

**ASGARİ ALIM TAAHÜDÜ İÇEREN BAYİLİK
SÖZLEŞMELERİNDE CEZAI ŞART- YARGITAY
HUKUK GENEL KURULU'NUN 16.01.2013
TARİHLİ KARARI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER**
**CONTRACTUAL PENALTY CLAUSES IN DISTRIBUTION
CONTRACTS- THOUGHTS ON THE DECISION OF THE TURKISH
COURT OF CASSATION GENERAL ASSEMBLY
DATED 16th OF JANUARY, 2013**

Pınar ÇAĞLAYAN AKSOY*

Özet: Yargıtay, son yıllarda asgari alım taahhüdü içeren akar-yakıt bayilik sözleşmelerinde yer alan ceza koşulunun, alacaklı tarafından sözleşme sona erdikten sonra talep edilemeyeceğine ilişkin bir dizi karar vermiştir. Bu kararların çoğu, ceza koşulunun sonradan talep edilemeyeceği yönündedir. Yargıtay bu sonuca varırken bazı kararlarında kararlaştırılan ceza koşulunun hukuki niteliğine gerekçe göstermiş, diğerlerinde ise ceza koşulu talebinde bulunulmasının hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıdığını esas almıştır. İncelemize konu olan Hukuk Genel Kurulu kararında ise ceza koşulunun sözleşme süresi boyunca talep edilmeyip sözleşme sona erdikten sonra talep edilmesinin hakkın kötüye kullanılmasının yanı sıra sağlayıcının güven sorumluluğuna yol açacağı belirtilmiştir.

Anahtar kelimeler: Asgari Alım Taahhüdü, Ceza Koşulu, Hakkın Kötüye Kullanılması, Çelişkili Davranış Yasağına Aykırılık (Venire Contra Factum Proprium), Güven Sorumluluğu

Abstract: Turkish Court of Appeals has ruled for several times in the past few years on whether contractual penalty clauses in the fuel distributorship agreements containing a minimum order commitment can be enforced after the contract has been terminated. The Turkish Court of Appeals has mostly decided that the penal clause can not be demanded afterwards. In some cases, the Turkish Court of Appeals based its decision on the legal nature of the contractual penalty whereas in some other decisions it has ruled that demanding the penal clause afterwards constitutes abusive conduct. In the decision that will be examined, the Turkish Court of Appeals has reached the conclusion that demanding the penal clause after the contract has been terminated is not only an abusive conduct but also it results on the liability for reliance on behalf of the distributor.

Keywords: Minimum Order Commitment, Contractual Penalty, Abusive Conduct, Contradiction with Previous Conduct (Venire Contra Factum Proprium), Liability For Reliance.

* Yrd. Doç. Dr., İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, pinar.caglayan@bilkent.edu.tr

GİRİŞ

Akaryakıt bayilik sözleşmelerinde “asgari alım taahhüdü” içeren hükümlere yaygın bir şekilde yer verilmektedir. Buna göre bayi, sağlayıcıdan belli bir zaman aralığında belli bir miktarda ürün alma yükümlülüğü altına girmektedir. Uygulamada bu taahhüde aykırı davranılması halinde bayinin sağlayıcıya ceza koşulu ödeyeceği hususunun kararlaştırıldığı hallere rastlanılmaktadır. Akaryakıt bayilik sözleşmelerinde yer alan bu ceza koşullarının talep edilmesiyle ilgili olarak ortaya çıkan uyuşmazlıklar son yıllarda birkaç kez Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin ve ayrıca Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelmiştir.¹

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kısa aralıklarla verdiği kararlara konu olan olayların birbirlerine benzediğini söylemek mümkündür:

Uzun süreli akaryakıt bayilik sözleşmelerinde, bayinin her yıl belli bir miktarda asgari alım yapması gerektiği kararlaştırılmış; asgari alım taahhüdünün yerine getirilmemesi halinde bayinin ceza koşulu ödeyeceği hususunda anlaşılmıştır.² Kararlara konu olan olayların tümünde, bayi asgari alım taahhüdünü daha ilk yıllardan yerine getirememeye başlamış, ancak sağlayıcı bayilik ilişkisini buna rağmen sürdürmeye devam etmiş³ ve bayilik ilişkisi devam ettiği süre boyunca ceza koşulu talebinde bulunmamış veya bu talebi sadece ilk yıl için ileri sürüp sonraki yıllarda sessiz kalmıştır.⁴ Ancak bayilik sözleşmesinin süresi sona erdiğinde veya sözleşme süresinden önce fesih yoluyla sona erdirildiğinde, sağlayıcı asgari alım taahhüdünün yerine getirilmediğini iddia ederek geçmiş yıllara ilişkin ceza koşulu talebinde bulunmuştur.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi ve Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen kararların gerekçelerinde bazı nüanslar bulunmakla birlikte,

¹ Bkz. Yargıtay HGK. E. 2012/19-670, K. 2013/171, T. 16.01.2013; Yargıtay 19. HD, E. 2012/9915, K. 2013/8558, T. 13.05.2013; Yargıtay 19. HD, E. 2013/14654, K. 2013/19950, T. 17.12.2013; Yargıtay 19. HD, E. 2013/14851, K. 2014/1302, T. 16.01.2014; Yargıtay 19. HD, E. 2014/3953, K. 2014/7865, T. 24.04.2014. (Erişim: www.kazanci.com.tr)

² Bkz. Yargıtay HGK. E. 2012/19-670, K. 2013/171, T. 16.01.2013.

³ Bkz. Yargıtay 19. HD. E.2013/14654, K. 2013/19950, T. 17.12. 2013; Yargıtay 19. HD, E. 2013/14851, K. 2014/1302, T. 16.01.2014; Yargıtay 19. HD, E. 2014/3953, K. 2014/7865, T. 24.04.2014.

⁴ Yargıtay HGK. E. 2012/19-670, K. 2013/171, T. 16.01.2013.

benzer bir yol izlenmiştir. 2013 yılından itibaren bu konuya ilişkin olarak verilen beş karardan dördünde Yargıtay bayinin asgari alım taahhüdünü yerine getirememiş olmasına rağmen, **sağlayıcının geçmiş yıllara ilişkin ceza koşulu talebinde bulunamayacağı** sonucuna varmıştır.⁵

I. Yargıtay Kararlarına Genel Bakış

İncelememizin konusunu esas itibariyle Yargıtay HGK'nın ... tarihli kararı oluşturmaktadır. Bu kararı ayrıntılı olarak incelemeye geçmeden önce, 19. Hukuk Dairesi'nin vermiş olduğu dört kararda hangi hukuki gerekçelerle ceza koşulunun talep edilemeyeceğine hükmettiğinin kısaca açıklanması yararlı olacaktır:

19. Hukuk Dairesi, akaryakıt bayilik sözleşmelerinde asgari alım taahhüdünün yerine getirilmemesi hali için kararlaştırılmış olan ceza koşulunu, ifaya eklenen ceza koşulu olarak nitelendirmektedir.⁶ Bu çerçevede Yargıtay, bazı kararlarında ifaya eklenen ceza koşulunu düzenleyen TBK md. 179/ f.2 hükmünden yola çıkmıştır. Bu hükme göre, ifaya eklenen ceza koşulu alacaklısının ceza koşulu talebinde bulunması için hakkından açıkça feragat etmemiş veya ifayı çekince koyarak kabul etmiş olması gerekmektedir. Yargıtay'a göre asgari alım taahhüdüne aykırı davranılması sonucunda ceza koşulu alacağı muaccel olmasına rağmen, sağlayıcı ihtirazi kayıt koymaksızın mal tedarik etmeye devam etmiş olduğu için bayiden ceza koşulu talep edemeyecektir.⁷

⁵ İncelemekte olduğumuz kararlar içinde 13.05.2013 tarihli Yargıtay 19. HD kararı farklılık arz etmektedir. Bahsi geçen kararda, diğer dört karardan farklı olarak sağlayıcının, taahhüt edilen miktarın alınmamış olmasına rağmen, her yılın sonunda mal vermeye devam etmiş olmasının, taahhüdün ihlali halinde uygulanacak cezai müeyyidelerden feragat ettiği anlamına gelmediği, zira devam eden süreçte bayinin taahhüdünü yerine getirme imkânının mevcut olduğu belirtilmiştir. Bu gerekçelerle Yargıtay, sağlayıcının cezai şartı talep edebileceği yönünde karar vermiştir. Bunun dışında kalan diğer dört kararda ise Yargıtay geçmiş yıllara ilişkin ceza koşulu talebinin ileri sürülemeyeceğine hükmetmiştir.

⁶ "Akaryakıt bayilik sözleşmelerinde (veya sözleşme eki taahhütnamelerde) yer alan "yıllık asgari alım taahhüdü"ne uymama halinde öngörülen cezai şart hükümleri TBK'nın 179/11. (B.K. madde 158/11) maddesindeki ifaya ekli ceza koşulu (cezai şart) niteliğinde olduğundan burada bu tür ceza koşulu üzerinde durulması gerekmektedir". Yargıtay 19. HD, E. 2013/14654, K. 2013/19950, T. 12.12.2013; Yargıtay 19. HD, E. 2013/14851, K. 2014/1302, T. 16.01.2014.

⁷ "Bu açıklamalar çerçevesinde somut olayın değerlendirilmesine gelince; davacı sözleşme eki taahhütnamede öngörülen asgari alım taahhüdüne uyulmadığı hal-

Diğer bazı kararlarında ise Yargıtay ceza koşulunun talep edilemeyeceğini sonucunu, TBK md. 179/ f.2 hükmünü yanında, hakkın kötüye kullanılması gerekçesine de dayandırmaktadır.⁸ Örneğin 12.12.2013 tarihinde vermiş olduğu bir kararda Yargıtay, sağlayıcıların, asgari alım taahhüdüne uyulmamasına rağmen bayilik ilişkilerini sürdürmelerini; yani ürün sağlamaya devam etmelerini ve asgari taahhüdün yerine getirilmemesini dava konusu etmemelerini, bayilerde ceza koşulunun talep edilemeyeceğine dair güven oluşturan bir davranış olarak nitelendirmiş ve hakkın kötüye kullanılması söz konusu olduğunu belirtmiştir.⁹ Son olarak, ayrıca inceleyeceğimiz Yargıtay HGK kararında ise ceza koşulunun türünden değil, uzun süre boyunca bayiden talep edilmemiş olmasından yola çıkılmıştır. Buna göre, sağlayıcı çelişkili dav-

de son yıllar bakımından herhangi bir ihtar çekmeden ve ihtirazi kayıt koymadan ifaya devam etmiş olduğundan önceki yıllara ilişkin cezai şartı talep edemez.” Yargıtay 19. HD, E. 2013/14851, K. 2014/1302, T. 16.01.2014.

“(…), her yıl sonunda bir önceki yıla dair ceza koşulunun istenebilmesi, takip eden yılda henüz ifaya başlanmadan önce çekince (ihtirazi kayıt) bildirilmesi veya ihtar çekilmesine bağlıdır. Bunlar yapılmadan müteakip yılın ifası gerçekleşmişse artık bir önceki yıla ait ceza koşulu istenemez. (...)Yargıtay HGK’nun 20.1.2013 T. 2012/19-670 E. 2013/171 K. sayılı kararında da açıklandığı üzere, sözleşme süresi içinde çekince konmadan uzun süre ifaya devam edilmesi üzerine borçluda, “ceza koşulu istenmeyeceği” ne dair haklı bir güven oluşmuş ise oluşan bu haklı güven ve dürüstlük ilkesi sebebiyle önceki yıla veya yıllara ait ceza koşullarının talep edilemeyeceğinin kabulü gerekir.” Yargıtay 19. HD, E. 2013/14654, K. 2013/19950, T. 12.12.2013.

8 Yargıtay’ın ceza koşulu talebinin yalnızca sözleşmenin son yılı bakımından ileri sürülebileceği yönünde vermiş olduğu kararlar bakımından şu konuya ayrıca dikkat çekilmesi yararlı olacaktır: Akaryakıt bayilik sözleşmelerinde kararlaştırılan ceza koşulunun, (Yargıtay’ın yaptığı gibi) türü itibariyle ifaya eklenen ceza koşulu olduğu kabul edilirse, başka hiçbir hukuki kuruma başvurmaksızın, sadece TBK md. 179/f.2 hükmünün uygulanmasıyla sağlayıcının ceza koşulu talep etmesine engel olunabilecektir. Zira bu durumda sağlayıcı çekince koymaksızın mal vermeye devam ettiği için TBK md. 179/ f.2 hükmü çerçevesinde zaten ceza koşulu talep etme hakkı ortadan kalkacaktır. Bu durumda, Yargıtay’ın ihtirazi kayıt konmadan ifanın kabul edilmiş olmasının ceza koşulunun talep edilmesine engel olacağını belirtmesi yeterlidir. Bunun dışında, ceza koşulu talep edilmesinin MK md. 2’ye aykırılık teşkil edip etmediğinin de incelenmesine gerek yoktur. Bu nedenle, ceza koşulunu talep hakkının TBK md. 179/ f.2 gereğince ileri sürülmesinin mümkün olmadığını kabul eden Yargıtay’ın, bu hakkın kullanılmasının MK md. 2’ye aykırı olup olmadığını ayrıca değerlendirmesi kanımızca yersizdir.

