

# TİCARÎ İŞ KAVRAMI VE TACİR SIFATINA BAĞLANAN ÜCRET VE SÖZLEŞME CEZALARININ İNDİRİLMESİNİ İSTEYEMEME

Rıza AYHAN\*

## ÖZET

*Hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir (TBK m. 182/3). Ancak Türk Ticaret Kanunu m. 22'ye göre, tacir sıfatını haiz borçlu, aşırı ceza kararlaştırılmış olduğu iddiasıyla sözleşme cezasının indirilmesini mahkemeden isteyemez. TTK m. 22'nin uygulanabilmesi için, borçlunun tacir sıfatını haiz olması ve cezaî şartın borçlunun ticarî işletmesiyle ilgili bir borca ilişkin olması gerekir. Ticari işletmenin asli unsurlarından biri “emek”tir. Ticari işletme sahibi tacir işveren ile “işçi” arasındaki “hizmet sözleşmesi” bir ticarî iştir. Dolayısıyla işçi ile yapılan hizmet sözleşmesinde kararlaştırılan ceza koşulunun, aşırı olduğu iddiasıyla indirilmesinin, tacir işveren tarafından, mahkemeden talep edilmesi mümkün değildir. Bu haliyle tacir sıfatını haiz işveren hakkında, TTK m. 22 hükmünün tatbik edilemeyeceği yönündeki Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararları Türk Ticaret Kanunu bakımından kabul edilebilir olmadığı gibi, İş Kanununun ruhuna da aykırıdır.*

**Anahtar Kelimeler:** Ticari iş, tacir olmanın hüküm ve sonuçları, ceza koşulu, aşırı ceza koşulunun indirilmesi, tacir işveren.

## CONCEPT OF COMMERCIAL BUSINESS AND NOT TO MOVE FOR REDUCTION OF CHARGE AND PENAL CLAUSE LINKED TO MERCHANT CAPACITY

### ABSTRACT

*Judge reduce excessive penal clause ex officio (Turkish Code of Obligations Art. 182/3). However, according to Art. 22 of Turkish Commercial Code (TCC), merchant capacity having debtor cannot move for reduction of penalty of contract because of its excess. To carry out Art. 22 of TCC, debtor must have merchant capacity and penal clause must be referred to a debt related to debtor's commercial enterprise. One of the fundamental elements of commercial enterprise is “labour (employee)”. “Contract of employment” between “employee” and merchant employer, who is owner of commercial enterprise, is a commercial business. Consequently, merchant employer cannot move for reduction of penal clause because of its excess, agreed in contract*

\* Prof. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilimdalı Öğretim Üyesi

*of employment made with employee. In the present case, decisions of Assembly of Civil Chambers of Supreme Court that Art. 22 of TCC cannot be applied to merchant capacity employer, are not acceptable in terms of Turkish Commercial Code and also they are against the essence of Labour Law.*

**Keywords:** *Commercial Business, Effects and Outcomes of Being a Merchant, Penal Clause, Reduction of Excessive Penal Clause, Merchant Employer.*

## **GİRİŞ**

Özel hukukun ikiliği ilkesini kabul eden, bir diğer ifadeyle, kişiler arasındaki borç ilişkilerini düzenleyen Borçlar Kanunu yanında ayrıca Ticaret Kanunu olan hukuk sistemlerinde, özel hukukun birliğini korumak ve Ticaret Kanununda özel hüküm bulunmadıkça Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanmasını sağlamak amacıyla, özel hükümler öngörülmüştür.

Bu esastan olmak üzere, şekli açıdan bağımsız kanunlar niteliğinde olan 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu arasındaki ilişki, “*Bu Kanun, 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun beşinci kitabı olup, onun tamamlayıcısıdır.*” (TBK m. 646) şeklinde kurulmuş, Türk Medenî Kanunu ile Türk Borçlar Kanunu arasında bir bağ oluşturulmuştur<sup>1</sup>.

Türk Borçlar Kanunu m. 646’da düzenlenen bu hükümden başka, TMK’nun 5’inci maddesinde, “*Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikteki hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır*” denilmiştir.

Benzer bir düzenlemeye Türk Ticaret Kanununda da yer verilmiş, “*Türk Ticaret Kanunu 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun ayrılmaz bir parçasıdır.*” denilmiş; ayrıca Türk Ticaret Kanununun gerekçesinde de “*...ticari işlere bakan mahkemeler...ticari işlere mahsus hüküm olmadıkça, onlar hakkında da diğer bütün işlerinde olduğu*

<sup>1</sup> Bu husus, 818 sayılı Borçlar Kanununda, “*Kanunu Medeninin mütemmimi olan işbu kanun merbut tashihler ile beraber kabul edilmiştir.*”(m. 544) şeklinde ifade edilmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunundaki hüküm (m. 646), mehz İsviçre Borçlar Kanununa daha uygundur. Bilindiği üzere İsviçre Borçlar Kanununun (OR) resmi adı “*İsviçre Medenî Kanununu Tamamlamaya İlişkin Federal Kanun (Beşinci Kısım: Borçlar Kanunu)*”dur (*Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Fünfter Teil: Obligationenrecht)*).

gibi, *Medenî Kanunla Borçlar Kanunu hükümlerini uygulamak yoluna gideceklerdir.*"<sup>2</sup>diyerek hükmün konuluş amacını açıklamıştır.

Bütün bu düzenlemelerin doğal sonucu, adî iş-ticarî iş ayrımı yapılmasını gerekli hâle getirmiş; ticarî işlere, esas itibariyle, ticarî hükümlerin uygulanması zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Bu konunun hükme bağlandığı TTK m.1/2'de de, "*Mahkeme, hakkında ticari bir hüküm bulunmayan ticari işlerde, ticari örf ve âdete, bu da yoksa genel hükümlere göre karar verir.*" denilmek suretiyle, TTK m. 1/1'deki hükme yollama yaparak, adî hüküm-ticarî hüküm ayrışması vurgulanmıştır.

Buna göre, borç ilişkilerinden doğan hukukî uyumsuzlukların çözümlenmesinde ticarî hükümlerin mi? yoksa genel hükümlerin mi? uygulanacağını kesin bir surette tespit ve tâyin edilebilmesi, o olayın "*ticarî iş*" niteliğinde olup olmamasına bağlanmıştır. Uyuşmazlık "*ticarî iş*" niteliğinde ise, Türk Ticaret Kanununun birinci maddesindeki sıraya göre, "*ticarî hükümler*"; uyumsuzluk ticarî iş niteliğini haiz değilse, bu takdirde ticarî hükümler uygulanamayacağından, "*genel hukuk kuralları*" tatbik edilecektir.

Türk Ticaret Kanununda iki ayrı maddede "*ticarî iş*" ele alınmış; Türk ticaret Kanununun 3'üncü maddesi "*ticarî işler*"e ayrılırken, Kanunun 19'uncu maddesinde "*ticarî iş karinesi*" düzenlenmiştir.

### **I. Türk Ticaret Kanununun 3'üncü Maddesine Göre "Ticarî İş"**

Türk Ticaret Kanununun 3'üncü maddesi uyarınca, "*Bu Kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir.*"

Kanun koyucu TTK m. 3'te, ticari işleri iki başlık altında ele almıştır. Bunlar:

#### **A) Türk Ticaret Kanununda Düzenlenen İşler**

Türk Ticaret Kanunu m. 3'ün düzenlemesine nazaran, "*Türk Ticaret Kanununda düzenlenmiş bütün işler*", ticarî işletmeyle veya tacirle ilgili olmasa dahi, kanun gereği ticarî iş kabul edilmektedir. Bu hâliyle kanun koyucunun, Türk Ticaret Kanununda hükme bağlanmış işleri, hukukî yapıları itibariyle ticarî iş niteliğinde olup olmamasına bakılmaksızın, sadece Türk Ticaret Kanununda düzenlendiği için, "*ticarî iş*" olarak kabul ettiğini görüyoruz.

<sup>2</sup> 6762 sayılı Türk ticaret Kanunu gerekçesi. 6102 sayılı Kanunun gerekçesinde, sadece 6762 sayılı Kanundan farklı olan düzenlemelerin sebebi açıklanmaktadır.

Aslında, Türk Ticaret Kanununda düzenlenen bu hususların büyük bir çoğunluğu “*ticarî işletme*” ile ilgilidir. Fakat doğrudan ticarî işletmeyle ilgili bulunmayan, sadece şeklen Türk Ticaret Kanununda düzenlenmiş olması dolayısıyla ticarî iş sayılan işler de mevcuttur. Gerçekten de “*Cari Hesap Sözleşmesi*” (TTK m. 89-101), tacir olsun olmasın, ticarî işletmeyi ilgilendirsin ilgilendirmesin, herkes tarafından yapılabilir. Bunun gibi, ne işle uğraştığına bakılmaksızın, bir kişi, bono tanzim edebilir; çek keşide edebilir. Bu işler sadece Türk Ticaret Kanununda düzenlendiği için “*ticarî iş*” sayılmaktadır. Benzer şekilde, aslında birer haksız fiil olan “*Haksız Rekabet*” (TTK m. 54 vd.) ve “*Çatma*” (TTK m. 1286 vd.), Türk Ticaret Kanununda düzenlendiği için “*ticarî iş*” olarak kabul edilmektedir<sup>3</sup>.

