s.20-21./**TUNÇOMAĞ,** s.177./**ÜLGEN – TEOMAN – HELVACI – KENDİGELEN – KAYA – NOMER ERTAN,** s.222./ **BAŞBUĞ,** s.14./**ARKAN,** s.145./**GÜNAY,** s.220-221./**ÇINAR,** s.103. **POROY – YASAMAN,** s.142./**NOMER ERTAN,** s.33. /**DİRİCAN,** s.193-194. / **ASLAN – ERGÜN,** s.79. / **İMREGÜN,** s.41./**ÇABRİ,** s.924. s.926. / **DERYAL,** s.37. / **KOCAĞA,** s.259.

¹¹⁹ Bunun nedeni, tüzelkişi tacirlerin barınma, gıda, giyinme ve aile gibi gerçek kişilere mahsus ihtiyaçlarının bulunmamasıdır. Bkz. **BATTAL,** (Tüketici Sıfatı), s.318.

¹²⁰ İMREGÜN ise amaçlarına ulaşmak için ticari işletme işleten ancak kamu yararına olmadıkları için tacir sıfatına sahip olan derneklerin de ticari işletmeleriyle ilgili olmayan iş ve işlemleri bakımından aşırı cezai şartın indirilmesini isteyebileceklerini belirtmektedir. Bkz. **İMREGÜN,** s.41.

cezaî şartın tenkisi istenebilecektir. Bununla birlikte tacirin ticarî işletmesiyle doğrudan ilgili olmasa dahi bizzat kanun koyucu tarafından ticarî iş olduğu belirtilen (TTK. m.3) işlemler (mutlak ticarî işler) bakımından TTK. m.22 uygulanacak ve dolayısıyla tacir borçlu indirim talep edemeyecektir¹²¹.

2. Alacaklının Kötüniyetli Olmaması

Yukarıda da belirtildiği üzere tacirler basiretli bir iş adamı gibi hareket etmek zorunda olduklarından, tacirlerin bir hukukî ilişkiye girerken her türlü durumu öngördükleri ve tüm koşulları gözönüne alarak kendi menfaatleri bakımından en iyi olanı tercih ettikleri varsayılır. Bunun içindir ki, tacirin sonradan bu hukukî ilişkiden geri dönmek istemesi veya bu hukukî ilişkide değişiklik talep etmesi kabul edilemez. Ancak bu hususu ileri sürmek hukukî ilişkinin (örneğin sözleşmenin) karşı tarafı bakımından TMK. m.2’de öngörülen dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmemelidir aksi halde bu gibi durumlarda tacirin basiretli bir iş adamı gibi hareket etme zorunluluğundan söz edilemez¹²².

Bu nedenle tacir borçlunun aşırı cezaî şartın indirilmesini talep edememesi, karşı taraf bakımından hakkın kötüye kullanımı teşkil etmemelidir. Başka bir ifadeyle alacaklının kötüniyetli olduğu durumlarda tacir borçlunun da aşırı cezaî şartın indirilmesini isteyebileceğini kabul etmek gerekir. Örneğin cezaî şart tutarının önceden kesin biçimde belirlenmeyerek bu tutarın belirlenmesine yönelik bazı esasların kabul edildiği durumlarda, bu esasların belirlenmesi sırasında hile yapan alacaklının, bu esaslarda zaman içinde ortaya çıkan beklenmeyen (olağanüstü) gelişmeler sonucunda cezaî şartın aşırı gelmesi sebebiyle indirim talep eden tacir borçluya karşı sonradan TTK. m.22 hükmünü ileri sürmesi, TMK. m.2/2’de düzenlenen dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacaktır.

3. İş İlişisinin Bulunması

Cezaî şart, iş hukukuna tabi sözleşmelerde özellikle haksız fesih durumlarına karşı bir müeyyide olarak karşımıza çıkmaktadır¹²³. Yargıtay, tacir işveren ile işçi arasındaki ilişkiyi, ticarî iş ilişkisi olarak görmemekte, iş kanunu hükümlerine bağlı bir hizmet akdi olarak kabul etmektedir. Dolayısıyla Yargıtay’a göre bu tür iş ilişkileri bakımından, TTK. m.22’nin uygulanma imkânı bulunmadığından,

¹²¹ GÜNAY, s.221.

¹²² ASLAN – ERGÜN, s.75.

¹²³ KARAGÖZ, s.73-46./ARICI, s.35.

gerçek veya tüzelkişi tacir işverenin aşırı cezai şartın indirilmesini talep edebilmesi, hâkimin de bu hususu re'sen gözetmesi gerekir¹²⁴.