9 “Kaldı ki, sözleşme tarihi olan 2003 tarihinden davanın açıldığı 2010 tarihine kadar ihtirazi kayıt konmadan mal verilmeye devam edilmesi sebebiyle asgari alım taahhüdüyle ilgili bu uygulamaya gidilmeyeceği konusunda haklı bir güven yaratılmıştır. Oluşan bu güven sebebiyle davacının aradan geçen bunca yıldan sonra davalıdan belirtilen sebeplerle cezai şart talep etmesi MK md. 2’ye aykırıdır.” Yargıtay 19. HD, E. 2013/14654, K. 2013/19950, T. 12.12.2013.

ranış yasağına aykırı davranarak ceza koşulunu talep hakkını kötüye kullandığından ceza koşulu talep edemeyecek; ayrıca sağlayıcı güven sorumluluğu çerçevesinde sorumlu olacaktır. Ana hatlarıyla aktarmaya çalıştığımız çeşitli hukuki gerekçelerden yola çıkan Yargıtay, sağlayıcının ceza koşulu talebinde bulunamayacağı¹⁰ veya en azından sadece son yıl bakımından talep edebileceği¹¹ ancak önceki yıllar için talep edemeyeceği sonucuna varmıştır.

Yargıtay HGK'nın 2013 yılında verdiği karara konu olan olayın ana hatlarıyla aktarılması yararlı olacaktır: 1998 yılında sağlayıcı ile bayi arasında akaryakıt bayilik sözleşmesi akdedilmiş, sözleşmenin 15. maddesinde, bayinin her yıl en az 8000 ton beyaz mal (akaryakıt) almakla yükümlü olduğu; bu yükümlülüğe aykırı davranması halinde eksik kalan ton başına 30 USD ceza koşulu ödeyeceği kararlaştırılmıştır. İlk yılın sonuna gelindiğinde, bayi 8000 ton alım yapamamış; sağlayıcı ise bayiden eksik kalan miktar için ceza koşulu talebinde bulunmuştur. Bayi, akaryakıt istasyonunun bulunduğu konum nedeniyle taahhüt etmiş oldukları yıllık asgari 8000 ton alımı gerçekleştiremeyeceklerini, sözleşmeye devam etmeleri için sözleşmenin 15. maddesinin uygulanmamasını istediklerini, aksi takdirde sözleşmenin feshi için görüşmeye hazır olduklarını, kendilerine bu konuyla ilgili bir ay içerisinde yer ve zaman bildirilmesini istediklerini noter ihbarnamesiyle bildirmiştir. Bu ihbarname karşısında sağlayıcı sessiz kalmış, ancak sözleşmenin kalan süresi olan dokuz yıl boyunca bayiye mal tedarik etmeye devam etmiştir. Sözleşmenin süresi sona erdi-

¹⁰ Bkz. Yargıtay HGK. E. 2012/19-670, K. 2013/171, T. 16.01.2013, Yargıtay 19. HD., E. 2013/14654, K. 2013/19950, T. 17.12.2013.

¹¹ "Bu açıklamalar çerçevesinde somut olayın değerlendirilmesine gelince; davacı sözleşme eki taahhütnamede öngörülen asgari alım taahhüdüne uyulmadığı halde sonraki yıllar bakımından herhangi bir ihtar çekmeden ve ihtirazi kayıt koymadan ifaya devam etmiş olduğundan önceki yıllara ilişkin cezai şartı talep edemez. Bu durum karşısında ancak son yıla ait cezai şart isteyebileceğinin kabulü gerekir." Bkz. Yargıtay 19 HD. T. 16.01.2014;
"Dönemsel ifayı içeren asgari alım taahhütlü sözleşmelerde dönem bitimini müteakip ihtirazi kayıt konulmaksızın ya da ihtar yapılmadan mal verilmeye devam edilmesi önceki döneme dair cezai şart talebinden zımnen vazgeçildiği anlamına gelir. (...) Bu durumda mahkemece davacı tarafca sadece son yıla dair asgari alım taahhüdünden doğan cezai şart alacağının istenebileceği ve davalının bu miktardan sorumlu olacağı gözetilmeksizin yanılığlı değerlendirme sonucu önceki dönemleri de kapsayacak şekilde alacağına hükmedilmesi doğru olmayıp hükmün bozulmasını gerektirmiştir. Bkz. Yargıtay 19. HD. T. 24.04.2014

ğinde, sağlayıcı firma, sözleşme süresi boyunca asgari alım taahhüdünün altında kalan alımlar için 2.722.200 USD tutarında ceza koşulu talebinde bulunmuştur.

Yargıtay HGK, karara konu olaydaki hukuki soruna ilişkin şu tespitlerde bulunmuştur: Sağlayıcı firmanın, bayi tarafından gönderilen ihtarname karşısında sessiz kalması ve dokuz yıl boyunca mal tedarik etmesi güven ilkesi ışığında değerlendirildiğinde, bayide, sözleşmenin ceza koşuluna ilişkin 15. maddesinin uygulanmayacağı yönünde haklı bir güven oluşturmuş ve bu güvene dayanarak sağlayıcıdan mal almaya devam etmiştir. Bu güvenin sağlayıcı tarafından ihlal edilmesi ise çelişkili davranış yasağına aykırılık teşkil etmekte ve sağlayıcının güven sorumluluğuna yol açmaktadır.

Kanımızca Yargıtay HGK'nın yapmış olduğu tespitlerin aşağıdaki noktalarda incelenmesi gerekmektedir:

Akaryakıt bayilik sözleşmelerinde kararlaştırılmış olan ceza koşulu, türü bakımından ifaya eklenen ceza koşulu mudur? (I)

Sağlayıcının bayi tarafından gönderilen ihtarname karşısında sessiz kalması ve bayiye mal tedarik etmeye devam etmesi, sözleşmenin 15. maddesinin uygulanmayacağı konusunda taraflar arasında anlaşma sağlandığı anlamına gelir mi? (II)

Sağlayıcının akaryakıt bayilik sözleşmesi çerçevesinde bayiden ceza koşulu talep etmeyeceğine dair yarattığı güveni MK md. 2 hükmüne aykırı bir şekilde ihlal etmesi, hakkın kötüye kullanılması (*çelişkili davranış yasağına aykırılık*) teşkil eder mi? Bu durum, teknik anlamda güven sorumluluğunun (*Vertrauenshaftung*) doğmasına sebep olur mu? (III)

I. Asgari Alım Taahhüdü İçeren Sözleşmelerde Yer Alan Ceza Koşulunun Türü

Yargıtay, asgari alım taahhüdü içeren sözleşmelerde yer alan ceza koşulunun ifaya eklenen ceza koşulu olduğu yönünde genel bir tespitte bulunmaktadır. Bu tespitin doğru olup olmadığının değerlendirilmesinden önce ceza koşulu kavramına ilişkin bazı genel hususların aktarılmasının yararlı olacağı kanaatindeyiz:

Ceza koşulu, bir borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi ihtimaline yönelik olarak borçlunun yerine getirmeyi taahhüt ettiği mad-

di değeri olan bir edimdir. TBK md. 179/ f. 1'e göre, hiç veya gereği gibi ifa edilmeme¹² durumları için kararlaştırılan ceza koşulu seçimlik (alternatif) ceza koşuludur.¹³ Seçimlik (alternatif) ceza koşulunun kararlaştırıldığı durumlarda, alacaklı sözleşmenin aynen ifasını veya ceza koşulunu seçmek konusunda bir seçim hakkına¹⁴ sahiptir. Alacaklı, seçim hakkının kullanılmasına ilişkin beyanı yazılı veya sözlü bir şekilde yapabilir; alacaklının seçim hakkını örtülü olarak kullanması da mümkündür.¹⁵

Seçimlik ceza koşulunun kararlaştırılmış olduğu hallerde önemli bir konu, alacaklının bir kez seçim hakkını kullandıktan sonra kararını değiştirerek kendisine tanınmış olan diğer hakkı talep edip edemeye-

¹² Borcun gereği gibi ifa edilmemesi halinde kararlaştırılan ceza koşulunun türüne ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Vedat Buz, "Konventionalstrafe wegen nicht richtiger Erfüllung", Aktuelle juristische Praxis - Pratique juridique Actuelle, 4/2017, s. 490 vd (kısalt. Buz, Konventionalstrafe).

¹³ Gaspard Couchepin, La clause pénale - Etude générale de l'institution et de quelques applications pratiques en droit de la construction, Zürich 2008, Nr. 592; Köksal Kocaağa, Türk Özel Hukukunda Cezai Şart (BK m. 158- 161), Ankara 2003, s. 147; Hugo Oser, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch : V. Band: Das Obligationenrecht : Das Obligationenrecht Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. März 1911 : Erster Halbband: Art. 1-183 / Hrsg. A. Egger; Kommentiert von Hugo Oser ; Unter Mitwirkung von Wilhelm Schönenberger, Zürich 1929, (kısalt. ZK-Oser), Art. 160 OR, N.2; Peter Von Tuhr / Arnold Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht Band II (mit Supplement), Zürich 1984, s. 281; Ingeborg Schwenzler, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7.Auflage, Bern 2016, Nr. 71.10; Daniel Staffelbach, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, Orell Füssli Kommentar, hrsg. v. Jolanta Kren Kostkiewicz, Peter Nobel, Ivo Schwander, Stephan Wolf, 2. überarbeitete und erweiterte Auflage 2009, (kısalt. OFK-Staffelbach), Art. 160 OR, N. 11; Cevdet İlhan Günay, Cezai Şart (BK m. 158-161), Ankara 2001, s. 78; Michel Mooser, Art. 158-163 CO, Commentaire Romand, Code des obligations I Art. 1-529 CO, ed. Luc Thévenoz/Franz Werro, Bale 2012 (kısalt. CR- Mooser), Art. 160 OR; N. 10.

¹⁴ Alacaklının sahip olduğu hakkın bir seçimlik hak olması, akla burada cezai şart ve aynen ifa talebi arasında bir seçimlik borç ilişkisi olduğunu getirebilir. Ancak bugün doktrinde hâkim olan görüş, burada bir seçimlik borcun söz konusu olmadığı yönündedir. Guhl/Schnyder, s. 619; Kocaağa, s. 179; Bilge, s. 54; von Tuhr/ Escher, s. 281; Hatemi/Gökyayla, s. 356. Diğer bir görüşe göre ise burada seçimlik yetki söz konusudur. Bkz. Peter Gauch/ Walter Schluemp/ Jörg Schmid / Susan Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I/II, Zürich 2014, Nr. 3799; Couchepin, Nr. 606; Roland Bentele, Die Konventionalstrafe nach Art. 160- 163 OR, Freiburg 1994, s. 93. Bu konuda savunulan başka bir görüş ise, alacaklı lehine tek taraflı bir seçimlik yarışma (einseitiger elektiver Konkurrenz) söz konusu olduğu yönündedir. Bkz. Couchepin, Nr. 611.

¹⁵ Mehmet Erdem, La Clause Penale Etude Comparative de Droit Suisse et de Droit Turc, Ankara 2006, s. 132; Kocaağa, s. 186.

ceğidir. Hâkim görüşe göre, ceza koşulunun seçilmesi, nitelik itibariyle değiştirici yenilik doğuran hakkın kullanılmasıdır.¹⁶ Bu nedenle alacaklı, seçim hakkını ceza koşulunu tercih ederek kullandığı takdirde, sonradan vazgeçerek borcun aynen ifasını talep edemez.¹⁷ Diğer bir ifadeyle bu durumda aynen ifa talebi sona erer ve borçlu asıl edimi yerine getirmekten kurtulur. Bununla birlikte, alacaklı ceza koşulunun muaccel olmasına rağmen borcun aynen ifasını seçtikten sonra, cezayı talep etme hakkı ortadan kalkmaz.¹⁸ Alacaklı aynen ifayı talep etmiş olmasına rağmen borçlu borcunu ifa etmediği takdirde, alacaklı bu kez ceza koşulunu talep edebilir. Bu durum, yenilik doğuran hakların geri alınamamasıyla çelişki oluşturmaz; zira yeni bir ifa etmeme, yeni bir seçim hakkına yol açar.¹⁹

Taraflar anlaşma yaparak alacaklının ifayla birlikte kararlaştırılmış olan ceza koşulu da talep edebileceğini kararlaştırabilirler. Bu durumda ifaya eklenen (kümülatif) ceza koşulu söz konusu olmaktadır. Türk Borçlar Kanunu, borcun zamanında ve yerinde ifa edilmediği

¹⁶ Kocaağa, s. 181; Couchepin, Nr. 616; CHK-Pellanda/Dubs, N. 34; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Nr. 3795; Kılıçoğlu, s. 805; Eren, s. 1184; Bilge, s. 100; Günay, s. 78; CR-Mooser, Art. 160 OR, N. 10; Hatemi/Gökyayla, s. 356; Cansel/Özel, s. 722.

¹⁷ Erdem, s. 132; Guhl/Schnyder, s. 619; CHK-Pellanda/Dubs, Art. 160, N. 36; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Nr. 3795; Bucher, s. 528; Couchepin, Nr. 616; Kocaağa, s. 183; Bentele, s.93; Kılıçoğlu, s. 805; Eren, s. 1184; Oğuzman/Öz, s. 512; ZK-Oser, Art. 160, N. 5; Bilge, s. 100; von Tuhr/Escher, s. 281; Schwenzer, Nr. 71.10; OFK-Staffelbach, Art. 6 OR, N. 12; Günay, s. 78; CR-Mooser, Art. 160 OR, N. 11; Cansel/Özel, s. 723.

