

**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ**

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

**ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
MEDENİ HUKUK BİLİM DALI**

**CEZAI ŞART
YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**Hazırlayan
MUSTAFA KAĞAN İZMİRLİ**

**Tez Danışmanı
MEHMET İSTEMİ
Yrd. Doç. Dr.**

Ankara-2010

ONAY

Mustafa Kağan İzmirli tarafından hazırlanan “*Cezai Şart*” başlıklı bu çalışma, 28.06.2010 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından *özel hukuk anabilim* dalında yüksek lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

(Başkan)

Yrdr. Doc. Dr. Mehmet İSTEMİ

Üye

Doc. Dr. Cemal OĞUZ

Üye

Yrdr. Doc. Dr. Huriye Reyhan DEMİRCİOĞLU

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	1
KISALTMALAR	v

GİRİŞ

KONUNUN TAKDİMİ ve TERMİNOLOJİ

I- KONUNUN TAKDİMİ	1
II- TERMİNOLOJİ	2

BİRİNCİ BÖLÜM

CEZAİ ŞARTIN TANIMI VE UNSURLARI, BENZER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI, TÜRK HUKUKUNDAKİ UYGULANMA ALANI

I- CEZAİ ŞARTIN TANIMI VE UNSURLARI	6
A. CEZAİ ŞARTIN TANIMI	6
B. CEZAİ ŞARTIN UNSURLARI.....	9
1. Geçerli Bir Asıl Borcun Mevcudiyeti.....	9
a. Asıl Borcun Özellikleri.....	10

b. Asıl Borcun Kaynakları.....	14
c. Eksik Borçlarda Durum.....	15
aa. Kumar ve Bahis Borçlarında.....	15
bb. Evlenme Tellallığından Doğan Ücret Borçlarında.....	16
cc. Ahlaki Ödevlerden Kaynaklanan Borçlarda.....	16
dd. Zamanaşımına Uğramış Borçlarda.....	17
2. Asıl Borçtan Ayrı Bir Edim Olması.....	17
3. Asıl Borçla Fer'ilik ve Bağımsızlık İlişkisi İçinde Olması.....	19
4. Ekonomik Değer Taşıyan Bir Edim Olması.....	22
5. Sağlararası Hüküm Doğuran İşlemlerden Doğması.....	23
II- CEZAI ŞARTIN BENZER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI.....	25
A. CEZAI ŞART VE PİŞMANLIK AKÇESİ.....	25
B. CEZAI ŞART VE SEÇİMLİK BORÇ – SEÇİMLİK YETKİ.....	26
C. CEZAI ŞART VE ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN EDİMİNİ TAAHHÜT – KEFALET.....	27
D. CEZAI ŞART VE PEY AKÇESİ.....	28
III- CEZAI ŞARTIN TÜRK HUKUKUNDAKİ UYGULANMA ALANI.....	29
A. BORÇLAR HUKUKUNDA CEZAI ŞART.....	29
B. MEDENİ HUKUKTA CEZAI ŞART.....	31
C. İŞ HUKUKUNDA CEZAI ŞART.....	32
D. TİCARET HUKUKUNDA CEZAI ŞART.....	33

İKİNCİ BÖLÜM

CEZAI ŞARTIN KURULMASI VE ÇEŞİTLERİ, HUKUKİ NİTELİĞİ

I.	CEZAI ŞARTIN KURULMASI VE ÇEŞİTLERİ.....	35
A.	CEZAI ŞARTIN KURULMASI.....	35
1.	Cezai Şartın Şekli.....	35
2.	Cezai Şartın Uygulama Alanı Bulmadığı İşlemler.....	36
B.	CEZAI ŞARTIN ÇEŞİTLERİ	39
1.	Seçimlik Cezai Şart.....	39
2.	İfaya Eklenen Cezai Şart.....	41
3.	Dönme Cezası.....	43
II.	CEZAI ŞARTIN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	47
A.	GENEL OLARAK.....	47
B.	CEZAI ŞARTIN HUKUKİ NİTELİĞİ HAKKINDAKİ GÖRÜŞLER.....	48
1.	Ceza Görüşü.....	49
2.	Sigorta Görüşü.....	49
3.	Götürü Tazminat Görüşü.....	50
C.	GÖRÜŞLERİN ELEŞTİRİSİ VE KANAAT.....	50

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

CEZAI ŞARTIN HÜKÜMLERİ SONA ERMESİ ve GEÇERSİZLİĞİ

I.	CEZAI ŞARTIN HÜKÜMLERİ.....	54
----	-----------------------------	----

A. CEZAI ŞART VE ZARAR İLİŞKİSİ	54
1. Genel Olarak.....	54
2. Cezai Şartı Aşan Zararın Talep Edilmesinin Şartları.....	55
a. Cezai Şartı Aşan Bir Zarar Bulunmalıdır.....	55
b. Alacaklı Borçlunun Kusurunu İspatlamalıdır.....	56
B. FAHİŞ CEZAI ŞARTIN İNDİRİLMESİ.....	57
1. Genel Olarak.....	57
2. Fahiş Cezai Şartın İndirilmesine İlişkin Görüşler.....	58
a. Cezai Şartın İndirilmesine Karşı Çıkan Görüşler.....	58
b. Cezai Şartın İndirilmesini Savunan Görüşler.....	60
II. CEZAI ŞARTIN SONA ERMESİ.....	61
A. CEZAI ŞARTIN ASIL BORCA BAĞLI OLARAK SONA ERMESİ.....	61
B. CEZAI ŞARTIN ASIL BORCA BAĞLI OLMAKSIZIN SONA ERMESİ.....	62
III. CEZAI ŞARTIN GEÇERSİZLİĞİ.....	63
SONUÇ.....	66
KAYNAKÇA	71
ÖZET	74

KISALTMALAR

AD	: Adalet Dergisi
AMK (BGB)	: Alman Medeni Kanunu
AHFY	: Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları
BK	: Borçlar Kanunu
BKT	: Borçlar Kanunu Tasarısı
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
f	: Fıkra
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
İİK	: İcra İflas Kanunu
İMK	: İsviçre Medeni Kanunu
İz. BD	: İzmir Barosu Dergisi
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
m.	: Madde
MK	: Medeni Kanun
N.	: Numara
s.	: Sayfa
T.	: Tarih
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TD.	: Ticaret Dairesi
TTK.	: Türk Ticaret Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Yarg.	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YKD.	: Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

KONUNUN TAKDİMİ ve TERMİNOLOJİ

I- KONUNUN TAKDİMİ

Borçlunun asıl borcunu ileride, hiç veya gereği gibi ifa etmediği takdirde alacaklıya karşı ifa etmeyi önceden taahhüt ettiği edime cezai şart denmektedir. Cezai şart bir yandan, kurulmasındaki kolaylık diğer yandan sözleşme özgürlüğü anlamında ihtiyaç doğrultusunda şekillendirilebilme kabiliyeti sayesinde hukuki bir ilişki içerisine giren ve teminat sağlamak isteyen kişilerin öncelikle tercih ettikleri bir hukuki işlem halini almıştır. Günümüzde herhangi bir hukuki ilişkiye girip de kendisine şahsi bir teminat sağlamak isteyen kişilerin en fazla tercih ettikleri hukuki işlemlerden birisi cezai şart kurumudur.

Cezai şartın en önemli ve alacaklıyı rahatlatıcı işlevi borçluyu yükümlendiği ifayı yerine getirmesi konusunda oldukça zorlamasıdır. Cezai şart borçluyu borcunu ifaya zorlayarak alacaklıyı korurken, Borçlar Kanunumuz 158/III hükmü ile borçluya da kararlaştırılmış olunan cezayı ödeyerek ifa yükümlülüğünden kurtulma imkânı tanımıştır. Borçlar Kanunu'nun 158 inci maddesinin son fıkrasında kullanılan "akitten rücu etmek hakkını" şeklindeki ibare, Tasarıda "sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu" şeklinde değiştirilmiştir. Burada düzenlenen cezai şart türüne doktrinde "dönme (veya fesih) cezası" denilmektedir. Dönme cezası adı verilen bu türden bir cezai şart akdin her iki tarafı için de kararlaştırılabilir. Bu şekilde her iki tarafı da rahatlatacak usulde düzenlenmiş olan bir kurumun uygulamada yaygın olarak kullanılması son derece doğaldır.

Hal böyle olmakla beraber, cezai şartın miktarı tayin edilirken, muhtelif sebeplerle kendisini cezai şarta bağlanan asıl borç ilişkisine girmeye mecbur hisseden borçluların, fahiş miktardaki cezai şartları ödemeyi kabul etmek

zorunda kalmaları; ancak daha sonra bunları ödeyemez duruma düşerek ekonomik açıdan yıkım tehlikesi ile karşılaşmaları, pek sık rastlanan olaylardandır. Böyle bir durumda zayıf durumda olan borçluyu, alacaklı karşısında çaresiz bırakmak hak ve adalet hislerinin kabul edemeyeceği bir durumdur. O nedenle ki, kanun koyucu toplumsal barışı ve kamu düzenini sağlamak için sözleşme özgürlüğünü kısıtlamak istemiş, bu amaçla da fahiş cezai şartların indirilmesini sağlamak düşüncesiyle BK. m. 161/III ü sevk etmiştir

Biz çalışmamızın birinci bölümünde cezai şartın tanımı, unsurları, amacı, hukuki niteliği hakkındaki görüşleri ve uygulama alanını, ikinci bölümünde cezai şartın talep şartlarını, hüküm ve sonuçlarını; üçüncü ve son bölümünde ise cezai şart ile zarar arasındaki ilişki ve cezai şartın sona ermesi konularını inceleyeceğiz. Bu incelemelerimizi gerçekleştirirken, Borçlar Kanunu Tasarısını da dikkate alacak ve tasarının cezai şarta ilişkin hükümlerini de değerlendireceğiz.

II- TERMİNOLOJİ

Türk hukuk sisteminde “cezai şart”, “ceza şartı”, “ceza sözleşmesi”, “akdi ceza”, “sözleşme cezası” veya “ceza”; eski Ticaret Kanunu’nun 645 ve 647. maddelerinde bu terimlere ilaveten “maktu zarar ve ziyan” veya “maktuen tesmiye kılınan meblağ”; diğer kanunlarda “mukavele cezası” ve “cezai akit kaydı” gibi isimlerle cezai şart terimi, gerek özel hukuka ilişkin yasalar ile uygulamada, gerek hukuk literatüründe ifade edilmektedir.

Borçlar Kanun’unda çeşitli maddelerde “cezai şart” ve “ceza” terimleri kullanılmış, MK. m. 119’da ise bu kavram “ceza şartı” olarak yer almıştır. Ticaret Kanunu da 405, 407 ve 529. maddelerinde “cezai şart” terimini kullanmaktadır. Ancak bir istisna olarak m. 24’de cezai şart terimi yerine “ceza” terimi kullanılmış olup, bu istisnayı kanun koyucunun hataen yaptığı düşünülebilir.

Görüldüğü gibi anılan kurumu ifade etmek için kullanılan terimler arasında birlik bulunmamaktadır.

Bu terim farklılıkları yalnızca Türk hukuku'nda yaşanan bir durum olmayıp, İsviçre Borçlar Kanunu'nda da mevcuttur. İsviçre Borçlar Kanunu'nun Almanca metninde "konventionalstrafe" terimi kullanıldığı halde (İBK, m. 105, 160-163, 340, 357 gibi), İsviçre Medeni Kanunu'nun Almanca metninde "vertragsstrafe" (İMK. m. 91) terimi kullanılmıştır. Hukuki anlamda Almanca metinde iki farklı terim kullanılması neticede bir değişiklik yaratmasa da Fransızca metindeki kelime veya terim farklılıklarında durum daha farklıdır. Gerçekten de İBK.'da Fransızca "clause penale" veya "peine conventionelle" terimlerinden (İBK. m. 105 kenar notu, 162, 682) yararlanılmasına karşın Medeni Kanun'da "peine conventoinelle" terimi kullanılmıştır (İMK. m. 91). "Clause penale" terimi daha çok hukuki ilişkiyi ifade ettiği halde, "peine conventionelle" "promesse de peine" veya "peine" (İBK. m. 160, 161, 163) terimi hukuki ilişkinin içeriğini oluşturan borcu tarif etmektedir. Türkçe metindeki cezai şart terimi de Fransızca metindeki "clause penale" tabirinden alınmıştır¹.

Hemen her türlü konuda olduğu gibi teknik terimlerde de standart oluşturmaya dikkat eden Alman Medeni Kanunu'nda "vertragsstrafe" yani "mukavele cezası" terimi kullanılarak terim birliği sağlanmıştır

Bunun yanında Fransız, Belçika, Hollanda, Lüksemburg Medeni Kanunlarında "clause penale" yani cezai şart terimi tercih edilmiştir.

İtalyan Medeni Kanunu da Türk Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi cezai şart "clausula penale" terimini tercih etmiştir².

Yapılan açıklamalardan da görüldüğü üzere, aynı anlamda kullanılsa da bir hukuk sistemi içinde farklı terimler kullanılabilmekte ve bunun neticesinde bir

¹ Erdem, Mehmet: La clause Penale Etude Comparative de Droit Suisse et de Droit Turc, Ankara 2006, s. 7-8.

² Bilge, Necip: Cezai Şart, Esat Arsebük'e Armağan, Ankara 1957, s. 41-42

kavram kargaşası yaşanabilmekte veya en azından bu ihtimal ortaya çıkabilmektedir. Kullanılan tek bir terim ile aynı kavramı anlatma imkânı varken bunun aksi bir uygulama yürütülerek olumsuz hukuki sonuçlara sebep olunması ihtimalinin ortadan kaldırılması uygun olur kanaatindeyiz.

Cezai şart kavramı ile ilgili olarak "ceza" kelimesinin kamu hukukundan kaynaklanan bir kavram olduğu, bu sebeple özel hukuk çatısı altında yer almasının doğru bulunmadığına dair görüşler mevcuttur. Bununla birlikte kavramın Roma Hukukuna kadar giden bir tarihinin bulunduğu göz ardı edilmemelidir³. Günümüzde de fonksiyonu itibari ile cezai şart aynen kamu hukukundaki ceza gibi asıl borcun borçlu tarafından ifa edilmesi için manevi bir baskı ve teminat işlevini yerine getirdiğinden, ayrıca kişiler arasında kararlaştırılan bir yapıda olması sebebi ile ceza tabirinin burada kullanılmasının bir sakınca doğurmayacağını söylemek mümkündür.

Cezai şart kavramını ifade etmek için kullanılan bütün terimlerle ilgili olarak çeşitli yorumlar yapmak mümkündür. Mesela, "cezai şart" terimi bir şartın varlığının gerekliliğini düşündürürken, buradaki şart kelimesi şarta bağlı bir borç anlamında olup, asıl borcu doğuran hukuki işleme eklenmiş veya ondan bağımsız olan cezai şart dediğimiz edimi doğuran bir kaydı ifade etmektedir.

"Akdi ceza" veya "mukavele cezası" terimleri ise, cezai şartın sadece sözleşmelerden doğan borç ilişkileri için söz konusu olabileceği fikrini akla getirmektedir ki, bu fikir esasen doğru değildir. Buna karşın anılan terim, cezai şartın çoğu zaman bir sözleşme ile kararlaştırılması nedeniyle, genelde rastlanan bir durumu da ifade etmektedir. Aynı durum "cezai akit kaydı" terimi için de dile getirilebilir.

"Ceza şartı" terimi ise bu kurumu ifade etmekte yetersiz olup kamu hukukundaki ceza terimiyle karışıklığa sebebiyet verecek mahiyettedir. Uygulamada da kullanımının nadiren tercih edildiği görülmektedir.

³ Cezai şart kavramı, Roma Hukukunda "stipulatio poena" adı altında kullanılmıştır.

Eski Ticaret Kanunu'nda kullanılan "maktu zarar ve ziyan" terimi ise, cezai şartın Borçlar Kanunumuz açısından sanki sırf götürü bir tazminat niteliğindeymiş gibi bir izlenim uyandırdığından ve bu kurumun asli amacı olan ceza işlevi bu terimde bir kenara itildiğinden; bunun yanında terim olmaktan çok terimler birliği oluşturmasından ve dilinin eskiliği yönünden kullanımı uygun olmayacak bir terim niteliğindedir⁴.

Görüldüğü gibi kullanılan veya kullanılması tavsiye edilen terimlerin anlatmak istediğimiz kavramı tam anlamıyla ifade edebildiğini söylemek mümkün değildir. Esasen bu terimlerin her birisi için diğerine göre bir üstünlük de bulunabilir. Fakat bu terimlerden birisini tercih etme zorunluluğumuzun bulunması karşısında, uzun zamandır uygulamada ve yasalarımızda yer alması ve kullanılması, ayrıca bu kurumun sadece sözleşmelerden kaynaklandığı yolunda bir düşünceye de meydan vermemesi sebebiyle, daha uygun bir kavram bulunana kadar cezai şart teriminin kullanılması yerinde olacaktır.

⁴ Tunçomağ, Kenan: Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963, s. 4-5.

BİRİNCİ BÖLÜM

CEZAI ŞARTIN TANIMI VE UNSURLARI, BENZER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI, TÜRK HUKUKUNDAKİ UYGULAMA ALANI

I- CEZAI ŞARTIN TANIMI VE UNSURLARI

A. CEZAI ŞARTIN TANIMI

Cezai şarta ilişkin hükümler Borçlar Kanunumuzun “umumi hükümler” kısmında “Borçların Nevileri” başlıklı 4. babının 3. faslında 158 ila 161. maddeler arasında yer almaktadır. Ancak Kanun’da cezai şartın herhangi bir tanımı yapılmamış, daha çok hukuki sonuçlarına yer verilmiştir.

Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu’nda da cezai şartın tanımı yapılmamıştır. 1905 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu tasarısında “cezai şart, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde, borçluyu, alacaklıya karşı ceza ya da tazminat olarak belirli bir edimle bulunmaya zorlayan anlaşmadır”⁵ (m. 1185) şeklinde tanımlanmaya çalışılmış; ancak daha sonra bu tanım tasarıdan çıkarılmıştır. Tanımın tasarıdan çıkarılma gerekçesi ise hem tanımın eksik kalması hem de cezai şartın bir tazminat veya ceza olarak betimlenmesinin uygun bulunmaması düşüncesidir⁶.

İsviçre ve Türk Borçlar Kanunlarında olduğu gibi Alman ve Fransız Medeni Kanunlarında da cezai şartla ilgili bir tanım yapılmamıştır.

Bundan dolayı cezai şart kavramının tanımını BK. m. 158-161 arasında yapılmış düzenlemelerden yola çıkarak yapmak gerekmektedir. Ancak bu

⁵ Oser, Hugo /Schönenberger, Wilhelm: Vorben. zu Art. 160-163 OR, N.1.Zürich 1929.

⁶ Oser/Schönenberger, Vorben. zu Art. 160-163 OR,N.1. ; Bühler, Teodor: Haft-und Reugeld sowie Konventionalstrafe im alten und im geltenden Obligationenrecht, in: Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Jubiläumsschrift, Freiburg 1982, s.164 (Kocaağa, s. 33’den naklen).

düzenlemelerde de cezai şart kavramına farklı anlamlar yüklenmiştir. Nitekim BK. m.158 kenar notunda kullanılan terim, taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi veya bu konudaki sözleşmeyi ifade ettiği halde; maddenin fıkralarında bu ilişkiden doğan borç veya edimin mevzuu kastedilmektedir. BK. m. 160' da ise bu terimin her iki anlamı ifade ettiğini görmekteyiz.