## **B) Ticarî İşletmeyi İlgilendiren Bütün İşlem ve Fiiller**

Türk Ticaret Kanunu m. 3’te belirtilen bu kıstasa göre, hangi işlem ve fiillerin ticarî işlerden olduğunu belirleyebilmek için öncelikle “*ticarî işletme*” ve “*ticarî işletmeyi ilgilendirmek*” kavramlarının açıklığa kavuşturulması gerekir.

### **1) Ticarî İşletme**

Ticarî işletme TTK m. 11/1’de, “*esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir*”, şeklinde tanımlanmıştır.

Bu tanıma nazaran, ticarî bir işletmeden bahsedilebilmesi için her şeyden evvel bir “*işletme*”nin bulunması gerekir. İktisadi bir kavran olan “*işletme*” İsviçre Ticaret Sicili Tüzüğünde (Handelsregisterordnung) (HRegV), “*bağımsız, sürekli bir iktisadi faaliyet*” (m. 2/b) olarak tanımlanmıştır.

İşletmeciler ise, “*insanların istek ve ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla üretim faaliyetlerini en uygun bir şekilde bir araya getirerek, mal veya hizmet üretilip satışa sunan temel olarak kâr, sosyal fayda ve varlığını sürdürme amacı güden ekonomik birimlere işletme adı verilir.*” demektedirler<sup>4</sup>.

İşletmecilere göre, üretim (ekonomik) faktörleri, doğal kaynaklar, sermaye, girişimci ve iş gücünden (emek) ibarettir<sup>5</sup>. Emek, üretim faktörleri içinde en önemli olanlardan birisidir. İnsanların üretim için harcadıkları bedensel ve zihinsel çabaların tümü “*emek*” olarak nitelendirilir; emek olmadan (en azından bu günkü bilgi birikimiyle) üretimde bulunulamaz.

<sup>3</sup> Ayhan, R., Ticari İşletme Hukuku, 2. Bası, Ankara 2007, s. 19-20.

<sup>4</sup> Üner, M., (Editör), Genel İşletmecilik, 2. Bası, Ankara 2011, s. 20.

<sup>5</sup> Üner, s. 13 vd.

Emek işletmenin aslî unsurlarındandır; ücret, emeğin karşılığında yapılan ödemedir<sup>6</sup>.

İktisadi bir kavram olan işletme, ekonomistler tarafından da benzer şekilde ifade edilmiş; üretim faktörleri, tabiat (toprak), emek, sermaye ve girişim olarak nitelendirilmiştir. Ekonomistlere göre de, üretim faktörleri içinde en önemlilerinden biri “emek”tir; emek olmadan hiçbir üretimin yapılamayacağı bir gerçektir<sup>7</sup>.

Bütün bu değerlendirmeler ışığında “işletme”yi, doğal kaynaklar, sermaye, emek ve girişimcinin oluşturduğu, bağımsız, sürekli iktisadi faaliyet olarak nitelendirmek mümkündür.

Her işletme, ticarî işletme değildir. Bir işletmenin ticarî işletme sayılabilmesi için, bir işletmenin bulunması yanında, bu işletmenin “*esnaf faaliyetlerini aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutması*” da gerekir<sup>8</sup>.

Buna göre, ticarî işletmeden bahsedebilmek için bir “işletme”nin bulunması ön şarttır; işletmeden söz edebilmek için ise, işletmeyi oluşturan unsurların, yani doğal kaynaklar, sermaye, emek ve girişimcinin bulunması şarttır. Girişimci, emek, sermaye ve doğal kaynaklar işletmenin aslî unsurudur; ekonomistlerin ve işletmecilerin ifadesine göre de “emek” işletmenin vazgeçilmez ögesidir.

## 2) Ticarî İşletmeyi İlgilendiren İşler

İşletmeler insan ihtiyaç ve isteklerini karşılamak amacıyla kurulur. Ancak, insan ihtiyaç ve isteklerini karşılamak maksadıyla üretim faktörlerini (doğal kaynak, sermaye, emek) bir araya getiren girişimcinin de (müteşebbis) bir kısım istek ve ihtiyaçları vardır; bunlar, gelir ve buna bağlı olarak kâr elde etmek isterler<sup>9</sup>.

Bu değerlendirmeye göre, girişimcinin gelir ve buna bağlı olarak kâr elde etmek amacıyla, insan istek ve ihtiyaçlarını karşılamak maksadıyla yapacağı her türlü işlem ve fiiller, işletmeyi ilgilendirir. İşletmeyi ilgilendiren işlem ve fiiller geniş yorumlanmalı; işletmeyle ilgili bir işin icrasına hazırlık oluşturmak ya da icrasını kolaylaştırmak amacıyla yapılan işlerin

<sup>6</sup> Ünler, s. 14.

<sup>7</sup> Altınok, S./Çetinkaya, M., İktisada Giriş, Ankara 2012, s. 41.

<sup>8</sup> Arkan, S., Ticarî İşletme Hukuku, 16. Bası, Ankara 2012, s. 27-32; Karahan, S., Ticarî İşletme Hukuku, 23. Bası, İstanbul 2012, 19-24; Yasaman H./Poroy, R., Ticarî İşletme Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2012, s. 37-39.

<sup>9</sup> Ünler, s. 29.

de “*işletmeyle ilgili*” olduğu kabul edilmelidir<sup>10</sup>. Diğer bir söyleyişle, ticarî hayatta geçerli olan görüşler uyarınca, ticarî işletmede yürütülen faaliyet ile doğrudan veya dolaylı bir ilişkisinin bulunduğu kabul edilen her işlem ve fiilin ticarî işletmeyi ilgilendirdiği varsayılmalıdır<sup>11</sup>.

Bu bağlamda, işletmenin unsurlarını oluşturan üretim faktörleri yanında, tacirin ticarî işletmesinde kullanmak maksadıyla mamul, yarı mamul veya ham madde satın almasını, işletmede çalışan işçilerle hizmet sözleşmesi yapılmasını vs., ticarî işletmeyi ilgilendiren işlemlerden kabul etmek gerekir.

### **a) Ticarî İşletmeyi İlgilendiren İşlemler**

Türk Ticaret Kanununun 3’üncü maddesinde ifadesini bulan “*ticarî işletmeyi ilgilendiren işlem*”den, “*ticarî işletmeyi ilgilendiren hukukî işlem*” anlaşılmalıdır<sup>12</sup>.

Bilindiği gibi hukukî işlem, bir veya birden çok kişinin hukuk düzeninin öngördüğü sınırlar içinde, gerektiğinde diğer unsurlar ile birlikte hukukî sonuçlar doğurmaya yönelmiş irade açıklaması veya açıklamalarından oluşan bir hukukî olgudur. İrade açıklamasının yönelmiş olduğu hukukî sonuç, bir hakkın veya hukukî ilişkinin kurulması, değiştirilmesi, devredilmesi veya ortadan kaldırılması olabilir. Hukukî işlem ile bireyler, diğer kişiler ile doğrudan doğruya hukukî ilişkilerini kurar ve düzenler. Bu anlamda hukukî işlem, TBK m. 26’da düzenlenmiş olan irade özerkliğinin gerçekleştirme aracıdır. Hukukî işlem, belirli bir hukukî sonucun meydana gelmesine, dolayısıyla belirli bir amacın gerçekleşmesine yönelik bir hukukî fiil türüdür<sup>13</sup>.

Hukukî işlemleri, düzenlendikleri hukukî ilişkinin içeriğine, katılanların sayısına, sonuçlarını doğurdukları ana, ivazlı ve ivazsız, sebebe bağlı veya soyut, şarta, süreye, şekle bağlı olup olmamalarına göre ayrıma tâbi tutmak mümkündür<sup>14</sup>. Diğer ayrımlar bir yana, hukukî işlemler, düzenlendikleri hukukî ilişkinin konusuna (içeriğine) göre, borçlar hukuku, eşya hukuku, kişiler hukuku, aile hukuku ve miras hukuku işlemlerine ayrılır. Borçlar hukuku işlemleri ile bir borç ilişkisi kurulup, değiştirilip, ortadan kaldırılırken, eşya hukuku işlemleriyle bir aynî hak kurulur, değiştirilir veya ortadan kaldırılır. Borçlar hukuku işlemleriyle eşya hukuku işlemleri bir taraflı olabileceği gibi, iki taraflı da olabilir. Bir taraflı hukukî işlemlerin en tipik örneği ilân yoluyla

---

<sup>10</sup> Arkan, s. 65.

<sup>11</sup> Arkan, s. 65.

<sup>12</sup> Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 65.

<sup>13</sup> Eren, F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara 2012, s. 119.

<sup>14</sup> Hukukî işlem çeşitleri için bkz. Eren, s. 164 vd.

ödül sözü vermedir (TBK m. 26). Akdî nitelikteki borçlar hukuku işlemleri ise, satış sözleşmesi, kira sözleşmesi, hizmet sözleşmesi gibi sözleşmelerdir<sup>15</sup>.

Bu izahattan da açıkça anlaşıldığı gibi, hizmet sözleşmesi bir hukukî işlemdir; bu hizmet sözleşmesi ticarî işletme için yapılmışsa, ticarî işletmeyi ilgilendiren bir işlem mahiyetindedir.