Nitekim bu husus bir kararda¹²⁵ "*Davalı işverenin A.Ş. olması nedeni ile TTK 24. maddesinin olayda uygulama olanağının bulunup bulunmadığının belirlenmesinde toplanmaktadır. Bu bağlamda, davacı işçi ile işveren arasındaki ilişkinin hukuki nitelikleri üzerinde durulmasında yarar vardır. ... işveren ile işçi arasındaki ilişki TTK'nun 3. maddesinde anlamını bulan ticari iş niteliğinde olmayıp, 1475 sayılı İş Yasasından kaynaklanan ve iş yasası hükümlerine bağlı ve bu çerçeve içinde kendine özgü bir hizmet akdidir. Dahası işçi işveren ilişkileri gözetildiğinde kamu düzeni ile de ilgilidir. Esasen iş hukukunun temel ilkelerinden olan tarafların dengeli tutulması kuralı da bu kabulü doğrulamaktadır. O nedenle; işe almama karşılığında bir yaptırım olarak kararlaştırılan ceza koşulunun TTK'nu hükümlerinin öngördüğü anlamda bir ticari ilişkiden kaynaklanmadığı çok açıktır. Hal böyle olunca; davalı işveren A.Ş.'nin, tacir olması taraflar arasındaki anlatılan hukuki ilişkinin kendine, özellikle iş yasasına özgü niteliği karşısında, TTK'nun 24. maddesinin uygulamasını gerektirmez.*" şeklinde açıklanmıştır.

Başka bir kararda¹²⁶ da "*İşverenin, tacir statüsünde olması, iş akdindeki cezai şart bakımından Türk Ticaret Kanunu'nun 24. maddesindeki kuralın işveren hakkında uygulanmasını gerektirmeyecektir. Yani, cezai şart borçlusu işveren tacir de olsa, Borçlar Kanunu'nun 161/3. maddesindeki emredici hüküm uyarınca, fahiş görüldüğü takdirde cezai şarttan re'sen indirim yapılması zorunludur.*" denilmek suretiyle aynı esas kabul edilmiştir.

Yargıtay'ın bu yaklaşımı, öncelikle TTK. m.22 hükmüne aykırılık oluşturmaktadır. Zira söz konusu hüküm, tacirin ticari işletmesiyle ilgili tüm akitlerini kapsayacak şekilde geniş bir içeriğe sahiptir¹²⁷. Kaldı ki bu yaklaşım, TTK. m.3'te düzenlenen ticari iş kriterine açıkça ters düştüğü gibi, iş ilişkilerinde akdın zayıf tarafını oluşturan işçinin işverene karşı korunması ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir. Zira TTK. m.3'te "*Bu Kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir.*" hükmü yer almaktadır. Görüldüğü üzere kanun koyucu ticari iş sayılma noktasında iş ilişkileri bakımından herhangi bir istisna getirmemiştir. Dolayısıyla tacir işverenin, ticari işletmesinde istihdam edeceği bir işçi ile yaptığı

¹²⁴ Y.H.G.K., T.02/10/2002, E.9-596, K.662 (Bkz. **GÖKÇEOĞLU**, s.200-201)/Y.9.H.D., T.17/11/2003, E.6942, K.19428 (**GÖKÇEOĞLU**, s.231)/Y.H.G.K., T.15/10/1997, E.486-9, K.822 (Yargıtay Kararları Dergisi 1999, C.25, S.3, s.303).

¹²⁵ Y.H.G.K., T.15/10/1997, E.9-486, K.822 (Yargıtay Kararları Dergisi 1999, C.25, S.3, s.303-305).

¹²⁶ Y.H.G.K., T.02/02/2005, E.2004/9-759, K.2005/9 (Bkz. **ÇABRİ**, s.914-919).

¹²⁷ **BATTAL**, (Cezai Şart), s.19./**NOMER ERTAN**, s.34.

iş sözleşmesinin, tacirin ticari işletmesiyle ilgili bir işlem olduğu açıktır¹²⁸. Bu nedenle söz konusu iş sözleşmesinin, tacir işveren bakımından ticari iş olarak sayılması¹²⁹ ve bu doğrultuda tacir işverenin TTK. m.22 gereğince bu iş sözleşmesinde öngörülen aşırı cezai şartın indirilmesini talep edememesi gerekir¹³⁰. Ayrıca iş ilişkilerinde cezai şart bakımından işçinin alacaklı işverenin ise borçlu olduğu durumlarda¹³¹, tacir işverenin aşırı cezai şartın indirilmesini talep edebilmesi, işçi aleyhine bir durum oluşturacağından, hizmet sözleşmesinin işçiyi koruyucu yapısına da uygun düşmemektedir¹³².

