

## GENEL İŞLEM KOŞULLARIYLA KARARLAŞTIRILAN CEZA KOŞULUNUN İÇERİK DENETİMİ

*Prof. Dr. Çiğdem Kırcı*

*TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi*

### I. GENEL İŞLEM KOŞULLARI

#### A. Genel İşlem Koşulları

*Genel işlem koşulları (GİK)*, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir (TBK m. 20).

Genel işlem koşullarının özelliği, bu koşulların belirli bir tipte ve sayıca çok kez kullanma amacıyla önceden genel tarzda formüle edilmesidir. GİK her bir sözleşme tarafıyla ayrı ayrı tartışma konusu edilmezler veya taraflarca bir taslak halinde müzakere edilip bazılarında değişiklikler yapılmasına imkân vermezler.

GİK kullanıcıları, GİK'nın içeriğini kullanıma sunmadan önce üzerinde çalışabilirler, hazırlamak için uzmanlara, hukukçulara danışma olanakları vardır ve dolayısıyla içeriğini önceden bilirler. Oysa GİK'nın muhatapları olan sözleşmenin diğer tarafının (müşterinin) GİK üzerinde çalışma olanağı çok sınırlıdır ve bu konuda çalışma özel bir uzmanlığı ya da özel bilgiyi gerektirebilir. Müşteriler zaman baskısı altındadır. “Kullanıcı müşterinin yanına oturur müşterinin okumasına fırsat vermeden imzalaması için bekler”<sup>1</sup>. Diğer taraftan kişiler genel olarak formüle edilmiş olanların, yani genel olarak ortaya konulanların kötü olmayacağı konusunda bir kanaat içerisindedirler (psikolojik önemsizleştirme efekti). Bütün bu şartlar altında müşterinin GİK'nı kabul etmesi, genellikle hiç bir şey bilmeden toptan kabul ile (global benimsemeyle) gerçekleşir. Müşteri sözleşme kurulmadan önce GİK'lerin tamamını okumuş olsa bile onun hukuki sonuçlarına kural olarak detaylarıyla vakıf olamamaktadır. Özellikle düzenleyici hukuk kurallarından ayrılındığının bilincinde olamamaktadırlar<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Dieter Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 10. A., München 2010, N. 397.

<sup>2</sup> Koller, Alfred: AGB-Recht, AJP 2016, s. 279 vd., 281.

TBK 20-25. maddeleri Genel İşlem Koşullarının denetimini düzenlemektedir. Burada tüketici tacir ayrımı yapılmamaktadır. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 5. maddesi, esas olarak TKHK kapsamındaki hukuki işlemlere uygulanmakla birlikte, TBK'dan daha kapsamlı bir düzenleme getirdiği için bu hükümlerin niteliğine uygun düştüğü ölçüde TBK'da düzenlenen genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin yorumlanması ve tamamlanmasında esas alınabileceği ileri sürülmektedir<sup>3 4</sup>.

Genel işlem koşullarının denetimi, uyuşma veya yürürlük denetimi, yorum denetimi ve içerik denetimi şeklinde yapılmaktadır (TBK m. 20-25).

### **1) Uyuşma (veya Yürürlük) Denetimi**

GİK'nın varlığından söz edebilmek için sözleşme ile kabul edilmiş olması gerekir. Bunun için taraflar arasında uyuşmanın gerçekleşmiş olması şarttır (TBK m.1 vd.). Uyuşma denetimi, sözleşmenin diğer tarafının (müşterinin) GİK kullanan tarafın GİK ile sözleşmenin içeriğine dahil etmek istediği konuya ilişkin iradesini, sözleşmenin kurulduğu sırada bilmesi veya bilebilecek durumda olması ya da dürüst ve makul üçüncü bir kişinin onun yerinde olması halinde benzer şekilde bilebilecek durumda olması (güven teorisi) konusunda yapılan denetimdir. Bu ikinci durumda dürüstlük kuralına göre uyuşmanın normatif olarak sağlanması söz konusudur.

Uyuşma (veya yürürlük) denetimi iki aşamada yapılmaktadır:

**a. Kullanıcının GİK Hakkında Bilgilendirme Külfeti:** Bu külfet, kullanıcının GİK'ni karşı tarafa gönderme külfeti veya başka bir şekilde bilebilmesini sağlama külfeti (Kenntnissverschaffungspflicht) olarak da ifade edilebilir. TBK m. 21/I'e göre, "Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların

<sup>3</sup> Atamer, Yeşim: Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f.1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, BATHAE, Ankara 2012, s. 9 vd. s. 41-44; Uzunallı, Sevilay: Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi, İÜHFM 2013, C. LXXI, S. 2, s. 383 vd. s. 412; Sirmen, Lale: Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartları, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, BATHAE, Ankara 2012, s. 109 vd., 112.

<sup>4</sup> Kanımca TKHK'daki düzenleme tüketicilere ilişkin olduğu için özel hüküm niteliğindedir. Bu görüş özel hüküm genel hüküm kuralına ilişkin temel ilkeye uygun değildir ve kanun koyucunun tüketiciler için daha kapsamlı bir düzenleme yapabileceği karşı argümanın ileri sürülmesine neden olur. Ancak TKHK'daki düzenlemeler genel işlem koşullarının denetlenmesine ilişkin, Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar Avrupa Topluluğu Yönergesine (1993/13) dayandığı, bu yönergede ifadesini bulan ilkeler Alman Medeni Kanununun 307 ve devamındaki maddelerde de düzenlendiği ve TBK'nın 25. maddesinin gerekçesinde ifade edildiği üzere 25. maddenin düzenlenmesinde AMK'nın 307. paragrafından esinlendiği hususları dikkate alındığında, kanunun amacından hareketle TKHK'nun 5. maddesinden de dolaylı bir şekilde yararlanılabilir.

varlığı hakkında *açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına* ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır.”<sup>5</sup> Bu külfetin ihlali halinde GİK varlık kazanmaz, yürürlükte değildir.