¹⁸ Doktrindeki hâkim görüş, aynen ifanın talep edildiği durumlarda seçim beyanının bulunmadığını, yalnızca sözleşmesel bir talebin ileri sürüldüğünü kabul etmektedir. Böylelikle aynen ifanın talep edildiği durumlarda sonradan ceza koşulunun istenmesi mümkündür. CHK-Pellanda/Dubs, Art. 160, N.34; Kocaağa, s. 183; Erdem, s. 132; OFK-Staffelbach, Art. 160 OR, N. 12; Couchepin, Nr. 619; ZK-Oser, Art. 160, N. 5; von Tuhr/Escher, s. 282; Schwenzer, Nr. 71.10; Bilge, s. 100; CR-Mooser, Art. 160 OR, N. 12; Günay, s. 144. Karş. Bentele, s. 93; Kılıçoğlu, s. 805; Cansel/Özel, s. 723. Federal Mahkeme ise bu görüşü yenilik doğuran hakların geri alınamamasıyla bağdaşmadığı ve bunun borçlu açısından güvensiz bir hukuki durum yarattığı gerekçesiyle eleştirmektedir. Bkz. CHK-Pellanda/Dubs, Art. 160, N.34' de zikredilen kararlar. Yargıtay ise, 1996 yılında vermiş olduğu bir kararda, " BK.nun 158/1. maddesi gereğince aksine sözleşmede hüküm bulunmadığından alacaklı ya aktin icrasını veya cezanın ödetilmesini isteyebilir. Olayda, davacı (...), artık iradesini akdin icrası doğrultusunda kullandığından cezai şartın tahsilini dava edemez" ifadelerine yer vermiştir. Bu çerçevede, Yargıtay'a göre alacaklı asıl borcun ifasını seçerse bundan sonra ceza koşulu talebinde bulunamayacaktır.

¹⁹ Couchepin, Nr. 618.

haller için kararlaştırılan ceza koşulunun ifaya eklenen ceza koşulu niteliği taşıdığı karine olarak kabul etmiştir (TBK md. 179/ f. 2).²⁰ Ayrıca belirtmek gerekir ki, ceza koşulunu düzenleyen TBK md. 179 vd. hükümleri emredici bir nitelik taşımamaktadır.²¹ Bu çerçevede hiç veya gereği gibi ifa edilmeme halleri bakımından da tarafların ifaya eklenen ceza koşulu kararlaştırmaları mümkündür.²² Sözleşmede kararlaştırılmış olan ceza koşulunun türü itibariyle ifaya eklenen ceza koşulu olduğunu ispat yükü alacaklıya aittir.²³

Borcun yerinde ve zamanında ifa edilmemesi ihtimali için kararlaştırılan ceza koşulunun talep edebilmesi için alacaklının ifayı ihtirazi kayıt koyarak kabul etmesi veya ceza koşulundan feragat etmemiş olması gerekmektedir.²⁴ Alacaklı ifayı çekincesiz kabul ettiği takdirde, ceza koşulunu talep hakkı, alacaklının ceza koşulundan vazgeçme iradesinin mevcut olup olmamasına bakılmaksızın ortadan kalkacaktır.²⁵ Bu durumda alacaklı yalnızca TBK md. 112 vd. hükümlerine başvurur-

²⁰ Bkz. Claire Huguenin, *Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil*, Schulthess 2014, Nr. 1271; Couchepin, Nr. 593; Fernand Chappuis, "Aspects théoriques et application pratique de la clause pénale dans les conventions d'actionnaires", *Revue suisse de droit des affaires et du marché financier*, Zürich 2003, C. 75, S. 2, s. 65 vd., s. 71; Eugen Bucher, *Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Bern 1988, s. 528; Katja Roth Pellanda / Dieter Dubs, *Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 2. Aufl. 2012 (kısalt. CHK- Pellanda/Dubs), Art. 160 OR, N. 33; Schwenzler, Nr. 71.11. Ayrıca bkz. OR 2020 md. 218'de de aynı esas kabul edilmiştir. Pascal Pichonnaz, *Schweizer Obligationenrecht 2020, Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil / Code des obligations suisse 2020 - Projet relatif à une nouvelle partie générale*, 2013, Art. 218, N. 6. Gauch/ Schlupe, Nr. 3807; Erdem, s. 54; Kocaağa, s. 151; CR-Mooser, Art. 160 OR, N. 14.

²¹ Huguenin, Nr. 1269; CHK- Pellanda/Dubs, Art. 160 OR, N. 30; Bucher, s. 521; Erdem, s. 53; Kocaağa, s. 151; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2015, s. 1184; Necip Bilge, "Cezai Şart", *Ahmet Esat Arsebük ün Aziz Hâtırısına Armağan*, Ankara 1958, s. 102; Günay, s. 84.

²² CHK- Pellanda/Dubs, Art. 160, N. ; Couchepin, Nr. 635; Erdem, s. 54; Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2016, s. 808; Kemal Oğuzman/Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2009, s. 513; Hüseyin Hatemi / Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, İstanbul 2011, s. 356; Erol Cansel / Çağlar Özel, "Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu", *Yaşar Üniversitesi Dergisi Özel Sayı*, İzmir 2013, Cilt I, s. 713 vd., s. 724.

²³ Hermann Becker, *Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Allgemeine Bestimmungen*, Art. 1-183 OR, Band/Nr. VI/1, Bern 1941, Art. 160 OR, N. 34; von Tuhr/Escher, s. 283. Aksi görüş için bkz. Bucher, s. 529; Couchepin, Nr. 601.

²⁴ Bkz. Huguenin, Nr. 1271; Kocaağa, s. 152; Hatemi/Gökyayla, s. 356 vd..

²⁵ CHK- Pellanda/Dubs, Art. 160, N. 42.

bilecek ve eğer borçlunun kusuru varsa tazminat talebinde bulunabilecektir.

Ceza koşulunun seçimlik mi yoksa kümülatif mi olduğu taraf iradelerine göre belirlenmektedir. Ancak tarafların iradesi sözleşmede açık bir şekilde ortaya konmamış ise, ceza koşulunun türü yorum yoluyla tespit edilir.²⁶ Sözleşmede karşılaştırılan ceza koşulunun seçimlik mi yoksa ifaya eklenen mi olduğu belirlenirken tarafların menfaatleri, cezanın miktarı (ağırlığı)²⁷ ve özellikle alacaklının ceza koşulunun koyulmasındaki amacının dikkate alınması gerekir.²⁸ Bu çerçevede örneğin ifadaki menfaate nazaran çok daha düşük bir miktarda karşılaştırılmış olan, yani ifa edilmeme halinde ortaya çıkacak muhtemel zararı karşılamayan bir ceza koşulunun ifaya eklenen ceza koşulu niteliği taşıması muhtemeldir.²⁹ Alacaklının sözleşmenin aynen ifasında menfaati olduğu ve aynen ifadan vazgeçmek istemediği durumlarda ifaya eklenen ceza koşulu karşılaştırıldığı kabul edilecektir.³⁰ Eğer ceza koşulu ile bir yapmama borcuna uyulması güvence altına alınmışsa, bu durumda genellikle ifaya eklenen ceza koşulu söz konusu olacaktır.³¹ İfaya eklenen ceza koşulunun en çok karşılaştırıldığı alanlardan diğer bir tanesi de rekabet yasağına uyulmasını güvence altına almak üzere karşılaştırılan ceza koşuludur.³²

Son olarak, doktrinde gerçek bir ceza koşulu olarak nitelendirilmeyen dönme cezası (*Wandelpön*) ise TBK md. 179/ f. 3'de düzenlenmiştir. Anılan hükme göre borçlu, sözleşmede karşılaştırılmış olan

²⁶ Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, Nr. 3803; BK-Becker, Art. 160 OR, N.4; Bilge, s. 102.

²⁷ Erdem, s. 53; Guhl/Schnyder, s. 621; Kocaağa, s. 153; BK-Becker, Art. 160, N. 33; Bilge, s. 102; Hatemi/Gökyayla, s. 356

²⁸ Bucher, s. 529; Couchepin, Nr. 645; Kocaağa, s. 152; Guhl/Schnyder, s. 621; CHK-Pellanda/Dubs, Art. 160 OR, N. 41; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, Nr. 3804; Huguenin, Nr. 1269 ve dn. 50'de ve Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, Nr. 3804 dn. 40'da zikredilen İsviçre Federal Mahkemesi Kararı; BK-Becker, Art. 160, N. 39.

²⁹ Couchepin, Nr. 598; Erdem, s. 53; Kocaağa, s. 188; Bilge, s. 102.

³⁰ Chappuis, s. 71; ZK-Oser, Art. 160 OR, N. 2.

³¹ CHK- Pellanda/Dubs, Art. 160 OR, N. 41; Bucher, s. 529; Couchepin, s. 599; BK-Becker, Art. 160 OR, N. 15; ZK-Oser, Art. 160 OR, N. 6; Günay, s. 84.

³² CHK- Pellanda/Dubs, Art. 160 OR, N. 41; Chappuis, s. 71; Bucher, s. 529; Couchepin, s. 599; Erdem, s. 54; Guhl/Schnyder, s. 621; Pierre Engel, *Traité des obligations en droit suisse Dispositions générales du CO*, 1997, s. 865; Kocaağa, s. 152; Eren, s. 1185; BK-Becker, Art. 160 OR, N. 15; ZK-Oser, Art. 160, N. 6; Günay, s. 84; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, Nr. 3805

cezayı ifa ederek sözleşmeyi dönme veya fesih yoluyla sona erdirebilmektedir.³³ Dönme cezasının, sözleşmeye aykırı davranılması halinde alacaklının yalnızca ceza koşulunun talep edilebileceğini düzenleyen anlaşmalardan (*exklusive Konventionalstrafe*) farklı olduğunu belirtmek gerekmektedir.³⁴ Münhasır ceza koşulu kanunda düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, TBK md. 179/f. 1 çerçevesinde taraflar ceza koşulu ile asıl edim arasındaki ilişkiyi belirlemek konusunda serbest olduklarından, doktrinde münhasır ceza koşulunun kararlaştırılabileceği kabul edilmektedir. Münhasır cezai şartta, dönme cezasından farklı olarak ceza koşulunun ödenmesi için dönme hakkının kullanılması gerekmekte, sözleşme ayakta kalmaktadır.³⁵ Uygulamada münhasır ceza koşulunun kararlaştırılmasının nadir olduğu belirtilmektedir.³⁶

Bu bilgiler esas alınarak somut olaydaki ceza koşulunun hangi türden olduğuna ilişkin olarak şu tespitler yapılmalıdır:

İlk olarak belirtelim ki, ihtilaf konusu somut olayda taraflar arasındaki sözleşmede yer alan kayıt, bir "al ya da öde" (*take or pay*) kaydı niteliği taşımamaktadır. Al ya da öde kaydı ihtiva eden bir sözleşmede alıcı, sözleşme konusu asgari alım taahhüdünde bulunduğu miktarda malı teslim almasa dahi onun bedelini ödeme yükümlülüğü altına girmektedir. Oysa ihtilaf konusu olayda böyle bir durum söz konusu değildir. Somut olayda bayi, asgari alım taahhüdünü yerine getirmemesi nedeniyle teslim almadığı malların sözleşmede kararlaştırılan karşılığını ödemekle yükümlü olmayıp, sadece eksik aldığı ton başına ceza koşulu ödeme yükümlülüğü altına girmektedir. Dolayısıyla somut olayda ceza koşuluna bağlanmış bir asgari alım taahhüdü söz konusudur. Söz konusu somut olayda asgari alım taahhüdü bakımından bir ceza koşulu kararlaştırılmamış olsaydı, bayinin sözleşme ile üstelendiği asgari alım taahhüdünü yerine getirmemesi, yani sözleşmede belirlenen miktarda mal alımını gerçekleştirmemesi durumunda, satıcı alıcıdan tazminat isteme hakkını kazanacaktı. Ancak bunun için satıcının, bir

³³ Couchepin, Nr. 662; Huguenin, Nr. 1273; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, Nr. 3810; Bentele, s. 21 vd.

³⁴ Couchepin, Nr. 660; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, Nr. 3809; Bentele, s. 21, dn. 90. Aksi görüşte bkz. Huguenin, Nr. 1273.

³⁵ Couchepin, Nr. 660; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, Nr. 3809; Bentele, s. 21, dn. 90.

³⁶ Couchepin, Nr. 661.

zarara uğradığını ve bu zararın miktarını ispat etmesi gerekecekti. Oysa somut olayda ceza koşulu kararlaştırıldığı için, satıcı, bayinin asgari alım taahhüdünü yerine getirmemesi nedeniyle herhangi bir zarara uğramasa bile sözleşmede belirlenen ceza koşulunu talep etme hakkına sahiptir.