Hâl böyle olmasına rağmen, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararlarında<sup>16</sup> “işveren ile işçi arasındaki ilişki TTK’nun 3’üncü maddesinde anlamını bulan ticari iş niteliğinde olmayıp, 1475 (şu anda 4857) sayılı İş Kanunundan kaynaklanan ve İş Kanunu hükümlerine bağlı ve bu çerçevede içinde kendine özgü bir hizmet akdidir” denilmektedir.

Yukarıdaki izahlarımız karşısında Yargıtay’ın bu görüşüne katılabilmemiz mümkün değildir. Şöyle ki,

i) Kararlar 1475 sayılı İş Kanununa göre verilmiş; kararlarda işveren tacir ile işçi arasındaki hizmet akdi “İş Kanunu hükümlerine bağlı ve bu çerçevede içinde kendine özgü bir hizmet akdidir.” denilmiştir.

Hâlbuki 1475 sayılı İş Kanunu, hizmet akdini düzenlememiş; işverenler ile bir iş sözleşmesine dayanarak çalıştırılan işçinin çalışma şartlarını ve çalışma ortamına ilişkin hak ve sorumluluklarını hükme bağlamıştır. Gerçekten de 1475 sayılı Kanunun 9-25 maddeleri tetkik edildiğinde, işçinin korunması ilkesinden hareket edilerek, işveren karşısında zayıf durumda olan “işçi”nin çalışma ortamının ve şartlarının iyileştirilmesi maksadıyla düzenleme yapıldığı; hizmet akdinin ise Türk Borçlar Kanununun 393 vd. (818 sayılı Borçlar Kanunu m. 313 vd.) maddelerinde düzenlendiği görülmektedir. Buna rağmen hizmet akdinin, İş Kanunu hükümlerine tâbi kendine özgü bir akit olarak nitelendirilmesi anlaşılammaktadır.

ii) Kaldı ki, hizmet akdi, “kendine özgü bir akit” olsa bile, nihayet bir akittir. Bu akdin de, işletmeyi ilgilendirdiği, daha doğru bir ifadeyle, “işletme”nin aslî unsurlarına ilişkin bir akit olduğu da tartışmasızdır.

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, bir işletmeden bahsedilebilmesi için “olmazsa olmaz” unsurlardan birisi de “emek”, yani işçinin çalışması, işçiyle bir hizmet akdinin yapılmasıdır. Bu hizmet akdinin İş Kanununa tâbi olduğunu ifade ederek, işletmeyle ilgili olmadığını ifade etmek mümkün

<sup>15</sup> Eren, s. 164.

<sup>16</sup> Yargıtay HGK’nun 15.10.1997 T. ve E. 1997/9-486, K. 1997/822; E. 2002/9-596, K. 2002/662, T. 02.10.2002 sayılı kararları (Kazancı Bilgi Bankası, Erişim Tarihi 03.04.2013).

değildir; işletmede istihdam edilmek üzere işçiyle yapılan her hizmet akdi işletmeyi ilgilendirir.

iii) Aynı neticeye, yürürlükteki 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri gereğince de varılır. 4857 sayılı İş Kanunu, 1475 sayılı Kanundan farklı düzenlemelere yer vermiş; hemen birinci maddesinde, “*Bu Kanunun amacı işverenler ile bir iş sözleşmesine dayanarak çalıştırılan işçilerin çalışma şartları ve çalışma ortamına ilişkin hak ve sorumlulukları düzenlemektedir*” denilmiştir.

Görüldüğü gibi, 4857 sayılı Kanunun amacı, hizmet akdini düzenlemek değildir; Kanunun amacı “*işçilerin çalışma şartları ve çalışma ortamına ilişkin hak ve sorumlulukları düzenlemektedir.*”

4857 sayılı Kanunun amacı bu olmasına rağmen, Kanunun 8 vd. maddelerinde “*İş sözleşmesi, türleri ve feshi*” de düzenlenmiş, Kanunun amacı aşılmıştır.

Bütün bunlara rağmen, 4857 sayılı İş Kanununda da “*iş sözleşmesi*” bir akit olarak nitelendirilmiş (m. 8); bir hukukî ilişki olduğu kabul edilmiştir. Bu hukukî ilişkinin, işletmeyle ilgili olmadığını ifade etmek de mümkün değildir; girişimci işçiyi, işletmenin faaliyeti için istihdam etmekte “*hizmet sözleşmesi*”ni de işletmeyi işletmek maksadıyla yapmaktadır.

### **b) Ticarî İşletmeyi İlgilendiren Fiiller**

TTK m. 3’te sözü edilen, “*ticarî işletmeyi ilgilendiren fiiller*”den maksat, “*hukukî fiiller*”dir.

Hukukî fiil kavramı geniş yorumlanmalı ve bundan “*bilinçli iradeye dayanan insan davranışı*” veya kısaca “*iradi davranış*” anlaşılmalıdır. Bu davranış, müspet bir davranış, bir yapma fiili olabileceği gibi, menfi bir davranış, yapmama şeklinde de ortaya çıkabilir.

Geniş anlamda hukukî fiiller, hukuka aykırı fiiller ve hukuka uygun fiiller olarak ikiye ayrılır<sup>17</sup>.

### **i) Hukuka Aykırı Fiiller**

Hukuka aykırı fiillerin hukukî sonuç doğurmasının sebebi, bunların herkese veya sadece belirli kişilere (meselâ borçluya) genel veya özel nitelikte ödevler yükleyen hukuk normlarını ihlâl etmesidir. Hukuka aykırı fiiller de

---

<sup>17</sup> Eren, s. 159-160.



kendi içinde “haksız fiil” ve “borca (sözleşmeye) aykırılık” olmak üzere ikiye ayrılır<sup>18</sup>.

Başkasının malvarlığı, şahıs varlığı gibi değerlerini ihlâl eden kusurlu haksız fiiller, başlıca hukuka aykırı fiil türleridir. Haksız fiilin, ticarî iş olarak kabul edilebilmesi için, “*ticarî işletmeyle ilgili olarak*” meydana gelmiş olması gerekir. Bu hâlde, zarar gören tacir olmasa bile, TTK m. 3 uyarınca, ticarî işletmesi münasebetiyle haksız fiil ika eden tacirin bu fiili, ticarî iş sayılmaktadır<sup>19</sup>.

Hukuka aykırı fiillerden “*sözleşmeye aykırılık*”, sözleşmenin taraflarının, sözleşmeden doğan yükümlülüklerini, sözleşmeye uygun olarak yerine getirmemeleri, söz konusu yükümlülükleri ihlâl etmeleridir. Taraflar sözleşmeden doğan yükümlülüklerini hiç yahut gereği gibi ve zamanında ifa etmezlerse borca aykırı hareket etmiş olurlar.

6356 sayılı “*Sendikalar ve Toplu İş sözleşmesi Kanunu*”nda düzenlenen “*Toplu İş Sözleşmesi*”, “*iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hususları düzenlemek üzere, işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan*” bir sözleşmedir (m. 2/h).

Toplu iş sözleşmesi, bir sözleşme olmasına karşın, Türk Borçlar Kanununda düzenlenmiş bulunan ve hüküm ve neticeleri sadece akdin taraflarını ilgilendiren tipik borçlar hukuku sözleşmelerinden değildir. 818 sayılı Borçlar Kanununda (m. 316-317) “*Umumî Mukavele*” olarak nitelendirilen “*Toplu İş Sözleşmesi*”, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa alınmamıştır. Buna rağmen, toplu iş sözleşmesi, bünyesinde özel hukuk hükümlerini de barındıran, kendine özgü bir sözleşmedir<sup>20</sup>.

Toplu iş sözleşmesinin tarafları, işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren ile işçi sendikasıdır. İşveren bu sözleşmeyi işletmesi münasebetiyle yapar. Bir diğer ifadeyle, işletme bulunduğu için işçi çalıştırılır; işçilerin ve işverenin karşılıklı olarak çalışma şartlarını belirlemek maksadıyla da toplu iş sözleşmesi yapılır (m. 1). Bu bakımdan toplu iş sözleşmelerinin de ticarî işletmeyi ilgilendirdiği kabul edilmeli; toplu iş sözleşmelerinden doğan ihtilâflarda, işveren tacirin borçları buna göre nitelendirilmelidir.

<sup>18</sup> Eren, s. 160.

<sup>19</sup> Ayhan, s. 20-21; Yargıtay HGK, T. 8.3.1995, E. 1995/11-61, K. 1995/141 (Kazancı Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 03.04.2013).

<sup>20</sup> Aktay, A. N., Toplu İş Sözleşmeleri ve Toplu İş Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları, Ankara 1990, s. 21 vd.

## ii) Hukuka Uygun Fiiller

Hukuka uygun fiiller, hukuk düzeninin caiz gördüğü, onayladığı ve kendilerine hukukî sonuç bağladığı fiillerdir. Hukukî fiiller, “*irade açıklamaları*”, “*tasavvur (bilgi)açıklamaları*” ve “*duygu açıklamaları*” şeklinde görülür.