Karşı tarafı GİK kullanıldığı konusunda uyarmak ve ona GİK'in içeriği hakkında bilgi edinme imkânının verilmesi gerekir. GİK'in yürürlükte olması için karşı tarafın onu okuması ve içeriğini anlaması şart değildir<sup>6</sup>. GİK'in içeriği hakkında bilgi verme yükümlülüğü yoktur, madde bu şekilde yorumlanmamalıdır<sup>7</sup>.

**b) Uyuşma veya Yürürlük Kontrolü İkinci Aşama: Şaşırtıcı Kayıtlar Kuralı (Ungewöhnlichkeitsregel)** Global bir benimseme ile kabul edilen GİK'ndeki *dürüstlük kuralına göre* sözleşmenin içeriği sayılamayacak bazı kayıtlar, şaşırtıcı kayıtlar olarak ifade edilmektedir. Nitekim bu durum TBK m. 21/2'de açıkça düzenlenmiştir. Buna göre “*Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır*”. Bu durumda uyuşma gerçekleşmemiştir. GİK ile düzenlenen şaşırtıcı kayıtlar üzerinde tarafların uyuşmaması dolayısıyla yokluk söz konusudur. Bu itibarla kanun metninde yer alan yazılmamış sayılma ifadesi isabetli değildir<sup>8</sup>. Gerçekten de GİK hakkında uyuşma, her iki tarafın GİK'ni gerçekten istemesi (fiili uyuşma) veya taraflardan birinin gerçekten istemesi ve diğer tarafa (müşteriye) ise dürüstlük kuralına göre atfedilmesi halinde (normatif uyuşma) ile gerçekleşir<sup>9</sup>. Global benimseme ile kabul edilen GİK'nda müşteri belirsiz bir durumu göze almakta, yakından bilmediği sözleşme içeriğini toptan kabul etmektedir. Müşteri, alışık olmadık şaşırtıcı kayıtları ise hesaba katmamaktadır. Dolayısıyla GİK kullanan, burada yer alan alışık olmadık şaşırtıcı kayıtların müşteri tarafından dürüstlük kuralına göre kabul edildiğini ileri süremez. Bu noktada fiili ve normatif uyuşma gerçekleşmemektedir.

**Şaşırtıcı kayıt**, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı, beklenilmeyen, alışık olunmayan kayıttır. Bir kaydın şaşırtıcı olup olmadığı somut olayın özelliğine ve müşterinin anlayabilme olanaklarına göre belirlenir. İşle ilgili tecrübesi olan müşteriler bakımından kaydın şaşırtıcı olduğu daha zor belirlenirken, daha az tecrübeliler bakımından daha kolay belirlenir. Buradaki tecrübe söz konusu olan işletme türü için söz konusudur. Şaşırtıcı kayıtlar adil olmayan kayıtlar olmak zorunda değildir. Ancak adil olmayan kayıtlar, kaydın şaşırtıcı olduğu konusunda bir emare oluşturabilir.

<sup>5</sup> Benzer bir düzenleme, Alman Medeni Kanunu'nun § 305c, f.1'de bulunmaktadır.

<sup>6</sup> Schneider, Anton K.: Einführung in die Dogmatik der AGB nach schweizerischem und Europäischem Recht, Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht. Herausg. Alexander Brunner, Anton K. Schnyder, Andrea Eisner-Kiefer, HAVE, 2014, s. 39 vd., 48.

<sup>7</sup> Atamer, s. 28.

<sup>8</sup> Borçlar Kanununda yapılan değişikliklerde esasen borçlar hukukunda yer alan kavramlar yerine aynı kavramı ifade etmek için yeni tercüme kavramlar kullanılması, söz konusu kavramın sanki tamamen başka bir şey imiş gibi anlaşılmasına yol açma tehlikesini beraberinde getirmektedir. Bu tür yaklaşımlar, özellikle tüketicinin korunması hakkındaki kanun gibi özel kanunların artmasıyla meydana gelen gittikçe artan bir şekilde borçlar hukukundan uzaklaşma veya borçlar hukukuna yabancılaşma eğilimine katkı sağlamaktadır.

<sup>9</sup> Bkz., Koller, AJP 2016, s. 281, 284. Müşterisi için olağandışı ve şaşırtıcı olduğunu bildiği hükümleri GİK'e ekleyen işletmeci, bunların, müşterisinin kabul beyanı kapsamına girdiği konusunda haklı güven sahibi olamaz. Dolayısıyla bu noktada irade uyuşmasının olmadığı kabul edilir.

Alışık olmayan veya şaşırtıcı kayıtlar da istenmiş olabilir<sup>10</sup>. Müşteri şaşırtıcı kayıtları biliyor ve buna rağmen kabul etmişse artık uyuşma gerçekleşmiştir. Bundan başka kayıt şaşırtıcı olsa bile müşterinin lehine ise bu kayıt üzerinde uyuşma gerçekleşmiştir. Müşterinin GİK'nı global benimseme ile kabul ettiği karine olarak kabul edilmektedir.