Doktrinde de cezai şart terimi Kanundaki duruma paralel olarak iki ayrı anlamda kullanılmaktadır. Bunlardan birincisi, cezai şartın, borçlunun borcunu gereği gibi veya hiç ifa etmemesi halinde alacaklıya bir edimde bulunmayı taahhüt etmesi şeklinde bir hukuki işlem olarak nitelendirilmesi⁷; ikincisi ise borcunu tam veya gereği gibi ifa etmeyen borçlunun alacaklıya ödemesi gereken edim⁸ şeklinde anlaşılmasıdır.

Cezai şart, “cezai şart anlaşması” olarak da ifade edilmekle birlikte bu kavram, müesseseyi tam olarak açıklamaya yetmemektedir.

Cezai şart kavramı asıl ilişkiden ayrı olarak düzenlenmiş hukuki bir muameleyi ve yine asıl borç ilişkisinden bağımsız olarak tayin edilmiş bir edimi de gösterir. Örneğin; inşaatın zamanında tamamlanmaması halinde gecikme olan her gün için kararlaştırılan ceza bu anlamda cezai şartı ifade eder⁹.

Eren ise borçlunun edimini gereği gibi ifa etmesini temin etmek veya ifa etmemesini önlemek amacı ile borçluya, bu durumlarda, kararlaştırılan miktarda

⁷ Bilge, s. 39; Funk, Jun. Fritz: Borçlar Kanunu Şerhi, I, Umumi Hükümler, (Çevirenler: Hıfzı Veldet - Cemal Hakkı Selek), İstanbul 1938, s. 228-229; Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1995, s. 870; Velidedeoğlu/Özdemir, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 1987 s. 333; Birsan, Kemaleddin: Borçlar Hukuku Dersleri, 1. Kitap, Borçların Umumi Hükümleri, 3. basım, İstanbul 1954, s. 360

⁸ Eren, Fikret Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 9. bası İstanbul 2006 s1134; Tekinay, S.Sulhi / Akman, Sermet /Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. bası, İstanbul 1993, s. 341; Berki, Şakir: Borçlar Hukuku, Kitap I, 2. baskı, Arıkara 1958, s. 281

⁹ Tunçomağ, Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Hükümler, s.486.

paranın ödenmesini taahhüt ettirme durumunda cezai şartın söz konusu olacağını belirtmektedir¹⁰.

Öte yandan cezai şart borçlunun edimini yerine getirmemesi halinde zarara uğrayan alacaklının ispat külfetini de ortadan kaldıran bir niteliğe sahiptir. Bu kapsamda bakıldığında ise cezai şart borçlunun borçlandığı edime eklenen veya onu çoğaltan ayrı bir borçtur¹¹.

Bu bilgiler ışığında BK. hükümlerini de dikkate alarak bir tanım yapmak gerekirse "Cezai şart, asıl ve geçerli bir hukuki işleme bağlı olarak meydana gelen, ancak ondan ayrı ve bağımsız nitelikte olan, hükümlerini sağlıkta doğuran ve borçlunun borcunu ifa etmemesi, eksik ifası, geç ifası yahut da kararlaştırılan yerde ifa etmemesi hallerinde alacaklıya ekonomik değeri haiz bir edimde bulunma şartını içeren bir taahhüttür" denilebilir¹².

Yargıtay'ın da verdiği çeşitli kararlarda, cezai şartı buna benzer bir biçimde tanımladığı görülebilmektedir¹³.

¹⁰ Eren, s. 1133

¹¹ Eren, s. 365, Tunçomağ, Kenan: Cezai Şart, İstanbul 1963, s. 12.

¹² Adalet Bakanlığı, Borçlar Kanunu Şerhi Umumi Nazariyeleri, C .1, İstanbul 1930, s. 184-185; Arsebük, Esat: Borçlar Hukuku, C. II, 2. basım, İstanbul 1943, s. 1021-1022 ; Berki, Osman Fazıl: Pey Akçesi, Rücu Tazminatı ve Cezai Şart (Mukavele Cezası) Etrafında Tetkik, İBD., 1943, s. 281; Berki, , s. 245; Funk, s. 228-229 ; Göktürk, Hüseyin Avni: Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Aktin Muhtelif Nev'ileri, Ankara 1951, s. 594; Kanık, Tahir: Cezai Şart, Adalet Dergisi, Sayı 8, 1950, s. 1071; Reisoğlu, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. bası, İstanbul 1997 s. 362; Saymen, Ferit H./ Elbir, Halid K.: Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, İstanbul 1966, s. 834; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 341

¹³ "Geçerli bir borcun yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesi, ya da belli bir yerde, belli bir zamanda yerine getirilmemesi durumunda borçlunun ödemesi gereken ve malca değeri olup, bir hukuk işlemi ile belli edilen götürü bir edimdir.", YHGK. 17.2.1971 T.,1505 E., 85 K. (Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul 1977, s. 388, dipnot 111, Senai Olgaç, Emsal İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu, Ankara 1976, s. 622-624); Bkz. aynı yönde, Y. 13. HD., 25.12. 1981 1., 7896 E., 8497 K. (Karahasan, Mustafa Reşit: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 1992, s. 1656).

B. CEZAI ŞARTIN UNSURLARI

1. Geçerli Bir Asıl Borcun Mevcudiyeti

Asıl borç ilişkisi gerekli olduğu gibi kurulmamışsa, cezai şart geçerlilik şartlarını taşısa bile yine de asıl borca bağlı olarak geçersiz kabul edilir. Asıl borç ehliyetsizlik, şekil noksanı, kanuna veya ahlaka aykırılık, imkânsızlık gibi bir sebeple batıl sayıldığında, asıl borca bağlı olarak cezai şartın da batıl sayılması gerekir. BK. m.161/II'de de bu durum "Ceza kanuna veya ahlaka, adaba mugayir bir borcu teyit için şart edilmiş ise, şart olunan cezanın tediyesi talep edilemez" denilerek teyit edilmiştir. Bu hüküm esasen butlan hakkındaki BK. m. 20'ye dayanmaktadır. BK. m. 20'deki butlan sebeplerinin tümü asıl borcun geçersizliği için gerekçe oluşturabilir.

Ancak BK. m. 20'de sözleşme konusunun imkânsızlığı da butlan sebebi sayıldığı halde BK. m. 161/II'de bu duruma yer verilmemiştir. Bunu Kanun'un bir sebebe dayanarak maddede belirtmediği düşünülebilir ise de, asıl borcun başlangıçtaki imkânsızlık sebebiyle geçersiz olması halinde cezai şartın da geçersiz olacağını kabulde tereddüt edilmemelidir. Başka bir deyişle, kanun koyucu 161/II ile BK. m. 20'deki genel kurala bir istisna getirmiş değildir; zira kanun koyucu bu konuda bir istisna getirmek isteseydi, 161/II'de sonraki imkânsızlık için nasıl bir istisna getirdiyse, benzer bir istisnayı bu konuda da getirebilirdi.

Bunun dışında BK. m. 61'e göre butlana yol açan sebep esas alınarak iade veya istirdat bakımından bir ayrıma gitmek lazımdır. Gerçekten de asıl borç ve ona bağlı olarak cezai şart; ehliyetsizlik, şekil noksanı, imkânsızlık, kanuna aykırılık gibi takip olunan amaç açısından değil de objektif sebeplerle geçersiz hale gelmişse, gerek asıl borç, gerek ceza olarak ödenen şeyin ve karşılık ivazın iade ve istirdatı mümkündür. Ancak butlan, kanuna, ahlaka ve adaba aykırı bir

amacın elde edilmesi gayesinden doğmuşsa asıl borç veya ceza olarak verilen şeyin istirdatına BK. m. 65 engeldir.

Gabin veya BK. m. 23-31'de belirtilen hata hile ve ikrah hallerinden dolayı sakatlanan veya icazete bağlı olduklarından tek tarafı bağlayan borçlarla, itiraz üzerine iptali mümkün olan taahhütlerin (BK. m. 226, 23S/III, 515) cezai şarta bağlanmaları mümkündür. Fakat bu durumlarda sözleşme fesih veya iptal olduğu yahut gerekli icazet sağlanamadığı takdirde, asıl borç sona erdiğinden cezai şart da ortadan kalkar ¹⁴.

a. Asıl Borcun Özellikleri

Cezai şartın ortaya çıkabilmesi için esas olarak kuvvetlendirilecek geçerli ve mevcut olan bir asıl borç ilişkisinin bulunması gereklidir.

Geçerli olmayan veya kanuna aykırı bir asıl borcu kuvvetlendirmek için cezai şart kararlaştırılamaz. Aksi durumda, kanuna uygun olmadığından gerçekleştirilemeyen bir işlemin dolaylı yoldan ifasına izin verilmiş olurdu.

Bunun yanında asıl borcun devam eden bir borç olması gerekir. Önceden ifa edilen bir edim cezai şarta bağlanamaz. Keza doğruluğu hakkında teminat verilen geçmişe ait ilişkilerin doğru olmaması halinde ifa edilmek üzere bir

¹⁴ Bilge, Cezai Şart, s. 67-72; "..... üzerinde inşaat yapılacak arsanın 2 B SİT alanı içinde bulunduğunu ve bu nedenle sözleşmede öngörülen inşaatın yapılmasının mümkün olmadığı belediyenin cevabi yazılarından ve mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesinden anlaşılmaktadır. BK. 20. maddesi hükmü gereğince, bir akdin konusunun gayri mümkün bulunması halinde bu akit geçersizdir... Sözleşme yapıldığı tarihte bile geçersiz, batıl olduğuna göre buna bağlı tüm koşullar da geçersiz olacağından davacı sözleşmeye dayanarak cezai şartın ödetilmesini isteyemez. Mahkemenin bu yönü gözetmeksizin sözleşmede öngörülen cezai şarta hükmetmesi usul ve yasaya aykırıdır.", Y.15. HD., 27.4.1989, 1988/4461 E., 1989/2129 K. (İBBBA);" Bir sözleşmede taraflardan birinin diğerine taahhüt ettiği edimin yerine getirilmesi imkansız olduğu takdirde sözleşme batıldır (BK. m. 20/1). Şu durum karşısında taraflar arasındaki sözleşmenin de batıl olduğunda duraksamaya yer olmamalıdır. Ceza koşulu geçerli bir borcun yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesi ya da belli bir yerde, belli bir zamanda yerine getirilmemesi durumunda, borçlunun ödemesi gereken ve malca (ekonomik) değeri olup bir hukuk işlem ile belirlenen götürü bir edimdir. Ceza koşulu asıl sözleşmenin yazgısına tabidir. Asıl sözleşme geçersiz ise bunun bir yaptırımı niteliğinde olan ceza koşulu da geçersiz olacaktır.", Y. 13. HD, 29.5.1984 T., 2954 E., 4113 K. (İBBBA)

edimin kararlaştırılması da burada cezai şartın önleyici amacı olmadığından Kanun'un anladığı anlamda bir cezai şarta vücut vermez ¹⁵.

Cezai şartla güçlendirilmiş olan borcun konusu her türlü edim olabilir. Borcun konusu bir verme borcu olabileceğı gibi, yapma veya yapmama borcu da olabilir. Hatta sadece bir irade beyanında bulunma, bulunmama, açıklamada bulunma veya bulunmama borçları için dahi cezai şart kararlaştırılması mümkündür. Asıl borcun konusu bir yapma borcu olduğunda borçlu cezai şarttan etkilenmemek için edimini ifa ettiğini ispata mecburdur. Borcun konusunu bir yapmama edimi olması halinde ise, cezai şart her yapmama fiili için ayrı ayrı kararlaştırılabileceğı gibi bunların tümünü kapsayacak şekilde de cezaya bağlanabilir¹⁶.

Asıl borç şarta bağlı olsa dahi cezai şartla kuvvetlendirilmesinde engel yoktur. şart gerçekleşir ve asıl borç yerine getirilmezse cezanın ödenmesi gerekir. Burada esas alınacak an esas borcun muacceliyet anıdır¹⁷. Ancak geciktirici şarta bağlı borçlarda bu şart gerçekleşmedikçe cezai şartın da bir işlevi olmaz. Bozucu şarta bağlı borçlarda ise bozucu şart gerçekleştiğı anda cezai şart da hükümsüz hale gelir ¹⁸.

BK. m. 159/I deki "Alacaklı zarara duçar olamasa bile ceza lazım olur" ifadesinden hareketle asıl borcun mutlaka ekonomik bir değere sahip olmasının da gerekmediğı anlaşılr. Bu suretle mamelek hukukuna girmeyen veya para ile takdiri mümkün olmayan yararların da korunabilmesi sağlanmaktadır. TK. m. 405/III deki "Hisse senetlerinin devri şirketin muvafakatine bağlı olan hallerde esas mukavele hissedarlara esas sermayeye iştirak borcundan başka muayyen

¹⁵ Tunçomağ, Cezai şart, s. 7.

¹⁶ Berki, O. Fazıl, s. 282-283; Birsen, s. 430; Eren, Fikret, s. 1134; Oğuzman/Öz, s. 861: Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 343

¹⁷ von Tuhr, Andreas: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C.I -II , (Çeviren Cevat Edege), Ankara 1983, s. 766.

¹⁸ Oğuzman / Öz, s. 860.

zamanlarda tekerrür eden ve mevzuu para olmayan edalarda bulunmak mükellefiyetini de yükleyebilir. Bu gibi tali mükellefiyetler hakkında esas mukavele ile cezai şart kabul edilebilir" hükmü bu hususu teyit eden örnek bir hükümdür.

Asıl borcun konusunu ekonomik bir değer taşıması halinde ise edim para veya paradan başka bir şey de olabilir. Yargıtay bu konuda önceden para borçlarının kısmen veya tamamen ifa edilmemesi halinde yalnız faiz alınabileceğini, yani para borcunun zarar ve ziyanının faizden ibaret olduğunu ve bu gibi borçlardan dolayı cezai şart kararlaştırılamayacağını kabul etmekteydi¹⁹. Ancak son içtihatlarda bu görüşün terk edildiği ve para borçları için de cezai şart kararlaştırılabileceğinin kabul edildiği görülmektedir²⁰.

Borçlar Kanunu'nun cezai şarta ilişkin hükümlerinde para borçları için cezai şart taahhüt edilemeyeceğine dair bir hüküm yoktur. Aksine sözleşme özgürlüğünün esasını teşkil eden BK. m. 19 bu konuda da geçerli olup kanuna, ahlaka ve adaba aykırı olmadıkça her türlü borç, bu arada para borçları da cezai şarta bağlanabilir. Aynı husus BK. m. 161/II ile de teyit edilmiştir. Cezai şartın en önemli amaçlarından biri de, borçlu üzerinde baskı oluşturarak onun borcunu layıkıyla ifa etmesini sağlamak olduğundan para borçlarının bu korunmadan yararlandırılması yerinde olacaktır.

¹⁹ "Akdin icra edilmemesi veya noksan olarak icrası halinde cezai şart taahhüt edilmesi para borçlarından maada akitler hakkında muteber olup para borçlarının tamamen veya kısmen ifa edilmemesi halinde yalnız faiz lazım geleceği yani para borcunun zarar ve ziyanı faizden ibaret olduğu cihetle bu gibi borçlardan dolayı cezai şart taahhüdü hükümsüzdür." , Y. 4.HD. , 22.12. 1947 T., 7284 E. , 5387 K. Karahasan, M. Reşit: Para Borçlarında Cezai Şart, İBD., C. XL , Ekim 1966, s. 474.

²⁰ YHGK., 12.4. 1989 T., E. 11- 140, K. 260; YHGK., 17.2. 1971 T., E. 4-405, K. 85 (Uygur, Turgut: Açıklamalı - İctihatlı Borçlar Kanunu Genel Hükümler, C.II, Ankara 1990, s. 744-747); "Borçlar Kanununun 103. maddesine göre para borçlarında temerrüde düşen borçlu faiz ödemek zorundadır. Temerrüt faizi anlaşmaya gerek olmadan doğrudan doğruya kanundan doğar. Temerrüt faizi temerrüdün doğrudan doğruya sonucu olup bunun ödenmesi için alacaklının zarara uğraması şart olmadığı gibi, borçlunun kusurlu olması da şart değildir. Bu nedenle gecikme cezası ile faiz birbirinden farklı şeylerdir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 1988/ 11- 706, 1989/ 661 sayılı kararında da gecikme zammı temerrüt faizine benzetilerek aynı hukuki sonuca tabi tutulmamalıdır." görüşüne yer verilmek suretiyle bu düşüncenin istikrar kazandığına değinilmiştir. Bu bakımdan davacı hem cezayı hem de faizi talep etmekte haklıdır, Y. 13. HD. 21.12.1990 T., 4196 E., 9072 K., (İBBBA).

Para borçlarının cezai şartla bağlanabilmesi hakkında İsviçre doktrin ve uygulamasında her hangi bir tartışma dahi yapılmamıştır²¹. Ülkemizde Kanun para borçları için, borçlunun borcunu ifa etmemesi halinde alacaklının zararı ispat etmesine gerek görmeden borçlunun temerrüt faizi ödemesini öngörmüş (BK. m. 103) ve bunda cezai şartla elde edilmek istenen amaca benzer bir yol izlemiş ise de bu durum, tarafların temerrüt faizi ile yetinmeyerek daha yüksek bir yüzde üzerinden temerrüt faizi ödenmesine ve hatta bir miktar paranın da cezai şart olarak verilmesini kararlaştırıp borcun ödenmemesinin sonuçlarının ağırlaştırılmasına da engel değildir. Borçluyu borcunu gereği gibi ödemeye sevk eden bu tür bir tedbir ne kanuna ne de işin özelliğine aykırı sayılamaz. Ancak bu ihtimalin gerçekleşmesi halinde cezai şart yasaklanmış ise tarafların bir sözleşme ile bu yasağı aşmak için yüksek bir temerrüt faizi kararlaştırmaları mümkündür. Bu durumda ise borçlu muhtemelen, yüksek bir faizle akdi ilişkiye girmekten kaçınacaktır. Zira akdi faiz asıl borca eklenen ve ödenmesi zorunlu olan bir borçtur. Oysa cezai şart kararlaştırılmasına izin verilirse çoğu kez borçlu edimini yerine getireceği ve cezanın uygulamaya konulmayacağını düşünerek hareket eder ve bu durum akdin oluşumunu olumsuz yönde etkilemez.

Bunun dışında bilindiği gibi BK. m. 105'e göre geçmiş günler faizinden fazla zararların dahi munzam zarar adı altında tazmin edilebileceği öngörülmüş olmakla, cezai şartı ceza veya baskı amacının ötesinde sadece zararın götürü bir tespitinden ibaret saysak bile bu yöntemle anılan munzam zararın önceden tespit edilmesi ve cezai şartla bağlanması da mümkündür. Bu itibarla Yargıtay'ın, para borçlarında alacaklının BK. m.103 m.105 gereği ancak gecikme faizi ve varsa ek zararını isteyebileceği, bunun yanında cezai şart kararlaştırılamayacağı şeklindeki eski görüşü kanunun amacına uygun kabul edilemez.