İrade açıklamaları, iradeyi dışa vuran fiiller olup, hukukî işlemler, hukukî işlem benzeri (TBK m. 117’de ifadesini bulan ihtarda olduğu gibi) veya maddi fiiller olarak üç kısma ayrılır.

Hukuka uygun fiillerden bir diğeri, zamanaşımının kesilmesiyle ilgili TBK m. 154’te olduğu gibi, hukuk düzeninin, hukukî sonuçlar bağladığı tasavvur açıklamalarıdır.

Hukuk düzeninin hukukî sonuç bağladığı hukuka uygun fiiller ticarî işletmeyi ilgilendiriyorsa, ticarî iş sayılır.

## II) TTK’nun 19’uncu Maddesine Göre “Ticarî İş”

Kanun koyucu, TTK m. 3’te, ticarî iş kavramının belirlenmesinde, Türk Ticaret Kanununun sistematığına uygun bir şekilde, iki kriter öngörmüş; Türk Ticaret Kanununda düzenlenen işler ile ticarî işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiilleri “*ticarî iş*” olarak kabul etmişken, TTK m. 19’da sistemde karışıklığa ve yanlış anlaşılmalara yol açacak mahiyette “*ticarî iş karinesini*” kabul etmiştir.

Bilindiği üzere, ticaret hukukunun uygulama alanının tespiti, çeşitli kabullere göre yapılmaktadır. Bunlardan sübjektif sistem, ticarî faaliyetin “*özne*”sini esas alarak, ticaret hukuku tacirlerin hukukudur derken; objektif sistemde, ticaret hukuku, “*ticarî muamelelerin (işlemlerin)*” hukuku olarak kabul edilmiştir. 1926 tarihli 865 sayılı Ticaret Kanununda olduğu gibi bu iki sistemin özelliklerini bünyesinde toplayıp “*karma sistem*”i benimseyen hukuk sistemleri de mevcut olmuştur.

Gerek 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu gerekse 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, ticaret hukukunu “*ticarî işletmenin hukuku*” olarak kabul etmiş; “*ticarî işletme*” sistemini benimsemiştir. Böylece 865 sayılı Kanun ile benimsenen sistem, önce 6762 sayılı Kanuna, oradan da şu anda yürürlükte bulunan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa dâhil edilmiş olmaktadır.

Karma sistemi benimseyen 865 sayılı 1926 tarihli Ticaret Kanunu, ticarî akitlere ilişkin olarak “*ukutu ticariye*” adı altında, tıpkı Borçlar Kanununda olduğu gibi genel ve özel (Örn: bey, icar, rehin, komisyon vs.)

hükümleri içermekte ve bu hükümlere tâbi olanlar ise, ticarî muamelelerden kabul edilmekteydi. Ticari muamelelerin neler olduğu da, Kanunun birinci kitabının birinci babının üçüncü faslında düzenlenmiş; yeniden satılmak ya da kiralanmak için yapılan alım ve kira işleri, kim yaparsa yapsın ticarî muamele olarak kabul edilmiştir. 865 sayılı Ticaret Kanununda ayrıca bir karine de getirilmiş, tacirin akit ve borçlarının, adî işlere ilişkin olduğu ispatlanmadıkça, ticarî sayılacağı kabul edilmiştir (m.22). Bu karineden başka bir de yorum kuralına yer verilmiş, taraflardan biri için ticarî iş niteliğinde olan borçların, Kanunda aksine hüküm bulunmaması hâlinde, diğer taraf için de Ticaret Kanunu hükümlerine tâbi olacağı belirtilmiştir (m. 23).

865 sayılı Kanunun 23'üncü maddesinde getirilen yorum kuralı, yapılan işin hangi Kanun (Borçlar-Ticaret) hükmüne tâbi olacağını belirlediğinden, söz konusu yorum kuralı, o dönemde önemli bir koordinasyon işlevine sahipti; işin tâbi olacağı kanunun belirlenmesinde önem taşımaktaydı. Bu hükme denk gelen yürürlükteki 19. madde hükmü ise, ticari işletme sistemine göre oluşturulan 6102 sayılı Kanun açısından sorunlara yol açabilecek niteliktedir.

#### A) Ticarî İş Karinesi

Kanun koyucu, TTK m. 3'te, "*Türk Ticaret Kanununda düzenlenen hususlarla*", "*ticarî işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller*"ın ticarî iş olduğunu hükme bağladıktan sonra, TTK m. 19'da, "*sübjektif sistemden*" mülhem olarak, "*bir tacirin borçlarının ticarî olduğunu*" ve "*taraflardan sadece biri için "ticarî iş" niteliğinde sayılan sözleşmelerin de ticarî iş olduğunu*" hükme bağlamıştır.

Türk Ticaret Kanunu m. 19/1'e göre, "*Bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Ancak, gerçek kişi olan bir tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticari sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde borç adi sayılır.*"

Bu düzenlemeden de anlaşıldığı gibi, kanun koyucu, "*Bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır.*" dedikten sonra TTK m. 19'un 1'inci fıkrasının 2'inci cümlesinde, "*gerçek ve tüzel kişi tacir*" ayırımına gitmiş; tüzel kişi tacirin bütün işlem ve fiillerini ticarî iş olarak kabul etmiştir.

Kanun koyucunun kabulüne nazaran, tüzel kişi tacirin adî iş alanları yoktur<sup>21</sup>. Yargıtayın ve öğretinin<sup>22</sup> de kabulü bu yönde olmasına karşın,

<sup>21</sup> **Yargıtay 11. HD**, T. 20.6.1997, E. 1997/1815, K. 1997/5112 (Kazancı bilgi Bankası, Erişim tarihi: 03.04.2013).

<sup>22</sup> **Arkan**, s. 65-66; **Karahan**, s. 56; **Poroy/Yasaman**, s. 76; **Yargıtay HGK**, T. 11.10.2006, E. 2006/19-684, K. 2006/647.

Yargıtay HGK kararında<sup>23</sup> “işveren ile işçi arasındaki ilişki, TTK’nun 3’üncü maddesinde anlamını bulan ticari iş niteliğinde olmayıp, 1475 sayılı İş Yasasından kaynaklanan ve İş Yasası hükümlerine bağlı ve bu çerçevede içinde kendine özgü bir hizmet akdidir” denilerek, TTK m. 19/1’in konuluş sebebine aykırı bir sonuca varmıştır.

Önemle belirtmek gerekir ki, yukarıda izah ettiğimiz gibi, “işçi ve işveren” arasındaki hizmet akdi, ticarî işletme münasebetiyle akdedildiği için, ticarî işletmeyi ilgilendirmiyor sonucuna varılamaz. Bir an için böyle bir sonuca varılabileceği düşünülse dahi, Türk Ticaret Kanununda, ticarî iş sadece TTK m. 3’te düzenlenmemiştir; TTK m. 19’da ticarî iş karinesi de “ticarî iş”i belirlemektedir. Yargıtay HGK’nun TTK m. 19’u ihmal ederek (hükümün gerekçesinde TTK m. 19’dan hiç bahsedilmemektedir), işçi ile işveren arasındaki hizmet akdinin ticarî iş niteliğinde olmadığını kabul etmesi isabetli olmamıştır.

Yargıtay HGK’nun kabulüne nazaran, bu hizmet akdi kendine özgü bir akit olsa bile, akdın diğer tarafı tüzel kişi tacirdir; tüzel kişi tacirin TTK m. 19/1 uyarınca bütün işleri ticarîdir. Bu hizmet akdinin ticarî iş olmadığını ifade etmek suretiyle, “işveren aleyhine öngörülen cezai şartın BK m. 161/son (6098 sayılı TBK m. 182/3) gereğince mahkemeye indirime tâbi tutulması mümkündür.” sonucuna varılması, asıl amacı işçinin korunmasını sağlamak olan İş Kanunu’nun da amacına aykırı olmuştur.

“Tacirin borçlarının ticari olması asıldır.” hükmü, tüzel kişi tacirler açısından mutlak olarak kabul edilmiş; gerçek kişi tacir bakımından ise, iki hâlde istisna kabul edilmiştir. TTK m. 19/1, c. 1’e göre, “gerçek kişi olan bir tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticari sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde borç adı sayılır.”

## **B) Taraflardan Yalnızca Biri İçin “Ticarî İş” Niteliğinde Olan Sözleşmeler**

Türk Ticaret Kanununda “ticarî iş” olarak kabul edilen hususlar sadece 3’üncü maddede belirtilmemiş, TTK m. 19/1’de “tacirin borçlarının ticari olması asıldır.” denildikten sonra, TTK m. 19/2’de “Taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır.” karinesi kabul edilmiştir.

---

<sup>23</sup> 15.10.1997 tarihli yukarıda zikredilen karar.

Türk Ticaret Kanunu m. 19/2'deki kabule göre, taraflardan yalnız biri için ticarî iş niteliğindeki sözleşmelerin, diğeri için de ticarî iş sayılması, şarta bağlanmıştır.

i) Taraflardan sadece biri için ticarî sayılan işlerin, diğerk taraf için de ticarî iş olarak kabul edilmesi ve TTK m. 19/2'nin uygulanabilmesi, sözleşmeyle ilgili olmasına bağlıdır; haksız fiillerden doğan ilişkilere uygulanmaz<sup>24</sup>.

ii) Taraflardan yalnız biri için ticarî iş niteliğinde olan sözleşmelerin, diğeri için de ticarî iş sayılabilmesi, kanunda aksine hüküm bulunmamasına da bağlıdır.