## 2) Yorum Denetimi

Yorum denetiminde birinci dereceden birbirine uygun gerçek iradeler, ikinci dereceden güven teorisine göre belirlenmiş objektif irade açıklaması esas alınır. GİK kullanıcıları, bunları yanlış anlaşılmaya sebep olmayacak şekilde kaleme almalıdırlar. *Açık olmayan ifadeler onu kaleme alanlar lehine yorumlanamaz* (TBK m. 23; TKHK m. 5/4). Sadece açık olmayan ifadeler açısından bu denetim gerçekleşir.

## 3) İçerik Denetimi

*Genel işlem koşullarının içerik denetimi*, sözleşmenin içeriğine dahil olmuş hükümlerin geçerli olup olmadığına ilişkindir. (TBK m. 25; TKHK m. 5/1.)

## B. İçerik Denetimi

*Genel işlem koşullarının içerik denetimi*, sözleşmenin içeriğine dahil olmuş hükümlerin geçersiz sayılıp sayılmayacağına ilişkindir. İçerik denetimi, yürürlük veya uyuşma denetimi sonucunda bağlayıcı olduğu belirlenen genel işlem koşullarının,  *tarafların menfaatlerini adil bir şekilde dengeleyip dengelemediğinin araştırmasının yapılması, uygun olmayanın geçersiz sayılmasıdır.*

Genel işlem koşullarında içerik denetiminin kabul edilmesinin sebebi, genel işlem koşulları kullanan tarafın, sözleşmenin içeriğini belirleme serbestisinin aksine,  *tek taraflı ve diğer tarafın aleyhine olacak şekilde içeriğini belirleyebilmesi*, bu durumda sözleşmenin içeriğinin serbestçe ve tarafların kendi hür iradeleri gereği bir uzlaşıyla belirlenmesinden söz edilemeyeceğidir. Sözleşme özgürlüğü ancak tarafların birbirine eşit veya yakın güçte oldukları ve pazarlık imkânına sahip buldukları bir ortamda gerçekleşebilir. Girişimci genel işlem koşullarını karşı tarafın görüşmesine izin vermeden, olduğu gibi kabul edilmesini istemekte, genel işlem şartlarının görüşme ve pazarlık konusu yapılmasını istememektedir. Sonuçta girişimcinin sunduğu genel işlem koşullarıyla sözleşme yapmak istemeyen diğer taraf için sözleşme yapmaktan vazgeçme dışında bir seçenek bulunmamakta, genel işlem şartlarının içeriğine etki edemediğinden, ya sözleşmeyi önerilen koşullarda yapmakta, ya da sözleşmeden vazgeçmektedir. Bu şekilde girişimci sahip olduğu fiili üstünlüğü nedeniyle hukuk düzeninin herkese eşit olarak tanıdığı sözleşme özgürlüğünden tek taraflı yararlanmaktadır. Böylece piyasada güçlü konumda bulunan işletmeler kendisiyle sözleşme yapanlara bu güçlü konumları sayesinde; sadece kendi menfaatlerini dikkate alan koşulları dayatabilmektedirler. İşte menfaatler dengesine gölge düşüren, irade özgürlüğünün

<sup>10</sup> Bkz., Koller, AJP 2016, s. 285.

girişimcinin üstün konumu nedeniyle diğer taraf için anlamsız kalmasına neden olan bu olumsuz durum içerik denetimi yoluyla engellenmeye çalışılır<sup>11</sup>.

Genel İşlem Koşullarının içerik denetimi TBK m. 25 ve TKHK'nun m. 5'de düzenlenmiştir. TBK m. 25'e göre, "Genel işlem koşullarına, *dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı* nitelikte hükümler konulamaz". TKHK m.5'da düzenlenen haksız şartlar ise, sadece tüketici aleyhine dengesizliği esas alarak tanımlanmıştır: "Tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde *dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe* neden olan sözleşme şartlarıdır".

Diğer taraftan dürüstlüğe aykırı genel işlem şartı kullanmak haksız rekabet sayılmaktadır. Nitekim TTK m. 55/f'e göre: "f) *Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları* kullanmak. Özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine; 1. Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak *kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan*, veya 2. *Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören*, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur." Haksız rekabet hükümleri vasıtasıyla genel işlem şartlarının (içerik) denetimi ile pazar aksaklığının giderilmesi amaçlanmaktadır<sup>12</sup>. Artık genel işlem şartları kullanımı, bu davranışın satışa teşviki amaçlamasına veya bu amaca elverişli olmasına bağlı olmaksızın haksız rekabetin uygulama alanına giren ticari uygulama haline gelmiştir. TTK m. 55/f, hükmü, *İsviçre Haksız Rekabet Kanununun bir önceki maddesinden alınmış* olup ve bu hükmün dayanağı şimdiki AMK § 307'nin kaynağı olan Genel İşlem Şartları Hukukunun Düzenlenmesine İlişkin Kanununun (AGB-G) 9. paragrafıdır<sup>13</sup>.

TBK m. 25'in *gerekçesinde*, *ahlaka aykırılık ölçüsünde olmasa bile öğretide dürüstlüğe aykırı olarak nitelendirilen bu tür davranışların* genel işlem koşulları alanında da önlenmesinin amaçlandığı belirtilmektedir. Gerekçede ayrıca *buna benzer bir düzenlemenin Alman Medeni Kanunu'nun 307. paragrafında da yer aldığı* ifade edilmiştir.