²¹ Arkan, Azra: Cezai Şart, İBD., Sayı I, Mart 1997, s. 80; Bilge, Para Borçlarında Cezai Şart, Mukayeseli Hukuk Dergisi, İkinci Yıl, Sayı I, Ocak- Şubat 1957, s. 105-110; Karahasan, Para Borçlarında Cezai Şart, s. 469-494; Oğuzman / Öz, s. 861; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop. s. 343-344.

Yargıtay'ın endişesi alacaklının temerrüt faizinin çok üstünde bir meblağı isteme hakkına sahip olması ise, bu durum zaten hâkime tanınan fahiş cezai şartları tenkis yetkisi (BK. m. 161 /III) ile engellenebilecektir.

Bir başka nokta açısından da, para borçları için cezai şart kabul edilmediği takdirde bu tür borçlar cezai şartın sağladığı yararlardan olan hukuki ilişkinin belirli bir yerde icrasını sağlama teminatından da mahrum bırakılmış olur.

b. Asıl Borcun Kaynakları

Asıl borcun kaynağı cezai şart ilişkisinin kurulması açısından önemli değildir. Asıl borç bir sözleşme ile doğabileceği gibi sözleşme dışında da doğmuş olabilir. BK. m.158'de "Akdin icra edilmemesi veya natamam icrası halinde tediye edilmek üzere cezai şart kabul edilmiş ise... " şeklinde ifade edildiği gibi cezai şartın en çok sözleşmeler ile kurulduğuna işaret etmişse de, doktrinde ve uygulamada büyük çoğunlukla kabul edildiği üzere asıl borcun sözleşme dışı bir kaynaktan doğması halinde de cezai şartla kuvvetlendirilmesi mümkündür. Sözleşme dışı kaynaklara haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, nafakadan doğan kanuni borçlar örnek olarak gösterilebilir. Hatta ceza hukuku kapsamında yasaklanmış bir fiil için bile cezai şart kararlaştırılabilir. Bu durumda cezai şart, kamu cezası yanında ayrıca istenebilir. Ancak bu durumda kurulan cezai şart ilişkilerinin şahsi özgürlükleri kanuna aykırı şekilde sınırlamadığına dikkat etmek gerekir. Alman Medeni Kanunu'nun 339. maddesinde her türlü borcun cezai şarta bağlanabileceği açıkça belirtilmiştir²².

²² Bilge, Cezai Şart, s. 60-63; Feyzioğlu, C.II , s. 391; Oğuzman / Öz, s.860; Reisoğlu, s. 362-363; Saymen / Elbir, s. 837-838; Tunçomağ, Cezai Şart , s. 9-11

c. Eksik Borçlarda Durum

Hukuk sistemimiz bir takım borçlarda alacaklıya, karşı tarafı dava ve cebri icra yoluyla takip hakkı vermemiştir. Ancak bu durumda bile, borçlu isterse borcunu eda edebilir. Yine de alacaklı onun mal varlığına kamu gücü vasıtasıyla el koyamaz. İşte bu tür borçlar "eksik borç", "nakıs borç" veya "tabii borç" olarak isimlendirilir. Nakıs borçlar, ifası mümkün borçlardan olduğu için, şayet borçlu edimini ifa etmiş ise bunun iadesini isteyemez; çünkü borç, eksik dahi olsa, taraflar arasında bir borç ilişkisi mevcuttur. Mevcut bir borcun ifası da sebepsiz zenginleşme oluşturmaz²³.

Borçlar Kanunu'ndaki muhtelif eksik borçlar ayrı ayrı ele alındığında, bunların cezai şart kurumuna imkân verip vermedikleri hususu, her bir eksik borç açısından kanun koyucunun iradesine bakılarak ayrıca değerlendirilmelidir.

aa. Kumar ve Bahis Borçlarında

Kumar ve bahis, "tarafların münhasıran eğlenmek, fikri veya bedeni yeteneği geliştirmek veya kazanç temin etmek (kumar) veyahut da bir iddiayı takviye (bahis) amaçları ile aksi şartlar altında bir edim ifasını vaad ettikleri akittir" şeklinde tanımlanabilir²⁴.

Kanun koyucu, sosyal ve ahlaki yönlerden zararlı olan kumar ve bahis borçlarını hükümsüz kabul etmemiş, hatta bunların ifası halinde bu ifanın geçerli olacağını belirtmiş; ancak tarafların mal varlıkları üzerinde bir tehlike oluşturan bu tip borçları koruma altına da almayarak alacaklıya bu konuda talepte bulunma hakkı vermemiştir (BK.m.504).

²³ Eren, s. 82

²⁴ Yavuz, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.II, 2. baskı, İstanbul 1993, s. 424

Bu noktadan hareketle dava veya talep hakkı tanınmayan ve kanunun korumaya değer görmediği bir hakkı kuvvetlendirmek ve borçluyu bu konuda ifaya zorlamak da mümkün değildir. Bundan dolayıdır ki kumar ve bahis borçlarında cezai şartın uygulama alanı olamaz²⁵.

bb. Evlenme Tellallığından Doğan Ücret Borçlarında

Tellallık, belirli bir ücret karşılığında bir sözleşme yapma imkânının hazırlanması veya taraflar arasında bazı sözleşmelerin yapılmasına aracılık etmek şeklinde tarif edilebilir (BK. m. 404). Bu bağlamda kural olarak tarafların evlenmelerine aracılık etmenin hukuka aykırı olmadığı söylenebilir. Fakat bu fiil bir ücret karşılığında yapılırsa hukuka ve ahlaka aykırı olur. Kanunumuz hazırlanırken, evlenmenin ahlaki değerini göz önünde bulundurarak, bunun para karşılığında sözleşme konusu yapılması uygun bulunmamıştır (BK. m. 408). Bundan dolayı da bu tür sözleşmelerin de tıpkı kumar ve bahis gibi teminat altına alınmaları ve bu meyanda cezai şarta bağlanmaları imkânsızdır²⁶.

cc. Ahlaki Ödevlerden Kaynaklanan Borçlarda

Kişiler kimi hallerde mecbur olmadığı halde ahlaki duygularla bazı kimselere yardım etme taahhüdü altına girebilirler. Kanunumuz bu tür taahhütleri de geçerli saymıştır. Bu taahhütler de diğer eksik borçlar gibi borçlu tarafından ifa edilebilir, ancak ifa edilmemeleri halinde alacaklı tarafından talep edilemez. Ayrıca bu borçların ifası amacıyla verilen şeyler geri istenemez (BK. m. 62).

Bu noktadan hareketle kanun, ahlaki ödevlerden kaynaklanan borçları geçerli saymıştır. Hatta bu tip bir eksik borcun ifa edileceğine dair taahhüt, onu eksik bir borç olmaktan çıkartıp tam bir borç haline dönüştürür. Sonuç olarak bu

²⁵ Von Tuhr, s. 765.

²⁶ Eren, C.I, s. 108

tür borçlar Kanun'un korunmaya layık gördüğü borçlardan olup cezai şarta bağlanabilir.

MK. m. 315 dışında kalan ve dolayısıyla nafaka borcu yüklenmeyen hısımlar arasında ödenen nafakalar da ahlaki ödevden doğan bir borç olup, cezai şartla kuvvetlendirilebilirler. Nitekim BK. m. 234/II'de "Ahlaki bir vazifenin ifası da bağışlama sayılmaz" denilmektedir. Buradan hareketle nafaka borcunun da aynı hükümlere tabi olacağı doğaldır²⁷.

dd. Zamanaşımına Uğramış Borçlarda

Zamanaşımına uğramış bir borcun alacaklı tarafından dava konusu yapılması halinde borçlu, cevap süresi içinde zamanaşımı defii ileri sürmesi halinde borç, eksik bir borç niteliğine bürünür. Buna karşılık borçlunun zamanaşımı defini ileri sürmemesi veya cevap süresi dışında ileri sürüp de alacaklının buna muvafakat etmemesi halinde borç, tam bir borç halini alır ve mahkemece borcun ödenmesine karar verir. Zamanaşımına uğramış bir borcun borçlu tarafından ifası vaat edildiğinde o zaman borç tam borç halini alır ve böyle bir borcun cezai şarta bağlanması mümkündür.

2. Asıl Borçtan Ayrı Bir Edim Olması

Cezai şartın bir diğer önemli özelliği de konusunun asıl borcun konusundan ayrı ve yeni bir edim olmasıdır. Söz konusu edim, asıl borcun konusundan ayrı ve bağımsızdır. Aksi bir durum halinde bir cezai şart kararlaştırılmasının mantığı bulunmamaktadır.

Asıl borç ile cezai şart arasındaki konu farklılığı taahhüt edilen edimin niteliğine ilişkin olabileceği gibi miktarına ilişkin de olabilir.

²⁷ Arsebük, Esat: Cezai Şart Mefhumu Etrafında Tahliller, Adliye Ceridesi, 1936, s. 989; Funk, s. 229

BK. m. 158 de geçen " tediye edilmek üzere cezai şart kabul edilmiş ise" ifadesi de cezai şart kurumunun doğabilmesi açısından ayrı bir edimin taahhüt edilmesinin gerekli olduğunu ortaya koyar. Farklı bir şekilde ifade edecek olursak, cezai şartın asıl borca eklenen ve onu arttıran yeni bir borç olması gerekir.

Örnek vermek gerekirse, yapılacak bir anlaşmaya temerrüt halinde temerrüt faizi yanında belirlenen bir tazminat da ödeneceğine dair bir şart konulduğunda ortaya bağımsız ve yeni bir taahhüt çıkar; böylece burada bir cezai şartın varlığından söz etmek mümkün olur²⁸.

Bu konuda BK. m. 160'ın hatırlanmasında yarar vardır. Söz konusu hükümde taksitle satışlar saklı kalmak üzere, kısmen vaki tediyeinin fesih halinde alacaklıya kalmasını içeren sözleşmelere de cezai şarta ilişkin hükümlerin uygulanacağı öngörülmektedir. Kısmen yapılan ödemeler ayrı bir edim olmadıklarından temerrüt halinde bunların alacaklıya kalacağına dair yapılan anlaşma cezai şart niteliğinde değildir. Kanun'un ifadesi de bunun bir cezai şart olmadığını göstermektedir. Ancak kanun koyucu yakın benzerliği nedeniyle bu kurumu da kıyasen cezai şarta ilişkin hükümlere tabi tutmuştur. Bu kabul tarzının pratikteki en görünür uygulaması, tenkise dair BK. m. 161 gereği alacaklıya kalması kararlaştırılan kısmi ödemelerin indirimine tabi tutulabilmesi yönünde kendini göstermektedir. Ancak kanun, m.160 son fıkrada taksitle satışa dair hükümleri saklı tuttuğundan ve uygulamada bu satış türü çokça görüldüğünden anılan maddenin tatbiki kıymeti son derece azalmıştır. Nitekim taksitle satıma dair olan ve "Satıcının diğer hakları" kenar başlıklı m. 223'te, kısmi ödemenin caiz olduğu satımda taksitlerin ödenmesinde gecikme meydana geldiği takdirde yapılan ödemelerin satıcıya kalacağına dair bir şart geçerli sayılmamakta ve

²⁸ von Tuhr, s. 765. "Davacının ... talebi, dosyada mevcut açık artırma satış şartnamesinin 15. maddesinde belirtilen ilk ihaleye göre bedel yatırılması gereken en son gün ile ikinci ihaleye göre bedel yatırılması gereken en son gün arasında geçecek süre için ilk ihale bedeli üzerinden hesaplanan parti satış tutarının % 12 si olan miktara ilişkindir. Şartnamenin 15. maddesindeki bu husus taraflar arasında kararlaştırılmış bulunan bir nevi cezai şart niteliğinde olup ... ", YHGK., 26.3.1986 1., 1984/779 E., 1986/295 K. (İBBBA)

alıcının satıcıya ödemeye mecbur olduğu tazminat kalemleri açıklanmaktadır. O nedenle BK. m. 160'ın uygulama kabiliyeti oldukça azdır²⁹.

3. Asıl Borçla Fer'ilik ve Bağımsızlık İlişkisi İçinde Olması

Cezai şart asıl borcun fer'idir. Bu nedenle fer'i borçlara uygulanan hükümler cezai şarta da uygulanacaktır. Bilindiği üzere fer'i haklar alacak hakkının amacına hizmet eden, fakat bu haktan ayrı, özel nitelikte haklardır. Fer'i haklar, "alacak hakkını genişleten" ve "alacak hakkını garanti altına alan" haklar olarak ikili bir ayrıma tabi tutulduğunda cezai şart da bu ayrımda "alacak hakkını genişleten haklar" arasında yerini alır. Gerçekten de bu haklar kendilerini doğuran şartlar gerçekleştiğinde, alacaklıya asli hak olan alacak hakkından başka bilhassa faiz, gecikme tazminatı, cezai şart gibi haklar da verir. İşte cezai şart da bu tür haklardandır³⁰. Bu itibarla, asıl borçla cezai şart arasında asli borç - fer'i borç ilişkisi yoksa cezai şarttan söz edilemez. Bu durumda ancak seçimlik bir borçtan bahsedilmesi mümkündür³¹.

Cezai şartın asıl borçla fer'ilik ilişkisinin muhtelif sonuçları vardır. Bunlardan bir kısmına yukarıda değinilmiştir. Örneğin, cezai şartın meydana gelmesi asıl borcun doğumuna bağlı olduğu gibi, sona ermesi de asıl borcun sona ermesine bağlıdır. O nedenle asıl borç kısaca, ifa, ibra, zamanaşımı, takas, imkânsızlık gibi sebeplerle sona ererse, cezai şart da onunla birlikte sona erer. Bu durum esasen BK. m. 113'ün doğal bir sonucudur.

Ancak kanun sona erme açısından iki istisna getirmiştir. Gerçekten de bunlardan birincisi BK. m. 161/II'de düzenlenmiştir. Bu maddede, borcun ifasının

²⁹ Arsebük, Borçlar Hukuku, s. 1025; Bilge, Cezai Şart, s. 77-81; Feyzioğlu, C. II, s. 389-390; Oğuzman / Öz, s. 862; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 12-14

³⁰ Eren, C.I, s. 33.; "Davaya dayanak tutulan ... senedin geçersizliği böylece kesinleştiğine göre bu geçersiz senetle öngörülen cezai şart da geçersiz sayılmalıdır. Çünkü cezai şart fer'i nitelikte bir borçtur ve geçerli bir esas borcun varlığına lüzum gösterir.", Y. 13. HD., 22.11.1983 T., 7823 E., 8211 K., (İBBBA).

³¹ Arkan, Azra: Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar, İstanbul 2005, s. 82

borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen bir sebeple, imkânsız hale gelmesi halinde, "aksine sözleşme olmadıkça" kararlaştırılan cezanın istenemeyeceği öngörülmüştür. Şu halde borçlunun kusuru olmaksızın ifanın imkânsız hale gelmesi durumunda dahi borçlunun cezai şartla sorumlu tutulacağı kararlaştırılabilir. Bu halde ifa imkânsızlaştığı anda ceza borcu doğar. Buradaki imkânsızlığın sonradan meydana gelen imkânsızlık olduğu hususu akıldan çıkarılmamalıdır. Çünkü imkânsızlığın başlangıçta mevcut olması durumunda, asıl sözleşme BK. m. 20 gereği butlanla geçersiz hale gelir ve dolayısıyla onun fer' i cezai şart da sona ereceğinden talep edilmesi imkânsızlaşır. Bunun aksinin kararlaştırılması imkânı da yoktur.

BK. m. 161/II esasen getirdiği kural ile sonradan imkânsızlığı düzenleyen BK. m. 117'nin bir tekrarından ibarettir, Zira BK. m. 117'de de "Borçluya isnat olunamayan haller münasebetiyle borcun ifası mümkün olmazsa, borç sakat olur" denmekte; peşinden aynı maddenin son fıkrasında, kanunla getirilen bu kuralın aksine sözleşme yapmaya izin verilmektedir. Aynı şeyin BK. m. 161/II'de "aksine mukavele olmadıkça" ifadesiyle tekrar edildiği görülmektedir.

Bu husustaki ikinci istisna ise, BK. m. 115/III'de gösterilmiştir. Anılan maddede cari hesap ilişkisinde hesap kesilip de diğer tarafça kabul edildiğinde borcun tecdit edilmiş sayılacağı belirtilmiştir (BK. m. 115/II). Bilindiği gibi tecdit de asıl borcu sona erdiren bir kurum olup, dolayısıyla ona bağlı cezai şartın da sona ermesi ilke olarak bu kabul tarzının normal bir sonucudur. İşte Kanun'un 115/III. fıkrasında bu hususta bir istisna getirilerek "Eğer kalemlerden biri mukabilinde teminat varsa hesap kesilip tasdik edilmiş olsa bile hilafı şart edilmedikçe bu teminata hâlel gelmez" denilmiştir. Şu halde cezai şart da bir tür teminat olmakla, cari hesaptaki kalemlerden biri için mevcut olan cezai şart, aksine sözleşme olmadıkça devreden cari hesap bakiyesi hakkında da geçerliliğini korur³².

³² Bilge, Cezai Şart, s. 72-73.

Fer'ilik ilişkisini def'iler konusunda da görmek mümkündür. Nitekim asıl borca karşı ileri sürülen bir zamanaşımı def'i, cezai şartın da talep edilebilmesine engel olur. Ancak eğer cezai şart asıl borcun zamanaşımına uğramasından sonra kararlaştırılmışsa veya cezai şart muaccel olduktan sonra asıl borç zamanaşımına uğrarsa cezai şartın istenebilmesi mümkündür. Buna karşılık geçici bir def'inin ileri sürülmesi cezai şartın açıklanmasına engel teşkil etmez.

İflas halinde ise cezai şart da asıl borcun yanında, aynı sırada yer alır ve geciktirici şarta bağlı bir alacak gibi iflas masasına kaydolunur³³.

Asıl borcun temlikinde ise fer'ilik niteliğinin bir sonucu olarak, henüz muaccel olmayan ceza, ekonomik açıdan kuvvetlendirdiği asıl borçla birlikte diğer tarafa devredilir. Ancak ceza devirden önce muaccel hale gelmiş ise artık bağımsız hale geleceğinden ilke olarak asıl borcu takip etmez. Meğerki taraflarca bunun aksi kararlaştırılmış olsun.

Bu konuda bizatihi cezai şart alacağının naklinin mümkün olup olmadığına da cevap vermek gereklidir. Eğer cezai şart alacağı muaccel olmuşsa asıl borçtan bağımsız hale geldiğinden naklinin mümkün olduğu açıktır. Keza muaccel hale gelmemiş cezai şartın devredilmesinin mümkün olduğu konusunda da tereddüt etmemek gerekir. Zira cezai şartın üçüncü bir şahsa ödeneceği kararlaştırılabileceğine ve onun tarafından şart gerçekleştiğinde ceza talep olunabileceğine göre bu halde de cezai şartın asıl borçtan ayrı şekilde temlik edilebileceğini kabul etmek lazımdır. Kanunda böyle bir temlik önleyen herhangi bir hüküm de yoktur. Keza bu duruma BK. m. 162'deki "işin mahiyeti" deyimini de engel bulunmadığından cezai şartın asıl borçtan ayrı olarak devredilebileceğini söyleyebiliriz. Ancak yukarıda yapılan açıklamaların cezai şart alacağının müstakil devrine ilişkin olduğu noktası gözden kaçırılmamalıdır. Zira ceza borcunun asıl borçtan ayrı olarak üçüncü bir şahsa devri mümkün

³³ Tunçomağ, Cezai Şart, s. 15.

değildir. Çünkü asıl borçludan başka birisinin edimin yerine getirilmemesi halinde ödemek zorunda kalacağı şey cezai şart kavramı ile bağdaşmaz.