Ancak somut olayda kararlaştırılan ceza koşulu, Yargıtay'ın yapmış olduğu değerlendirmenin aksine ifaya eklenen bir ceza koşulu değildir. İfaya eklenen ceza koşulunda, alacaklı ihlal edilen sözleşmesel yükümlülüğün aynen ifasıyla birlikte kararlaştırılan ceza koşulunu da talep etme hakkına sahiptir. Eğer ihtilaf konusu somut olayda satıcı, bayiden, hem asgari alım taahhüdünü yerine getirmemesini, hem de kararlaştırılan ceza koşulunu talep etme hakkına sahip olsaydı ifaya eklenen ceza koşulundan söz edilebilirdi. Ancak ilgili Yargıtay kararlarında taraflar arasındaki hukuki ilişkiye ilişkin olarak yapılan özetle böyle bir durumun söz konusu olduğuna ilişkin herhangi bir veri mevcut değildir.³⁷

O halde geriye iki ihtimal kalmaktadır: Somut olayda ya bir seçimlik ceza koşulu ya da “münhasır ceza koşulu” söz konusudur. Bu son durumda, yani münhasır ceza koşulunun kararlaştırılmış olması halinde, alacaklının sözleşmeye aykırı davranış halinde sadece kararlaştırılan ceza koşulunu talep etmesi söz konusudur. Alacaklının yerine getirilmeyen sözleşmesel yükümlülüğün aynen ifasını talep etmesi veya bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi nedeniyle kanundan doğan haklarını kullanması mümkün değildir. Yukarıda belirttiğimiz üzere, TBK md. 179/ f.3 hükmünde kararlaştırılan dönme cezasında da buna benzer bir durum söz konusudur. Bu çalışmada değindiğimiz Yargıtay kararlarının metninde, münhasır ceza koşulunun veya dönme cezasının kararlaştırılmış olduğu sonucuna varmamızı gerektiren bir ifade de yer almamaktadır.

³⁷ Yargıtay 19. HD'nin 16.01.2014 tarihli kararına konu olan olayda da “ davalının bayilik sözleşmesinin akit tarihinden itibaren piyasa satışı olarak 800 m3 beyaz ürün satmayı, satış taahhüdünden eksik satılan beher m3 beyaz ürün için maruz kalınan kar kaybı tutarını cezai şart olarak ödeyeceğini belirttiği 30.08.2012 tarihinde sona ereceği belirtilen sözleşmenin(...)” ifadelerine yer verilmiştir. Bu ifadelerden anlaşıldığı kadarıyla taraflar arasındaki bayilik sözleşmesinde seçimlik cezai şart kararlaştırılmış olmasına rağmen Yargıtay bunu isabetsiz bir biçimde ifaya eklenen cezai şart olarak nitelendirmiş ve kararın ilerleyen bölümlerinde ifaya eklenen cezai şartın talep edilmesi için gereken şartları incelemiştir.

Bu nedenle somut olayda birinci ihtimalin söz konusu olması, yani bir seçimlik ceza koşulunun şartın kararlaştırılmış olduğu kuvvetle muhtemeldir. Yukarıda açıklandığı üzere, TBK md. 179/f. 1 anlamında seçimlik ceza koşulunda, alacaklı borcun aynen ifası ile ceza koşulunu talep etme haklarından birini kullanma hususunda serbesttir. Buna göre satıcı isterse, asgari alım taahhüdünün yerine getirilmesini talep edebilir; bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde ise kanundan doğan haklarını kullanabilir. İlgili Yargıtay kararlarında yapılan özetle, taraflar arasındaki sözleşmede satıcının bu yola başvurmamasına engel teşkil edecek bir hükmün bulunduğuna ilişkin herhangi bir ifade yer almamaktadır. Satıcı dilerse bunun yerine ceza koşulunu talep etme hakkını kullanabilir. Satıcı, herhangi bir zarara uğramamış olsa dahi kararlaştırılan ceza koşulunu talep etme hakkına sahiptir. Yargıtay kararlarında yer alan ifadelerden satıcının seçimlik olarak sahip olduğu aynen ifayı veya ceza koşulunu talep etme haklarından bu sonucunu kullandığı anlaşılmaktadır. Tekrar belirtelim ki, kesin olan husus, ihtilaf konusu somut olayda hiçbir şekilde Yargıtay'ın tespit ettiği şekilde bir ifaya eklenen ceza koşulunun söz konusu olmadığıdır.

Somut olaydaki uyuşmazlık, sağlayıcı firmanın asgari alım taahhüdünün yerine getirilmemesi ihtimaline karşı kararlaştırılmış ve muaccel olan seçimlik ceza koşulunu on yıllık sözleşme ilişkisi sona erdiğinde talep edip edemeyeceği noktasındadır. Bu nedenle, sağlayıcının kendisine tanınan bu seçim hakkını sözleşme sona erdikten sonra kullanmasının mümkün olup olmadığının, özellikle ilk yılın sonunda ceza koşulunu talep etmiş ancak ifa edilmemesine rağmen sözleşmeye devam etmiş olduğu dikkate alınarak MK md. 2 çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

II. Sağlayıcının Kendisine Gönderilen İhtarname Karşısında Sessiz Kalması ve Mal Tedarik Etmeye Devam Etmesinin Hukuki Niteliğinin Değerlendirilmesi

Bayi ilk yılın sonunda sözleşmede yer alan asgari alım taahhüdünü yerine getirememiş ve bu hususu sağlayıcıya ihtarname ile bildirerek, sonraki yıllarda da sözleşmede belirlenmiş olan asgari alım taahhüdünün uygulanmaması şartıyla sözleşmeye devam edebileceklerini, aksi takdirde sözleşmenin feshine ilişkin görüşmelere başlamak üzere hazır olduklarını belirtmiştir. Yargıtay HGK, bayi tarafından

sağlayıcıya gönderilen ihtarnamede yer alan “cezai şarta ilişkin 15. maddenin uygulanmamasına” yönelik öneri karşısında, sağlayıcının sessiz kalarak bayiye mal tedarik etmeye devam etmesini, “sözleşmenin 15. maddesinin uygulanmayacağı yönünde bir anlaşma” meydana geldiği yönünde değerlendirmektedir. Bu değerlendirmenin yerinde olup olmadığının tespit edilmesi için, sağlayıcının hareketsizliğinin TBK md. 6 anlamında susma yoluyla kabul sayılıp sayılmayacağı veya sağlayıcının bayiye mal vermeye devam etmesinin, TBK md. 1 çerçevesinde önerinin örtülü kabulü olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği hususları önem taşımaktadır.

A. Sağlayıcının Hareketsizliği TBK md. 6 Anlamında Önerinin Susma ile Kabul Edilmesi Olarak Nitelendirilebilir mi?

Sağlayıcının bayinin gönderdiği ihtarname karşısında sessiz kalması hukuken “susma” olarak nitelendirilmektedir. Sağlayıcının susmasının, bayinin yapmış olduğu öneriyi kabul ettiği anlamını taşıyıp taşımadığının belirlenmesi için susmanın hukuken nasıl nitelendirildiğine ilişkin bazı açıklamalarda bulunulması yararlı olacaktır.

Borçlar Hukuku’nda irade beyanları, açık ve örtülü olmak üzere ikiye ayrılırlar. Örtülü irade beyanlarında, irade beyanının anlamı beyanda bulunan kişinin söz veya işaretlerinden doğrudan doğruya değil, davranışının somut olayın şartları çerçevesinde değerlendirilmesi sonucunda dolaylı olarak anlaşılmaktadır.³⁸ Örtülü irade beyanının örneklerinden biri de susmadır. Sessiz kalma, önceden taraflar arasında belli bir iradenin dışı vurulması aracı olarak kararlaştırılmadığı takdirde, susma, örtülü irade beyanı olarak nitelendirilmektedir.³⁹

Kural olarak, susan kişi herhangi bir irade beyanında bulunmamıştır. Bununla birlikte, bazı şartların gerçekleşmesi halinde susan kişinin örtülü bir irade beyanında bulunduğu kabul edilebilir. Sus-

³⁸ Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Nr. 188 vd.; Eren, s. 135; Kılıçoğlu, s. 46.
³⁹ Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, İstanbul 2008, s. 144 vd; BK-Becker, Art. 1 OR, N. 36 vd. Ayrıca bkz. Ernst A. Kramer/Bruno Schmidlin, Berner Kommentar Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Band/Nr. VI/1/1, Bern 1986 (kısalt. BK-Kramer/Schmidlin), Art. 6 OR, N. 13 vd; Eren, s. 135; Alfred Koller, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, Bern 2009, Nr. 124; Kılıçoğlu, s.46.

manın irade beyanı olarak nitelendirilmesi için, somut olayın şartları bir bütün olarak değerlendirildiğinde, susan kişinin MK md. 2 hükmü uyarınca aktif bir davranışta bulunması gerektiği halde susmuş olması gerekmektedir.⁴⁰

TBK md. 6'da, susmanın hangi durumlarda kabul olarak nitelendirileceğine ilişkin özel bir düzenleme yer almaktadır.⁴¹ Kural olarak bir öneri karşısında sessiz kalınması (susma), o önerinin kabul edildiği anlamını taşımaz; tam tersi onun reddedildiği anlamına gelir.⁴² Bununla birlikte, somut olayın tüm şartlarını dikkate alan muhatap, susan kişinin olumlu bir beyanda bulunmak istememiş olsaydı, bu itirazını açıkça ortaya koyacağını düşünmekte haklı ise, susma kabul olarak değerlendirilebilir.⁴³

TBK md. 6'ya göre öneren, kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılır. Bu çerçevede, TBK md. 6'nın uygulanması için özellikle somut olayda söz konusu olan hukuki işlemin niteliği ve somut olaydaki durumun özelliği gereği susan kişinin açık bir kabul beyanında bulunmasının gerekli olup olmadığına bakılmalıdır.⁴⁴ Belirtmek gerekir ki, TBK md. 6 çerçevesinde susma ile kabulün söz konusu olup olmadığı belirlenirken güven teorisi esas alınmakta, hatta bazı yazarlar TBK md. 6'nın güven

⁴⁰ BK-Kramer/Schmidlin, Art. 1 OR, N. 12.

⁴¹ TBK md. 6'da yer alan örtülü kabule ilişkin bu düzenleme ile TBK md. 1'de yer alan örtülü irade beyanlarına ilişkin düzenleme arasındaki sınırın çizilmesi tartışmalı bir konudur. Doktrindeki hakim görüşe göre, TBK md. 6, örtülü irade beyanı türlerinden iradeyi gösteren hareket ve irade faaliyetiyle (aktif örtülü davranış) değil, doğrudan doğruya susma (pasif örtülü davranış) ile ilgili bir özel hükümdür. Ayrıntılı bilgi için bkz. BK-Kramer/Schmidlin, Art. 6 OR, N. 14. Aynı görüşte, bkz. Ahmet Kut, Art. 1-40 OR, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, 2. Aufl, 2012, (kısalt. CHK-Kut), Art. 1 OR, N. 12; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, Nr. 454; CR-Morin, Art. 6 OR, N. 3.

⁴² OR 2020 md. 9/f. 1'de bu ilke açık bir hükümlerle düzenlenmiştir. Ayrıca, konuya ilişkin olarak bkz. Art. 18 CISG; Art. 34 CESL; Art. II-4:204 DCFR; Art. 2:204 PECL; Art. 2.1.6 (1) UNIDROIT Principles.

⁴³ Koller, Nr. 191.

⁴⁴ Huguenin, Nr. 226 vd; von Tuhr/Peter, s. 188-189; BK-Becker, Art. 6 OR, N. 7 vd; CHK-Kut, Art. 6 OR, N. 3; Jolanta Kren Kostkiewicz, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, Orell Füssli Kommentar, hrsg. v. Jolanta Kren Kostkiewicz, Peter Nobel, Ivo Schwander, Stephan Wolf, 2. überarbeitete und erweiterte Auflage 2009 (kısalt. OFK-Kostkiewicz), Art. 6 OR, N. 3 vd; Eren, s. 256 vd.

sorumluluğunun özel bir uygulama alanı olduğunu kabul etmektedirler.⁴⁵ Güven teorisi gereği, susan kişi, pasif davranışının bir onay olarak anlaşılabilceğini bilmiyor veya bilebilecek durumda değilse, susma kabul olarak nitelendirilemez.⁴⁶

İncelemekte olduğumuz olay bakımından TBK md. 6'da belirtilmiş olan "işin özelliği" değil, "durumun gerekleri" nin açık bir kabulü gerektirip gerektirmediği önem taşımaktadır. Bu noktada, somut olayın koşulları dikkate alındığında, öneride bulunan kişinin (bayinin), sağlayıcının sessiz kalmasından sözleşme değişikliğini kabul ettiği sonucunu çıkarmasının MK md.2 çerçevesinde haklı olup olmadığına bakılması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, bayinin, sağlayıcı değişiklik önerisini reddetmek isteseydi, bunu açıkça ifade etmesi gerektiğini düşünmesinin haklı olup olmadığına incelenmesi gerekmektedir.⁴⁷

Doktrinde, sözleşmede değişiklik yapılmasına ilişkin önerilerin, TBK md. 6 anlamında "açık bir kabulü gerektirmeyen bir durum" olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğini değerlendiren bazı yazarlar, şu görüşü savunmaktadırlar: Akdedilmiş olan sözleşmelerin sonradan değiştirilmesi ve sözleşme görüşmeleri sırasında üzerinde anlaşılama-yan veya görüşülmemiş olan şartların sözleşmeye eklenmesine ilişkin öneriler, alıcı (muhatap) tarafından cevapsız bırakılabilir. Sözleşme değişiklikleri örtülü olarak gerçekleştirilmez. Bu durumda güvenin korunması ihtiyacı söz konusu değildir.⁴⁸

Kanımızca, sağlayıcının sessizliği, TBK md. 6 hükmü uyarınca değişiklik önerisini kabul ettiği anlamına gelmemektedir. Bununla birlikte sağlayıcının sessiz kalarak bayiye mal vermeye devam etmesi, TBK md. 6 kapsamında yapılan değerlendirme sonucunda bir kabul olarak nitelendirildiği takdirde, gerçekten de akaryakıt bayilik sözleşmesinin 15. maddesinin uygulanmayacağı konusunda taraflar arasında bir anlaşma meydana gelmiş olacaktır. Ancak, sözleşmenin bu anlamda değiştiği kabul edildiği takdirde, ceza koşuluna ilişkin hüküm tarafların

⁴⁵ CHK-Kut, Art. 6 OR, N. 3; BK-Kramer/Schmidlin, Art. 6 OR, N. 14, 16; OFK-Kostkiewicz, Art. 6 OR, N. 1; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, Nr. 455; CR-Morin, Art. 6 OR, N. 8. .