Buna göre, meselâ TTK m. 8/1'de hükme bağlanan “bileşik faiz”in uygulanabilmesi için, “her iki tarafın da tacir olması şartına bağlandığından”, tacir olmayanlara tatbik edilmez; taraflardan biri için ticarî iş sayılsa bile, diğerk taraf tacir olmadığı için TTK m. 8/1 uygulanmaz

### **III) Bir İşin “Ticarî İş” Olarak Nitelendirilmesinin Hukukî Sonuçları**

Kanun koyucu, Türk Ticaret Kanununun sistematigi içinde, bu kabullere göre de bunlara farklı sonuçlar bağlamıştır. Böyle bir kabul, ticarî iş için öngörölmüş, bir işin “*ticarî iş*” olarak kabul edilmesinin hukukî sonuçları ayrıca düzenlenmiştir. Ancak kanun koyucunun hukukî sonuç bağladığı yegâne kavram “*ticarî iş*” değildir; varmak istediğimiz sonuç bakımından, “*tacir*” sıfatına da bazı hukukî sonuçlar bağladığı gözlenmektedir.

#### **A) “Ticarî İş”e Bağlanan Hukukî Sonuçlar**

Bir işlem veya fiilin ticarî iş olarak sayılması, bunlara uygulanacak hükümlerin sırası ve seçimi bakımından önemli olduktan başka; bilhassa müteselsil sorumluluk, faiz ve zamanaşımı bakımından da önemli sonuçlar doğurur.

##### **1) Teselsül Karinesi**

Türk Borçlar Kanununa göre, borçlular arasında teselsül ya borçluların iradesinden ya da kanundan doğar; TBK m. 162 vd.'nin kabulüne nazaran, ticarî olmayan işlerde müteselsil borçluluk istisnai bir nitelik arz eder. Oysa, ticarî işlerde müteselsil borçluluk asıldır. Gerçekten de, TTK m. 7'ye göre, “*İki veya daha fazla kişi, içlerinden yalnız biri veya hepsi için ticarî niteliği haiz bir iş dolayısıyla, diğerk bir kimseye karşı birlikte borç altına girerse, kanunda*

<sup>24</sup> Yargıtay HGK, T. 17.2.1999, E. 1999/19-73, K. 1999/106 (Kazancı Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 03.04.2013)

veya sözleşmede aksi öngörülmemişse müteselsilen sorumlu olurlar.” (TTK m. 7/1, c.1). “Ticari borçlara kefalet hâlinde, hem asıl borçlu ile kefil, hem de kefiller arasındaki ilişkilerde de birinci fıkra hükmü geçerli olur.” (TTK m. 7/2).

## **2) Faiz**

Mahrum kalınan bir miktar paraya, mahrumiyet süresi ve mahrum kalınan paranın miktarı ile orantılı olarak sağlanan medenî semere şeklinde tanımlanan faiz<sup>25</sup> hukukumuzda oldukça dağınık bir şekilde düzenlenmiştir. Faizi düzenleyen genel nitelikteki hükümler esas itibarıyla Türk Borçlar Kanununda (m. 88, 104, 120-122, 131, 146-147, 152, 189, 377-378...), Türk Ticaret Kanununda (m. 8-10, 1530) ve 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunda yer almaktadır.

Türk Borçlar Kanununun kabulüne nazaran, “ticari olmayan tüketim ödünçü sözleşmesinde, taraflarca kararlaştırılmış olmadıkça faiz istenemez” (TBK m. 387) iken, “Ticari tüketim ödünçü sözleşmesinde, taraflarca kararlaştırılmamış olsa bile faiz istenebilir.” (TBK 387).

Bunun haricinde, akdi faiz oranının belirlenmesinde de, faiz borcunu doğuran sözleşmenin ticarî nitelikte olup olmamasına göre de ayırım yapılmış; ticarî olmayan işlerde sözleşmeyle kararlaştırılan faiz oranının kanuni faiz oranının yüzde ellisini aşamaz (TBK m. 88/2) denilirken, ticarî işlerde faiz oranının serbestçe belirleneceği hükme bağlanmıştır (TTK m. 8/1).

Ayrıca, ticarî olmayan işlerde bileşik faiz yasaklanmışken (TBK m. 388/3), ticarî işlerde bileşik faiz istisnai olarak iki hâlde, cari hesap ve tüketim ödünçü sözleşmesinde kabul edilmiştir (TTK m. 8/2).

## **3) Zamanaşımı**

Zamanaşımı, TBK'nun 146-161'inci maddeleri arasında hükme bağlanmış, “belirlenen bu zamanaşımı sürelerinin sözleşmeyle değiştirilemeyeceği” öngörülmüştür (TBK m. 148). Emredici mahiyette bulunan bu hükümle, “sürelerin kesinliği ve zamanaşımı sürelerini değiştirme yasağı” kuralları kabul edilmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki TBK m. 148'de öngörülen değiştirme yasağı, TBK 146-147'nci maddelerde yer alan sürelerle ilgilidir; bu maddeler dışında yer alan zamanaşımı süreleri değiştirilebilir. Ancak bu hâlde dahi zamanaşımı süresi en fazla on yıl (olağan süre) olabilir; yeni süre on yılı aşamaz<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 69.

<sup>26</sup> Eren, s. 1287.

Zamanaşımını düzenleyen TTK m. 6'da ise “Ticari hükümler koyan kanunlarda öngörülen zamanaşımı süreleri, Kanunda aksine düzenleme yoksa, sözleşme ile değiştirilemez.” şeklinde bir düzenleme yapılmış; sadece TTK'daki zamanaşımı sürelerinin değil, ticarî işlerle ilgili hüküm koyan diğer kanunlardaki zamanaşımı sürelerinin de değiştirilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Bu zamanaşımı sürelerinin değiştirilebilmesi, Kanunun buna imkân sağlamasına bağlıdır.

## **B)Ticarî İşletmeyle İlgili Olması Nedeniyle Tacir Sıfatına Bağlanan Hukukî Sonuçlar**

Tacir olmanın hükümleri TTK m. 18'de “*genel olarak*” ele alındıktan sonra, TTK m. 18-23 arasında tacir sıfatına bağlı özel hükümler düzenlenmiştir. Ancak, belirtmek gerekir ki, tacir sıfatına bağlı hukukî sonuçlar sadece 18-23'üncü maddelerde yer alan düzenlemelerle sınırlı değildir; diğer kanunlarda da tacir sıfatına bağlı hukukî sonuçlar öngörülmüştür.

Tacir sıfatına bağlı hukukî sonuçların bazıları, ticarî işletmeyle ilgili olmasına bakılmaksızın, sadece tacir olması nedeniyle, tacir olmanın hukukî sonucu olarak kabul edilirken, diğerleri ticarî işletmeyle ilgili olması nedeniyle tacir sıfatına bağlanmıştır.

### **1) Ticarî İşletmeyle İlgili Olmasına Bakılmaksızın Tacir Sıfatına Bağlanan Hukukî Sonuçlar**

Türk Ticaret Kanununda, tacir sıfatına bağlı hukukî sonuçlar, esas itibariyle tacirin ticarî işletmesini ilgilendirmesi nedeniyle tacir sıfatının hukukî sonucu olarak kabul edilmiştir.

Buna karşın TTK m. 18/1'de, “*Tacir, her türlü borcu için iflâsa tâbidir.*” denilerek, genel kurala bir istisna getirilmiştir. Buna göre, tüzel kişi tacirin ticarî işletmesi haricinde bir işi olamayacağından; gerçek kişi tacirin, sadece ticarî nitelikteki borçları için değil, ticarî işletmesini ilgilendirmeyen borçları için de iflâsının istenmesi mümkündür<sup>27</sup>.

### **2) Ticarî İşletmeyle İlgili Olması Nedeniyle Tacir Sıfatına Bağlanan Hukukî Sonuçlar**

Tacirin her türlü borçlarından dolayı iflâsa tâbi olacağını hükme bağlayan TTK m. 18/1 haricinde TTK m. 18-23'üncü maddeler arasında tacir sıfatına bağlanan hukukî sonuçlar, tacirin ticarî işletmesi icabı yaptığı işlemlere bağlanmıştır.

<sup>27</sup> Arkan, s. 131; Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 150-151.

### i) Genel Olarak

Türk Ticaret Kanununun 18-23'üncü maddeleri arasında “*Tacir Olmanın Hükümleri*” başlığı altında, tacir sıfatına bağlı hukukî sonuçlar incelendiğinde, yukarıda bahsettiğimiz “*ıflâsa tâbi olma*”nın haricindeki sonuçlar, tacirin ticarî işletmesi münasebetiyle yaptığı veya yapmak zorunda olduğu işlerdir. Sadece bazı hukukî sonuçların uygulanmasında her iki tarafın da ticarî işletmesini ilgilendirme şartı aranırken, diğerlerinde bu şarttan da bahsedilemez.