Bundan başka fer'ilik niteliğinin sonucu olarak cezai şart asıl borcun şekline tabi olduğu gibi, asıl borcun ifa yeri cezai şart için de geçerlidir.

Cezai şart fer'i bir borç olmakla beraber kendine özgü ayrı bir mameleki değer ifade ettiğinden asıl borçtan ayrı olarak teminat altına da alınabilir. Esasen asıl borç için elde edilen kefalet, rehin gibi teminatların sözleşmede bu yönde hüküm yoksa kapsamı geniş yorumlanarak cezai şartı da içermesi sağlanamaz. BK. m. 490 ile MK. m. 790 ve 860 böyle bir otomatik genişletmeye müsait değildir. Ancak taraflar yapacakları anlaşma ile aslında kendisi de bir teminat borcu olan cezai şartın kefalet veya rehin kapsamına alınacağını kararlaştırabilirler³⁴.

Sonuç olarak cezai şart fer'i bir borçtur. Ancak bu bağlılığın çok gevşek olduğunu gözlemek de mümkündür. Nitekim henüz muaccel olmayan bir cezai şartın asıl alacaktan bağımsız olarak temlikinin mümkün olması, cezai şart alacağının daha başlangıçta asıl borcun alacaklısından başka birisine ait olacağının kararlaştırılabilmesi bu duruma örnek olarak gösterilebilir.

Cezai şart ile asıl borç arasında fer'ilik ilişkisi nihayetinde cezai şartın muaccel olduğu ana kadar devam eder. Zira cezai şart bu andan sonra bağımsız hale gelir ve asıl borcun kaderine bağlı olmaktan kurtulur³⁵.

4. Ekonomik Değer Taşıyan Bir Edim Olması

Cezai şart ediminin ekonomik bir değer taşıması şarttır. Aksi halde böyle bir edimin cezai şart olarak kabulü mümkün değildir. Çünkü ekonomik değeri

³⁴ Bilge, Cezai Şart, s. 74-75.

³⁵ Tunçomağ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. , İstanbul 1976, s. 859.

olmayan edimler icra yolu ile takip edilemezler. Bu itibarla manevi değerler cezai şart olarak kararlaştırılamazlar. Uygulamada genellikle cezai şart bir miktar paranın ödenmesi şeklinde kararlaştırılmaktadır. Ancak tabii ki para dışında da ekonomik değer taşıyan edimlerin cezai şart olarak tayini mümkündür³⁶.

5. Sağlar Arasında Hüküm Doğuran İşlemlerden Doğması

Hukuk sistemimizde esasen alacaklının tek taraflı iradesiyle bir kimseyi borç altına sokması imkânsızdır. Buna göre alacaklının tek taraflı işlemi ile cezai şart borcu yaratması da mümkün değildir. Ancak borçlunun kanunlarımızın getirdiği bazı istisnai hallerde tek taraflı işlemi ile kendisi hakkında bir borç yaratması mümkündür. İlan yolu ile vaat (BK.m.8) ve hamiline yazılı borç senetleri (TK.m.570 vd.) bu duruma örnek olarak verilebilir. Bunlardan hamiline yazılı borç senetleri, kıymetli evrak kapsamına girdiklerinden ve özel şekle tabi bulunduklarından içeriklerinde cezai şart kararlaştırılması mümkün olmamakla beraber, ilan suretiyle vaat işleminin ayrıca bir cezai şarta bağlanmasında kanuni açıdan sakınca yoktur.

İki taraflı işlemlerle yani sözleşmelerle veya dernek, şirket, tüzel kişilik kurma niteliğindeki müşterek işlemlerde ise cezai şart kabulünün mümkün olduğu açıklamayı gerektirmeyecek kadar açıktır. Gerçekten de cezai şartın en çok uygulandığı sözleşmelerin yanı sıra, dernek veya şirket tüzüklerinde de yer aldığı görülmektedir. Hatta çok taraflı işlem ile tüzel kişilik kurulmasa dahi, örneğin adi ortaklık sözleşmesi ile cezai şart kararlaştırılması mümkündür.

Yukarıda tek taraflı, iki taraflı ve çok taraflı işlemlerde cezai şartın yer alıp alamayacağına kısaca değinilmiş bulunmaktadır. Konu ile ilgisi nedeniyle yapılan bu açıklamalardan sonra kendine özgü bir yapısı olan miras hukukunda ve özellikle ölüme bağlı tasarruflara ilişkin hükümlerde tek taraflı işlemle cezai şart kararlaştırılmasına izin verilip verilmediği sorunu gündeme gelmektedir. Bu

³⁶ Eren, s. 858; İnan, Ali Naim: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1979, s. 440

hususla olumlu bir cevap vermek kanaatimce mümkün değildir. Çünkü ölüme bağlı tasarrufların geçerli olmaları ancak kanun tarafından izin verilen bir içeriğe sahip olmaları ile mümkündür. Bu içerik ise mameleki bir değerin başkasına aktarılması bakımından ya mirasçı nasbı veya mal vasiyeti şeklinde oluşabilir. Vasiyet edenin malını bu iki şekil dışında ölüme bağlı bir tasarrufla başkasına bırakmasına imkân yoktur. Mirasçı nasbı bir alacak hakkı değil, mirasçılık ve bu itibarla mülkiyet hakkı doğurduğundan (MK. m. 539) burada cezai şartın yer alması imkansızdır. Zira cezai şart BK. m.158'e göre borcun ifa edilmemesi hali için öngörölmüştür. Oysa vasiyetle mirasçı nasb edilen şahsın bir alacak hakkı değil, mülkiyet hakkı mevcuttur.

Muayyen mal vasiyeti ise kendisine vasiyet olunan lehine bir alacak hakkı ve mükellefler hakkında da bir borç doğurmaktadır (MK. m. 541). Bu nedenle mal vasiyetinde cezai şartın yer alabileceği zannedilebilir. Ancak Kanun'un mal vasiyeti hakkındaki hükümleri emredici ve sınırlı nitelikte olup bunların arasında cezai şarta izin veren bir kayıt da yoktur. O nedenle bu tür işlemlerde dahi Borçlar Kanunumuzun anladığı anlamda bir cezai şarta yer verilemez. Mal vasiyetinde vasiyet hükmünün yerine getirilmemesi halinde belli bir şey veya miktarın ceza olarak verilmesini vasiyetçinin açıkladığını ve bunun geçerli olduğunu kabul etsek bile bu işlemi esas ve nitelik açısından borçlar hukuku ile değil miras hukuku ile ilgili saymak ve bu ek edim açısından Medeni Kanun'un tasarruf nisabı (MK. m. 452), tenkis (MK. m. 502 vd.) ve mahrumiyet (MK. m. 520) hükümlerini uygulamak gerekir.

Sonuç olarak miras hukukunda borçlar hukukunun aksine sözleşme özgürlüğü bulunmamaktadır. O nedenle bu gibi ölüme bağlı tasarruflar ancak miras hukuku içindeki kavram ve kurumlar marifetiyle yorumlanarak ihtilafın haline gidilmelidir. Örneğin aşırı bir mükellefiyetin indirilmesi BK. m. 161/III'e göre değil, mahfuz hisse kurallarına göre yapılmalıdır.

Şu halde cezai şart ancak sağlar arası hüküm doğuran işlemlerden kaynaklanır ve ölüme bağlı tasarruflarla tespit edilen yükümlölük veya cezalar cezai şart olarak nitelendirilemez³⁷.

II- CEZAI ŞARTIN BENZER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

A. CEZAI ŞART VE PİŞMANLIK AKÇESİ

Pişmanlık akçesi, halk arasında “kaparo” olarak bilinen, kanunda ise “zamanı rücu” olarak adlandırılan ve sözleşmeden serbestçe dönölmesi gayesine hizmet eden bir paradır³⁸. Ancak ifayı engelleyen cezai şartı, çok benzer olmakla birlikte BK. m. 156/III’te belirtilen pişmanlık akçesiyle karıştırmamak lazım gelir. Pişmanlık akçesinde parayı veren taraf verdiği parayı vazgeçme halinde terk etmek, parayı alan taraf ise dönme halinde aldığıın iki mislini iade etmekle yükümlölüdür. Cezai şartta ise sözleşmeden dönme iradesi ortaya konduğu zaman -ki bu durumda sadece borçlu taraf için sözleşmeden dönme söz konusudur- borçlu ifayı engelleyen cezai şartın varlığını ispatlayıp cezai şart olarak belirlenmiş miktarı ödeyerek borcundan kurtulur. Buradan da anlaşılacağı üzere BK m. 158/III sözleşmeden dönmek için lazım gelen cezai şartın varlığını ispatlayarak sözleşmeden dönme yetkisini sadece borçluya tanımıştır. Ancak taraflar kararlaştırırlarsa alacaklıya da dönme yetkisi tanınabilir³⁹. Ayrıca BK. m. 156/I’ deki karine uyarınca verilen paranın niteliği konusunda şüpheye düşölduğünde, bunun pişmanlık akçesi olduğunu ileri süren, iddiasını ispatlamak durumundadır⁴⁰.

³⁷ Ayiter, Nuşin: Miras Hukuku, Ankara 1978, s. 6 i -68; Bilge, Cezai Şart, s. 46-48; Eren, s.1134; Feyzioğlu, C.II, s. 391; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, C.I, s. 859.

³⁸ Arkan, Azra, Cezai Şart, İstanbul Barosu Dergisi 1-2-3, İstanbul, 1997, s. 99.

³⁹ Oğuzman / Öz, s. 880.

⁴⁰ Tekinay / Akman / Burcuoğlu/ Altop, s. 340-341, Oğuzman / Öz, s. 876-877.

Cezai şartta ise kural olarak ispat yükü borçludadır. Borçlar Kanunu Tasarısı madde 183, Borçlar Kanunu'nun 156. maddesinin üçüncü fıkrasını karşılamaktadır. Tasarının tek fıkradan oluşan 183. maddesinde, cayma parası düzenlenmektedir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 156. maddesinin kenar başlığında kullanılan "Zamân-ı Rücu" şeklindeki ibare, Tasarının 183. maddesinde, "B. Cayma parası" şeklinde değiştirilmiştir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 156. maddesinin üçüncü fıkrasında kullanılan "akitten rücu salâhiyetini haiz addolunur" şeklindeki ibare, Tasarıda "sözleşmeden caymaya yetkili sayılır" şekline; 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun aynı fıkrasında kullanılan "rücu ederse" şeklindeki ibare ise, Tasarıda "cayarsa" şekline dönüştürülmüştür. Tasarı madde 183, "Cayma parası kararlaştırılmışsa, taraflardan her biri sözleşmeden caymaya yetkili sayılır; bu durumda parayı vermiş olan cayarsa verdiğini bırakır; almış olan cayarsa aldığına iki katını geri verir" demek suretiyle parayı alan tarafın dönme halinde aldığına iki katını vermesi borcunu saklı tutmuştur.

B. CEZAI ŞART VE SEÇİMLİK BORÇ – SEÇİMLİK YETKİ

İçlerinden yalnız birisinin ifasını gerektiren ve birden fazla edimi içeren borca "seçimlik borç" denir. Edimlerden birisinin seçimi borçluya, alacaklıya veya üçüncü bir kişiye bırakılabilir. Seçim beyanı yenilik doğuran haklardan olup, oluşması için karşı tarafa varması gerekir. Aksinin taraflarca kararlaştırılmadığı durumlarda seçim yetkisi borçluya aittir.

Cezai şart ve seçimlik borcun her ikisinde de, içlerinden yalnız birisi ifa edilecek edimler vardır. Ancak seçimlik borcun cezai şarttan ayrıldığı birden fazla durum söz konusudur. Cezai şartta, borcun muaccel olmasından önce, birisi asıl diğeri fer'i olmak üzere iki borç olduğu halde, seçimlik borçta tek bir borç vardır. Seçimlik borcun konusu hepsi birbirine eşit olan çeşitli edimlerdir. Cezai şartta bulunan edimler ise nitelik olarak birbirinden farklıdır.

Bir diğerk fark ise, seçimlik borçta, kararlaştırılan edimlerden birinin ifasının imkânsız hale gelmesi durumunda kararlaştırılan diğerk edimin ifasıyla seçimlik borcun yerine getirilmiş olmasıdır. Oysa cezai şart ancak asıl borç borçluya yüklenebilen bir sebeple imkânsız hale geldiğinde borçluya ödenir. Ayrıca seçimlik borçta, borç doğmuş olup konusu belirsizdir. Cezai şartta ise borcun ileride doğup doğmayacağı belirsizdir⁴¹.

Seçimlik yetkide borçluya aynı zamanda kararlaştırılan bir başka edimi ifa ederek borçtan kurtulma yetkisi verilmekte, bununla birlikte borçlunun belirli bir edimle sorumlu tutulduğu görölmektedir. Aynı yetki taraflar kararlaştırırsa alacaklıya da verilebilir. Seçimlik yetki ile cezai şart arasındaki benzerlik, seçimlik borca göre daha fazladır. Çünkü gerek cezai şartta gerek seçimlik yetkide biri esas diğerk tali mahiyette olmak üzere iki borç söz konusudur. Seçimlik yetkinin borçluya ait olduğu durumlarda, borçlunun kusuru olmaksızın asıl edim imkânsızlaşırsa, tali borç sona erer. Cezai şart için de durum aynıdır. Ancak, seçimlik yetki borçluya aitse, borçlu tali edimi ifa suretiyle asıl borçtan kurtulabildiği halde, ifaya eklenen cezai şartta ve seçimlik cezai şartta, borçlu cezai şartı ödemekle asıl edimi ifadan kaçınamaz⁴².

C. CEZAI ŞART VE ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN EDİMİNİ TAAHHÜT – KEFALET

Üçüncü kişinin edimini taahhüt ettiği akitlerde, üçünü şahıs, bir kimsenin diğerkine karşı olan borcunu ifa etmediği takdirde, akdin diğerk yanının uğradığı zararı ödemeyi taahhüt eder. Burada söz konusu olan bir borcun ifası değil, borcu ifa etmemenin doğuracağı zararları teminat altına almaktır. Başka bir deyişle üçüncü kişinin edimini taahhütte taahhüt eden edimi ifa etmek zorunluluğunda değildir. Çünkü o fiilin kendisini değil, onun ifa edilmemesinden

⁴¹ Oğuzman / Öz, s. 212, Tunçomağ, s. 32-33.

⁴² Tunçomağ, s. 33.

doğın zararlı sonuçları gidermeyi taahhüt etmiştir. Fiilinin sonuçları taahhüt edilen kimse de o fiili yapma zorunluluğu altına girmiş değildir. Çünkü taahhüt eden onun temsilcisi değildir. Özetle, bu akit kefalet gibi fer'i bir borç değil, tamamen bağımsız mahiyette bir borç doğurur. Üçüncü kişinin edimini taahhüt ile cezai şart arasındaki benzerlik tamamen ifa etmemenin sonuçlarına karşı alacaklıyı koruma amacıyla kendini gösterir. Ancak, cezai şart fer'i bir borç iken, üçüncü kişinin edimini taahhüt bağımsız bir borçtur. Ayrıca cezai şartta taraflar asıl alacaklı ve asıl borçlu oldukları halde, üçüncü kişinin edimini taahhütte garanti veren asıl borca yabancıdır⁴³.

Cezai şart ile kefalet akdi asıl borcu temin etmeleri açısından her ne kadar birbirlerine benzerlerse de kefil, cezai şarttan farklı olarak, asıl borç ilişkisine dâhil olmayan üçüncü bir şahıstır. Cezai şart sözleşmesinde ise asıl borçlu ile cezai şart borçlusu aynı kişidir. Ayrıca kefalet akdi, üçüncü şahıs olan kefile alacaklı arasında yapılırken, cezai şart sözleşmesi asıl borcun alacaklısı ve borçlusu arasında yapılır⁴⁴.

D. CEZAI ŞART VE PEY AKÇESİ

Bir sözleşmenin kurulduğuna delil olmak üzere taraflardan birinin diğerine verdiği bir miktar paraya “pey akçesi” denir⁴⁵.

Pey akçesine bağlanan hukuki sonuç, bunun sözleşmenin kurulduğuna dair ispat niteliği taşımasıdır⁴⁶. BK. m. 156/l sözleşmenin kurulduğu sırada

⁴³ Tunçomağ, s. 38.

⁴⁴ Bilge, s. 53.

⁴⁵ Günay, C. İlhan: Cezai Şart, (BK. m. 158-161), Ankara 2002, s. 51; Arkan, Cezai Şart s. 98; Oğuzman / Öz, s. 875; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 339.

⁴⁶ Arkan, Cezai Şart, s. 99; Eren, s. 376; Oğuzman / Öz, s. 875.

verilen paranın pey akçesi olduğu yönünde bir karine getirmiştir. Buna göre sözleşme kurulurken sözleşmenin bir tarafının diğer tarafa verdiği paranın pey akçesi mi, cayma akçesi mi olduğu anlaşılamazsa, bu paranın pey akçesi olduğu kabul edilecektir⁴⁷.

Bilindiği üzere cezai şart, borçlunun asıl borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmediği takdirde alacaklıya karşı ifa etmeyi önceden taahhüt ettiği edime denir⁴⁸. Pey akçesi de cezai şart da fer'i nitelik taşır. Ancak pey akçesi, akdin yapıldığını, tarafların birbirine bağlandığını kanıtlayan bir miktar paradır. Pey akçesi akit yapıldığı zaman, cezai şart ise, borcun gerektiği gibi veya hiç ifa edilmemesinden sonra ödenir⁴⁹.

III- CEZAI ŞARTIN TÜRK HUKUKUNDAKİ UYGULAMA ALANI

Cezai şart bütün borç ilişkilerinde alacaklının alacak hakkını kuvvetlendirici niteliğiyle kullanılabilir. Bu nedenle çok geniş bir uygulama alanı bulur.

Uygulama alanı başlığı altında öncelikle Borçlar Hukuku, Medeni Hukuk, İş Hukuku ve Ticaret Hukuku alanında cezai şarta ilişkin düzenlemeler ve uygulamasını inceleyeceğiz.

A. BORÇLAR HUKUKUNDA CEZAI ŞART

Borçlar hukuku alanında cezai şart oldukça fazla kullanılır. Borçlar hukuku sözleşmeleri, cezai şart kaydının konulmasına kanunun getirmiş olduğu istisnai

⁴⁷Eren, s. 1143; Oğuzman / Öz, s. 875.

⁴⁸ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 341.