⁴⁶ BK-Kramer/Schmidlin, Art. 6 OR, N. 18; CHK-Kut, Art. 6 OR, N. 3. .

⁴⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 206.

⁴⁸ Bkz. BK-Kramer/Schmidlin, Art. 6 OR, N. 54. Aynı yönde bkz. CHK-Kut, Art. 6 OR, N. 9.

anlaşmalarıyla ilga edildiğine göre, artık sağlayıcının ceza koşulunu talep hakkı da söz konusu değildir. Dolayısıyla burada artık Hukuk Genel Kurulu'nun yaptığı gibi hakkın kötüye kullanılmasından da bahsedilemez.

Sağlayıcının mal tedarik etmeye devam etmesinin, TBK md. 6 anlamında susma ile kabul niteliği taşımadığı ve sözleşmenin değişmediği kabul edildiği takdirde, sağlayıcının ceza koşulunu talep hakkını sözleşme sona erdikten sonra kullanmasının çelişkili davranış yasasına aykırılık teşkil edip etmediği konusunda karar verilmesi gerekecektir. Bu konuya aşağıda III. Bölümde ayrıntılı olarak yer verilecektir.

B. Sağlayıcının Bayiye Mal Göndermeye Devam Etmesi TBK md. 1 Anlamında Örtülü Kabul Olarak Nitelendirilebilir Mi?

Sağlayıcının bayiye mal göndermeye devam etmesinin, sözleşmenin değiştirilmesi önerisini örtülü olarak kabul ettiği şeklinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin de belirlenmesi gerekmektedir.⁴⁹ Bu konuda bir sonuca varılmadan önce, iki hususun değerlendirilmesi yerinde olacaktır: İlk olarak bu davranışın bir irade beyanı olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği belirlenmelidir. Sonrasında ise, eğer bu davranışın bir irade beyanı olarak nitelendirilmesi mümkünse, beyan sahibinin hangi iradeyi açıkladığı, yani bu iradenin sözleşmenin değiştirilmesine onay verme yönünde olup olmadığı tespit edilmelidir.

İlk olarak bayinin sözleşmenin ceza koşuluna ilişkin hükümlerinin uygulanmaması konusundaki önerisi karşısında sağlayıcının sessiz kalarak sözleşmede kararlaştırıldığı üzere her yıl mal göndermeye devam etmesinin örtülü bir irade beyanı olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği değerlendirilmelidir. Muhatabın (olayda bayinin), karşı

⁴⁹ Yargıtay asgari alım taahhüdü içeren bayilik sözleşmelerine ilişkin olarak verdiği kararlardan birinde, sağlayıcının geçmiş yıllara ilişkin ceza koşulu talebinde bulunabileceğini belirtmiştir. Yargıtay'a göre, ceza koşulu alacağı muaccel olmasına rağmen ceza koşulu talebinde bulunmayarak mal vermeye devam eden sağlayıcı, ceza koşulundan örtülü olarak vazgeçmiş sayılmaz. Bu çerçevede Yargıtay kararında "Davacının her yıl sonunda taahhüdün ihlaline rağmen mal vermeye devam etmiş olması sözleşmedeki taahhüdün ihlali halinde uygulanacak cezai müeyyidelerden feragat ettiği anlamına gelmez. Çünkü devam eden süreçte bayinin taahhüdünü yerine getirme imkânı mevcut olup, bu şekilde mal verilmesi bayiye tanınan bir haktır." ifadelerine yer verilmiştir. Bkz. Yargıtay 19. HD, E. 2012/9915, K. 2013/8558, T. 13.05.2013

tarafın davranışını (olayda sağlayıcının) irade beyanı olarak nitelendirmekte haklı olması için, bu davranışı somut olayın koşullarında MK md.2 ışığında değerlendirdiğinde, karşı tarafın belli bir işlem iradesi taşıdığı kanaatine tereddütsüz varabiliyor olması gerekmektedir.⁵⁰ O halde, eğer bir davranışta bulunan kişi, bu davranışla bir irade beyanında bulunmak istemediyse ve muhatabın da dürüstlük kuralı gereği bunu anlaması gerekiyorsa, muhatap bunu bir irade beyanı olarak anlasa bile, bu davranış irade beyanı olarak kabul edilmez.⁵¹

Karara konu olayda sağlayıcının mal göndermeye devam etmesinin bir irade beyanı niteliği taşıdığı sonucuna varıldığı takdirde, ayrıca, bu örtülü beyanın sözleşmenin değiştirilmesi yönünde mi yoksa ceza koşuluna ilişkin hükümler de muhafaza edilerek sözleşmeye aynen devam edilmesi yönünde mi olduğunun tespiti gerekmektedir. Zira, sağlayıcı mal göndermeye devam ederken iradesinin sözleşmeye aynen devam etmek yönünde olduğunu iddia etmiş, bayi ise sağlayıcının davranışını sözleşme değişikliğini kabul beyanının açığa vurulması olarak anlamıştır. Bu noktada, sağlayıcının mal göndermeye devam etmek biçiminde ortaya çıkan davranışının güven teorisi çerçevesinde değerlendirilerek anlamlandırılması gerekmektedir. Güven teorisi çerçevesinde muhatabın (bayinin), bildiği ve bilebileceği tüm koşulları dikkate alarak beyan sahibinin (sağlayıcının) gerçek iradesini (sözleşmeyi değiştirmeden devam etmek) anlamasının ondan beklenip beklenemeyeceğine bakılmalıdır.⁵²

Bu değerlendirme sonucunda sağlayıcının gerçek iradesi ile güven teorisi çerçevesinde davranışına verilmesi gereken anlamın birbiriyle örtüştüğü tespit edildiği takdirde; sağlayıcının mal vermeye devam etmesinin, bayinin sözleşmenin değiştirilmesi önerisini TBK md. 1 anlamında örtülü olarak kabul etmediği sonucuna varılacaktır. Bu ihtimalde sözleşme herhangi bir değişikliğe uğramadığından, sağlayıcı tarafından ceza koşulunun talep edilmesi önündeki tek engel, bu talebin ileri sürül-

⁵⁰ BK-Kramer/Schmidlin, Art. 1 OR, N. 11; Andreas Furrer/Markus Müller-Chen, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich 2012, s. 64.

⁵¹ Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Nr. 218.

⁵² Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Nr. 218; Furrer/Müller-Chen, s. 69. Sözleşme taraflarının gerçek iradelerinin tespiti konusunda ayrıca bkz. Nurcihan Dalcı Özdoğan, "Sözleşmenin Yorumunda Gerçek İradenin Tespiti", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi - İnÜHFD- Cilt:8 Sayı:1 Yıl 2017, s. 33 vd.

mesinin hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıması ihtimalidir.

Yargıtay ise, sağlayıcının davranışlarını bu hususları dikkate alarak yorumlamaksızın, doğrudan doğruya taraflar arasında sözleşmenin ceza koşuluna ilişkin hükümlerinin uygulanmayacağı yönünde bir anlaşma meydana geldiği tespitinde bulunmuştur. Bu tespitin yerinde olup olmadığı bir yana, böyle bir tespit yapıldığı takdirde, sözleşmenin ceza koşuluna ilişkin hükümleri ilga edilmiş olduğu için sağlayıcının ceza koşulu talep etmesi mümkün olmayacaktır. Bu nedenle, sağlayıcının sözleşmenin sona ermesinin ardından ceza koşulu talebinde bulunmasının hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyıp taşımadığının incelemesi anlamsızdır. Oysa Yargıtay hem taraflar arasında ceza koşuluna ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı yönünde bir anlaşma meydana geldiği tespitinde bulunmuş, hem de sağlayıcının ceza koşulu talep etmesinin hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıdığını belirtmiştir. Hakkın kötüye kullanılmasının söz konusu olup olmadığı konusundaki inceleme, ancak taraflar arasında ceza koşuluna ilişkin hükümlerinin uygulanmayacağı yönünde bir anlaşma meydana gelmediği kabul edildiği takdirde anlamlıdır. Bir sonraki başlıkta bu ihtimal dahilinde, sağlayıcının karşı tarafta yaratmış olduğu güvenin ne gibi hukuki sonuçlar meydana getirdiği incelenecektir.

III. Ceza Koşulunun Talep Edilemeyeceği Konusunda Bayide Yaratılmış Olan Güven

A. Çelişkili Davranış Yasağına Aykırılık

Sağlayıcı, ilk yılın sonunda eksik kalan alımlar için ceza koşulu talebinde bulunmuş, bu talep bayinin itirazıyla karşılandığında, sözleşme ilişkisinin geri kalanında (dokuz yıl boyunca) taahhüdün ihlali nedeniyle muaccel olan ceza koşulunu talep etmemiştir. Yargıtay'a göre, yıllar içinde bayide sözleşme ilişkisi sona erince sağlayıcının kendisinden geçmiş yıllara yönelik ceza koşulu talebinde bulunmayacağı yönünde bir güven oluşmuştur.⁵³ Sağlayıcı ise sözleşme sona

⁵³ Güven olgusunun hangi şartlar altında ve nasıl bir hukuki korumaya sahip olduğu konusunun tarihi gelişim süreci ve karşılaştırmalı hukuktaki analizi için bkz. Peter Loser, Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht- Grundlagen, Erscheinungsformen und Ausgestaltung im geltenden Recht vor dem Hintergrund europäischer Rechtsentwicklung, Bern 2006, Nr. 36 vd.

erdiğinde bayiye dava açmış ve sözleşme süresi boyunca asgari alım taahhüdüne aykırı davranmış olması sebebiyle sözleşmede kararlaştırılmış olan ceza koşulunun ödenmesini talep etmiştir. Yargıtay 19. HD, sağlayıcının bu davranışını MK md. 2 çerçevesinde değerlendirecek çelişkili davranış yasağına aykırı olarak nitelendirmekle kalmamış, aynı zamanda sağlayıcının *güven sorumluluğu esaslarına göre* sorumlu tutulması gerektiğine hükmetmiştir. Yargıtay'ın bu iki değerlendirmesinin de yerinde olup olmadığı sırasıyla incelenecektir.

Türk-İsviçre doktrininde, hakkın kötüye kullanılmasının uygulama alanını tespit etmek için olay grupları oluşturulduğu görülmektedir.⁵⁴ Bu bağlamda, hakkın kötüye kullanılması hallerinden biri de *venire contra factum proprium* olarak ifade edilen çelişkili davranış yasağına aykırı davranılmasıdır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, kural olarak hiç kimse kendi davranışına bağlı kalmak ve bu anlamıyla tutarlı davranmak zorunda değildir.⁵⁵ Diğer bir ifadeyle, herkes kendi davranışını veya düşüncesini zaman içinde değiştirmekte özgürdür. Bununla birlikte eğer kişinin önceki davranışı, karşı tarafta korunmaya değer bir güven oluşturduysa ve yeni davranışı, oluşturulan bu güveni

⁵⁴ Bu gruplar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hans Michael Riemer, Die Einleitungssartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2003, s. 123; Heinz Hausheer/Manuel Jaun, Die Einleitungsartikel des ZGB, SHK-Staempflis Handkommentar, Bern 2003 (kısalt. SHK-Hausheer/Jaun), s. 135 vd; Peter Tuor/Bernhard Schnyder/ Jörg Schmid/Alexandra Rumo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch begründet von Peter Tuor, Zürich 2010, s. 61; Sibylle Hofer/Stephanie Hrubesch-Millauer/Vito Roberto, Einleitungsartikel und Personenrecht, Bern 2011 (kısalt. Hrubesch/Bosshardt), Nr. 03. 119. Dürüstlük kuralının karşılaştırmalı hukukta da olay gruplarına ayrılarak somutlaştırılmasının tercih edildiği yönünde ayrıntılı bilgi için bkz. Hans-Bernd Schäfer / Hüseyin Can Aksoy, "Alive and well: the good faith principle in Turkish contract law", *European Journal of Law and Economics*, C. 42, S.1, Ağustos 2016, s. 73 vd.

⁵⁵ Hausheer/Jaun, Nr. 130; Max Baumann, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Zürcher Kommentar), Bd. I, Einleitungstitel zum ZGB, Art. 1-7 ZGB, Zurich 1998 (kısalt. ZK-Baumann), Art. 2 ZGB, N. 99; Mustafa Dural / Suat Sarı, Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2004., s. 195; Hrubesch/Bosshardt, Nr. 03.135; Kemal Oğuzman/Nami Barlas, Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuk, 4. Bası, İstanbul 2013, s. 270; Hans Peter Walter, "Die Vertrauenshaftung: Unkraut oder Blume im Garten des Rechts?", *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins*, Bern 2001, 2. Hft., Hb. Band. I, s. 79 vd, s. 86; Hüseyin Altaş, Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri, Ankara 2014, s. 303; Seyfullah Edis, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1963, s. 339; Şener Akyol, "Venire Contra Factum Proprium" (Önceki Eylem ile Çelişki Yasağı), Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2004 (kısalt. Akyol, Venire), s. 79.

boşa çıkarıyorsa, dürüstlük kuralına aykırılık söz konusu olacaktır.⁵⁶ Bu durumda, hakkın kötüye kullanılmasından söz edilmesi için çelişkili davranan kişinin, bu çelişkiyi yaratmakta kusurlu olması aranmaktadır.⁵⁷ Önemli olan objektif açıdan bakıldığında karşı tarafta haklı bir güven yaratılmış olması ve sonraki davranışlarla bu güvenin boşa çıkarılmış olmasıdır. Bunun için de genellikle, taraflardan birinde oluşan güvenin “haklı” veya “korunmaya değer” olup olmadığını belirlemek için ek bazı koşulların varlığı aranmaktadır.