Alman Medeni Kanununun 307. paragrafı, *dürüstlük kuralına aykırılı olarak karşı tarafın durumunu ölçüsüz derecede ağırlaştıracak hükümlerin genel işlem koşulları ile kabul edilemeyeceğini* düzenlemektedir. AMK § 307'de yer alan, *dürüstlük kuralına aykırı hükümlerin karşı tarafın durumunun ölçüsüz derecede ağırlaştırmasının* TBK m. 25'de açıkça belirtilmese de Türk hukukunda da aranacağı kabul edilmektedir<sup>14</sup>.

Alman Medeni Kanunu genel işlem şartlarının içerik denetimini yaparken sadece dürüstlüğe aykırı bir şekilde karşı tarafın durumunu *ölçüsüz derecede ağırlaştıracak hükümlerin kesin hükümsüz olacağını kabul etmemiş, ayrıca şüphe*

<sup>11</sup> Bkz., Havutçu, Ayşe: Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003, s. 7-9.

<sup>12</sup> Bkz., Uzunallı, İÜHFM 2013, s. 387, 388.

<sup>13</sup> Uzunallı, İÜHFM 2013, s. 404, 412; Yağcıoğlu, Ali Haydar: Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nda Genel İşlem Koşullarının Açık İçerik Denetimi, (UWG Art. 8), Zevkliler'e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi 2013, s. 3057 vd., 3087.

<sup>14</sup> Bkz., Atamer, s. 50.

*halinde hangi durumların ölçüsüz ağırlaştırma oluşturacağını AMK § 308’de düzenlemiştir. Bunun dışında AMK § 309’da sıraladığı durumları, bunlar genel işlem koşulları içerisinde düzenlemiş olduğu takdirde, hakimin değerlendirme yetkisi olmaksızın kesin hükümsüz saymıştır.*

İçerik denetimi için dürüstlük kuralına aykırı ölçüsüz/önemli dengesizlik gerekir:

### **C. Karşı Taraf Aleyhine Dürüstlük Kuralına Aykırı Ölçüsüz Dengesizlik**

TBK m. 25’de, dürüstlük kuralına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştıran genel işlem koşullarının ne olduğunun tespitinde hakime yol gösterici ilkeler belirlenmemiştir. Dürüstlük kuralı genel bir kavram olup, kavramın içeriğinin belirlenmesinde hakimin geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır (TMK m. 4). Burada kural içi bir boşluk söz konusudur. Bu boşluğun doldurulmasında çok daha ayrıntılı hükümler içeren Tüketicinin Korunmasına İlişkin Kanunun 5. maddesinde yer alan haksız şartlara ilişkin hükümler ile TTK m. 55/f hükmünden de yararlanılabileceği gibi<sup>15</sup>, TBK m. 25’in gerekçesinden düzenlenmesinde etkili olduğu anlaşılan AMK § 307’den de yararlanılabileceği kabul edilmektedir<sup>16</sup>.

GİK’nın içerik denetimi kapsamlı bir adalet ve böylece sınırsız bir sosyal koruma değildir ve olmamalıdır. Karşı tarafın menfaatine her aykırı durum GİK’nın dürüstlük kuralına aykırı kullanımı değildir. Dürüstlük kuralına aykırı kullanımın gerçekleşmesi için dengesizliğin ölçüsüz olması gerekir<sup>17</sup>.

İçerik denetimi ölçütleri, mevcut düzenleyici kurallar ve sözleşmenin niteliğine/doğasına uygun haklar ve borçlar dağılımı olarak belirlenmektedir. Sözleşmenin doğasına neyin en uygun olduğunu saptarken, hakimin, ilgili sözleşme türü için adil sayılacak kuralları kanun koyucunun yerine geçerek (modo legislatoris) koymasına gerekir (TMK m. 1, f. 2). Özellikle uygulamanın yargısal kararlarla şekillenmiş olması, bazı atipik sözleşmeler için kuralların mahkeme kararları yoluyla yerleşik hale gelmiş olması veya öğretinin bu kuralları geliştirmiş olması halinde bunlardan ve hatta mukayeseli hukuk alanında yaşanan gelişmelerden faydalanılabileceği kabul edilmektedir<sup>18</sup>.

## **II. CEZA KOŞULU**

### **A. Genel Olarak**

<sup>15</sup> Atamer, s. 41-44; Uzunallı, s. 412.

<sup>16</sup> Bkz., Uzunallı, s. 412.

<sup>17</sup> Schneider, s. 42.

<sup>18</sup> Bkz., Atamer, s. 44 vd., 46.

Ceza koşulu (cezai şart), Türk Borçlar Kanunu'nun 179-182. maddelerinde düzenlenmiş, alacaklının alacağını elde etmesini veya güvence altına almasını hukuki işlem yoluyla sağlayan bir kurumdur<sup>19</sup>.

Ceza koşulunun asıl işlevi borçluyu *ifa baskısı altına almaktır*. İfa veya gereği gibi ifa etmeme halinde ceza ile karşılaşma borçluyu ifaya zorlamakta, böylece alacaklı alacağını güvence altına almaktadır. Dolayısıyla alacaklı hiç zarara uğramamış olsa da ceza koşulunun ödenmesi gerekir<sup>20</sup> (TBK m. 180). Bundan başka ceza koşulunun *denkleştirme*, bir başka deyişle meydana gelen zararları karşılama işlevi de bulunmaktadır.

Cezai şart borcu, borçlunun, belli bir borcunu (asıl yükümlülük) hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde, alacaklıya ceza koşulu edimini ifa edeceğini taahhüt etmesi ile meydana gelir. Dolayısıyla kararlaştırılan ceza koşulu, *geciktirici şarta bağlanmış bir borçtur*. Şart, borçlunun asli edimini hiç veya gereği gibi ifa etmemesidir<sup>21</sup>.