⁴⁹ Arkan, Cezai Şart, s. 99.

kısıtlamalar dışında oldukça müsaittir. Bu sözleşmelere örnek olarak inşaat sözleşmeleri, istisna (eser) sözleşmeleri, satım ve hizmet sözleşmelerini gösterebiliriz. Bunların arasında eser (istisna) sözleşmeleri, cezai şartın en çok kullanıldığı alan olarak karşımıza çıkar. İş sahipleri, eksik ifa ya da gecikmiş ifadan doğan zararlarını tazmin etmek için sözleşmelere cezai şart koyma yoluna oldukça sık başvurmaktadırlar. Geciken her günlük ifa için bir miktar para cezası oldukça sık kullanılan bir sözleşmesel cezai şart uygulamasıdır⁵⁰. Bu tarz cezai şartlar yani gecikilen her gün, hafta ve yahut ay için para ödeneceğine dair sözleşmesel kayıtlar ifaya eklenen cezai şart olarak da nitelendirilmektedirler⁵¹. Eserin değerinin belli bir yüzdesi yahut tamamı cezai şart olarak kararlaştırılabilir.

Cezai şartın uygulandığı bir diğer alan taşınmaz satım sözleşmeleri ve vaatleridir. Burada dikkat edilmesi gereken husus tapuda kayıtlı taşınmazlardan bahsedildiği için işlemlerin tapu sicil kayıtları üzerinden yapılması zorunluluğudur. Buna göre satış veya taşınmazlara ilişkin satış vaadi söz konusu ise bu işlemlere uygulanacak cezai şart anlaşmalarının da resmi ve yazılı şekilde yapılması zorunludur⁵². Ayrıca kira ve ihale anlaşmalarında da cezai şart öngörülmektedir.

Borçlar Kanunu, taksitli satışlarda cezai şart bakımından dolaylı bir kısıtlama getirmiştir. BK. m. 160 hükmü ile yapılan ödemelerin alacaklıya kalacağı yönündeki sözleşmelerin cezai şart hükümlerine tabi olacağı kabul edilmiştir. Ancak anılan maddenin son fıkrasında taksitli satışlara ilişkin hükümlerin saklı olduğu belirtilmiştir. Bu tür satış sözleşmelerinde satış bedelinin ödenmesinin alacaklıya sağladığı menfaate karşılık satıcılar sözleşmeye özel

⁵⁰ Tunçomağ, Cezai Şart, s. 53; Aral, Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkiler, 4. bası, Ankara, 2002, s. 362.

⁵¹ Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 6. bası, İstanbul, 1990, s. 135.

⁵² Eren, s. 1135-1136; İnan, s. 426; Bilge, s. 76; Yargıtay HGK, E. 1993/125, K. 1993 / 711, 10.11.1993, (Kazancı İçtihat Bankası ,www.kazanci.com.tr).

hükümler koyabilirler. Örnek vermek gerekirse, alıcının temerrüdü halinde, kalan taksitlerin vadelerini beklemeden muaccel olması, satıcının dönme hakkını kullanabilmesi, malın mülkiyeti muhafaza kaydı ile alıcıya teslim edilmesi gibi kayıtlar sözleşmeye konulabilir. Bu tür kayıtların hüküm ifade edebilmesi için BK.'nın emredici hükümlerine aykırılık teşkil etmemesi şarttır⁵³. BK. m. 160/II taksitli satışlara ait hükümler saklı tutmakla, bu tarz satışlarda cezai şartın mümkün olabileceğini ancak bunun taksitle satışın gerektirdiği özelliklere uydurulması gerektiğini ifade etmektedir⁵⁴.

B. MEDENİ HUKUKTA CEZAI ŞART

Medeni Hukuk alanında cezai şart uygulamasına fazla rastlanmamaktadır. Bunun sebeplerinin başında cezai şartın ilke olarak sağlar arası işlemlerde, aynı hakların değil şahsi hakların teminat altına alınmasını sağlamaya yönelik bir uygulama olmasındandır. Ancak bu alana ilişkin sözleşmelerde de cezai şart uygulanması mümkündür.

Eşya hukuku aynı haklara ilişkin bir alan olmasına rağmen şahsi hakların ortaya çıktığı durumları destekler nitelikte kullanılabilir. Örneğin kat malikleri, taahhütlerine, yönetim planına ve yapılan masraflarda üzerine düşen payı ödemeyen paydaş için cezai şart öngören hükümler uygulayabilirler⁵⁵. Yine resmi şekilde yapılma zorunluluğu yerine getirildikten sonra satış vaadinin yerine getirilmemesi hususu cezai şarta bağlanabilir.

Dernekler hukuku alanında da cezai şart uygulaması görülür. Dernekler üyelük yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi durumlarına yönelik olarak üyeleri

⁵³ Yavuz, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. bası, İstanbul, 1989, s. 159-161.

⁵⁴ Ansay, Tuğrul, Türk Borçlar Kanunu'na göre Taksitli Satışlar ve Satıcı, Ankara, 1954, s. 94, (Ekinci, Hüseyin: Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, Ankara 2004, s. 31'den naklen).

⁵⁵ Belen, Herdem, Kat Mülkiyetinde Yönetim Planına Cezai Şart Konulması, Prof. Dr. Nuri Çelike Armağan, İstanbul, 2001, s. 522 vd.

üzerinde ifaya zorlayıcı baskı unsuru yaratmak için tüzüklerine cezai şart öngörebilirler⁵⁶.

C. İŞ HUKUKUNDA CEZAI ŞART

İş hukuku alanında cezai şartın uygulaması en çok hizmet akitlerinde ve hizmet akdi içerisinde rekabet yasağı maddelerinde görülür.

Buna göre, işverenin istihdamını güvence altına almak veya hizmet edimini korumak maksadıyla sözleşmenin süresinden önce haksız nedenle işten çıkan işçisine karşı yükümlendiği cezai şarta uygulamada sıkça rastlanmaktadır. Cezai şartın rekabet yasağına ilişkin olarak hüküm ve sonuçlarını BK. m. 351/f.2 hükmü düzenlemektedir. Ancak ilgili madde hükmü işçiye cezai şartı ödeyerek rekabet yasağı ediminden kurtulma imkânı tanır. Buradan da anlaşılabileceği üzere işçi cezai şartı ödeyerek rekabet yasağından kurtulacak, ancak cezayı aşan zarar miktarını da ödemekle yükümlü olacaktır.

BK. Tasarısı madde 450, Borçlar Kanunu'nun 351'inci maddesini karşılamaktadır. Tasarının üç fıkradan oluşan 450'nci maddesinde, rekabet yasağına aykırı davranışların sonuçları düzenlenmektedir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 351'inci maddesinin kenar başlığında kullanılan "IV. Muhalefetin hükümleri" şeklindeki ibare, Tasarıda, "3. Aykırı davranışların sonuçları" şekline dönüştürülmüştür. Maddenin birinci fıkrasında, rekabet yasağına aykırı davranan işçinin, bunun sonucu olarak işverenin uğradığı bütün zararları gidermekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında, yasağa aykırı davranışın bir ceza koşuluna bağlanması ve sözleşmede aksine bir hükmün bulunmaması durumunda, işçinin kararlaştırılan miktarı ödeyerek, rekabet yasağına ilişkin borcundan kurtulabileceği; ancak, işçinin bu miktarı aşan zararı giderme yükümlülüğünün varlığını sürdüreceği ifade edilmiştir.

⁵⁶Tunçomağ, Cezai Şart, s. 54-55.

Maddenin son fıkrasında ise, işverenin, ceza koşulu ve doğabilecek ek zararlarının ödenmesi dışında, sözleşmede yazılı olarak açıkca saklı tutması koşuluyla, kendisinin ihlâl veya tehdit edilen menfaatlerinin önemi ile işçinin davranışını haklı göstermesi durumunda, yasağa aykırı davranışa son verilmesini de isteyebileceği öngörülmüştür. Buna göre, işverenin, rekabet yasağına aykırı davranışa son verilmesini isteyebilmesi için, belirtilen koşulların birlikte gerçekleşmesi gerekir.

Maddenin düzenlenmesinde, Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 340 b maddesi göz önünde tutulmuştur. Metninde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında, maddede yürürlükteki Borçlar Kanunu'na göre hüküm değişikliği yoktur. Görüldüğü üzere yeni tasarıda hükümler aynen korunmuş, işçinin rekabet yasağından kararlaştırılan miktarı ödeyerek kurtulması işçi lehine bir hüküm olarak geçerli olmaya devam etmiştir.

Rekabet yasağında işçi yönünden bir menfi edim söz konusu olduğundan rekabet yasağına aykırı davranılması anı cezai şarta muacelliyet kazandıracaktır. Cezai şartın ödenmesiyle borç sona erer; fakat aşan zararın tazmini ile ilgili şartlar var ise işçi munzam zararı da tazmin ile yükümlüdür⁵⁷.

D. TİCARET HUKUKUNDA CEZAI ŞART

Tacirler günümüzde yaptıkları birçok sözleşmeye cezai şart eklemektedirler. Ticari işletmelerin devrine ilişkin yapılan sözleşmelerde, şirket sözleşmelerinde sermaye borcunu veya edimini yerine getirmeyen ortaklar hakkında cezai şart hükümleri tesisi yoluna gidilmektedir.

BK, m. 161/III'e göre, "hâkim fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir. Maddede ticari işler bakımından durumunun ne olacağı konusunda açıklık yoktur. Ancak, Yargıtay Ticaret Dairesi, 16.9.1940 tarihli ve 7/71 sayılı içtihadı

⁵⁷Soyer, M. Polat, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Ankara, 1994, s. 81-85.

birleştirme kararı ile Borçlar Kanunu'nun 161. maddesinin son fıkrasının ticari işlemlere uygulanması imkânının bulunmadığını hükme bağlamıştır. Dolayısıyla aşırı açıkça görülen cezai şartın Borçlar Kanunu'nun belirtilen hükmü çerçevesinde indirilmesi ancak adi işler bakımından dava yoluyla istenebilir.

Esasen, Türk Ticaret Kanunu, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde, basiretli bir iş adamı gibi davranmak (TTK.md. 20/II) ve buna bağlı olarak üstleneceği yükümlülüklerin kapsam ve sonuçlarını tartarak hukuki ilişkilere girmesi gereken tacirlerin Borçlar Kanunu'nda öngörülen bazı koruyucu hükümlerden yararlandırılmasına gerek duyulmamıştır⁵⁸. Bu nedenle TTK m. 24'de, "Tacir sıfatını haiz bir borçlu, Borçlar Kanununun 161. maddesinin 3. fıkrasında yazılı hallerde, fahiş olduğu iddiasıyla bir ücret veya cezanın indirilmesini mahkemeden isteyemez" hükmü öngörülmüştür. Ancak her halükarda BK m. 20 gereği ahlaka, adaba ve hukuka aykırı cezai şartın tamamen veya kısmen tenzili yoluna gidilebileceği de açıktır. Bununla birlikte, gerek açık kanun hükmü, gerek yukarıda zikredilen içtihadı birleştirme kararı gereği BK m. 161/III hükmü kural olarak tacirler bakımından uygulanamaz.

⁵⁸ Arkan, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 1999, s. 135.

İKİNCİ BÖLÜM

CEZAI ŞARTIN KURULMASI VE ÇEŞİTLERİ, HUKUKİ NİTELİĞİ

I. CEZAI ŞARTIN KURULMASI VE ÇEŞİTLERİ

A. CEZAI ŞARTIN KURULMASI

1. Cezai Şartın Şekli

Cezai şartın tek taraflı veya çok taraflı hukuki işlemlerle kararlaştırılabilmesi mümkündür. Bu işlem, hukuki ilişkinin kurulduğu sırada asıl borç işleminin içinde yer alabileceği gibi ayrı bir işlem şeklinde de gerçekleştirilebilir. Hatta cezai şartın asıl borç ilişkisi kurulduktan sonraki bir zamanda kararlaştırılabilmesi için de hiç bir engel mevcut değildir. İşte bu gibi durumlarda cezai şartın şekli önem arz etmektedir.

Diğer işlemlerin tabi olduğu BK. m. 11 hükmü cezai şart bakımından da geçerli olup, cezai şart kural olarak herhangi bir şekle tabi değildir. Fakat yukarıda izah olunduğu üzere cezai şartın fer'i bir borç olması ve asıl borcu ağırlaştırması yüzünden onun tâbi olduğu şekilde yapılması gerekir. Bu nedenle, asıl borcun geçerliği kanunda yer alan özel bir hükümle yazılı veya resmi bir şekle bağlanmışsa cezai şartın da aynı yazılı veya resmi şekilde yapılması gerekir.

Bu itibarla örneğin, resmi şekilde yapılması gereken bir gayrimenkul satımıyla ilgili cezai şart işlemi de BK. m. 213'e uygun olarak resmi şekilde yapılmalıdır. Bir başka örnek vermek gerekirse, işçinin işverenine karşı rekabet etmeme taahhüdüne ilişkin sözleşmenin yazılı şekilde yapılması zorunlu olduğundan (BK. m. 351), ona bağlı cezai şart sözleşmesinin geçerliliği de ancak yazılı yapılmış olmasına bağlıdır⁵⁹.

⁵⁹ Arsebük, Borçlar Hukuku, s. 1024; Aybay, Aydın: Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1983, s. 166; Bilge, Cezai Şart, s. 76-77; Eren, C.III, s.368; Renda, Nihat / Onursan, Galip: Borçlar Hukuku, Ankara

2. Cezai Şartın Uygulama Alanı Bulmadığı İşlemler

İlke olarak bütün hukuki işlemlerde cezai şart öngörülmesi ve geçerli bütün borçların cezai şartla teminat altına alınması mümkündür. Hatta cezai şarta bağlanacak asıl borcun parasal bir değer taşıması da zorunlu olmayıp, parasal değer taşımayan borçlar için de cezai şart kararlaştırılabilir⁶⁰. Bununla beraber Kanunlarımız istisnai bazı durumlarda doğrudan veya dolaylı olarak cezai şartın uygulanmasını yasaklamıştır.

Cezai şartın uygulanmasını yasaklayan düzenlemelerin başında Türk Medeni Kanunu'nun 119/II. maddesinde yer alan nişanlıyı evlenmeye mecbur etmek veya nişandan caymayı zorlaştırmak için cezai şart kararlaştırılamayacağına ilişkin hüküm yer almaktadır.

Tarafların evlilik gibi manevi unsurları da içeren aile hukuku sözleşmesinde, tarafların özgür iradelerini etkileyecek şekilde cezai şart kararlaştırmaları "evlenme serbestisi" ilkesine aykırı olduğundan kanun koyucu tarafından yasaklanmış ve bu konuda dava yolu kapatılmıştır⁶¹. Bu hükme göre "evlenmeden kaçınma hali için öngörülen cayma tazminatı veya ceza şartı dava edilemez; ancak yapılan ödemeler de geri istenemez"⁶². Yani evlenmeden

1972, s. 460; "Tapulu taşınmazların kütük dışı satışları geçersizdir. O nedenle, yalnız belge ile yapılan satışlarda öngörülen ceza koşullarına da geçerlilik tanınamaz. Somut olayda, verilen para ve onun % 20 si ceza koşulu olarak kararlaştırılmıştır. Geçersizlik nedeniyle anılan tutarlar istenemez.", Y. 13. HD., 10.5.1982 T., 1841 E., 3285 K., (İBBBA); " ... taraflar arasında taşınmaz hisse satışı konusunda BK. m. 213 de öngörülen biçime uygun olarak yapılan sözleşmede öngörülme-yen müstakil parsel tapusunun verilmesi ve ceza koşulu ödemesi ayrı bir sözleşme ile esas sözleşmeye eklenirken bu geçerlik koşuluna uygun olarak kararlaştırılmalıdır. Aksi halde olayda olduğu gibi taraflar arasında adi yazılı belge ile kararlaştırılınca geçerli olmaz.", Y. 13. HD., 8.11.1983 T., 5443 E., 7751 K. (İBBBA).

⁶⁰Kocaağa, s. 54

⁶¹Öztan, Bilge, Aile Hukuku, 3. bası, Ankara, 2000, s. 55; Özmen, E. Saba, Nişanın Bozulmasında Cayma Akçesi Ve Cezai Şart, TBBD, 1995, s. 520-577, s. 540; Eren, s.1135.

⁶²Ayrıntılı bilgi için bkz. Özmen, s. 565; Oğuzman, Kemal / Dural, Mustafa, Aile Hukuku, 2. bası, İstanbul, 1998, s. 34; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 346.

kaçınma durumu için öngörülen ceza şart ne dava edilebilir ne de yapılan ödemeler geri istenebilir. Sonuç olarak, aile hukuku müessesesine giren hallerde yani evlenme, boşanma, evlat edinme gibi kişilik haklarıyla ilintili durumlarda cezai şart kararlaştırılması mümkün değildir.⁶³

Kanun koyucunun dolaylı olarak cezai şartın yasaklanmasını öngördüğü hususlar ise ya şekle (usule) ilişkindir ya da asıl borcun taşıdığı özelliklerden kaynaklanmaktadır.

Usule ilişkin verilebilecek örnek kıymetli evrak hukukundaki uygulamalarda görülür. Buna göre; poliçede cezai şart kaydının bulunmasına kanun koyucu müsaade etmemiştir. TTK m. 583 de poliçede bulunması gereken unsurlar açıkça belirtilmiştir. Bunun yanı sıra tarafların istekleri doğrultusunda poliçeye bazı kayıtların konulması da mümkündür⁶⁴. Ancak poliçeye örneğin, “bu poliçe bedelini X kişiye ödeyiniz, ödemediğiniz takdirde 5000 TL ceza ödeyeceksiniz” şeklinde bir cezai şart kaydı konulamaz.

Geçerli olamayan bu kayıtlar kanunun emredici hükmü gereği ya yazılmamış sayılırlar ya da poliçeyi hükümsüz hale getirirler. Ancak doktrinde bu tarz kayıtların yani cezai şarta ilişkin kayıtların sadece cezai şarta yönelik olarak yazılmamış sayılacağı poliçenin geçerliliğini koruyacağı fikri hâkimdir⁶⁵. Bununla birlikte taraflar bono, poliçe veya çek üzerine herhangi bir kayıt koymayıp kendi aralarında yapılacak ayrı bir sözleşmeyle cezai şart ödenmesini kararlaştırabilirler.

Kanun koyucunun, asıl borcun özelliği nedeniyle, cezai şartı dolaylı olarak yasakladığı durumlar kişilik haklarının korunmasına yönelik düzenlemelerde

⁶³İnan, s. 429.

⁶⁴ Poroy, Reha / Tekinalp, Ünal, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 13. bası, İstanbul, 1998, s. 145; Öztan, s. 479; Kocaağa, s. 55.

⁶⁵Poroy / Tekinalp, s. 147; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 55; Öztan, s. 487.

karşımıza çıkar. Buna göre kanun koyucu kişi iradesini maddi veya manevi her türlü baskıdan uzak tutmak ve kişilik haklarının korunmasını sağlamak amacı ile cezai şart öngörülmesini yasaklamıştır. MK. m. 66 bu duruma bir örnektir. MK m. 66 hükmünde “ hiç kimse dernekte üye kalmaya zorlanamaz. Her üye altı ay önceden yazılı olarak bildirmek kaydıyla, dernekten çıkma hakkına sahiptir” denilmektedir. Emredici hükmün aksine altı aylık bildirim süresi uzatılamayacağı gibi bu sürelere uyulması maksadıyla cezai şart da kararlaştırılmaz, kararlaştırılırsa bu şart geçersizdir⁶⁶.