Doktrinde, çelişkili davranış yasağına aykırılığın da kendi içinde gruplara ayrılarak incelendiği görülmektedir.⁵⁸ Bu olay gruplarının neler olduğuna ve bu olay gruplarında hangi durumlarda güvenin korunmaya değer olduğuna ilişkin bazı örneklerle yer verilmesi yerinde olacaktır:

Bu gruplardan biri, bir kişinin iki davranışının birbiriyle örtüşmemesi halidir.⁵⁹ Buna göre, eğer bir hakkın kullanılması, hak sahibinin önceki başka bir davranışıyla çelişki içindeyse ve hak sahibinin ilk davranışıyla tutarlı davranmasında karşı tarafın korunmaya değer bir menfaati söz konusu ise, bu davranışta bulunan kişi tutarlı olmak zorundadır.

Çelişkili davranış yasağının gündeme geldiği diğer bir alan, şekle aykırılıktır. Kural olarak bir hukuki işlemin şekle aykırılığını ileri sürmek hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilemez. Bununla

⁵⁶ Heinz Hausheer/Regine E. Aebi-Müller, Berner Kommentar, Bd. I/1, Einleitung, Art. 1-9, ZGB, Bern 2012 (kısalt. BK-Hausheer/Aebi-Müller), Art. 2 ZGB, N. 269; ZK-Baumann, Art. 2 ZGB, N. 100; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s. 62; A Egger, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Art. 1-10 Einleitung, Zurich 1930 (kısalt. ZK-Egger), Art. 2 ZGB, N. 36; Dural/Sarı, s. 195; Hrubesch/Bosshardt, Nr. 03.135; Oğuzman/Barlas, s. 270; Akyol, Venire, s. 79; Walter, s. 86. Alman Hukuku için bkz. Reiner Schulze, Schulze Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, Baden Baden 2017, § 242 BGB, Rdnr. 36; Heinz-Peter Mansel, Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, Hrsg. V. Prof. Dr. Dres. h.c. Rolf Stürner, 16. Neubearbeitete Auflage, 2015 (kısalt. Jauernig/Mansel), § 242 BGB, Rdnr. 48.

⁵⁷ Jale G. Akipek/Turgut Akıntürk, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri/Kişiler Hukuku, İstanbul 2002, s. 196; Jauernig/Mansel, § 242 BGB, Rdnr. 48.

⁵⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. BK- Hausheer/Aebi-Müller, Art. 2 ZGB, N. 270 vd; Fritz Sturm, “Der Rechtsmissbrauch im Schweizer Recht -- Ein Überblick über die neuere Judikatur des Bundesgerichts”, *Schweizerische Juristen-Zeitung*, Zürich 1993, C. 89 s. 373 vd, s. 375.

⁵⁹ Sturm, s. 376; Hausheer/Aebi-Müller, Art. 2 ZGB, N. 278; Hausheer/ Jaun, N. 135.

birlikte, şekle aykırı bir sözleşme taraflarca⁶⁰ geçerliymiş gibi ifa edildikten sonra şekle aykırılığın ileri sürülmesi, haklı bir güvenin ihlali-
dir ve çelişkili davranış yasağına aykırılık teşkil eder.⁶¹ Bu durumda
şekle aykırılığın ileri sürülmesi ve sözleşme çerçevesinde ifa edilmiş
olan edimlerin iadesinin talep edilmesi mümkün değildir.⁶²

Bunun dışında bir kişinin, bir davranışıyla karşı tarafta belli bir
duruma veya bir durumun meydana gelmeyeceğine ilişkin yarattığı
güveni boşa çıkaracak şekilde davranması da çelişkili davranış yasa-
ğına aykırıdır.⁶³ Özellikle, belli bir durumun gerçekleşeceğine olarak
güvenen kişinin, bu beklenti nedeniyle bazı tasarruflarda bulunması⁶⁴
ve yeni durum sonucunda zarara uğraması halinde hakkın kötüye
kullanılması söz konusu olacaktır.⁶⁵ Bu üst başlık altında sıklıkla kar-
şılaşılan bir durum, bir hakkın zamanaşımı süresi içerisinde, fakat geç
kullanılmasıdır: Kural olarak bir talebin ileri sürülmesi için uzunca bir
süre beklenmesi, hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmez.⁶⁶
Bununla birlikte, hakkın hem geç hem de hak sahibinin önceki hareket-
sizliği ile bağdaştırılamayan bir çelişki yaratacak şekilde kullanılma-
sı, yukarıda belirttiğimiz üzere *ek bazı şartlar* gerçekleştiği takdirde,
hakkın kötüye kullanılmasına yol açabilir.⁶⁷ Diğer bir ifadeyle, belirli
bir hakkın ileri sürülmesi hak sahibinden beklendiği halde, hak sahi-

⁶⁰ Taraflardan yalnızca birinin sözleşmeyi ifa ettiği veya geçersizliği bilmeksizin ifa ettiği durumlarda, sonradan şekle aykırılığı ileri sürmesi kural olarak hakkın kötüye kullanılması sayılmaz. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hausheer/Jaun, N. 151.

⁶¹ Sturm, s. 376; Hausheer/Jaun, N. 139 vd, N. 147; Dural/Sarı, s. 196; BK-Hausheer/Aebi-Müller, Art. 2 ZGB, N. 288 vd. Hrubesch/Bosshardt, Nr. 03.143; Oğuzman/Barlas, s. 272, dn. 318a; Rona Serozan, Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku, İstanbul 2013, s. 285. Alman Hukuku için bkz. Jauernig/Mansel, § 242 BGB, Rdnr. 50; Altaş, s. 304; Hüseyin Altaş, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1988, s. 174 vd; Edis, s. 344 vd; Kocayusufpaşaoğlu, s. 312 vd (özellikle s. 315 vd.).

⁶² Bu ihtimalde iade talebinin hangi hukuki temele dayanılarak reddedileceği konusunda doktrinde ileri sürülen görüşler hakkında bkz. Hausheer/Jaun, N. 148 vd.

⁶³ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s. 62; BK-Hausheer/Aebi- Müller, Art. 2 ZGB, N. 271; Hausheer/Jaun, N. 131.

⁶⁴ Alman Hukuku hk. bkz. Schulze, §242 BGB, Rdnr. 37.

⁶⁵ Hrubesch/Bosshardt, Nr. 03.135; Hausheer/Jaun, N. 132; BK-Hausheer/Aebi-Müller, Art. 2 ZGB, N. 273.

⁶⁶ Sturm, s. 376; Hrubesch/Bosshardt, Nr. 03.157.

⁶⁷ BK- Hausheer/Aebi-Müller, Art. 2 ZGB, N. 283; Guhl/Koller , s. 315; Hausheer/Jaun, N. 136; ZK-Baumann, Art. 2 ZGB, N. 392; Hrubesch/Bosshardt, Nr. 03.157; Oğuzman/ Barlas, s 272, dn. 318; Şener Akyol, Medeni Hukukta Çelişki Yasağı, İstanbul 2007, s. 75. Alman Hukuku için bkz. Schulze, § 242 BGB, Rdnr. 42 vd; Jauernig/Mansel, § 242 BGB, Rdnr. 50.

binin bu hakkı somut ilişkinin özelliklerinin gerektirdiği süre⁶⁸ içinde ileri sürmemesi ve bu sessizliğin karşı tarafta hakkın artık ileri sürül-meyeceği yönünde bir beklenti yarattığı durumlarda çelişkili davranış yasağına aykırılık söz konusu olur.⁶⁹ Hemen belirtelim ki, bir hakkın gecikmeli olarak kullanıldığı hallerde, hak sahibi ihmalen davranmış veya tamamen kusursuz olsa dahi hakkın kötüye kullanılması söz konusu olabilmektedir.⁷⁰ Hak sahibi tamamen kusursuz olsa bile, karşı taraf hakkın geç kullanılmasına ekonomik bir anlam atfettiği takdirde, çelişkili davranış yasağına aykırılığa gerçekleşmiş gözüyle bakılır. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bazı durumlarda bir talebin ileri sürülmesi için uzunca bir süre beklenilmesini hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirdiği kararları bulunmaktadır.⁷¹

Doktrinde kabul edilen ek şartlara örnek olarak bir hakkın kullanılmayacağına güvenen kişinin gecikme nedeniyle dezavantajlı bir duruma düşmesi⁷²; hak sahibinin sessiz kalmasından onun bu hakkı kullanmaktan feragat ettiği sonucuna varılması; hak sahibinin talebi ileri sürmeyi ertelerken karşı tarafın ispat konusunda durumunu zorlaştırma veya karşı tarafı haksız bir dezavantaja uğratma kastıyla⁷³ hareket etmiş olması gösterilebilir.⁷⁴ Çelişkili davranış yasağına aykırılığın bu türüne özellikle yenilik doğuran haklar bakımından rastlandığı belirtilmektedir.⁷⁵ Yargıtay'ın yerleşik uygulaması, bu ek şartlar gerçekleşmese dahi, bir hakkın uzun süre kullanılmayıp özellikle zamanasını süresinin dolmasına yakın bir zamanda kullanılması halinde çelişkili davranış yasağına aykırılığın mevcut olduğu yönündedir.⁷⁶

Alman Hukuku'nda da bir kişinin kullanabilecek durumda olduğu halde bir hakkını kullanmaması ve karşı tarafın hak sahibinin

⁶⁸ Hareketsiz olarak ne kadar süre geçirildiği takdirde hakkın geç kullanılmasından söz edileceği somut olayın şartlarına göre belirlenir. Bunun için özellikle olayda söz konusu olan hakkın veya hukuki ilişkinin türü ve anlamı, yaratılan güvenin yoğunluğu, hak sahibinin hakkını ileri sürmek için sahip olduğu imkanlar ve karşı tarafın korunma ihtiyacı dikkate alınmalıdır. Bkz. Schulze, § 242 BGB, Rdnr. 46.

⁶⁹ Akyol, Venire, s. 91.

⁷⁰ Sturm, s. 376.

⁷¹ Bkz. BGE 127 III 257, 267.

⁷² Akyol, s. 75; Serozan, s. 285.

⁷³ Bkz. BGE 91 II 260, 94 II 37.

⁷⁴ BK- Hausheer/Aebi- Müller, Art. 2 ZGB, N. 283; Hausheer/Jaun, N. 137; ZK-Baumann, Art. 2 ZGB, N. 392; Oğuzman/ Barlas, s. 267 .

⁷⁵ Guhl/ Koller, s. 315.

⁷⁶ Yargıtay kararlarından örnekler için bkz. Oğuzman/Barlas, s. 267, dn. 313c.

davranışlarından gelecekte de hakkını hiç kullanmayacağı, bu şekilde kullanmayacağı veya bu zamanda kullanmayacağı sonucunu çıkarması ve ortaya çıkan yeni duruma kendini adapte etmesinin dürüstlük kuralı uyarınca ondan beklenemediği durumlarda haklı güvenin oluştuğu kabul edilmektedir.⁷⁷ Bu çerçevede örneğin, bir kişinin sahip olduğu bir hakkı kullanması sonrasında, karşı tarafın bu hakkın kullanılmasına itiraz etmesi üzerine bundan vazgeçip, aradan bir süre geçince tekrar bu hakkı kullanması çelişkili davranış olarak nitelendirilmektedir.⁷⁸

Somut olayda, bir davranışla karşı tarafta belli bir duruma veya bir durumun meydana gelmeyeceğine ilişkin yaratılan güvenin boşa çıkarılması söz konusudur. Sağlayıcının ilk yılın sonunda yönelttiği ceza koşulu talebine itiraz eden bayi, bu itirazı üzerine sağlayıcının sonraki yıllarda ceza koşulu talebinde bulunmamasından hareketle, sözleşme sona erdiğinde de ceza koşulunu talep hakkının kullanılacağına güvenerek mal alımına devam etmiştir. Bayinin bu güveni, korunmaya değer, MK md. 2 anlamında “haklı bir güven”dir. Sağlayıcının kendi yarattığı bu haklı güveni ihlal etmesi, çelişkili davranış yasağına aykırı olup MK md. 2/ f.2 anlamında hakkın kötüye kullanılması niteliği taşımaktadır.

Alacaklı sağlayıcının ceza koşulu talebinde bulunması, MK md. 2/ f.2 anlamında hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıdığına göre, ayrıca davranışının yaptırımının da belirlenmesi gerekmektedir. MK md. 2/ f.2 hükmüne göre hakkın kötüye kullanılmasının yaptırımı, o hakkın hukuk düzeni tarafından korunmamasıdır. Ancak bu “korunmama”dan ne anlaşılması gerektiği, hükümde açıklanmamıştır. Bu eksiklik, doktrinde farklı olay grupları bakımından farklı yaptırımlar öngörülerek giderilmeye çalışılmıştır. Bu yaptırımlar arasında, hakkın ve bu hakka dayanan talep ve savunmaların ileri sürülememesi (kullanılmasına engel olunması), zararın önlenmesi, hakkın kötüye kullanılması sonucunda ortaya çıkan durumun ortadan kaldırılması, karşılıklı menfaatlerin dengelenmesi, sözleşmenin uyarlanması ve borcun ifasının talep edilmesinin yanı sıra, tazminat talebinin de oldu-

⁷⁷ Schulze, § 242 BGB, Rdnr. 42; Jauernig/Mansel, § 242 BGB, Rdnr. 50. Benzer bir karar örneği için bkz. Akyol, Venire, s. 84, dn. 26.