Borçlunun asıl yükümlülüğünü yerine getirmemesi üzerine alacaklı TBK m. 179/1'e göre, aksi kararlaştırılmamışsa ya borcun ifasını ya da cezanın ifasını isteyebilir. Ancak *sözleşmede kararlaştırılmışsa alacaklı hem asıl edimi hem de cezayı isteyebilir*.

Ayrıca sözleşmede kararlaştırılmamış olsa da, eğer ifa zamanına veya ifa yerine ilişkin bir ceza koşulu söz konusu ise TBK m. 179/2 gereği alacaklı hem ifayı hem de cezayı isteyebilir. (*İfaya eklenen ceza koşulu*). Ancak bunun için alacaklının hakkından açıkça feragat etmemiş ve ifayı çekincesiz kabul etmemiş olması gerekir.

Ceza koşulu ile asıl alacak arasındaki ilişki fer'ilik olarak nitelendirilmektedir. Ceza koşulu anlaşmasının geçerliliği, geçerli bir asli edimin/asıl alacağın varlığını gerektirir. Hukuka ve ahlaka aykırı bir asli edimin temin edilmesi için ceza koşulu kararlaştırılmaz (TBK 182/II).

Ceza koşulu bir hukuki işlem ile kararlaştırıldığı için *sözleşme serbestisinin sınırları içinde* kural olarak taraflar ceza miktarını *serbestçe belirleyebilirler* (TBK m. 182/1).

Bununla birlikte TBK m. 183/3'de hakimin aşırı gördüğü ceza *koşulunu kendiliğinden indirebileceği düzenlenmiştir*. Hakimin bu şekilde tarafların sözleşme ile kararlaştırdıklarına müdahale edebilmesini haklı kılan nedenin, kararlaştırılan *ceza koşulu miktarının makul ve hakkaniyete aykırı olan ölçüyü aşması* olduğu belirtilmiştir<sup>22</sup>. Cezai şartın indirimi, özellikle kararlaştırılan tutar ve talep edenin tüm kapsamıyla tespit edilen menfaatleri arasında büyük oransızlık

<sup>19</sup> Bkz., Gauch/Schlupe/Emmenegger: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl, Zürich 2014, N. 3782 vd.

<sup>20</sup> Gauch/Schlupe/Emmenegger, N. 3814.

<sup>21</sup> Gauch/Schlupe/Emmenegger, N. 3791.

<sup>22</sup> Bu konuda İsviçre Federal Mahkemesi Kararları için bkz., 102 II 135, 114 II 264.

olduğunda haklı kabul edilmektedir<sup>23</sup>. Bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediğine genel olarak değil, somut olayın tüm şartları değerlendirilerek karar verilir. Bunlar arasında sözleşmenin türü ve süresi, kusurun ağırlığı ve sözleşmeyi ihlalin ağırlığı, talepte bulunanın yasağa bağlı kalınmadaki menfaati ve tarafların ekonomik durumları yer alır. Ayrıca tarafların iş tecrübeleri de dikkate alınır. Ekonomik olarak daha az güçlü olan taraf için indirim haklılığı ekonomik olarak eşit olan taraflara nazaran daha yüksektir.

Ne var ki özel hüküm niteliğinde olan Türk Ticaret Kanunu'nun 22. maddesi, indirim tacir borçlu için yapılamayacağını kabul etmiştir. TTK m. 22'e göre, tacir sıfatına sahip borçlu TBK 182. maddesinin 3. fıkrasında yazılı hallerde aşırı ceza kararlaştırıldığı iddiasıyla sözleşme cezasının (ceza koşulunun) indirilmesini mahkemeden isteyemez. Bunun sebebi olarak, tacirin ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi davranması yükümlülüğü (TTK m. 18/2) gösterilmektedir<sup>24</sup>. Ancak bunun da belli bir sınırı vardır:

818 Sayılı Borçlar Kanunu'ndaki 19 ve 20. maddeleri karşılayan 6098 sayılı TBK'nın 27. maddesi, sözleşme özgürlüğünün sınırlarına ilişkin olup, sözleşmelerin içeriğinin emredici hukuk kurallarına, kanuna, ahlaka ve kamu düzenine aykırılığı halinde bunların kesin hükümsüz olduğunu düzenlemiştir. Yerleşmiş yargı içtihatlarında kabul edildiği üzere *borçluyu ekonomik olarak mahvedecek derecede yüksek cezai şart kararlaştırılması ahlaka aykırıdır*<sup>25</sup>. TBK m. 27, tüm sözleşmelere olduğu gibi ceza koşulu üstlenen tarafın tacir olduğu sözleşmelere de uygulanacak genel bir normdur. Bu durumda, TTK m. 22 özel bir norm olarak, *sadece taciri ekonomik olarak yıkıma uğratmayacak olan cezai şartın indirilmeyeceği şeklinde yorumlanır; taciri ekonomik olarak yıkıma götürecek derecede yüksek cezai şart ahlaka aykırılık dolayısıyla geçersizdir. Ancak yine yargı uygulamaları ve doktrindeki hakim görüşe göre, burada cezai şart hükmünün tamamı değil, borçluyu ekonomik yıkıma götürecek kadar olan kısmı geçersizdir. Bu sonuca kısmi butlan yaptırımı veya önceki TTK'nın 1466. maddesi kıyasen uygulanılarak varılmaktadır*<sup>26</sup>. Bu maddenin karşılığı 6102 Sayılı TTK'nın 1530/1 maddesidir. *Hakim cezai şart miktarını borçlunun ekonomik olarak yıkımına sebep olmayacak dereceye yani ahlaka aykırı olmayacak seviyeye getirir.*

## B. Emredici Hukuk Kurallarıyla Sınırlandırılan Ceza Koşulları

Aşağıdaki durumlarda ceza koşuluna ilişkin yapılan hukuki işlemler emredici kurallarla sınırlanmıştır:

<sup>23</sup> Gauch/Schlupe/Emmenegger, N. 3828.