Kooperatifler Kanunu m. 10’da da benzer bir düzenleme söz konusudur. Söz konusu hükme göre her ortak kooperatiften çıkma hakkına sahip olduğu gibi, ana sözleşmeye ortakların kooperatiften hiç bir şekilde çıkamayacağına dair bir kayıt konulması da hükümsüzdür⁶⁷.

Yargıtay, 13. HD, 1979/4619 sayılı kararında “6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun, kiracıyı korumak için kiracı lehine hükümler getirmiştir. Kira sözleşmesi yapılırken kiralayan yönünden bir zaruret ve manevi baskı söz konusu değildir. Bu sebeple kira sözleşmesine kiracı lehine konulmuş alan ceza koşulu geçerli olup, aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir” demek suretiyle kira bedeliyle veya tahliyeyle ilgili olarak kiracı aleyhine kararlaştırılmış cezai şartları hükümsüz saymıştır⁶⁸. Yargıtay 13. HD. 15.4.1976 tarihli ve E.1975/6307, K.1976/3229 sayılı kararında⁶⁹ “...kira sözleşmesinin özel şartlar bölümünün 2 ve 3. maddeleri birbirinden ayrı iki yönü kapsamaktadır. Birisi kiralananı boşaltma taahhüdü, diğeri ise ceza koşulu yükümlülüğüdür. 6570 sayılı Kanun’un 9. maddesi sözleşme şartlarında kiracı aleyhine değişiklik

⁶⁶Tunçomağ, Cezai Şart, s. 56.

⁶⁷Poroy, Reha / Tekinalp, Ünal / Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, 8. bası, İstanbul, 2000, s.1817.

⁶⁸ Y. 13. HD, 25.09.1979, E. 1979 / 3966, K. 1979 / 4619 (Kazancı İçtihat Bankası ,www. kazanci.com.tr).

⁶⁹ ABD. 1976, s. 1125-1126.

yapılamayacağını emretmiştir. Sözleşmedeki şart, sözü geçen madde hükmüne aykırı olduğundan geçersizdir. Geçersiz olan sözleşme şartına dayanılarak ceza istenemez. Davalının taşınmazı boşaltma yükümlülüğüne uymaması ve bu yüzden kiralananın geç boşaltılması halinde davacı ancak normal kirayı alma hakkına sahiptir". Görüldüğü üzere Yargıtay da içtihatlarında kiralayan karşısında zayıf durumda olan kiracıyı cezai şart yönünden haklı olarak korumaktadır⁷⁰. Buna karşılık Yargıtay kiralayan yönünden aynı görüşte değildir. Y. 4. HD. 18.04.1968 tarihli kararında "Kira kontratında (kira süresi içinde mecur satılırsa, mal sahibi 20.000 lira tazminat ödemeye mecburdur) denilmektedir. Kiralananın satılmış bulunmasına göre, kiracı olan davacının cezai şartı istemeye hakkı vardır" diyerek bu görüşünü ortaya koymuştur⁷¹. Son olarak, eksik borçlar içerisinde bahis ve kumardan doğan borçlarla evlenme tellallığından doğan borçlar, cezai şarta bağlanamaz ve dava edilemezler⁷².

B. CEZAI ŞARTIN ÇEŞİTLERİ

1. Seçimlik Cezai Şart

Seçimlik cezai şart, BK. m. 158/l'de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre yüklenilen borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi hallerinde cezai şart ödeneceği kararlaştırılmış ve aksine bir hususta anlaşma da yapılmamışsa, alacaklı ya borcun ifasını ya da cezai şartın ödenmesini isteyebilir. Burada alacaklının seçimlik bir hakkı vardır. Zira şart gerçekleşince yani borçlu asıl borcu hiç veya gereği gibi ifa etmezse ancak ya asıl edimin ifasını ister, ya da

⁷⁰ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 346.

⁷¹ Y. 4. HD., 18.04.1968 T., E.3458, K. 3821, Uygur, s. 4260

⁷² Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 344; Eren, s. 1135.

bundan vazgeçip cezai şartı talep edebilir. Alacaklının bu çeşit cezai şartla hem borcun ifasını hem de cezai şartın ödenmesini isteyebilmesi mümkün değildir⁷³.

Buradaki seçimlik hak veya yetki alacaklıya ait olup borçlu, kural olarak bu seçime itiraz edemez. Bu seçme hakkı, niteliği itibarıyla değiştirici yenilik doğuran bir haktır. O nedenle her inşai hak gibi kullanıldıktan sonra bundan da rücu edilmesi mümkün değildir. Alacaklı seçim hakkını kullandıktan sonra seçtiği borç kesin mahiyet alır ve artık bundan dönülmesi mümkün olamaz.

Alacaklı seçimlik hakkını tek taraflı, varması gerekli bir irade beyanı ile kullanır. Bu beyan borçlunun hâkimiyet alanına ulaştığı anda hüküm ve sonuçlarını doğurur. Ancak alacaklı seçim beyanında asıl borcun ifasını seçmiş olup da borçlu sonraki kusurlu ifa imkânsızlığı nedeniyle bunu yerine getirememişse, alacaklı onun yerine cezai şartı isteyebilmelidir. Hatta gerçek zarar ceza miktarından daha fazla ise, alacaklı bu fazlayı da isteme hakkına sahip olmalıdır.

Alacaklı, mümkün olan ifa kendisine usulüne uygun şekilde teklif edilinceye kadar ifa yerine cezayı seçtiğini bildirebilir. Cezai şartın ödenmesini istemişse de bu sefer eğer borca mahsuben aldığı edim konusu her hangi bir şey varsa bunu borçluya iade etmelidir.

Borçlu ise kendisinden cezai şart istenmedikçe yalnız asıl borcu yerine getirmekle yükümlüdür.

⁷³ "Olayımızda yanların serbest iradeleri ile kurulan eser sözleşmesi davacı tarafından bozulmayarak sözleşme hükümlerinin yerine getirilmesi istendiğinden, kararlaştırılan ceza şartı da talep edilmediğinden, bir başka deyişle, BK. md. 158/I ile tanınan seçimlik hak (akdin icrasına) yönelik olarak kullanıldığından ifa çıkarına ilişkin istemin esası incelenerek ... " , Y. 15. HD., 25.9.1979 T., 1622 E., 1856 K. (Yayınlanmamıştır) ; "Olayda davacı, dava dilekçesinde akti fesh etmek yolundaki davranışının doğru olmadığını ileri sürerek çıkarılan muarazanın önlenmesi ve sözleşmenin hukuken geçerliliğini koruduğunun tespitini dava ettiğine göre, iradesini akdin ifası doğrultusunda kullanmış olduğundan ve mahkemece de buna karar verildiğinden artık cezai şartın tahsilini talep edemez." , Y. 15. HD., 15.2. 1988 T., 1987/1994 E., 1988/569 K. (İBBBA); "Davacı taraf davasında, davalının sözleşmeye uygun şekilde işi ifa etmemesi nedeniyle namına yaptırdığı iş bedelinin gecikme cezası ile birlikte tahsilini istemiştir. Taraflar arasındaki sözleşmenin 7. maddesinde öngörülen ceza BK. nun 158. maddesinin 1. fıkrasında sözü edilen seçimlik ceza olup, aynı fıkra hükmü gereğince akdin icrasını isteyen yüklenici cezanın tediyesini isteyemeyeceğine göre, mahkemece davalı taşaron aleyhine cezaya hükmedilmemesi gerekmektedir." , Y. 15. HD., 5.4.1990 T., 1989/4187 E., 1990/1594 K. (İBBBA).

Bu konuda BK. m. 158/I'in, madde metninden de anlaşılacağı üzere emredici nitelikte değil, düzenleyici bir hüküm niteliğinde olduğunu da belirtmek gerekir. BK. m. 158/I hükmü ancak taraflar aksini kararlaştırmış olmadıkça uygulama alanı bulabilir. Taraflar bu hükmün aksine cezai şartın muacceliyeti halinde sadece onun istenebileceği, fazla zararın istenemeyeceği veya hem ifanın hem de cezai şartın istenebileceğini kararlaştırabilirler. Hatta hal ve durumun sonucu olarak sözleşme hükümlerinin bir bütün olarak değerlendirilmesi sonucunda yorum yoluyla aksine bir anlaşma yapıldığının kabulü dahi mümkündür⁷⁴.

2. İfaya Eklenen Cezai Şart

BK. m. 158/II'ye göre, taraflar akdin belirli bir zamanda veya yerde icra edilmemesi hallerinde ödenmek üzere bir cezai şart kararlaştırmışlarsa alacaklının hem akdin ifasını hem de cezai şartın ödenmesini isteyebilme hakkı doğar ki bu tür cezai şart genellikle gördüğü işlev itibarıyla "ifaya eklenen cezai şart" olarak adlandırılır. Alacaklının bu ihtimalde cezai şartı isteyebilmesi için, seçimlik cezai şartta olduğu gibi ifayı istemekten vazgeçmesi zorunlu değildir. Görüldüğü üzere bu tip cezai şartta alacaklının talepte bulunabilmesi için iradesinin akdin icrası yönünde oluşması ve icrayı istemesi gerekli olup, akitten dönmemiş olması şartı aranmaktadır. Bu takdirde, hem ifanın hem de cezai şartın istenmesi mümkün hale gelmektedir⁷⁵

⁷⁴ Arsebük, Borçlar Hukuku, s. 1027-1028; Berki, s.293; Eren, C. III, s. 369-370; Feyzioğlu, C. II, s.393; İnan, s. 443-444; Oğuzman / Öz, s. 865-866.

⁷⁵ "Mahkemece sözleşmenin feshine karar verilmiş olduğuna göre, BK. nun 158 / 2. maddesi uyarınca ifaya eklenen gecikme cezasına karar verilemez.", Y. 1.5HD., 8.4.1980 T., 862 E., 915 K. (İBBBA); "Davacı taraf davasında verdiği parayı geri istemiştir. Bu durumda akdi feshettiği anlaşılmaktadır. Öyle ise davacı taraf ancak menfi (olumsuz) zararını isteyebilir. Sözleşmede kabul edilen ceza ise ifaya bağlı olup müsbet (olumlu) zarardır. Bu durumda mahkemece, ceza ile ilgili istemin reddine karar verilmesi gerekirken ... ", Y. 15. HD.,2.10.1990 T., 623 E., 3740 K. (İBBBA);" Taraflar arasında düzenlenen 9.11.1987 günlü sözleşmede, borcun vadesinde ödenmemesi durumunda borcun %20 oranında ceza şartı alınacağı kabul edilmiştir. Kararlaştırılan bu hüküm BK.nun 158/II. maddesindeki ifaya eklenen cezai şart

Bu hüküm genellikle borçlunun ifasını geciktirmesini engellemek için bir baskı aracı olarak kullanılmakta ve uygulamada en sık rastlanan cezai şart türünü teşkil etmektedir.

Alacaklının yukarıda genel hatlarıyla tarif edilen ifaya eklenen cezai şart türünden yararlanabilmesi için bu hakkından açıkça feragat etmemesi veya ifayı ihtirazi kayıtlı kabul etmiş olması gerekir. Alacaklı şayet bu iki haktan birlikte yararlanmayacağını açıkça ifade etmiş ya da geciken veya yerinde sunulmayan ifayı ihtirazi kayıtsız (yani cezai şartı talep hakkını saklı tuttuğunu belirtmeden) kabul etmiş bulunursa, artık cezai şartın ödenmesini isteyemez⁷⁶. Alacaklının ihtirazi kayıt koymamakla birlikte gerçek iradesinin cezayı da istemek olduğunu ispat etmesi ve böylece gene de cezayı istemesi imkânı yoktur. Zira bu durumda kanuni bir varsayımın varlığından söz edilir.

İfaya eklenen ceza muaccel olduktan sonra ifanın imkânsızlaşması bu cezayı isteme hakkını etkilemez. Böyle bir durumda alacaklı hem cezayı hem de BK. m. 96'ya göre zararını talep edebilir. Bu tür cezai şart, ifa etmeme yüzünden doğan zararı tazmin talebi ile birlikte de talep konusu yapılabilir. Fakat eğer borçlunun temerrüde düşmesi üzerine alacaklı BK. m. 106-108 uyarınca sözleşmeden dönmüşse, bu sözleşmenin bütün hükümleri geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağından ceza da istenemez. Bu durumda alacaklı ancak borçlu

niteliğindedir. Alacaklı hem bu borcun ödenmesini hem de akdin icrasını talep edebilir." , Y. 7. HD., 30.11.1990 T., 3873 E., 8018 K. (İBBBA).

⁷⁶ Bkz. Kocaağa, s. 153. "İnşaatın bazı noksanları ile birlikte 10.2.1978 tarihinde teslim edildiği dava dilekçesinde açıklanmaktadır. Ceza istemek hakkının saklı tutulduğu konusunda geçerli bir kanıt mevcut değildir. Oysa, BK md. 158/II de kabul edildiği üzere alacaklı cezai şartı istemekten vazgeçmiş veya ihtirazi kayıt öne sürmeksizin asıl borcun ifasını kabul etmiş ise cezai şartı istemek hakkını kaybeder. İhtirazi kayıt, alacaklının borçluya yönelttiği ve varması gerekli bulunan bir irade beyanı ile öne sürülür. Kaldı ki, ihtirazi kaydın kullanılması, bir hakkın muhafazasına yarayan yenilik doğuran haklardan olduğundan, ihtirazi kayıt, ifanın kabulü veya en geç ifanın kabulünü takiben derhal yapılmalıdır. 10.2.1978 tarihinde vaki olan geç teslimde cezai şart isteme hakkının saklı tutulmadığı belirdiği gibi aradan uzun bir süre geçtikten sonra 30.3.1979 tarihinde keşide edilen ihtarname de sonuca etkili olmaz. Bu durumda davacı tarafın cezai şart isteminin reddi gerekirken ... ", Y. 15. HD., 14.4.1980 T., 943 E., 973 K. (İBBBA).

kusurlu ise BK. m. 108 uyarınca menfi zararını isteyebilecektir. Tabii ki tarafların bunun aksini kararlaştırmaları mümkündür.

İfaya eklenen cezai şart tarafların anlaşmasına veya bir kanun hükmüne dayanabilir. Bu şart eğer tarafların özel bir anlaşmasından kaynaklanıyorsa alacaklının bunu ispat etmesi gerekir⁷⁷.

3. Dönme Cezası

Bu tür cezai şart, BK. m. 158/III'de "Borçlunun, cezai şartı tediye ile akitten rücu etmek hakkını ispat edebilmek salahiyeti mahfuzdur" şeklindeki ifade tarzıyla getirilmiş ve borçluya cezai şartı ödemek suretiyle tek taraflı olarak akitten dönebilme hakkı tanınmıştır.

Dönme cezası aslında klasik cezai şart kurumundan ayrı, kendine özgü bir tiptir. Ancak, kanun koyucu yakın ilgisi nedeniyle bu kurumu cezai şarta ilişkin hükümler arasında düzenlemiştir.

Gerçekten de diğer cezai şart tipleri, borçlunun borcunu ihlal etmesine karşı alacaklıya talep hakkı sağlar ve onu korurken, dönme cezası herhangi bir borç ihlali bulunmaksızın belli bir meblağı ödemek suretiyle borçluya sözleşmedeki yükümlölüklerinden kurtulma imkânı vererek borçlu lehine bir durum yaratmaktadır.

Keza cezai şart, borçluyu borcuna uygun davranmaya zorlarken, dönme cezası, borçluya borcundan kurtulma kolaylığı sağlar.

Borçlunun dönme cezası yolu ile gerekçe göstermeksizin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için kararlaştırılan ceza miktarını ödemiş veya ödemeyi teklif etmiş olması lazımdır. Aksi halde sırf dönme bildiriminde bulunmak sözleşme bağını ortadan kaldırmaz.

⁷⁷ Eren, s. 1137; Feyzioğlu, C. II, s. 394; Oğuzman / Öz, s. 866-868; von Tuhr, s. 768.

Şu halde dönme cezasında borçlu, alacaklıyla yaptığı anlaşmada, isterse sözleşmeden dönmeyi ve alacaklıya sadece cezai şart ödemeyi taahhüt etmektedir. Borçlu herhangi bir haklı neden göstermeksizin kararlaştırılan cezayı ödemek suretiyle sözleşmeden dönme hakkına kavuşmaktadır. Bu durum alacaklı açısından ise, sadece cezai şartın ödenmesini isteyebilmesi ve asıl borcun ifasını isteyememesi sonucunu doğurmaktadır ⁷⁸.

Burada şu noktayı da vurgulamakta fayda vardır. Borçlu esasen kanundan doğan bir hakkını kullanmak suretiyle dönme hakkını kullanıyorsa o takdirde artık dönme cezasını ödemesi gerekmez. Yani dönme cezası sadece hukuki ilişkiden keyfi dönme açısından rol oynar. Örneğin, BK. m. 106-108 gereği sözleşmeden dönme hakkı doğmuş bulunan taraf, sözleşmede dönme cezası kararlaştırılmış olsa dahi, herhangi bir ceza ödemek zorunda kalmaksızın bu hakkını kullanarak sözleşmeden dönebilir.

BK. m. 158/III'ün ifade tarzından anlaşılacağı üzere hukuki işlemlerde cezai şartı düzenleyen hükümlerin dönme cezasını değil, diğer cezai şart türlerini düzenlediğine dair kanuni bir karine vardır. Nitekim BK. m. 158/III'te borçlunun dönme cezası hakkının bulunduğunu ispat keyfiyetinin bulunduğu hükme bağlanmıştır. O nedenle uyuşmazlık veya tereddüt halinde borçlu, kararlaştırılan cezai şartın dönme cezası olduğunu ispat mecburiyetindedir. Ancak BK. m. 351/II'de kanun bunun aksine bir karine getirerek, rekabet yasağına aykırı hareket hali için cezai şart konulmuşsa işçinin kural olarak

⁷⁸ " ... Görülüyor ki, taraflar sözleşmede yer verdikleri bu hükümle BK. nun 158/III. maddesinde düzenlenen dönme cezasını amaçlamışlardır. O halde davacı yüklenici ancak davalı iş sahibinin sözleşmeden vazgeçmesi nedeniyle önceden maktu olarak kararlaştırılan dönme cezasını isteyebilir. Bu durumda mahkemece, sadece 100.000.000 TL. dönme cezasının davacı yararına hükmedilmesi gerekirken, sözleşme giderleriyle, teminat mektupları devre komisyonlarından ibaret menfi zarar kalemlerinin de hüküm altına alınması doğru değildir." , Y. 15. HD., 7.3.1994 T., 1993/3454 E., 1994/1369 K. (Yayınlanmamıştır); "..... özellikle sözleşmede yer alan 30.000.000 TL. sı dönme cezası niteliğinde olup, dönme cezasının kararlaştırıldığı durumlarda ayrıca cezayı aşan zararın (BK. md. 159/II) varlığı dinlenemeyeceğine göre ... ", Y. 15. HD ., 10.3.1994 T., 1993/3190 E., 1994/1519 K. (Yayınlanmamıştır).

kararlaştırılan ceza miktarını ödemek suretiyle bu yasaktan kurtulabileceği öngörölmüřtür⁷⁹.