4. Hakkaniyetin Gerektirdiği Durumlar

Doktrin¹³³ ve Yargıtay, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda tacir borçluların da aşırı cezai şartın indirilmesini talep edebileceği yönünde bazı karar vermekte ve böylece TTK. m.22’de öngörülen kuralı yumuşatma (katılıklarını giderme) yoluna gitmektedir. Bu kapsamda cezai şart miktarının tacir borçlunun ekonomik açıdan yok olmasına neden olacak kadar ağır olması halinde indirilebileceği kabul edilmektedir¹³⁴.

Nitekim bu husus bir kararda¹³⁵ “*Davalıların tacir oldukları uyumsuzluk konusu değildir. TTK.nun 24. maddesi uyarınca tacirler hakkında BK.nun 161/son maddesi uygulanamaz. ... Ne var ki tarafların bir cezai şart kararlaştırmış bulunmaları karşısında, cezai şartın makul bir düzeyde belirlenmesi de mahkemenin görevi içinde bulunmaktadır. Mahkemece ... davalıların tacir olmaları da gözetilerek, aralarındaki kararlaştırmaya göre belirlenen cezai şartın ödenmesi davalıların ekonomik açıdan çökmesine sebebiyet verdiğinin anlaşılması halinde makul bir miktara indirilerek ne miktar cezai şart ödeyebilecekleri ... belirlenmeli ve sonucuna göre hüküm kurulmalıdır.*” biçiminde açıklanmıştır.

¹²⁸ ÇABRİ, s.924-925. /BATTAL, (Cezai Şart), s.22.

¹²⁹ POROY – YASAMAN, s.143. / KARAGÖZ, Veli: İş Sözleşmesinde Cezai Şart, Ankara 2006, s.58-59./BAŞBUĞ, s.15./NOMER ERTAN, s.35-36.

¹³⁰ Daha önce de belirttiği üzere TTK. m.19/2’de öngörülen ticari iş karanesi gereğince, taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır. Ancak bu gibi durumlarda kendisi hakkında ticari iş kabul edilse dahi tacir sıfatına sahip olmayan borçlu, aşırı cezai şartın indirilmesini talep edebileceğinden, işçi hakkında TTK. m.22 uygulanmayacak ve dolayısıyla aşırı cezai şartın indirilmesi gündeme gelebilecektir.

¹³¹ İş sözleşmesinde işveren aleyhine öngörülen cezai şart konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZDEMİR, s.404-409.

¹³² NOMER ERTAN, s.36-37./BAŞBUĞ, s.16-17./KARAGÖZ, s.58-59./POROY – YASAMAN, s.143. / BATTAL, (Cezai Şart), s.22-23./ ÇABRİ, s.925-926.

¹³³ EREN, s.1141.

¹³⁴ Y.15.H.D., T.23/03/2010, E.2009/1814, K.2010/1643 (Yargıtay Kararları Dergisi 2010, C.36, S.7, s.1263-1266. /Y.H.G.K., T.20/03/1974, E.1970/1053, K.1974/222 (GÜNAY, s.223, dn.635).

¹³⁵ Y.13.H.D., T.03/02/2003, E.587, K.1034 (GÖKÇEOĞLU, s.240-241).

SONUÇ

Cezai şart, bir borç ilişkisinde asıl borcun gereği gibi yerine getirilmesini kuvvetlendirmek (teminat altına almak) üzere taraflarca kararlaştırılan fer'i nitelikli ve geciktirici şarta bağlı bir edim borcudur. Bu yönüyle cezai şart, bir yandan borcunu gereği gibi yerine getirmeyen borçluyu cezalandırırken, bir yandan da alacaklının muhtemel zararlarını tazmin edici bir işlev görür. Sözleşmeler hukukuna hâkim olan serbesti ilkesi kendisini cezai şart konusunda da göstermekte ve uygulanmaktadır. Bu çerçevede taraflar cezai şartın öngörülmesi ve miktarının belirlenmesi hususlarında özgürdür. Ancak bu özgürlük taraf menfaatleri arasındaki dengenin diğeri aleyhine hakkaniyeti bozacak şekilde bozulmasını kapsamaz. Bu gibi durumlarda aşırı cezai şartın hâkim tarafından indirilmesi gündeme gelir.