<sup>24</sup> Yargıtay 11. HD. E. 2015/4245 K. 2015/11065 T. 26.10.2015.

<sup>25</sup> YHGK E. 1970/1053 K. 1974/222 T. 20.3.1974; Y.15. HD., E. 2002/1188, K. 2002/1472, T. 28.3.2002; Y.19. HD. E. 2012/16814, K. 2013/4336, T. 7.3.2013.

<sup>26</sup> Bkz., Y.HGH E. 1970/1053 K. 1974/222 T. 20.3.1974; Kocağa, Köksal: Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, Ankara 2003, s. 264.



Taksitli satışlarda TBK m. 271/3 gereği alıcının temerrüde düşmüş olması halinde ceza koşulu, satış bedelinin %10'undan fazlasını geçemez<sup>27</sup>.

Kira bedelinin zamanında ödenmemesi hâlinde ceza koşulu ödeneceğine ilişkin anlaşmalar geçersizdir (TBK m. 346).

Hizmet sözleşmelerinde sadece işçi aleyhine kararlaştırılan ceza koşulu geçersizdir (TBK m. 420/I).

Kefilin ceza koşulundan sorumlu olacağına ilişkin anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür (TBK m.589/4).

İşçinin sözleşmenin sona ermesinden sonra rekabet yapma yasağına aykırı davranması halinde, ceza koşulu kararlaştırılabilir, ancak bu konuda işçiye ceza koşulunu ödeyerek rekabet yapmama borcundan kurtulma olanağı sağlanmıştır (TBK 446/2).

### III. GENEL İŞLEM KOŞULLARIYLA KARARLAŞTIRILAN CEZA KOŞULUNUN İÇERİK DENETİMİ

Yukarıda<sup>28</sup> da belirttiğimiz üzere TBK m. 25'de düzenlenen genel işlem koşullarının içerik denetimi, dürüstlük kuralına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırılan genel işlem koşullarının geçersiz kılınması ile gerçekleştirilmektedir. Şu halde karşı tarafın aleyhine ve onun durumunu ağırlaştırılan dürüstlük kuralına aykırı ceza koşulu TBK m. 25'e göre denetlenecektir. Burada ölçü, dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı tarafın durumunu ölçüsüz derecede ağırlaştırmaktır.

Türk Borçlar Kanunu 1 Temmuz 2012 tarihinden itibaren yürürlükte olduğundan Türk yargı içtihatlarında TBK m. 25'de yer alan dürüstlük kuralına aykırı karşı tarafın aleyhine ve onun durumunu ağırlaştırıcı genel işlem koşullarının neler olduğunu belirleme konusunda genelleştirilmiş ölçütler bulunmamaktadır. Somut olayın özelliğine göre hakim, genel işlem koşullarında kararlaştırılan düzenlemenin dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığına karar verecektir. Yargıtay bir kararında genel işlem koşulları ile kararlaştırılmış *davacı lehine çok orantısız, adil olmayan ve sözleşme dengesini dikkate almayan ceza koşulunun yok hükmünde olduğuna hükmetmiştir*<sup>29 30</sup>.

Dürüstlük kuralı genel bir kavram olup, kavramın içeriğinin belirlenmesinde hakimin geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Burada *kural içi bir boşluk söz* konusudur. Bu boşluğun doldurulmasında TBK m. 25'in gerekçesi

<sup>27</sup> AMK § 309, b. 5'de para borçlarında temerrüt halinde öngörülen sözleşme cezalarının, hakimin değerlendirme yetkisi olmaksızın geçersiz sayılacağı yer almaktadır. TBK, m. 271/3'deki düzenleme dışında, para borçlarında temerrüt halinde kararlaştırılan ceza koşulunu hakimin değerlendirme yetkisi olmaksızın geçersiz saymamıştır. Burada da genel kural (TBK m. 25) geçerlidir.

<sup>28</sup> Bkz., yuk. I, C.

<sup>29</sup> Yargıtay 11. HD. E. 2013/15438 K. 2014/2405 T. 12.2.2014.

<sup>30</sup> Davacı lehine çok orantısız adil olmayan ve sözleşme dengesini dikkate almayan sözleşme hükmünün denetlenmesi içerik denetimidir ve içerik denetiminin yaptırımı geçersizliktir. Yargıtay burada sanki uyuşma (yürürlük) denetimi yapılmış gibi sözleşme hükmünün yokluğuna karar vermiştir.

de göz önünde tutulduğunda *Alman Medeni Kanunu § 307 vd.'dan* da yararlanılabilecektir.