Dönme cezası diğer cezai şart türlerinden farklı özellikler taşımakla beraber kanundaki bu konuda mevcut hükümlere paralel şekilde ceza amaçlı olduğundan, aynı hükümler arasında yer almıştır. Bu nedenle, mahiyetine aykırı düşmedikçe dönme cezası da cezai şart konusundaki diğer hükümlerin sonuçlarından etkilenecektir. Bu sonuçların en önemlilerinden birisi indirim konusundadır. Gerçekten de, diğer cezai şartlar gibi dönme cezasının da fahiş miktarda kararlaştırılması her zaman ihtimal dâhilindedir.

Buna karşılık bazı yazarlar, borçlunun dönme cezasında kanuni bir sebep olmadığı halde sözleşmeden dönerek bu cezayı ödeme yükümü altına girdiğini, gerekçesiz dönme bildiriminde bulunmayıp bu ödeme yükümlölüğünün altına girmeyebilecekken bu yola gittiğini belirterek, bu tür cezai şartta indirime dair BK. m. 161/III'ün uygulanamayacağını ileri sürmektedirler⁸⁰.

Oysa öncelikle "Hâkim, fahiş gördüğü cezai şartları tenkis ile mükelleftir" hükmünü öngören indirime ilişkin BK. m. 161/III hükmü indirim açısından cezai şart türleri arasında herhangi bir ayırım yapmamıştır. Genel cezai şart tipinden ayrılarak böyle bir cezai şart türünü getiren kanun koyucu, indirim açısından dönme cezasını diğerlerinden ayırmamıştır.

Dönme cezasında indirime karşı çıkanların ileri sürdüğü fikirler bu ceza türüne mahsus da değildirler. Örneğin bir edimini kanuni hiç bir sebep olmadan yerine getirmeyen borçlu aleyhine kararlaştırılan seçimlik cezai şart da bir cezai şart türü olup, bu cezanın fahiş olması durumunda borçlu sebepsiz yere edimini yerine getirmedi diye indirim uygulamamak düşünölemez. Ancak borçlunun bu davranış tarzı, yani kusur yoğunluğu indirimin yapılmasındaki ölçüyü etkiler

⁷⁹ Eren, s. 1138; Feyzioğlu, C. II, s. 395; Oğuzman / Öz, s. 868-869; Soyer, s. 80; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 352; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 863-865.

⁸⁰ Eren, s. 1140; Oğuzman/ Öz, s. 869.

denilebilir. Kaldı ki, borçlunun gerek dönme cezasında gerek diğer cezai şart türü kararlaştırılmış tüm hallerde gerekçeli ve kanuni haklı bir sebebe dayalı dönmesi zaten onu bu yükümlülüğten de kurtarır.

Daha da ileri gidersek, tarafların anlaşması sırasında, borçlunun sebepsiz yere akitten dönerek cezayı ödeyip bu hukuki ilişkiden kurtulma hakkı alacaklı tarafından da kabul edilmekte, bu duruma rıza gösterilmektedir. Sonradan aynı hususun borçlunun aleyhine yorumlanarak kanun dışı davranışmış gibi gösterilmesi uygun değildir. Zaten bilindiği gibi, cezai şartın çeşitleri hakkındaki hükümler emredici nitelikte olmadığından bunların muhtelif şekillerde kararlaştırılmaları da mümkündür. Bu nedenlerle dönme cezasını, indirim koşulları açısından ayrı tutmanın inandırıcı bir gerekçesi olamaz.

Cezai şarta ilişkin hükümlerin emredici olmaması nedeniyle tarafların anlaşmalarıyla borçluyu sonradan meydana gelen ifa imkânsızlığı halinden bile sorumlu tutmaları mümkün iken ve bunun karşısı olarak kanunun izin verdiği şekilde borçluya dönme cezası hakkının tanınması da imkân dâhilindedir. Çarpıcı şekilde her iki tarafın ileri şekilde menfaatlerini koruyan hükümlerin geçerliliği karşısında bunları hukuki sonuçları açısından ayırmanın anlamı olamaz.

Bu nedenlerle kanaatimizce dönme cezası hakkında da indirim hakkındaki BK. m. 161/III hükmü uygulanarak, dönme cezasında da hâkimin fahiş gördüğü cezayı indirebileceği kabul edilmelidir⁸¹. Nitekim Yargıtay da aynı görüşü verdiği içtihatlarla paylaşmıştır⁸².

⁸¹ Aynı görüşteki yazarların eserleri için bkz. Feyzioğlu, C. II, s. 396; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 353.

⁸² "... Sözleşmenin 2. maddesi hükmünce "Hizmet sözleşmesi sendika tarafından haksız olarak feshedildiği takdirde, diğer bütün kanuni hakları mahfuz kalmak kaydı ile sözleşmenin feshedildiği tarihten itibaren kalan aylık ücretlerinin tamamı Ş.B'a tazminat olarak ödenir. Bu tazminat hiçbir zaman 12.500.TL dan aşağı olamaz". Mahkeme ise süresinden önce son verilmesi nedeniyle kararda belirtilen tazminata hükmetmiştir. Özel Dairece olayda: BK. nun 325/2. maddesine göre (alacaklının) tasarruf ettiği yahut diğer bir iş ile kazandığı veya kazanmaktan kasten feragat eylediği menfaatleri olup olmadığı

II. CEZAI ŞARTIN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. GENEL OLARAK

Cezai şartın en çok kararlaştırıldığı alan sözleşmelerden doğan borç ilişkileridir. Sözleşmeler ise ilke olarak bağımsız bir yapıda kurulurlar. Borçlar Kanunu'nun ikinci kısmında düzenlenmiş sözleşmeler, örneğin satım, kira, bağışlama, hizmet, istisna sözleşmeleri bağımsız sözleşmelerdir. Buna karşılık temel bir işleme, özellikle başka bir sözleşmeye bağlı olan sözleşmelere ise "bağımlı sözleşmeler" denir. Bu anlamda, bir sözleşmeden doğan edim yükümünü takviye etmek amacıyla yapılan cezai şart anlaşması, bağımlı sözleşmelere örnek olarak gösterilebilir⁸³.

Bunun yanında cezai şartı, şartlı bir edim vaadi kategorisine sokmak da mümkündür. Bu edim vaadi, borçlunun asıl edimini hiç veya gereği gibi ifa etmemesine bağlıdır. Bu nedenle de ortada bir erteleyici şart olduğu kabul edilebilir. Şart, muaccel bir asli edimin hiç veya gereği gibi ifa olunmamasıdır. Asıl edim hiç veya gereği gibi ifa edilmediği takdirde şart gerçekleşir ve kararlaştırılan cezai şart, yani fer'i edim (fer'i borç) muaccel hale gelir ve bu fer'ilik onun muaccel olduğu ana kadar devam eder; ondan sonra bağımsız bir nitelik kazanır⁸⁴.

Cezai şartın bir başka açıdan nitelendirilmesinde ise, özellikle sözleşme ile kararlaştırıldığında teminat sözleşmeleri arasında yer aldığını görmekteyiz.

araştırılarak mahsubunun gerekip gerekmediğinin düşünülmediği gerekçesiyle karar bozulmuş, mahkeme direnmiştir. Sözleşmenin 2. maddesinin geçerli bulunduğu ihtilaf yoktur. Burada öngörülen cezai şart niteliğinde olup (dönme cezası niteliğinde olup denmeliydi), BK. nun 325. maddesinin uygulama yeri bulunmamaktadır. Ancak hakim miktarını fahiş gördüğü takdirde indirmekle mükelleftir. O halde olayda BK. nın özel dairece değinilen 325. maddesi hükmünün uygulanamayacağı yönüne ilişkin direnme uygun bulunmaktadır ... ", YHGK., 6.10.1978 T., 1977/9-101 E., 1978/800 K. (Tekinay / Akman / Burcuoğlu / A1top , s. 353- 354, dipnot 18 a, İBD., 1979, Sayı 1, s. 122- 123)

⁸³ Eren, s.1134-1135.

⁸⁴ Eren, s. 1134.

Gerçekten de alacaklı bazen borçlunun edimini yerine getirmemesi ihtimaline karşılık alacağını takviye veya kuvvetlendirme yollarını arayabilir. Alacaklının bu amaçla rehin ve kefalet gibi teminat sözleşmelerine başvurması mümkündür. İşte cezai şart da aynı amaca yönelik şahsi teminat sağlayan bir hukuki işlem olduğundan alacaklının bu yoldan da yararlanması imkân dâhilindedir. Alacaklı, borçlusuna edimini tamamen veya kısmen yerine getirmemesi halinde ekonomik değeri haiz bir edimi verme taahhüdünü kabul ettirebilirse alacağını cezai şartla desteklenmesi mümkün hale gelir⁸⁵.

Cezai şartın bir özelliği, sadece özel hukukla ilgili olup kamu hukukundaki ceza ile herhangi bir ilişkisinin olmamasıdır. Buna karşılık cezai şart ve kamu cezası aynı olay veya hareket için kararlaştırılmış olabilir. Yani cezai şartın kaynaklandığı olay aynı zamanda kamu cezasını da gerektirebilir.

Bunların dışında genel hukuki nitelikte ilgili olarak Borçlar Kanunu'nda cezai şarta ilişkin hükümlerin önemli bir diğer özelliği üzerinde daha durmak lazımdır. Bu özellik, cezai şarta ilişkin hükümlerin kural olarak tamamlayıcı nitelikte olmasıdır. Nitekim bu hükümlerden taksitle satışlara dair BK. m. 160/II, ahlaka (adaba) mugayir borçları teyit için konulan şartlara dair BK. m. 161/II, birinci cümle ve indirimi düzenleyen BK. m. 161/III dışındaki hükümler tamamlayıcı nitelikte olup tarafların anlaşma suretiyle bu hükümleri etkilemeleri veya değiştirebilmeleri mümkündür⁸⁶.

B. CEZAI ŞARTIN HUKUKİ NİTELİĞİ HAKKINDAKİ GÖRÜŞLER

Yukarıda izah edilen genel nitelik açıklamalarından sonra gerek yapılan tanım gerek unsurlar çerçevesinde özel olarak bizatihi cezai şartın hukuki mahiyetinin ne olduğunu anlamak için doktrinde tartışılan ve önem arzeden bazı görüşlerin açıklanması lazımdır.

⁸⁵ von Tuhr, s. 763

⁸⁶ İnan, s. 440.

1. Ceza Görüşü

Bu görüş tarzına göre, borçlu, taahhüt altına girdiği bir edimi ifa etmediği veya eksik ifa ettiği takdirde alacaklı ile birlikte önceden kararlaştırdıkları bir cezayı ödeme mecburiyetindedir. Burada, edimin ifa edilmemesi halinde vaat olunan edimin tümünün ceza niteliğini taşıdığı düşünülmekte ve bu fikrin temelinde, kararlaştırılan cezanın borçlu üzerinde psikolojik baskı yaratarak onun vaadine aykırı hareket etmesini önlediği kanaati yatmaktadır. Bu suretle borçlu, borcunu gereği gibi ifa edebilmek için daha fazla özen gösterecek ve bu yönde gerekli tüm tedbirleri alacaktır⁸⁷.

2. Sigorta Görüşü

Bu görüşe göre ise, cezai şart sadece alacaklının menfaatlerini göz önünde tutarak onu her türlü zarar doğurabilecek olaya karşı korur ve borçlu hiç kusuru olmasa bile doğacak zararlardan sorumlu tutulabiliyorsa, ortada sigorta akdi mahiyetinde bir cezanın varlığından söz edilir. Taraflar bir kusurdan bahsetmeksizin sadece ifa etmeme veya eksik ifa halinde cezai şart ödeneceğini kararlaştırmışlarsa artık bu sözleşmede kusur durumunun araştırılmasına gerek yoktur. Borçlunun kusuru olmadığını ispat etmesi halinde borçtan kurtulacağını kabul etmek en zor yükümlülüklerden biri olan kusurun ispatını geri getirir ve cezai şartın önemini ortadan kaldırır. Oysa cezai şart, sigorta akdi mahiyetinde kabul edildiğinde gerçek fonksiyonunu yerine getirme imkânını bulur ve ilgili borçluyu edimini ifaya zorlar. Hasara katlanmak dahi borçlunun sorumluluğu kapsamında olduğundan, borçlu sadece kusurundan sorumlu tutulduğu hallere göre çok daha büyük ölçüde dikkat ve özen göstermeye gayret eder⁸⁸.

⁸⁷ Arkan, Azra, Cezai Şart s. 78; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 21-22.

⁸⁸ Arkan, Azra, Cezai Şart, s. 79; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 22-23.

3. Götürü Tazminat Görüşü

Bu düşünce tarzında, cezai şart, borcun ifa edilmemesi halinde alacaklının uğrayacağı zararın önceden ve götürü bir şekilde tespiti niteliğini haizdir. Bu görüşün sigorta akdi niteliğindeki cezai şarttan farkı, borçlunun sadece kusuruna dayanan bir borca aykırılık halinden sorumlu tutulmasıdır. Ceza niteliğindeki cezai şarttan farkı ise ilkinde cezai şart ifa yanında da istenebildiği halde ikincisinde cezai şart kural olarak ifa yerine geçmektedir. Bu fikre göre cezai şart götürü olduğu için ne bir zararın varlığını aramaya ve ne de kararlaştırılan miktarın gerçek zarar miktarına uygunluğunu sağlamaya ihtiyaç vardır⁸⁹.

C. GÖRÜŞLERİN ELEŞTİRİSİ VE KANAAT

Sigorta akdi niteliğindeki cezai şart görüşünü, ne teorik ne de pratik açıdan savunmak mümkün değildir. Zira bu görüşün, kusur sorunu üzerindeki her türlü çekişmeyi ortadan kaldırarak alacaklıyı her türlü zarar ihtimaline karşı korumak gibi faydaları var gözükse de karşılığında borçlunun ekonomik açıdan yıkımına sebep olmak, adil olmamak, gerçek rekabeti sağlamamak gibi çok önemli sakıncaları da mevcuttur. Özellikle insan kudretinin dışında kalan olaylardan dahi borçlunun sorumlu tutulması gayri adil sonuçlar doğurabilir. Oysa gerek teori, gerek uygulama açısından teklif olunan çözüm çarelerinin hakkaniyete uygun olması zorunludur. Gerçekten de bir cezai şart kararlaştırılırken borçluda hiçbir zaman gelecekte meydana gelecek zarar doğurucu tüm olaylardan alacaklıyı koruma iradesinin var olduğu iddia edilemez. Borçlu başlangıçta ancak normal şartlar altında kendi şahsi imkân ve kaynaklarını düşünerek taahhüdünü yerine getirmeyi amaçlar ve o, hesaplarını dayandırdığı şahsi imkân ve kaynaklarında yanılır ve yüklendiği edimini layıkıyla

⁸⁹ Aybay, Aydın: Borçlar Hukuku Dersleri, 8. bası, İstanbul 1983, s. 166; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 342

yerine getiremezse, bunun sonuçlarına katlanacağını bilir. Haklı olarak da hiçbir zaman önceden öngörülemeyecek olaylardan sorumlu tutulacağını aklına getirmez.

Yukarıda eleştirilen görüşü Borçlar Kanunu'nun da desteklemediği rahatlıkla söylenebilir. Nitekim bu hususa dayanak olarak BK. m. 161/II ikinci cümledeki, "hilafına mukavele olmadığı halde borcun ifası borçlunun mesuliyetini icap etmeyen bir hal sebebiyle gayri mümkün olmuş ise, şart olunan cezanın tediyesi talep olunamaz" hükmünü göstermek mümkündür.

Cezai şartın ilk ve en önemli amacı borçlu üzerinde zorlayıcı bir baskı yaratmak, onun borcunu tam, zamanında ve kararlaştırılan mahalde ifasını bu suretle sağlamak ve teminat altına almaktır. Cezai şartla borçlu psikolojik baskı altında tutulmakta ve onun üzerinde medeni bir ceza uygulanmaktadır. Kurumun ana gaye ve felsefesi bu olmakla cezai şartı sadece götürü bir tazminattan ibaret saymak hatalı olur. Cezai şart kararlaştırılırken, bu kurumu ifade etmek için "tazminat" kelimesi kullanılsa dahi, bu ifade tarzı onun öncelikli "ceza" amacını bertaraf edemez.

Nitekim cezai şartın zarardan bağımsızlığını tayin eden BK. m. 159/II'de açıkça, "Alacaklı zarara duçar olmasa bile ceza lazım olur" denilmektedir. Bu madde, cezai şartın herhangi bir suretle tazminatla ilgisi olmadığını, aksine ondan bağımsız ve ceza niteliğinde olduğunu gösteren, olumsuz şekilde ifade edilen bir karine niteliğindedir. O halde bu maddedeki ifade karşısında cezai şartın sırf götürü tazminat olduğunu iddia etmek mümkün değildir. Kanun koyucu cezai şarta sadece bir tazminat niteliğini vermek isteseydi bu hükmü kanuna koymaması gerekirdi ⁹⁰.

Cezai şartın tazminat niteliğini zayıflatan bir başka durumu, uygulamada en çok yararlanılan cezai şart türlerinden ifaya ekli cezai şartta (BK. m. 158/II) görmek mümkündür. Gerçekten de bu cezai şart türünde alacaklının hem ifayı

⁹⁰ İnan, s. 441; Saymen / Elbir, s. 839.

veya tazminatı hem de cezai şartı birlikte talep edebilmesi mümkündür. Kanun bu maddede açıkça cezayı, ifadan beklenen menfaatten ayırarak bunun da ayrıca istenebileceğini öngörmüştür.

BK. m. 158/l'de getirilen seçimlik cezai şartta alacaklı ya akdin icrasını ya da seçimlik cezai şarttan birini talep edebilme hakkına sahip olmakla cezai şartın burada akdin ifasından beklenen menfaate karşılık tutulduğu, bu nedenle de cezai şartın götürü tazminat niteliğinde olduğu iddia edilmekte ise de, bu halde dahi bir götürü tazminattan bahsedilmemek lazımdır. Zira seçimlik cezai şartta, ceza kararlaştırılırken taraflar bunu ifadan beklenen yararı karşılamak için değil, bu yararın genellikle çok üstünde ve yine borçluyu edimini yerine getirmeye zorlayacak ağırlıkta bir miktarda tespit ederler ve taşıdıkları amaç paralelinde öngörülen cezai şartta ceza niteliğini verme iradesini taşırlar. Bu nedenledir ki, kanaatimizce ifaya ekli cezai şartta ceza niteliğinin, seçimlik cezai şartta ise götürü tazminat niteliğinin ağır bastığı, dolayısıyla da Borçlar Kanunu açısından ceza-tazminat olarak karma bir sistemin kabul edildiğini söylemek⁹¹ mümkün değildir. Zira bu tarz düşüncede hukuki kurumların uygulanmasında gerçekte mevcut irade benzerliği noktasının gözden kaçırıldığına işaret olunmalıdır.