Hâl böyle olmasına karşın, tacir sıfatına bağlanan bazı hukukî sonuçların, tacir sıfatına mı? yoksa ticarî işletmesiyle ilgisi nedeniyle mi? tacir olmanın hukukî sonucu olarak kabul edildiği tartışmalıdır. Bu tartışmaların başında da, TTK m. 22’de hükme bağlanan “*Ücret ve sözleşme cezasının indirilmesi*”ni istememe gelmektedir.

### ii) Ücret ve Sözleşme Cezasının İndirilmesini İsteyememe

Türk Ticaret Kanununun 22’inci maddesinde, “*ücret ve sözleşme cezasının indirilmesi*” başlığı altında, “*Tacir sıfatını haiz borçlu, Türk Borçlar Kanununun 121’inci maddesinin ikinci fıkrasıyla 182’inci maddesinin üçüncü fıkrasında ve 525’inci maddesinde yazılı hallerde, aşırı ücret veya cezaî şartın indirilmesini mahkemeden isteyemez.*” şeklinde bir hükme yer verilmiştir.

Görüldüğü gibi, Türk Ticaret Kanunu aşırı olduğu ileri sürülen ücretin ve ceza koşulunun indirilip indirilememesi konusunda, tacir olan ve olmayanlar arasında bir ayırım yapmış; tacir sıfatını taşımayanlar “*aşırı ücret veya ceza kararlaştırılmış olduğu iddiasıyla ücret veya sözleşme cezasının indirilmesini*” mahkemeden isteyebilirken, tacir olanlar bu imkândan istifade ettirilmemiştir. Aynı sonuç, tacir sayılanlar ile tacir gibi sorumlu olanlar bakımından da geçerlidir<sup>28</sup>.

### aa) Hükümün Konuluş Nedeni

TTK m. 22’deki hüküm, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 24’üncü maddesinden değişiklik yapılmadan alınmıştır. 6762 sayılı Kanunun 24’üncü maddesi ise, 865 sayılı Ticaret Kanununun 647’nci maddesinden mühlhemdir.

Bilindiği gibi, 1926 tarihli 865 sayılı Ticaret Kanununun 4’üncü babında “*Taahhüdatı ticariye*” başlığı altında, ticarî borç ve akitlere müteallik hükümler bir araya toplanmış; 642-662’nci maddelerde bütün ticarî taahhütlere

---

<sup>28</sup> Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 155.



tatbik edilecek genel hükümler tanzim edilirken 647'nci maddede “*cezaî şart*” hükmüne bağlanmıştır.

Kanun koyucu, temerrütten doğan zarar ve ziyanın tespit ve takdiri, ispat güçlükleri bakımından kolay olmadığı ve bu güçlükleri bertaraf etmek için en basit yolun, sözleşmeye cezaî şartın konulması olduğundan hareket etmiştir. 865 sayılı Ticaret Kanununun 647'nci maddesine göre cezaî şart, “*Hini mukavelede maktu zarar ve ziyan olarak tesmiye kılınan*” bir tutardan başka bir şey değildir.

865 sayılı Kanunun 647'nci maddesinin birinci fıkrasına göre, “*ceza miktarı, alacaklının, taahhüdün ifası halinde istihsal bedelini tecavüz etse dahi mahkemece tenzil edilemez.*”

865 sayılı kanundaki bu hüküm, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununa “*Borçlar Kanununun bazı maddelerine göre fahiş bir ücret veya fahiş cezaî şart, yargı tarafından indirilebilir. Hâlbuki Ticaret Kanununun (647)nci maddesine göre, cezaî şart fahiş olsa bile indirilemez. Ticaret hukuku ile adi hukuk arasındaki bu farkı olduğu gibi bırakmak doğru addedilmiştir. Çünkü ticaret sahasında merhamet ve insaf ne gösterilir, ne beklenir. Küçük tacir mefhumu kaldırıldıktan sonra; tacir sıfatını haiz olan bir borçluyu, olağan hallerde fahiş addedilebilen bir tellallık ücretinin veya cezaî şartın indirilmesini talebetmek hakkından, şimdiye kadar olduğu gibi ileride de mahrum bırakmak, ticaretin icabındandır.*” gerekçesiyle<sup>29</sup>dâhil edilmiştir.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 24'üncü maddesindeki bu hüküm, herhangi bir açıklama yapılmadan 6102 sayılı Kanuna aynen alınmıştır. Bu değerlendirmeye göre, 6762 sayılı Kanunun gerekçesi, bugün için de geçerlidir.

### **bb) Hükümün Uygulama Şartları**

Hem 818 sayılı Borçlar Kanununda (m. 158-161) hem de 865 sayılı Ticaret Kanununda ayrı ayrı ele alınan cezaî şart, fer'i nitelikte ve geciktirici şarta bağlı bir edim borcu olarak nitelendirilmektedir<sup>30</sup>. Cezaî şartın iki ayrı kanunda ayrı ayrı düzenlenmesi, 865 sayılı Ticaret Kanununun sistematığından; “*Taahhüdatı ticariye*” başlığı altında, 818 sayılı Borçlar Kanunundan farklı olarak, ticarî borç ve akitlere müteallik birçok hükümün bir araya toplanması,

<sup>29</sup> 6762 sayılı Kanunun gerekçesi, I, Ticaret Kanununun tadilini gerektiren sebepler, 2. Ahenksizlik, A/f.

<sup>30</sup> Eren, s. 1182-1183.

her kanunun kendi müessesesine ilişkin kendi hükümlerini koymasından kaynaklanmaktadır.

Bu halde 865 sayılı Kanunun öngördüğü hüküm ve bu bağlamda “*cezaî şart*”, Ticaret Kanununda düzenlenmiş hukukî ilişkilere tatbik edilecek, 818 sayılı Borçlar Kanunundaki “*cezaî şart*” ise, Borçlar Kanunundan doğan hukukî ilişkilere uygulanacak; kanunun tatbikinde bir sorun ortaya çıkmayacaktır.

Ancak 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununda ve bu kanuna bağlı olarak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda artık “*Taahhüdatı ticariye*” kitabı yoktur; hukukî ilişkiler sadece Borçlar Kanununda (Türk Borçlar Kanununda) düzenlenmektedir. Bu halde “*cezaî şart*”ın uygulanması şartlarının artık “*Taahhüdatı ticariye*” kitabı olmadığı için ayrıca ele alınması gerekir.

### **aaa) Genel Olarak**

Cezaî şart, asıl sözleşmeyle öngörülebileceği gibi, bağımsız bir sözleşme ile asıl sözleşmeden ayrı olarak da kabul edilebilir. Buna göre, cezaî şarttan bahsedebilmek için, cezaî şartın bağlı bulunduğu bir asıl borcun bulunması ve cezaî şart olarak kararlaştırılan hususun geçerli olması gerekir. Cezaî şartın bağlı olduğu sözleşme geçersizse, cezaî şart da geçersiz olacaktır.

Kanun koyucu “*cezaî şart*”ın tâbi olduğu şekil hakkında herhangi bir hüküm vaz’etmemiştir. Bununla birlikte asıl borcun tâbi olduğu şeklin burada da geçerli olması gerekir<sup>31</sup>.

### **bbb) Cezanın Azaltılması**

Türk Borçlar Kanununun 182’nci maddesinin birinci fıkrasında, “*Taraflar, cezanın miktarını serbestçe belirleyebilirler.*” denildikten sonra; üçüncü fıkrada, “*Hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir.*” hükmü getirilmiş, cezanın hâkim kararı ile azaltılabileceği ifade edilmiştir.

Sözleşme cezasının ne zaman aşırı sayılacağını ve ne miktarda indirilebileceğini hâkim tâyin edecektir. Bununla birlikte hâkimin somut olayın bütün özelliklerini, adalet ve hakkaniyet çerçevesinde ele alması kaçınılmazdır. Bu bağlamda özellikle, alacaklının edimi elde etmedeki çıkarını, borçlunun davranışını, tarafların ekonomik durumlarının göz önünde tutulması gerekir. Hâkim, bütün bu değerlendirmeler sonucunda, çok aşırı ve hakkaniyete aykırı gördüğü cezaî şartı, makûl bir sınıra indirmelidir; cezaî şartı indirme yetkisi, cezaî şartı tamamen kaldırma şeklinde kullanılamaz<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Eren, s. 1183-1184.

<sup>32</sup> Oğuzman/Öz, s. 520-521.

### **ccc) Tacirin Aşırı Ücret ve Sözleşme Cezasının İndirilmesini İsteyememesi**

Türk Ticaret Kanununun 22'nci maddesinde, “*ücret ve sözleşme cezasının indirilmesi*” başlığı altında, “*Tacir sıfatını haiz borçlu, Türk Borçlar Kanununun 121'nci maddesinin ikinci fıkrasıyla 182'nci maddesinin üçüncü fıkrasında ve 525'nci maddesinde yazılı hallerde, aşırı ücret veya cezanın kararlaştırılmış olduğu iddiasıyla ücret veya sözleşme cezasının indirilmesini mahkemeden isteyemez.*” hükmü vaz' edilmiştir.