AMK 307'e göre, karşı tarafın durumunu dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde ölçsüz bir şekilde ağırlaştırarak genel işlem koşulları geçersizdir. Bu hüküm, 1.1.2002'e kadar Genel İşlem Koşullarının Düzenlenmesi Hukukuna ilişkin 1976 tarihli Kanunun 9. maddesinin BGB § 307 olarak Alman Medeni Kanununa aktarılmış halini oluşturmaktadır. Dolayısıyla bu düzenleme Alman Hukukunda 1976'dan itibaren yürürlükte olup günümüze kadar geçen zaman içerisinde Alman yargısı dürüstlük kuralına aykırı ölçsüz ağırlaştırmanın hangi durumlarda gerçekleştirildiğine ilişkin bireysel olmayan, genelleştirilebilen ölçütler belirlemeye çalışmıştır<sup>31</sup>.

Dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı tarafın durumunu ölçsüz ağırlaştırma, ceza koşulunun ölçsüz olmasından kaynaklanır. Bu ölçsüzlük sözleşmeyi *ihlalin ağırlığı ile bunun yaptırımı ve yaptırımın borçlu bakımından sonuçları arasında büyük orantısızlık* halinde söz konusu olur<sup>32</sup>. Ceza koşulunun birincil işlevi borçluyu ifaya zorlamadır. Ceza koşulunun ölçsüz olup olmadığının belirlenmesinde *borçluyu ifaya zorlama işlevi* dikkate alınmalıdır. Ancak ceza koşulu borçluyu ifaya zorlayacak ölçü ve sınırdaki kalmalı, bu yolla alacaklının somut olaydaki maddi menfaatlerine bağımsız para kazanma taleplerine hizmet etmemelidir<sup>33</sup>: “Ceza koşulunun *ifaya zorlama işlevi ile karşı tarafın bu edim karşılığı elde ettiği ücret arasında bir orantı bulunmalıdır*<sup>34</sup>. Ceza koşulunun amacı alacaklıya somut olaydaki menfaatlerinden sıyrılmış para kazandırma değildir.” Dolayısıyla, örneğin borçlu temerrüde düşmesinden bir kaç gün sonra ödeyeceği ceza koşulu ile sözleşmeden elde edeceği kazancı tamamen kaybetmiş duruma gelecektse, ceza koşulu ölçsüzdür<sup>35</sup>.

Benzer şekilde borçluyu ifaya zorlamanın daha düşük bir sözleşme cezası ile mümkün olduğu durumlarda, bundan daha fazlasını kararlaştırma, ölçsüz derecede karşı tarafın durumunu ağırlaştırmadır. Ceza miktarının ifaya zorlama açısından ne kadarının etkili olduğunun ve ekonomik olarak makul sınırlar içerisinde olup olmadığının gözetilmesi gerekir.

Sözleşmeyi ihlalin ağırlığı ile bunun borçlu açısından sonuçları dikkate alınarak ceza koşulunun ölçsüz olup olmadığının belirleneceği ilkesi kabul edildiğinden, sözleşmeyi ihlalin türü, süresi, *ağırlığı ile ilişkilendirilmeyen toptan götürü bir şekilde belli bir miktar ceza koşulu artık başka bir şey aramaksızın geçersizdir*. Böyle toptan belli bir miktar ceza koşulu, sadece çok hafif sözleşme

<sup>31</sup> BGH, 23.01.2003 - VII ZR 210/01; BGH, 20.01.2000 – VII ZR 46/98; BGH, 19.01.1989 – VII ZR 348/87; BGH 20.01.2016-VIII ZR 26/15, N. 33.

<sup>32</sup> BGH, 12. 01.1994 - VIII ZR 165/92, NJW 1994, 1060; BGH, 7. 05.1997 - VIII ZR 349/96; BGH 03.04.1998 - V ZR 6/97, NJW 1998, 2600.

<sup>33</sup> BGH 18.11.1982-VII ZR 305/81; BGH, 23.01.2003 - VII ZR 210/01, N. 48; BGH 20.01.2016-VIII ZR 26/15, N. 33.

<sup>34</sup> BGH, 6.12.2012 – VII ZR 133/11, N. 18.

<sup>35</sup> BGH, 17.01.2002 – VII ZR 198/00.

ihlallerinde dahi genel olarak ölçülü kabul edilebilecekse, ancak o zaman geçerli kabul edilebilmektedir<sup>36</sup>.

Ayrıca Alman Federal Mahkemesi benzer durumlarda benzer şekilde hareket edebilmek için genel bir değerlendirme kıstasının belirlenmesi gerektiğinden hareket etmiştir. Buna göre “*ceza koşulunun baskı ve denkleştirme işlevi dikkate alınarak, ceza koşulu ile sözleşme bedeli arasında uygun bir ilişki/denge bulunmalıdır*<sup>37</sup>. ... Böylece genelleştirilmiş, bireysel olmayan bir denetim ölçüsü ve somut olayın özelliklerinden sıyrılmış bir bakış açısı temel alınabilir.” Bu çerçevede ölçüsüzlüğü belirlemek açısından *özellikle inşaat sözleşmelerinde* sözleşme bedelinin belli bir oranının alınması gerektiğinden hareket edilmiştir. Ölçüsüzlük belirlenirken sözleşmenin kurulduğu zaman dikkate alınmaktadır. Federal Mahkeme bu oranı 1986-2003 yılları arasında sözleşme bedelinin %10’u olarak kabul etmişken, 2003 yılından itibaren sözleşme bedelinin %5’i olarak belirlemiştir<sup>38</sup>. Federal Mahkemeye göre, “*ücretin düşük veya yüksek olmasına bakılmaksızın eser ücretinin %5’ini aşan ceza koşulu ölçüsüzdür*. Sözleşme bedelinin %5’ini aşan ceza koşulu çok yüksektir. Borçlu elde edeceği bedelin %5 daha azını elde ettiği takdirde genel olarak ölçüsüz bir yük altına girmiş olur. Böyle birçok durumda borçlu sadece elde edeceği kazancı kaybetmez, hissedilebilir ölçüde bir kayba uğrar. Bu tür bir ceza koşulunun borçluyu sözleşmeyi ifaya yeterince zorlamadığına ilişkin dayanak bulunmamaktadır.”