⁷⁸ Mü-Ko/Schubert, § 242 BGB, Rdnr. 385.

ğu görülmektedir.⁷⁹ Doktrinde hakkın kötüye kullanılması hallerinden biri olan çelişkili davranış yasağına aykırılığın yaptırımının, o hakkın ileri sürülememesi / reddedilmesi olduğu belirtilmektedir.⁸⁰

Bu açıklamalar dikkate alındığında, incelemekte olduğumuz olay hakkında şu sonuca varılması yerinde olacaktır: Sağlayıcı ceza koşulunu talep hakkı muaccel olmasına rağmen hakkını uzun bir süre kullanmadığı ve bayide bu hakkını kullanmayacağı yönünde güven yarattığı için, ceza koşulu alacağını ileri süremeyecek; talebi reddedecektir. Hemen belirtelim ki Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararından, sağlayıcının ceza koşulunu geç talep etmek bakımından kusurlu olup olmadığı anlaşılammaktadır. Ancak bunun bir önemi de yoktur. Zira çelişkili davranış yasağına aykırılıktan söz edilmesi için dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden bir gecikmenin söz konusu olması yeterlidir. Bu nedenle çelişkili davranışta bulunan sağlayıcının ayrıca gecikmede kusurlu olması aranmayacaktır.⁸¹

Somut olayda çelişkili davranış yasağına aykırılığın yanı sıra Yargıtay HGK'nın tespit ettiği üzere güven sorumluluğunun söz konusu olup olmadığının da ayrıca incelenmesi gerekmektedir. Bunun için öncelikle güven sorumluluğundan ne anlaşılması gerektiğinin açıklanması yararlı olacaktır:

B. Güven Sorumluluğu

Güven sorumluluğu, en genel tanımıyla, sözleşmesel bir ilişki içinde bulunulmayan üçüncü bir kişide yaratılmış olan güvenin boşa çıkarılmasından kaynaklanan sorumluluktur. Aralarında sözleşmesel bir ilişki bulunmama ile birlikte, MK md.2'deki dürüstlük kuralından kaynaklanan özel bir bağlantı içinde olan taraflardan biri, bu özel bağlantı gereği uymak zorunda olduğu davranış kurallarına aykırı davranarak karşı tarafın güvenini boşa çıkarırsa, ortaya çıkan güven zararını tazmin etmesi gerekmektedir.⁸² Bu durumda söz konusu olan sözleş-

⁷⁹ Hrubesch/Bosshardt, Nr. 03.113; SHK-Hausheer/Jaun, s. 136; BK-Hausheer/Aebi-Müller, Art. 2 ZGB, N. 212; ZK-Egger, Art. 2 ZGB, N. 37; Oğuzman/Barlas, s. 275; Edis, s. 328; Altaş, s. 309; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s. 65; Riemer, § 5, Nr. 55 vd; Serozan, s. 286; Akipek/Akıntürk, s. 203 vd. .

⁸⁰ Akyol, Venire, s. 77. Yazar bu durumu "hak düşümü" olarak nitelendirmektedir.

⁸¹ Akyol, s. 81.

⁸² Bkz. Schwenzler, Nr. 52.01; Peter Loser, "Konkretisierung der Vertrauenshaftung",

mesel bir ilişki mertebesine ulaşmamış olan “özel bir bağlantı” olduğundan, tarafların uğramış oldukları güven zararını sözleşme hükümlerine göre istemeleri mümkün olmamaktadır. Bununla birlikte, MK md. 2’yi ihlal eden bir davranış sonucunda ortaya çıkan zararın haksız fiil hükümlerine göre tazmin edilmesi de mümkün değildir. Zira MK md. 2 normu, Türk-İsviçre Hukuku’nda hâkim olan objektif hukuka aykırılık teorisine göre, ihlali hukuka aykırı olan bir davranış normu olarak kabul edilmemektedir.⁸³ Bunun bir sonucu olarak, özel bir bağlantı içinde olan tarafların birbirlerinin güvenini boşa çıkartması sonucunda ortaya çıkan zarar hukuka aykırı değildir ve bu nedenle haksız fiil hükümlerine göre de tazmin edilememektedir.⁸⁴ Zira bu hallerde ortaya çıkan güven zararı, genellikle bir salt malvarlığı zararları ve salt malvarlığı zararları Türk-İsviçre Hukuku’nda bugün hakim görüş olan objektif hukuka aykırılık teorisine göre özel bir koruma normu bulunmadıkça tazmin edilememektedir. Bu çerçevede güven sorumluluğu, *haksız fiil ve sözleşmesel sorumluluk arasında yer alan ayrı bir sorumluluk türü*⁸⁵ olarak *haksız fiil ve sözleşme hukuku hükümlerine göre tazmin edilemeyen* güven zararının tazminini amaçlamaktadır.

Kanunda düzenlenmemiş olan ve içtihat hukukuyla gelişen güven sorumluluğunun şartları, İsviçre’de Federal Mahkeme’nin konuyla ilgili vermiş olduğu kararlarla şekillenmiştir.⁸⁶ Bu noktada temel olarak üç şartın arandığı görülmektedir: Bunlar, güvenen ve güvenilen taraf

recht - Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, Bern 1999, C. 17, s. 73 vd. (kısalt. Loser, Konkretisierung), s. 74 vd.

⁸³ Franz Werro, “Haftung für fehlerhafte Auskunft und Beratung - braucht es die Rechtsfigur der Vertrauenshaftung?”, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, Bern 2003, s. 12-20, (kısalt. Werro, Haftung), s. 13.

⁸⁴ Bu görüşe yöneltilen eleştiriler için bkz. Pınar Çağlayan Aksoy, Hukuka ve Ahlakı Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, İstanbul 2016, s. 400 vd.

⁸⁵ Werro, Haftung, s. 14; Çiğdem Kırca, Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiyi Sorumluluk, Ankara 2004, s. 122; Loser, Konkretisierung, s. 77 vd; Jolanta Kren Kostkiewicz, “Vertrauenshaftung im schweizerischen IPR”, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bern 2001, C. 137, s. 161 vd., s. 162. Ayrıca bkz. Burcu Kalkan Oğuztürk, Güven Sorumluluğu, İstanbul 2008, s. 101 vd.

⁸⁶ Güven sorumluluğunun şartlarının ne olduğu konusunda İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında bir yeknesaklık bulunmamaktadır CR-Werro, Art. 41, N. 67; Pierre Widmer / Pierre Wessner, Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Erläuternder Bericht, Bern 2000, s. 102. Alman Hukuku hk. ayrıca bkz. Claus-Wilhelm Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, Gesamte Schriften, Band II, Berlin 2012, s. 1 vd, s. 491 vd.

arasında özel bir bağlantı bulunması⁸⁷, bu bağlantı kapsamında ortaya çıkan güvenin haklı bir güven olması⁸⁸ ve son olarak bu güvenin boşa çıkarılmasıdır.⁸⁹

Bu şartlar incelemekte olduğumuz kararlara konu olan olaylar bakımından değerlendirildiğinde, şu tespitlerde bulunmak mümkündür: Öncelikle belirtmek gerekir ki, haksız fiil ve sözleşme sorumluluklarının temelinde de güvenin korunması düşüncesi yatmaktadır.⁹⁰ Gerçekten de sözleşme ile tarafların beklentileri ve gelecekteki davranışlarına ilişkin güvenleri⁹¹, haksız fiil hukukunda ise kişilerin başkalarının davranışlarının kendilerine zarar vermeyeceği konusundaki güvenleri korunmaktadır. Bununla birlikte, güvenin her türü hukuken korunmaz ve güvenin ihlal edilmesi, her zaman güven sorumluluğuna yol açmaz. Dolayısıyla, herhangi bir olayda güven ihlalinin meydana gelmesi, güven sorumluluğunun söz konusu olacağı anlamına gelmez.⁹² Önemle altını çizmek gerekir ki, *güven sorumluluğu, taraflar arasında özel bir bağlantının bulunduğu durumlarda, karşı tarafın güveninin korunmasının bir borcun doğmasının sebebi olduğu durumlarda söz konusu olur.*⁹³ Kaldı ki, güven sorumluluğunun şartları arasında yer alan “taraflar arasındaki özel bağlantı”yla kastedilen, taraflar arasında sözleşmesel yoğunlukta olmamakla birlikte, tamamen tesadüfi de sayılmayacak şekilde bir güven ilişkisinin ortaya çıkmış olmasıdır. Böyle

⁸⁷ Özel bir ilişkinin kimler arasında söz konusu olabileceği ve bu ilişkinin hangi yoğunlukta olması gerektiğine ilişkin tartışmalar için bkz. Loser, Nr. 88; Corinne Widmer, “Vertrauenshaftung- Von der Gefährlichkeit des Überflüssigen”, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Basel 2001, s. 101 vd., s. 116; Wick, s. 1278; Ueli Sommer, Vertrauenshaftung, Anstoss zur Neukonzeption des Haftpflicht- und Obligationenrechts?, Aktuelle Juristische Praxis, Zürich 2006, s. 1031 vd, s. 1035; Walter, s. 97 vd.; Wessner, s. 56 vd; Christine Chappuis, “La Responsabilité Fondée sur la confiance”, La Semaine Judiciaire, 1997, s. 165-176, (kısalt. Chappuis, La Responsabilité), s. 171-172; Schwenger, Nr. 52.04; Hausheer/Aebi-Müller, Art. 2 ZGB, N. 178; Kırca, s.119 vd; Bärtschi, s. 357 vd.; Huriye Reyhan Demircioğlu, “Sorumluluk Hukukunun İkili Yapısının Aşılması Çabalarının Ürünleri Olarak Culpa in Contrahendo Ve Güven Sorumlulukları”, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, (28-29 Mayıs 2009), ed. Mustafa Fadıl Yıldırım, Erden Ethem Atay, Ankara 2009, s. 223 vd. Genellikle kabul edildiği üzere bu tür bir özel ilişki belirli kişiler arasında, bir kişi grubuyla veya toplulukla söz konusu olabilir.

⁸⁸ Kırca, s. 117; Oğuztürk, s. 128 vd.

⁸⁹ Widmer, s. 114; Loser, Konkretisierung, s. 78 vd.

⁹⁰ Canaris, s. 1 vd.; Schwenger, ; Loser, Nr. 110; Demircioğlu, s. 226; Kırca, s. 135.

⁹¹ Loser, Nr. 86.

⁹² Kostkiewicz, s. 162; Loser, Konkretisierung, s. 75.

⁹³ Kostkiewicz, s. 162; Loser, Nr. 85.

bir güven ilişkisinin ortaya çıktığı durumlarda, taraflar, dürüstlük kuralı gereğince, karşılıklı olarak birbirlerinin hukuki menfaatlerini korumakla yükümlü olacaklardır.⁹⁴ Oysa incelemekte olduğumuz olaylarda güvenen (bayi) ve güvenilen taraf (sağlayıcı) arasında zaten bir sözleşme ilişkisi mevcuttur. Bu nedenle, sağlayıcı bayiden ceza koşulu talebinde bulunurken, sözleşmeden doğan bir hakkını kullanmaktadır. Dolayısıyla, sözleşme sorumluluğuna şartları gerçekleşmediğinde, yani taraflar arasında sözleşmesel bir ilişki mertebesine ulaşmayan bir özel bağlantı bulunduğu durumlarda istisnai olarak uygulanan güven sorumluluğuna başvurulmasına gerek kalmamaktadır.⁹⁵

Bu konudaki açıklamalarımıza son vermeden önce bir hususun altının çizilmesinde yarar görüyoruz: Çelişkili davranış yasağına aykırılığın, şartları gerçekleştiği takdirde güven sorumluluğuna yol açabileceği konusunda bir şüphe yoktur.⁹⁶ Ancak somut olayda, yukarıda açıkladığımız üzere, zaten taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi bulunduğundan, güven sorumluluğuna gidilmesini gerekli kılan bir durum söz konusu değildir. Bu çerçevede, Yargıtay'ın güven olgusunun bulunduğu her durumda olaya güven sorumluluğunun uygulanacağı konusundaki yaklaşımı kanımızca hatalıdır.

SONUÇ

Öncelikle incelemiş olduğumuz asgari alım taahhüdü içeren bayilik sözleşmesinde kararlaştırılmış olan ceza koşulunun, türü itibariyle ifaya eklenen değil, seçimlik ceza koşulu olduğunun belirtilmesi gerekmektedir. Bu çerçevede, Yargıtay'ın bu tür sözleşmelerde yer alan ceza koşulunun "ifaya eklenen ceza koşulu" olduğu yönünde genel geçer bir tespit yapmış olması kanımızca doğru değildir. Böyle bir ka-

⁹⁴ Sommer, s. 1036; Walter, s. 99; Demircioğlu, s. 227.

⁹⁵ "Sözleşme ve güven sorumlulukları birbirini dışlar!" Bkz. Loser, Nr. 87.