#### **(aaaa) Genel Olarak**

865 sayılı Ticaret Kanununun kendi sistematigi içinde yer alan bu hükmün, “*ticaret hukuku ile adi hukuk*” arasındaki farktan kaynaklandığı 6762 sayılı Kanunun gerekçesinde belirtilmiş; “*olağan hallerde fahiş addedilebilen bir tellallık ücretinin veya cezaî şartın indirilmesini talebetmek hakkından, şimdiye kadar olduğu gibi, ileride de mahrum bırakmak, ticaretin icabındandır.*” denilmiştir.

Bu hükmün uygulanması süresince de, bu gerekçeden mülhem olarak, “*tacirin basiretli iş adamı gibi hareket etmek*” mecburiyetinin (TTK m. 18/2) tabii bir sonucunun, “*tacirin aşırı ücret ve sözleşme cezasının indirilmesini isteyemeyeceği*” olduğu kabul edilmiştir<sup>33</sup>.

Bir diğer ifadeyle, TTK m. 22'de, her ne kadar, “*indirim yasağı*” tacir sıfatına bağlanmış, sanki tacir ticaretini ilgilendirmeyen işlerde de, “*indirim yasağına*” tâbi tutulmuş gibi bir sonuç ortaya çıkıyorsa da, hükmün kaynağını teşkil eden 865 sayılı Ticaret Kanununun 647'nci maddesinde olduğu gibi, bu hükmün, tacirin ticaretine ilişkin işlerinde uygulanması gerektiği genel kabul görmektedir.

#### **(bbbb) Koşulları**

Hükmün konuluş nedeni ve zaman içinde uygulamanın gösterdiği özelliklere göre, tacirin aşırı ücret ve sözleşme cezasının indirilmesini isteyememesinin koşullarını aşağıdaki gibi özetleyebiliriz:

#### **(aaaaa) Borçlunun Tacir Sıfatını Haiz Olması**

TTK m. 22 hükmünün uygulanabilmesi için, cezaî şartı ödeyecek borçlunun tacir veya tacir gibi sorumlu olan bir kişi (TTK m. 12/3) olması

<sup>33</sup> Poroy/Yasaman, N. 185; Arkan, s. 143.

gerekir<sup>34</sup>. Tacir, gerçek kişi tacir olabileceği gibi (TTK m. 12), tüzel kişi tacir de olabilir (TTK m. 16).

### **(bbbb) Cezaî Şartın Borçlunun Ticarî İşletmesiyle İlgili Bir Borca İlişkin Olması**

Hükmün kabul ediliş amacına göre, TTK m. 22'nin uygulanması bakımından, borçlunun tacir olması yeterli değildir; cezaî şartın aynı zamanda ticarî işletmesiyle ilgili bir borca ilişkin olması gerekir.

Yukarıda da izah edildiği gibi, “*tacirin borçlarının ticarî olması asıldır.*” (TTK m. 19/1, c. 1.). “*Ancak gerçek kişi olan bir tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticarî işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirildiği veya işin ticarî sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde borç adi sayılır.*” (TTK m. 19/1, c. 2.).

Buna göre, aşırı olan ücret ve sözleşme cezasının indirilmesinin istenemeyeceğine ilişkin kuralın, TTK m. 18/2’de hükme bağlanmış basiretli iş adamı gibi davranma yükümünün bir uzantısı olduğu dikkate alınarak, gerçek kişi tacirin sadece ticarî işletmesiyle ilgili faaliyetleri nedeniyle üstlendiği ücret ve sözleşme cezaları bakımından uygulanması gerekecektir. Ancak gerçek kişi tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticarî işletmesiyle ilgili olmadığını bildirmez veya işin adı sayılmasına hâlin icabı müsait olmazsa, işlem ticarî sayılır ve bu iş nedeniyle üstlenilen cezaî şart ve ücret, aşırı olsa dahi indirilemez<sup>35</sup>.

Buna karşılık, tüzel kişi tacirlerin adı sahaları bulunmadığından, diğer bir söyleyişle, tüzel kişi tacirin her türlü işlemi ticarî olduğundan<sup>36</sup>, cezaî şartın indirilemeyeceğine ilişkin TTK m. 22 hükmü, tüzel kişi tacir hakkında mutlak olarak uygulanır.

Hâl böyle olmasına rağmen, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, TTK m. 19 hükmünü ihmal ederek, meseleyi sadece TTK m. 3 kapsamında değerlendirerek, tüzel kişi tacirin “*adi*” işi olabileceği gibi bir sonuca vararak, tüzel kişi işveren ile işçi arasındaki ilişkinin “*ticarî iş*” olmadığına hükmederek, tüzel kişi tacirin, TTK m. 22’ye göre, aşırı olan cezaî şartın indirilmesini isteyebileceğine hükmetmiştir<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> Kocaağa, K., Türk Özel Hukukunda Cezaî Şart, Ankara 2003, s. 257; Arkan, s. 143; Poroy/Yasaman, N. 185.

<sup>35</sup> Arkan, s. 145.

<sup>36</sup> Poroy/Yasaman, N. 182.

<sup>37</sup> Yargıtay HGK’nun yukarıda bahsedilen 15.10.1997 tarihli kararı.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bu kararı isabetli olmamış ve bilimsel öğretide haklı olarak eleştirilmiş<sup>38</sup>; ancak tüm bu eleştirilere karşın, Yargıtay daha sonraki kararlarında da “*Tacir olan işverenle işçi arasında yapılmış hizmet akdi, ticarî iş mahiyetinde değildir.*”<sup>39</sup> gerekçesiyle, iş akdindeki cezaî şartın indirilebileceğine karar vermiştir.

#### **ddd) Tacirin Aşırı Ücret ve Sözleşme Cezasının İndirilmesini İsteyebileceği Hâller**

TTK m. 22’de, tacir aşırı ücret ve sözleşme cezasının indirilmesini isteyemez. Ancak, bu hükümden, tacirin her hâl ve şartta, cezaî şartın indirilemeyeceği sonucuna varmamak gerekir.

Her şeyden önce, borçlu gerçek kişi tacirse ve TTK m. 19’da belirtildiği şekilde, işlemi yaptığı anda bunun ticarî işletmesiyle ilgili olmadığını karşı tarafa bildirilmişse veya işin ticarî sayılmasına durum elverişli değilse, borç adî borç sayılacak, borçlu tacir olmasına karşın, cezaî şartın indirilmesini isteyebilecektir; aynı hak TTK m. 19’da tüzel kişi tacire tanınmamıştır.

Ayrıca TTK m. 22’de, TBK m. 182’ye atıf yapılarak, sadece aşırı olan cezaî şartın indirilmesinin istenemeyeceği hükme bağlanmış; kişilik haklarına, ahlâk ve adâba aykırı cezaî şartların geçerli olacağı kabul edilmemiştir. Buna göre, genel hükümler uyarınca, kişilik haklarına, ahlâk ve adâba aykırı cezaî şartın geçersizliği tacir tarafından ileri sürülebilir<sup>40</sup>.

TTK m. 22’deki hükme nazaran, tacir sıfatını haiz borçlu, hâkimden aşırı cezanın indirilmesini isteyemez. Bununla birlikte, tacir sıfatını haiz borçlu, sözleşmenin içerdiği cezaî şartın miktarının “*ekonomik mahvına*” neden olacak düzeyde yüksek olduğunu, bu nedenle ticarî kişilik hakkına, adalet ve hakkaniyete aykırı bulunduğu gerekçesiyle, tamamen kaldırılmasını veya makûl bir düzeye indirilmesini isteyebilmelidir<sup>41</sup>.

Ancak hemen belirtelim ki, cezaî şartın aşırı derecede yüksek olması ile ahlâka aykırı olmasını birbirinden ayırmak gerekir; sadece cezaî şart miktarının yüksek olması, ahlâka aykırılık oluşturmaz. Cezaî şartın, bu şekilde değerlendirilebilmesi için “*ekonomik mahvına*” sebebiyet verecek derecede

<sup>38</sup> Poroy/Yasaman, N. 185; Arkan, s. 144, dn. 2; Battal, s. 21 vd.; Nomer, s. 35 vd.

<sup>39</sup> Yargıtay HGK, E. 2004/9-759, K. 2005/9, T. 2.2.2005; Yargıtay HGK, E. 2002/9-596, K. 2002/662, T. 2.10.2002 (Kazancı Bilgi Bankası, Erişim Tarihi 03.04.2013).

<sup>40</sup> Kocaağa, s. 260.

<sup>41</sup> Eren, s. 1189; Kocaağa, s. 261; Arkan, s. 146.

yüksek olması nedeniyle ticarî kişilik hakkına aykırı bulunması gerekir. Bu durumda cezaî şart, miktarı bakımından tacirin “*ekonomik mahvına*” sebebiyet veriyorsa ahlâka aykırı sayılır ve bunun sonucu olarak TBK m. 27 uyarınca batıl olur<sup>42</sup>.

Ancak bu karar tartışmaları da beraberinde getirmiş; yüksek cezaî şartın tamamını geçersiz saymak yerine, sadece aşırı kısmın geçersiz sayılmasının isabetli olduğu ifade edilmiştir<sup>43</sup>. Buna karşılık diğer görüş taraftarları, sözleşmede yer alan cezaî şartın, sözleşmenin bir kısmını oluşturduğu, cezaî şart anlaşmasının içeriğinin sakat olması halinde tamamının batıl olduğunu ifade etmektedirler<sup>44</sup>.