Tacir sıfatına sahip olmak, bir yandan bazı haklara sahip olmayı sağlarken, diğer yandan birtakım yükümlülüklerle tabi olmayı gerektirmektedir. Bu yükümlülüklerden birisi de TTK. m.22'de düzenlenen aşırı cezai şartın indirilmesini isteyememe halidir. Kanun koyucu tacir sıfatına sahip olan kişilerin basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüklerinin bir devamı olarak bu yükümlülüğü getirmiştir. Zira basiretli bir iş adamı, başlangıçta serbest iradesi ile kabul ettiği bir cezai şartın kendisi için doğurduğu risklerin ve ileride doğuracağı sonuçların muhteiyatını normal kişilere göre çok daha iyi ve doğru takdir eder. Hal böyle olunca sonradan bu cezai şartın aşırı olduğunu ileri sürmek TMK. m.2/2'de öngörülen dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacaktır.

Bununla birlikte tacir sıfatına sahip olan kimselerin her durumda aşırı cezai şartı ifa etmek zorunda oldukları da söylenemez. Bir defa, cezai şartın fer'i niteliği gözönüne alındığında, asıl borcun emredici kurallara, ahlaka, kişilik haklarına aykırılık veya imkânsızlık gibi nedenlerle geçersiz olduğu veya sona erdiği durumlarda, cezai şart tacir borçlu bakımından da kendiliğinden sona erecektir. Ayrıca asıl borç mevcut ve geçerli olsa dahi, cezai şarta ilişkin hükmün geçersiz olması halinde de cezai şart tacir borçlu bakımından bağlayıcı olmayacaktır.

Öte yandan, tacirler bakımından aşırı cezai şartın indirilmesinin istenememesi kuralının mutlak olarak uygulanması gibi bir durum da söz konusu değildir. Zira bu kural tacirin ticari işletmesiyle ilgili olmayan işleri bakımından geçerli olmayacağı gibi, tacir borçlunun aşırı cezai şartın indirilmesini talep edememesinin alacaklı bakımından hakkın kötüye kullanımı teşkil ettiği durumlarda da tacir aşırı cezai şartın indirilmesini talep edebilecektir. Ayrıca yargı kararlarında, somut olayda tacir borçlunun aşırı cezai şartın indirilmesini

talep edememesinin hakkaniyete aykırı düştüğü durumlarda veya ortada bir iş ilişkisinin olduğu hallerde tacir borçlunun aşırı cezai şartın indirilmesini talep edebileceği kabul edilmektedir.



KAYNAKÇA¹³⁶

Arıcı, Kadir: “Hizmet Akitlerine Cezai Şart Konulması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1997, C.1, S.1, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/1_1_tam.pdf (Erişim Tarihi: 20/03/2013), s.40-54.

Arkan, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2012.

Aslan, İ. Yılmaz – Ergün, Mevci: Ticaret Hukuku, Bursa 2010.

Ayhan, Rıza: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2007.

Ayhan, Rıza – Çağlar, Hayrettin – Özdamar, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2009.

Başalp, Nilgün: “Sözleşme Özgürlüğünün Sözleşme Adaletinin Sağlanması Amacıyla Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Korunması: İçerik Denetiminin Hukuki Temelleri Hakkında Bazı Değerlendirmeler”, Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan, İstanbul 2011, s.221-238.

Başbuğ, Aydın: “Tacir İşveren ve İş Hukukunda Cezai Şarttan İndirim”, Kamu-İş Dergisi 2003, C.7, S.2, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/7218.pdf> (Erişim Tarihi: 19/03/2013), s.1-19.

Başbuğoğlu, Tarık: Uygulamalı Ticaret Kanunu, Ankara 1988.

Battal, Ahmet: “Tacirin İş Kanunu’na Tabi Bir Sözleşmeden Doğan Cezai Şart Borcuna TK. 24 (İndirim Yasağı) Uygulanabilir Mi?”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 1999, C.20, S.2, s.15-23. (Cezai Şart).

Battal, Ahmet: “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Yönünden Tacirlerin Tüketici Sıfatı”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan’dan Ayrı Bası, Ankara 1998, s.313-332. (Tüketici Sıfatı).

Berzek, Ayşe Nur: Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, İstanbul 2008.

¹³⁶ Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıflar, parantez içerisinde ve kısaltılarak gösterilmiştir. Aynı soyadı taşıyan yazarların eserlerine atıflarda ise söz konusu yazarın adı parantez içerisinde belirtilmiştir.

Bilge, Necip: “Cezai Şart”, Medeni Hukuk Ordinaryüs Profesörü Ahmet Esat Arsebük'ün Aziz Hatırasına Armağan, Ankara 1958, s.37-128.