⁹⁶ Canaris, s. 287 vd.; Kirca, s. 152, dn. 810; Walter, s. 87. Aksi görüşte bkz. Oğuztürk, s. 253. Özellikle bir hakkın geç kullanılması nedeniyle o hakkın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil etmesiyle güven sorumluluğunu karşılaştıran Loser şu açıklamalarda bulunmaktadır: Güvenin korunması sonucunda mal varlıksal bir değer veya bir hakkın (alacak hakkı, yenilik doğuran hak, mülkiyet gibi) kaybedildiği durumlar, güven sorumluluğunun uygulama alanına girmez. Sorumluluk kavramı, bir hakkın kaybedilmesini de kapsayacak kadar geniş anlaşılmamalıdır. Sorumluluk ve bir hakkın kaybedilmesi, güvenin korunmasının iki farklı sonucudur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Loser, Nr. 91 vd.

rara varmadan önce taraf iradelerinin ve sözleşmenin yorumlanarak hangi tür ceza koşulunun kabul edilmiş olduğunun tespit edilmesi gerekir.

Asgari alım taahhüdü içeren bayilik sözleşmelerinde yer alan ceza koşulunun daha sonra sağlayıcı tarafından talep edilip edilemeyeceği konusunda ise şu değerlendirmeleri yapmak mümkündür: Yargıtay'ın eğilimi, bayinin asgari alım taahhüdüne uymaması halinde, sağlayıcının ceza koşulunu sonradan talep edememesi gerektiği yönündedir. Bu durum yalnızca incelemekte olduğumuz HGK kararından değil, ayrıca kısaca değinmiş olduğumuz 19. HD'nin vermiş olduğu diğer üç kararından da anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, Yargıtay adil olduğu düşüncesinde olduğu bir sonuca varmak için, olayda şartları gerçekleşmemiş olan hukuki kurumları zorlayarak karar vermiştir.

Kanımızca izlenmesi gereken yol şu şekilde olmalıydı: Öncelikle bayilik sözleşmesinin ceza koşuluna ilişkin hükümlerinin uygulanmayacak şekilde değiştirilmesi konusunda tarafların bir anlaşmaya varıp varmadıklarının tespit edilmesi gerekmektedir. Bu karar verilirken, sağlayıcının, bayinin değişiklik önerisi karşısında sessiz kalarak mal vermeye devam etmesi şeklindeki davranışının güven teorisi çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu değerlendirme sonucunda, eğer sağlayıcının davranışının TBK md.1 anlamında örtülü kabul veya TBK md. 6 anlamında susma ile kabul niteliği taşıdığı tespit edilirse, taraflar arasında sözleşmenin ceza koşuluna ilişkin 15. maddesinin değiştirilmesi yönünde bir anlaşma meydana gelmiş olacaktır. Bu durumda, zaten sağlayıcının ceza koşulunu talep etme hakkı ortadan kalkacağından; bu talebin ileri sürülmesini engellemek için ayrıca hakkın kötüye kullanılması veya güven sorumluluğu kurumlarına başvurulması gerekmeyecektir.

Sağlayıcının davranışlarının güven teorisi çerçevesinde yorumlanması sonucunda sözleşmede değişiklik meydana gelmediğinin kabul edildiği ihtimalde ise ceza koşulunun sonradan talep edilmesinin MK md. 2'ye aykırı olup olmadığı incelenmelidir. Burada söz konusu olan, taraflarca belirlenmiş olan asgari miktar henüz ilk yıllardan itibaren doldurulamamasına rağmen, sağlayıcının mal vermeye devam ederek ceza koşulu talebinde bulunmayacağı yönünde bayide güven uyan-

dırması ve sonra da bu güvene aykırı davranmasıdır. Sağlayıcının bu davranışı MK md.2'de düzenlenmiş olan hakkın kötüye kullanılması hallerinden çelişkili davranış yasağına aykırılık teşkil etmektedir. Bu durumda, hakkın kötüye kullanılmasının yaptırımlarından, o hakkın kullanılmamasına başvurularak, bu durumda sağlayıcı/tedarikçinin ceza koşulu talebinde bulunma hakkını yitirmesi söz konusu olacaktır. Önemle vurgulamak gerekir ki bu ihtimalde de, taraf iradeleri yorumlanırken "güven" teorisinden faydalanılmış olması, sağlayıcının "güven sorumluluğu" nun söz konusu olduğu anlamına gelmez. Diğer bir ifadeyle, bayinin haklı güveninin ihlal edilmiş olmasına ayrıca bir de sağlayıcının güven sorumluluğu sonucunu bağlamak yersizdir, zira her güven ihlalinin teknik anlamda güven sorumluluğuna yol açması söz konusu olamaz.

Kaynakça

- Akipek Jale G. /Akıntürk Turgut, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri/Kişiler Hukuku, İstanbul 2002.
- Akyol Şener, Medeni Hukukta Çelişki Yasağı, İstanbul 2007.
- Akyol Şener, "Venire Contra Factum Proprium (Önceki Eylem ile Çelişki Yasağı)", Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2004 (kısalt. Akyol, Venire).
- Altaş Hüseyin, Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri, Ankara 2014.
- Altaş Hüseyin, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1988 (kısalt. Altaş, Şekil).
- Baumann Max, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Zürcher Kommentar), Bd. I, Einleitungstitel zum ZGB, Art. 1-7 ZGB, Zurich 1998 (kısalt. ZK-Baumann).
- Becker Hermann, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, Band/Nr. VI/1, Bern 1941.
- Bentele Roland, Die Konventionalstrafe nach Art. 160- 163 OR, Freiburg 1994.
- Bilge Necip, "Cezai Şart", Ahmet Esat Arsebük'ün Aziz Hâtrasına Armağan, Ankara 1958.
- Bucher Eugen, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 1988.
- Canaris Claus-Wilhelm, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, Gesammelte Schriften, Band II, Berlin 2012.
- Cansel Erol/ Özel Çağlar, "Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu", *Yaşar Üniversitesi Dergisi Özel Sayı*, Vol. 8, 2013, Cilt I, s. 713 vd.

- Chappuis Christine, La Responsabilite Fondée sur la confiance, *Semaine Judiciaire* 1997, s. 165-176, (kısalt. Chappuis, La Responsabilité)
- Chappuis Fernand, "Aspects théoriques et application pratique de la clause pénale dans les conventions d'actionnaires", *La Revue suisse de droit des affaires et du marché financier*, **Zürich 2003, C. 75, S. 2, s. 65 vd.**
- Couchevin Gaspard, La clause pénale - Etude générale de l'institution et de quelques applications pratiques en droit de la construction, Zürich 2008.
- Çağlayan Aksoy Pınar, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, İstanbul 2016.
- Demircioğlu Huriye Reyhan, "Sorumluluk Hukukunun İkili Yapısının Aşılması Çabalarının Ürünleri Olarak Culpa in Contrahendo Ve Güven Sorumlulukları", Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, (28-29 Mayıs 2009), ed. Mustafa Fadıl Yıldırım, Erden Ethem Atay, Ankara 2009.
- Dural Mustafa/ Sarı Suat, Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2004.
- Edis Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1963.
- Egger A, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Art. 1-10 Einleitung, Zürich 1930.
- Engel Pierre, Traité des obligations en droit suisse Dispositions générales du CO, 1997.
- Erdem Mehmet, La Clause Penale Etude Comparative de Droit Suisse et de Droit Turc, Ankara 2006.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015.
- Furrer Andreas/Müller-Chen Markus, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich 2012.
- Gauch Peter/Schlupe Walter/Schmid Jörg/Emmenegger Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I/II, Zürich 2014.
- Guhl Theo/Koller Alfred, Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, Bern 2000.
- Günay Cevdet İlhan, Cezai Şart (BK m. 158-161), Ankara 2001.
- Hatemi Hüseyin/Gökayla Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2011.
- Hausheer Heinz/ Aebi-Müller Regine E., Berner Kommentar, Bd. I/1, Einleitung, Art. 1-9, ZGB, Bern 2012 (kısalt. BK-Hausheer/Aebi-Müller).
- Hausheer Heinz/Jaun Manuel, Die Einleitungsartikel des ZGB, SHK-Staempflis Handkommentar, Bern 2003 (kısalt. SHK-Hausheer/Jaun).
- Hofer Sibylle/Hrubesch-Millauer Stephanie/Roberto Vito, Einleitungsartikel und Personenrecht, Bern 2011 (kısalt. Hrubesch/Bosshardt).

- Huguenin Claire, Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil, Schulthess 2014.
- Kalkan Oğuztürk Burcu, Güven Sorumluluğu, İstanbul 2008.
- Kılıçoğlu Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2016.
- Kırca Çiğdem, Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Sorumluluk, Ankara 2004.
- Koller Alfred, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, Bern 2009.
- Kocaağa **Köksal, Türk Özel Hukukunda Cezai Şart (BK m. 158- 161), Ankara 2003.**
- Kocayusufpaşaoğlu Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, İstanbul 2008.
- Kostkiewicz Jolanta Kren, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, Orell Füssli Kommentar, hrsg. v. Jolanta Kren Kostkiewicz, Peter Nobel, Ivo Schwander, Stephan Wolf, 2. **überarbeitete** und erweiterte Auflage 2009 (kısalt. OFK-Kostkiewicz).
- Kostkiewicz Jolanta Kren, "Vertrauenshaftung im schweizerischen IPR", Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bern 2001, C. 137, s. 161 vd.
- Kramer Ernst A./Schmidlin, Bruno, Berner Kommentar Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Band/Nr. VI/1/1, Bern 1986.
- Kut Ahmet, Art. 1-40 OR, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, 2. Aufl, 2012.
- Loser Peter, Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht- Grundlagen, Erscheinungsformen und Ausgestaltung im geltenden Recht vor dem Hintergrund europäischer Rechtsentwicklung, 2006.
- Loser Peter, "Konkretisierung der Vertrauenshaftung", recht - Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, Bern 1999, C. 17, s. 73 vd. (kısalt. Loser, Konkretisierung) .
- Mansel Heinz-Peter, Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, Hrsg. V. Prof. Dr. Dres. h.c. Rolf Stürner, 16. Neubearbeitete Auflage, 2015.
- Mooser Michel, Art. 158-163 CO, Commentaire Romand, Code des obligations I Art. 1-529 CO, ed. Luc Thévenoz/Franz Werro, Bale 2012.
- Oğuzman Kemal/ Barlas Nami, Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuk, 4. Bası, İstanbul 2013.
- Oğuzman Kemal/Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009.
- Oğuztürk Burcu Kalkan, **Güven Sorumluluğu, İstanbul 2008.**
- Oser Hugo, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch : V. Band: Das Obligationenrecht : Das Obligationenrecht Bundesgesetz betreffend die Ergänzung

- des schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. März 1911 : Erster Halbband: Art. 1-183 / Hrsg. A. Egger; Kommentiert von Hugo Oser ; Unter Mitwirkung von Wilhelm Schönenberger, Zürich 1929.
- Pellanda Katja Roth/Dubs Dieter, Art. 158-159 OR, CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183, 2. Aufl., Hrsg. Andreas Furrer, Anton K. Schnyder, Zürich-Basel-Genf, 2012
- Pichonnaz Pascal, Schweizer Obligationenrecht 2020, Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil/Code des obligations suisse 2020 - Projet relatif à une nouvelle partie générale, 2013.
- Riemer Hans Michael, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2003.
- Schäfer Hans-Bernd/Aksoy Hüseyin Can, "Alive and well: the good faith principle in Turkish contract law", *European Journal of Law and Economics*, Ağustos 2016, C. 42, S.1, s. 73 vd.
- Schmidlin Bruno, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, hrsg v. Arthur Meier-Hayoz, Band/Nr. VI/1/1, 1986.
- Schubert Claudia, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. v. Franz Jürgen Säcker, Dr. Roland Rixecker, Dr. Hartmut Oetker, Bettina Limperg, Band 2, München 2016.
- Schulze Reiner, Schulze Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, Baden Baden 2017.
- Schwenzer Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7.Auflage, Bern 2016.
- Serozan Rona, Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku, İstanbul 2013.
- Sommer Ueli, "Vertrauenshaftung, Anstoss zur Neukonzeption des Haftpflicht- und Obligationenrechts?", *Aktuelle Juristische Praxis*, Zürich 2006, S. 9, s. 1031 vd.
- Staffelbach Daniel, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, Orell Füssli Kommentar, hrsg. v. Jolanta Kren Kostkiewicz, Peter Nobel, Ivo Schwander, Stephan Wolf, 2. **überarbeitete** und erweiterte Auflage, Zürich 2009.
- Sturm Fritz, "Der Rechtsmissbrauch im Schweizer Recht -- Ein **Überblick über** die neuere Judikatur des Bundesgerichts", *Schweizerische Juristen-Zeitung*, Zürich 1993, C. 89, s. 373 vd.
- Tuor Peter/ Schnyder Bernhard/Schmid Jörg/Rumo-Jungo Alexandra, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch begründet von Peter Tuor, Zürich 2010.
- Von Tuhr Peter/Escher Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht Band II (mit Supplement), Zürich 1984.
- Walter Hans Peter, "Die Vertrauenshaftung: Unkraut oder Blume im Garten des Rechts?", *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins*, Bern 2001, 2. Hft., Hb. Band. I,

s. 79 vd.

Werro Franz, "Haftung für fehlerhafte Auskunft und Beratung - braucht es die Rechtsfigur der Vertrauenshaftung?", recht, Bern 2003, s. 12-20.

Widmer Pierre/ Wessner Pierre, Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Erläuternder Bericht, Bern 2000.

Widmer Corinne, "Vertrauenshaftung- Von der Gefährlichkeit des Überflüssigen", Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Basel 2001, s. 101 vd.