Yargıtay, cezaî şart miktarının tacir sıfatını haiz bir borçlunun ekonomik yönden yıkımına neden olacak derecede yüksek olması halinde, hâkim tarafından tamamen kaldırılacağı veya makûl düzeye indirileceği içtihatındadır<sup>45</sup>.

Kanaatimizce, böyle bir hâlde, hâkim, ahlâk ve adâba aykırılığı takdir ederken, taahhüt edilen işin değerini, tarafların, özellikle borçlunun cezaî şartın kabul edildiği tarihteki ekonomik durumunun birlikişiler aracılığıyla tespit ettikten sonra; ahlâk ve adâba aykırı cezaî şartın borçlusu tacir bile olsa, bu şart mahkeme tarafından tamamen iptali gerekiyorsa tamamen iptal edilmeli, eğer somut olay müsaade ediyorsa, hakkaniyete daha uygun olduğunu düşündüğümüz şekilde, TTK m. 1530/1’den de istifade ederek cezaî şartı indirimde tâbi tutabilmelidir<sup>46</sup>.

## SONUÇ

“*Ticarî iş*” kavramı, TTK m. 3’de, hangi işlerin ticarî iş sayılacağı belirtilerek tespit edilmiş; TTK m. 19’da da, “*tacirin borçlarının ticarî olması asıdır.*”, “*taraflardan yalnız biri için ticarî iş niteliğinde olan sözleşmeler; aksine hüküm olmadıkça, diğeri için de ticarî iş sayılır*” şeklinde iki ayrı karine getirilmiştir.

---

<sup>42</sup> Yargıtay HGK’nun 20.3.1974 tarihli bir kararında, “*fahiş olsa da cezaî şartın indirilemeyeceğini 6762 sayılı TTK’nun 24’üncü maddesinin buna izin vermediğini; ahlâk ve adâba aykırı cezaî şartın geçerli olmadığını*” içtihat etmiştir (E. 1970/1053, K. 1974/222, Kazancı Bilgi Bankası, Erişim Tarihi 03.04.2013).

<sup>43</sup> **Eren**, s. 1189, dn. 33; **Arkan**, s. 147.

<sup>44</sup> **Kocaağa**, s. 264.

<sup>45</sup> Yargıtayın kararı için bkz., **Kocaağa**, s. 264, dn. 248.

<sup>46</sup> **Arkan**, s. 147.

TTK m. 3'e göre, Türk Ticaret Kanununda düzenlenen işlerin "*ticarî iş*" olduğu kabul edilmiştir. Bu hükmün uygulanmasında, esas alınacak ölçüt, işin Türk Ticaret Kanununda düzenlenmiş olup olmamasıdır.

TTK m. 3'de, ticarî işi belirleyen ikinci kriter, "*ticarî işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller*"ın ticarî iş sayılmasıdır. Bu kriterde esas alınan "*ticarî işletme*"dir. TTK m. 11'e göre, "*ticarî işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir.*"

Bu hükme göre, bir ticarî işletmeden bahsedebilmek için her şeyden evvel "*işletme*"nin bulunması gerekir. İşletme, iktisadî bir müessesedir. İktisatçıların ve işletmecilerin genel kabulüne göre bir işletme, doğal kaynaklar, sermaye, emek ve girişimcinin oluşturduğu iktisadî bir birimdir. Bu iktisadî birim TTK m. 11'de belirtilen özelliklere sahipse, yani esnaf işletmesi için öngörülen düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetleri devamlı ve bağımsız şekilde yürütüyorsa, o işletme TTK m. 11/1 anlamında "*ticarî işletme*" sayılmaktadır.

Bu anlamda, ticarî işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller de, düzenlendikleri yere bakılmaksızın, ticarî iş olarak kabul edilmektedir (TTK m. 3). Bu hâlde, "*ticarî işletmeyi ilgilendirmek*" ifadesinden neyin anlaşıldığının da tespit edilmesi gerekir; hangi işler ve fiiller ticarî işletmeyi ilgilendirmektedir?

TTK m. 3'de ifadesini bulan "*işler*" hukukî işler; "*fiiller*" ise, hukuka uygun veya aykırı olan "*hukukî fiiller*"dir. Bu fiil ve işlerin ticarî işletmeyi ilgilendirmesinde esas alınacak unsur, işin veya fiilin niteliğine göre tespit edilecektir. Bununla birlikte, işletmenin esaslı unsurları (doğal kaynaklar, sermaye, emek ve girişimci) ile ilgili bütün fiil ve işlerin, işletmeyle ilgili olduğu söylenebilir. Bu bağlamda, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun kararındaki kabulün aksine, işverenin (girişimci) işçi ile yaptığı hizmet sözleşmesinin ticarî işletme ile ilgili olmadığını söylemek mümkün değildir. Emek, işletmenin olmazsa olmaz unsurudur; emek tedarik etmek için yapılan tüm işlemler de ticarî işletmeyi ilgilendirir.

Ayrıca, TTK m. 19 uyarınca "*tacirin borçlarının ticarî olması asıldır.*" Bu kuralın gerçek kişi tacir açısından istisnası yine TTK m. 19'da hükme bağlanmıştır. Buna karşılık tüzel kişi tacirin "*adi*" sahasının bulunmadığı; bütün işlem ve fiillerinin ticarî iş olduğu kabul edilmiştir. Yargıtayın TTK m. 3 yönünden değerlendirmesine katılmak mümkün değildir; ayrıca ticarî işin belirlenmesinde tüzel kişi tacir yönünden TTK m. 19'un ihmal edilmesi de anlaşılmalıdır.

Yargıtayın kararında anlaşılamayan bir husus da, “işveren ile işçi arasındaki ilişki, TTK’nun 3’üncü maddesinde anlamını bulan ticarî iş niteliğinde olmayıp, 1475 sayılı İş Yasasından kaynaklanan ve iş yasası hükümlerine bağlı ve bu çerçevede içinde kendine özgü bir hizmet akdidir” görüşüdür. Kararın verildiği tarihte yürürlükte olan 1475 sayılı İş Kanunu, hizmet akdini düzenlememiş; işverenler ile bir iş sözleşmesinde dayanarak çalıştırılan işçinin korunmasına yönelik olarak, çalışma şartlarını ve çalışma ortamına ilişkin hak ve sorumluluklarını hükme bağlamıştır. 1475 sayılı İş Kanununda “hizmet akdi” düzenlenmemişken, “işçi ile işveren arasındaki ilişkinin İş Kanunundan doğan kendine özgü bir hizmet akdi olarak nitelendirilmesi” de uygun olmamıştır. 1475 sayılı İş Kanununun yürürlükte olduğu dönemde “hizmet akdi”, 818 sayılı Borçlar Kanununa göre düzenlenmişti; sadece işçiyi korumak için, İş Kanununda, çalışma şartları ve çalışma ortamıyla ilgili düzenlemeler getirilmişti.

Hâl böyle olmasına karşın, işçiyi korumak ihtiyacından doğan bir kanuna, İş Kanununa dayanarak, işçi lehine konulan cezaî şartın, işveren lehine bir tutumla, indirilebileceğine karar vermek isabetli olmamıştır.

Kanaatimizce, yürürlükte olan 4857 sayılı İş Kanunu yönünden de aynı neticeye varılmalıdır. Zira 4857 sayılı İş Kanununda “iş sözleşmesi” tarif edilmiş (m. 8) olsa da, kanunun amacı iş sözleşmesini düzenlemekten ziyade, “işverenler ile bir iş sözleşmesine dayanarak çalıştırılan işçilerin çalışma şartları ve çalışma ortamına ilişkin hak ve sorumluluklarını” düzenlemektir (m. 1). 4857 sayılı İş Kanununun amacı da “işçiyi korumaktır”; somut olayın buna göre değerlendirilmesi, “işçinin korunması”nın temin edilmesi gerekir.

Kaldı ki, TTK m. 22’deki hüküm, ticarî işe değil, tacir sıfatına bağlanan bir sonuçtur. Hükmün kaynağını oluşturan 865 sayılı Ticaret Kanunundan mülhem olarak, bu hükmün uygulanmasında, işin ticarî işletmeyle ilgili olması genel kabul görmektedir. Bu hâlde “hizmet akdi”nin TTK m. 3’e göre “ticarî iş” olarak kabul edilmesi mümkün değildir, denilmek suretiyle karara varılması da doğru olmamıştır. Yargıtayın kararı, “TTK m. 22’nin tahlili yapıldıktan sonra, bu iş ticarî işletmeyi ilgilendirmiyor; bu sebeple de TTK m. 22 tatbik edilemez” şeklinde olsaydı, yine de doğru olmamakla birlikte, hiç değilse hukukî bir zemine oturacaktı. Bu haliyle işletmenin aslî unsuru olan “emek” ile yapılan hizmet akdinin ticarî iş olmadığını ifade etmek, ticarî işletmeyle ilgili olmadığını söyleyerek TTK m. 22’nin tüzel kişi tacir hakkında tatbik edilemeyeceğini, cezaî şartın indirilebileceğini karara bağlamak, İş Kanununun ruhuna aykırı olduğu gibi, TTK m. 22’ye göre de kabul edilemez.