Çabri, Sezer: “Cezai Şart Borçlusunun Tacir Olması Halinde İş Sözleşmesinde Kararlaştırılan Fahiş Cezai Şartın İndirime Tabi Tutulup Tutulamaması”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 2006, C.3, S.11, s.913-928.

Çeker, Mustafa: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku, Adana 2012.

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

Dedeagaç, Ender: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1. Kitabına İlişkin Görüşlerim, Ankara 2012.

Demirtaş, Sebla: “Cezai Şart”, İstanbul Barosu Dergisi 2010, C.84, S.2, s.849-873.

Deryal, Yahya: Meslek Yüksek Okulları İktisadi ve İdari Bilimler Programları İçin Ticaret Hukuku Bilgisi (Özet Ders Kitabı), Trabzon 2006.

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

Doğanay, İsmail: Türk Ticaret Kanunu Şerhi Birinci Cilt – Madde 1-419, İstanbul 2004.

Domaniç, Hayri-Ulusoy, Erol: Ticaret Hukukunun Genel Esasları, İstanbul 2007.

Ekinci, Hüseyin: Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, Ankara 2004. (Cezai Şart).

Ekinci, Hüseyin: “İş Hukukunda Cezai Şart Uygulaması ve Özellikleri”, Adalet Dergisi 2006, S.24, s.33-66. (İş Hukuku).

Ekinci, Hüseyin: “Cezai Şart, Zarar İlişkisi ve Cezai Şartın Sona Ermesi”, Adalet Dergisi 2002, S.10, s.97-119. (Zarar İlişkisi).

Ekinci, Hüseyin: “Cezai Şart İlişkisinde Kusur Sorunu”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi 2007, S.8, s.21-28. (Kusur Sorunu).

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2011.

ERİŞ, Gönen: Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, C.1 (1-56.maddeler), Ankara 2010.

Gökçeoğlu, Kamil Haluk: Cezai Şart ve Güncel İçtihatlar, İstanbul 2007.

Günay, Cevdet İlhan: Cezai Şart (BK. m.158-161), Ankara 2002.

İmregün, Oğuz: Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler – Ortaklıklar – Kıymetli Evrak), İstanbul 1996.

İnal, H. Tamer: Borca Aykırılık ve Sonuçları, İstanbul 2009.

İnal, Tamer: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2004.

Karagöz, Veli: İş Sözleşmesinde Cezai Şart, Ankara 2006.

Kendigelen, Abuzer: Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2012.

Kılıçoğlu, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011.

Kocağa, Köksal: Türk Özel Hukukunda Cezai Şart (BK.m.158-161), Ankara 2003.

Kocaman, Arif: “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 İçin Öngörülen İhtirazi Kayıt İleri Sürme Şartının Sözleşme İle Bertaraf Edilip Edilemeyeceği Hususu”, Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan, İstanbul 2011, s.567-582.

Nomer Ertan, N. Füsün: “İş Akdinden Doğan Cezai Şart Hükümlerine TTK. m.24 Uygulanır Mı?”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C.1, İstanbul 2007, s.29-37.

Okutan Nilsson, Gül: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul 2009.

Ozanoğlu, Hasan Seçkin: “İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1999, C.3, S.1-2, s.63-121.

Özdemir, Erdem: “İş Hukukunda Cezai Şart”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 2005, C.9, S.3-4, s.403-416.

Poroy, Reha – Yasaman, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2010.

Reisoğlu, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006.

Ruhi, Ahmet Cemal: Sözleşmeler Hukuku, Ankara 2011.

Serozan, Rona: Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975.

Soyer, M. Polat: “Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, Ankara 2000, s.363-380.

Topuz, Seçkin: Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale, Ankara 2009.

Tunçomağ, Kenan: Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963.

Uygur, Tanju: Cezaî Şartın Tenkisi, Ankara Barosu Dergisi 1975, S.6, s.816-819

Uygur, Turgut: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C.1 (Madde 1-236), Ankara 2012.

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

Ülgen, Hüseyin – Teoman, Ömer – Helvacı, Mehmet – Kendigelen, Abuzer – Kaya, Arslan – Nomer Ertan, N. Füsün: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2009.

Yargıtay Kararları Dergisi, 2010, C.36, S.7.

Yargıtay Kararları Dergisi, 2002, C.28, S.10.

Yargıtay Kararları Dergisi, 2000, C.27, S.9.

Yargıtay Kararları Dergisi, 1999, C.25, S.3.

Yargıtay Kararları Dergisi, 1977, C.3, S.1.