Diğer taraftan sözleşme bedelinin %5’i olan üst sınır somut olayda yeterli olmazsa, tarafların bireysel olarak daha yüksek bir üst sınır kararlaştırabilecekleri de kabul edilmektedir. Bu tür bireysel olarak kararlaştırılmış bir üst sınırın, borçlunun genel işlem şartları ile kararlaştırılardan çok daha açık olarak sözleşmeyi ihlalin sonuçlarını görmesini sağladığı ifade edilmektedir<sup>39</sup>.

Bazen sözleşme bedelinin %5’i aşılmamış olsa bile kararlaştırılan ceza koşulu dürüstlük kuralına aykırı olarak ölçüsüz olabilir. Bazı olaylarda sözleşme bedelinin günde % 0.5 olarak kararlaştırılan ceza koşulu %5’lik üst sınırı aşmamış olsa bile ölçüsüz kabul edilmektedir<sup>40</sup>. Federal Mahkeme 2012 yılında sözleşmeye aykırı her iş günü için 5000 Euro ceza koşulunu bu miktar toplam sözleşme bedelinin %5’ini aşmamış olsa bile geçersiz kabul etmiştir.

Bu ilkeler tacirler için de kabul edilmektedir. Tacirlerin işletmesi için kararlaştırdığı ceza koşulunun aşırı olması halinde, ceza koşulunun indirilemeyeceği Alman Hukukunda da kabul edilmekle (HGB § 348, BGB § 343) birlikte, genel işlem koşullarının içerik denetimi yapılırken tacir olan olmayan ayrımı yapılmamaktadır.

<sup>36</sup> BGH 7.05.1997 - VIII ZR 349/96; BGH 20.01.2016-VIII ZR 26/15, N. 34.

<sup>37</sup> BGH, 08.07.2004 - VII ZR 24/03.

<sup>38</sup> BGH, 23.01.2003 - VII ZR 210/01, N. 40; BGH, 08.07.2004 - VII ZR 24/03; BGH, 6.12.2012 – VII ZR 133/11, N. 19.

<sup>39</sup> BGH, 23.01.2003 - VII ZR 210/01, N. 47-54; BGH, 08.07.2004 - VII ZR 24/03.

<sup>40</sup> BGH 2012 -VII ZR 133/11.

#### IV. GENEL İŞLEM KOŞULLARINDA KARŞI TARAFIN ALEYHİNE DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI ÖLÇÜSÜZ CEZA KOŞULU KARARLAŞTIRMANIN YAPTIRIMI

GİK ile karşı tarafın aleyhine dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde ölçüsüz ceza koşulu kararlaştırılmasının yaptırımı TBK m. 27 uyarınca kesin hükümsüzlüktür.

GİK ile kararlaştırılan ceza koşulunu uygun ölçüye indirerek geçerli kılınıp kılınmayacağı konusu tartışılmaktadır.

Bizim de katıldığımız hakim görüş, genel işlem koşulları ile kararlaştırılmış bir hükmün geçersizliği durumunda uygun ölçüye indirilerek geçerli kılmanın, yaptırımın önleme işlevini sağlayabilmesi için reddedilmesi gerektiğini kabul etmektedir<sup>41</sup>. Zira bu takdirde sözleşmenin güçlü tarafı, yargıya başvurulduğunda sözleşme hükmünün uygun ölçüye indirileceği riskini göze alarak, sözleşmelerinde dürüstlük kuralına aykırı olarak diğer tarafın menfaatine aykırı ve onun durumunu ağırlaştıran hükümlere yer vermede herhangi bir sakınca görmeyecektir. Böylece aslında dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulu kullanan adeta ödüllendirilmiş olacak; onun için hukuken geçerli genel işlem koşulları arama ve bulmaya sevkedecek özel bir itici güç bulunmayacaktır. Zira nasıl olsa ya ilgili düzenleyici hükümler ya da geçerli ölçü uygulanacaktır.

İsviçre Federal Mahkemesi uygun ölçüye indirmenin, genel işlem koşulları kullananın karşı tarafının korunmasını sağlamayacağından reddedilmesi gerektiği görüşündedir<sup>42</sup>. Alman hukukunda da genel işlem koşullarıyla kararlaştırılan ceza koşulunun uygun ölçüye indirilerek geçerli kılınması kabul edilmemektedir<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> Bkz., Schwenger, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. Bern 2012, N. 24.08, 32.45, 46.09; Hürlimann Roland, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR, Freiburg 1984, s. 78, 82 vd.; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 1157b; Kramer Ernst, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1a: Inhalt des Vertrages, Bern 1991, Art. 20 Abs. 2 OR, N. 376 vd.; Roberto, Vito/Walker, Marissa AGB-Kontrolle nach dem revidierten Art. 8 UWG, recht 2014 s. 49 vd., 62.

<sup>42</sup> BGE 4A\_404/2008, 18. 12. 2008, E. 5.6.3.2.

<sup>43</sup> BGH, 23.01.2003-VII ZR 210/01, N. 47; BGH 20.01.2000 – VII ZR 46/98; BGH, 12.03.1981 – VII ZR 293/79, NJW 1981, 1509.