Bunun dışında BK. m. 158/l'de öngörülen alacaklının seçimlik ceza veya akdin icrasından ancak birisini isteyebilmesi hükmü emredici olmayıp, bunun aksi kararlaştırılarak hem ifa menfaatini hem de cezai şartı birlikte isteyebilmesi mümkündür. Bu durumda cezai şartın sadece götürü tazminat niteliğinde görülmesi fikrinin çarpıcı şekilde hatalı olduğunu fark etmek mümkündür. Zira bu halde ceza ve tazminatın farklılığı açıkça ortaya çıkmaktadır. O nedenle seçimlik cezai şart kurumu tümü ile götürü tazminat görüşünün esaslı bir dayanağı gibi gösterilemez.

Bundan başka cezai şart götürü tazminat niteliğini taşısaydı, kanun koyucu hâkime onun değiştirilmesi yetkisini vermezdi. Nitekim kanun koyucu

⁹¹ İnan, s. 441; Karahasan, s. 1657; Saymen / Elbir, s. 838.

hem fahiş olarak takdir edilen cezai şartın indirimini (BK. m. 161/III), hem de kusuru ispat edilmek şartıyla borçlunun cezadan ayrı ve fazla bir bedeli ödemeye (BK. m. 159/I) mahkûm edilebileceğini öngörmüştür. Bu son durumda ceza ve tazminat ayrımı bariz şekilde göze çarpmaktadır.

Bu itibarla Kanun'un tayin ettiği genel tazminat tipinden ayrı ve farklı koşullara tâbi olan ve zorlama yoluyla kendine özgü bir tazminat tipi yaratmakta yarar yoktur. Zaten cezai şartın ana gayesi önceden tespiti mümkün olmayan zararın tazmini de değildir.

Bu hususta Yargıtay daha çok cezai şartın zararın tazmini amacı üzerinde görüş bildirmekte⁹², İsviçre Federal Mahkemesi ise cezai şartta ceza gayesinin daha çok öne çıktığı görüşünü benimsemektedir⁹³.

Kanaatimizce de İsviçre Federal Mahkemesi'nin düşüncesi doğrultusunda Türk-İsviçre hukuk sisteminde cezai şartın yukarıda izah olunan sebeplerle ceza niteliğinde olduğunu savunmak, bu kurumun getiriliş amacına ve özelliklerine daha uygundur.

⁹² "Ceza koşulu, sözleşme yerine getirilseydi mal varlığı ne durumda olacak idiyse sözleşmeye aykırı davranılması sonunda onun sağlanmasına engel olunmasıyla doğacak zararın, sözleşmenin yapıldığı sırada önceden kararlaştırılmasıdır." , Y. 4. HD., 24. 5. 1973 T., 7571 E., 6542 K. ; "Ceza koşulu, geçerli bir borcun yerine getirilmemesi ... durumunda, borçlunun ödemesi gereken ve malca (ekonomik) değeri olup bir hukuk işlemi ile belirlenen götürü bir edimdir", Y. 13. HD., 25.12.1981 T., 7896 E., 8497 K. (Karahasan, s. 1656).

⁹³ Bilge, Cezai Şart, s. 82.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

CEZAI ŞARTIN HÜKÜMLERİ, SONA ERMESİ ve GEÇERSİZLİĞİ

I. CEZAI ŞARTIN HÜKÜMLERİ

A. CEZAI ŞART VE ZARAR İLİŞKİSİ

1. Genel Olarak

BK. m. 159/I'de, " Alacaklı zarara duçar olmasa bile ceza lazım olur" denilerek yukarıda da bahsedildiği gibi, alacaklıya herhangi bir zararı olmasa bile kararlaştırılan seçimlik veya ifaya eklenen cezai şartı talep hakkı verilmiştir. Alacaklı, belirlenen ceza miktarı ile yetinmek istediği takdirde ne zararın varlığını ne de zararın miktarını ispat etmek zorunda kalmaksızın kararlaştırılan cezayı talep edebilir.

Uygulamada genellikle taraflar bir hukuki ilişkide cezai şart miktarını tespit ederken, bu kurumun ceza amacı doğrultusunda ifadan beklenen menfaatin çok üzerinde bir miktar tespit eder. Fakat bir takım durumlarda bu hususta beklenenin tersine, gerçekleşen zarar cezai şartın miktarını geçebilir. Bu gibi durumlar yine Borçlar Kanunu'nda özel bir hüküm ile öngörülmüş ve BK. m. 159/II'de "Şart olunan ceza miktarından fazla zarara duçar olan alacaklı, borçlunun bir kusuru olduğunu ispat etmedikçe fazlasını isteyemez" denilerek alacaklının cezayı aşan zararını isteyebileceği hususu düzenlenmiştir⁹⁴.

Cezai şart miktarının kesin olduğu, cezayı aşan miktarın talep edilemeyeceği kabul edilseydi, alacaklı kendi lehine kararlaştırılan bir cezai şart nedeniyle yarar yerine zarara uğratılmış olurdu. Böyle bir durumun gerçekleşme

⁹⁴ "Davacı hem cezai şart hem de tazminat istemiş bulunmaktadır. Bilindiği üzere BK. 159/f. II. maddesi hükmü gereğince borçlunun kusurlu davranması halinde alacaklı cezai şart miktarını aşan zararını da isteyebilir. Olayda bilirkişiler davacı zararını 3.398.955 TL olarak belirttiklerine ve davacı 1.000.000.TL cezai şart istediğine göre cezai şartı aşan zarar miktan 2.398.955 TL dan ibarettir.", Y. 11. HD., 22.5.1990 T, 1989/1207 E., 1990/4122 K. (İBBBA).

ihtimalini gören alacaklı muhakkak cezai şartla ilgilenmez, zararını ispat edecek araçlarla uğraşır ve bu kurumu lüzumsuz görürdü. Cezayı aşan zararın talep hakkının alacaklıya tanınmaması hakkaniyete de uygun olmazdı. Çünkü bu suretle borçlu ediminin ifasında kusurlu olduğu halde, cezai şart kurumundan yararlanarak tazminat ödemekten kaçınabilecekti.

Kanunda fahiş cezai şartın indirilmesi kabul edilmekle borçlunun haklı menfaatleri korunurken bunun karşılığında alacaklıya cezayı aşan zararını tazmin ettirme yetkisinin verilmemesi çok isabetsiz olacaktır. BK. m. 159'un yerindeliği yukarıda izah edildikten sonra bu hükmün emredici nitelikte olmadığını, bu itibarla da taraflarca aksinin kararlaştırılabileceğini belirtmek lazımdır. Bu durumda, borçlunun bir kusuru olmasa bile fazla zararı tazminle mükellef olacağı veya kanuni ispat şeklinin değişik dağıtılacağı yahut da fazla zararı istemenin tümünden yasaklandığı bir sözleşme ile hüküm altına alınabileceği söylenebilir.

2. Cezai Şartı Aşan Zararın Talep Edilmesinin Şartları

a. Cezai Şartı Aşan Bir Zarar Bulunmalıdır

Alacaklı kararlaştırılan cezai şart miktarından fazla zarara uğrarsa bu kısmı talep etmeye hak kazanabilir. Burada önemli olan nokta da alacaklının oluşan zararının tamamını değil, sadece ceza miktarını aşan kısmını talep edebilmesidir. Bu nedenle fazla zararın hesap edilmesi için ceza miktarının zarardan mahsup edilmesi gerekip, bu mahsuptan sonra kalan zarar, fazla zararı oluşturmaktadır. Hatta alacaklının temerrüt faizi isteme hakkı doğmuşsa ödenecek tazminatın hesaplanmasında bu faizin de zarardan mahsubu gerekir.

Bunun yanında cezai şart miktarını aşan fazla zararın, ancak, asıl borcun hiç veya belli bir yer ve zamanda ifa edilmemesinden doğması halinde alacaklının bu fazla zararı talep hakkı doğar. Bu nedenle oluşan fazla zararlar

cezai şartı ihlal eden eylemler arasındaki illiyet bağının var olup olmadığı araştırılmalıdır.

b. Alacaklı Borçlunun Kusurunu İspatlamalıdır

BK. m. 159/II'ye göre, kararlaştırılan ceza miktarından fazla zarara uğrayan alacaklı, borçlunun kusurlu olduğunu ispat etmedikçe bu fazlayı isteyemez. Bu yükümlülük cezai şart hangi tür olursa olsun fazlanın talebi için mutlaka yerine getirilmelidir.

Alacaklının, borçlunun kusurunu ispat yükümlülüğü BK. m. 96'da düzenlenen ve borçlu aleyhine hükme bağlanan kusur karinesine bir istisna teşkil etmektedir. Zira BK. m. 96'da ifade edilen genel prensibe göre taahhüdünü ihlal eden borçlu tazminat borcundan kurtulabilmek için kendi kusursuzluğunu ispat etmesi gerekirken, burada ispat yükü sebepsiz yere değiştirilerek genel kuraldan ayrılmış, cezai şartı aşan zararda borçlunun kusurunu ispat yükü alacaklıya yüklenmiştir⁹⁵. Bu kural, gerek seçimlik gerek ifaya eklenen cezai şart için geçerlidir.

Ancak dönme cezasında alacaklı cezayı aşan zararını isteyemez. Zira dönme cezasının amacı borçlunun durumunu kuvvetlendirmek ve kararlaştırılan cezayı ödeyerek ifadan kaçınabilme imkânını ona vermektir. Oysa borçludan daha yüksek bir tazminat istenirse bu amacın zedeleneyeceği ortadadır⁹⁶.

⁹⁵ "BK. nun 159/2. maddesi uyarınca uğranılan zarar cezai şart miktarından fazla olursa alacaklı bu fazlalığın tazminini isteyebilir. Şu kadar ki, akdi kusura ilişkin kurallara aykırı olarak borçlunun kusurlu olduğunu ispat alacaklıya düşer, kuralını koyarak, ceza ile zarar arasındaki ilişkiyi saptamış bulunmaktadır", Y. 15. HD., 11.10.1979 T., 1936 E., 2045 K. (İBBBA).

⁹⁶ Eren, s. 1138; Feyzioğlu, C. II s. 401; Oğuzinan/Öz, s. 870-872; Tekinay/Akman /Burcuoğlu/Alttop, s. 358-359.

B. FAHİŞ CEZAI ŞARTIN İNDİRİLMESİ

1. Genel Olarak

Hukuk alanında irade özgürlüğünün en önemli kategorilerinden olan sözleşme özgürlüğü gereği kişiler kendi serbest iradeleri ile oluşturdukları sözleşme içeriğine uymak zorundadırlar. Taraflardan birinin tek taraflı girişimi ile sözleşmenin değiştirilmesi veya kaldırılması ilke olarak mümkün değildir. Ancak "ahde vefa (pacta sunt servanda)" adı verilen bu esas, özellikle modern hukuklarda bazı yönlerden sınırlandırılmıştır.

Bu sınırlamalardan bir kısmı, sözleşme yapıldıktan sonra ortaya çıkan veya değişen şartların sözleşme üzerinde gösterdiği etki ile ilgilidir. Örneğin; sonradan ortaya çıkan kusursuz imkânsızlık, hukuka aykırılık, sonradan meydana gelen olağanüstü olayların eser sözleşmesi (BK m. 365) ve kira sözleşmesindeki (BK m.255, 287) etkileri yahut hizmet sözleşmesinin (BK m. 352), ölünceye kadar bakım sözleşmesinin (BK m. 517) ve adi şirketin (BK m. 535) muhik sebepler yüzünden feshi veya ölünceye kadar bakım sözleşmesinin hâkim tarafından kaydı hayatla irade çevrilmesi bu grupta yer alır.

Ahde vefa esasına konulan ikinci grup sınırlamada ise, kural olarak, sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut sebepler yüzünden sözleşme ya tamamen ortadan kalkmakta veya değişikliğe uğramaktadır. Bu sonucun meydana gelmesi, ya kendiliğinden veya taraflardan yalnız birinin irade beyanıyla doğmakta yahut da taraflardan birinin talebi üzerine verilecek hâkim kararıyla olmaktadır. Örneğin; hukuka, ahlaka aykırılık veya imkânsızlık halinde (BK. m. 20) sözleşme kendiliğinden; aşırı yararlanma (gabin) halinde yalnız zarara uğrayan tarafın irade beyanıyla tamamen ortadan kalkmaktadır. Buna karşılık hizmet veya gayrimenkul satım sözleşmesi imkânını hazırlamak veya bunların ifasını sağlamak gayesiyle yapılmış tellallık sözleşmesinde tellal için kararlaştırılan ücret aşırı derecede yüksek ise, hâkim, talep üzerine bunun

miktarını indirebileceği gibi (BK. m. 409), bir hizmet sözleşmesine konulan rekabet yasağı da, zaman, yer ve işin nev'i yönlerinden makul bir orana indirilebilir (BK. m. 349). Hâkim, aşırı derecede yüksek olan cezai şart hakkında da aynı yetkiye sahiptir. Fakat bazen cezai şartın sonradan meydana gelen sebepler yüzünden indirilmesi de mümkündür. Böyle bir durumda, cezai şartı birinci grup içinde incelemek gerekecektir.

Hâkim, Borçlar Kanunu'nun değişik yerlerinde kendisine tanınmış bulunan özel yetkiye dayanmak suretiyle bazı sözleşmeleri ya baştan veya karar anından itibaren hüküm doğurmak üzere kısmen değiştirebilmektedir. Buna hukuk dilinde "akitlerin düzeltilmesi" adı da verilmektedir. Bu müeyyide hukuk doktrin ve uygulamasında belirtilen diğer müeyyidelere nazaran daha fazla amaca uygundur. Bu şekilde sözleşmelerin düzeltilmesi, tamamen ortadan kaldırılmalarına kıyasla daha elverişli olup, bu yolla ekonomik yönden zayıf durumdaki tarafın yararları daha iyi korunmakta, öte yandan tarafların belli bir amacı sağlamaya yönelik olarak ortaya koydukları iradeleri de tümüyle ortadan kaldırılmamak suretiyle sözleşme özgürlüğüne haklı ve daha üstün bir gaye ile yapılan kısmi müdahale dışında sözleşmeye geçerlik tanınmaktadır⁹⁷.

2. Fahış Cezai Şartın İndirilmesine İlişkin Görüşler

Tenkis veya aşırı cezai şartın indirilmesi hakkında doktrinde ileri sürülen fikirler iki ana grupta toplanmaktadır.

a. Cezai Şartın İndirilmesine Karşı Çıkan Görüşler

Bu görüşte olanlar fikirlerini hem hukuki hem de ekonomik sebeplere dayandırmaktadırlar.

⁹⁷ Tekinay / Akınan / Burcuoğlu / Altop, s. 363; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 129-130; Uçar, Salter: Hukukta Cezai Şart ve Uygulaması, İstanbul 1993, s. 99- 100.

Buna göre, cezai şartın miktarının serbest bırakılmasını gerektiren hukuki sebep, her özel hukuk düzeninin sözleşme özgürlüğü esasına dayanmasının zorunlu bulunması ve ancak ortada bir kamu yararının bulunması halinde ve ölçüsünde bu esas sınırlamanın mümkün olmasıdır. Sadece kamu yararı bulunması halinde sözleşme özgürlüğü esastan ayrılmak hukuk düzeninin saflığını sağlamak yönünden de faydalıdır. Burada ifade edilmek istenilen kamu yararı, ancak cezai şartın borçlunun istismarına, ekonomik olarak yıkılmasına sebebiyet vermek için kullanılması halinde vardır. O zaman bu nitelikte bir cezai şart ahlaka aykırı sayılacağı için, ahlaka aykırı muamelelere uygulanacak müeyyide bunlara da uygulanabilecektir. Bu nedenle sözleşme özgürlüğünü kısıtlamak için bir sebep yoktur.

Bunun yanında cezai şartın amaçlarından biri de borçluyu ifaya zorlamak ve alacaklıya güvenebileceği belirli bir alacak sağlamaktır. Eğer borçlu cezai şartı indirme imkânına sahip olduğunu bilirse, borcunu vaat ettiği şekilde ifadan kaçınabilecektir. Şu halde indirmeyi isteme hakkının kabulü cezai şart kurumundan beklenen yararları önemli ölçüde azaltacaktır.

Cezai şartın indirilmesinin kabulü halinde bu sefer de sınırlamanın hangi şekilde yapılacağı sorunu ortaya çıkacaktır. Sınırlamanın alacaklının asıl edimin ifasındaki menfaatlerine bağlanması halinde cezai şartın borçlu üzerindeki baskısı kalkacaktır. Bu durumda geriye kalan tek çare, hâkime aşırı cezai şartı indirme hakkını tanımaktır. Böyle bir durumda ise hâkim, hukuki sebepler yerine gayeye uygunluk yönünden karar vermeye zorlanır; üstelik taraflar bütün ilişkileri hakkında tam bir bilgi verseler bile hâkimin, göz önünde tutulması gereken bütün bu unsurları doğru olarak takdir edeceği de şüphelidir. Burada hâkime kendisine ait olmayan bir görev verilmekte, hukuku uygulaması değil yaratması istenmektedir.

Nihayet cezai şartın indirilmesinin kabul edilmesiyle medeni hukuk ile ticaret hukuku arasında, ticaret hukukunda indirim ilke olarak kabul edilmediğinden istenilmeyen bir fark yaratılmış olacaktır.

Ekonomik yönden ise, cezai şartların faizlerle aynı kurallara tabi tutulması gerekir. Zira faizin sınırlandırılmasına engel bulunan bütün sebepler, cezai şartlardaki sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması hakkında da öne sürülebilir⁹⁸.

b. Cezai Şartın İndirilmesini Savunan Görüşler

Doktrinde mevcut bu yöndeki görüşlere göre, sınırsız sözleşme özgürlüğünü günümüzün toplumsal ilişkilerinde saf haliyle muhafaza etmek imkânsızdır. Toplumda ekonomik yönden güçlüler ve güçsüzler arasında amansız bir mücadele olup, ekonomik açıdan zayıf durumda olanların özel şekilde korunmaları gerekmektedir. Yürürlükteki kanunlar bu himayeyi sağlayamadığından, bütün hallere uygulanabilecek bir himaye tarzı ancak hâkime tanınacak genel mahiyetteki bir tenkis yetkisi ile mümkün kılınabilir.

Hâkime bu halde önemli bir yetki verilmiş olmakla beraber, hâkim delilleri serbestçe takdir yetkisine sahip bulunduğu için zaten ondan da büyük bir yetkiye sahiptir. Hâkim burada hukuk yaratma değil hukuku uygulama durumundadır. Kendisine böyle bir yetki tanınsa bile hâkimin cezai şartın uygunluğunu tayin için gerekli bilgiye sahip bulunmadığı da söylenemez. Hâkimin diğer yetkileri bu yetkisinden daha az önemli değildir.

Cezai şartın indirilmesi yetkisinin verilmesi halinde daima en doğru çözümün bulunamayacağı da red için bir sebep olamaz; zira hâkim indirim yetkisi ile hiçbir vakit maddi durumu daha fazla ağırlaştıramaz.

Tenkis hakkını reddedenlerin öne sürdükleri ekonomik sebepler de kabul edilemez. Çünkü faiz sınırlamaları hakkında yürüyen kurallar cezai şartlara, yani

⁹⁸ Tenkis aleyhine ileri sürülen bu görüşler hakkında bkz. Tunçomağ, Cezai Şart, s. 130-131.

ödünç sözleşmelerine konulmuş cezai şartlara da uygulanamaz. Gerçekten faiz haddi, müteaddit muameleler ve belli bir süre için devamlı olarak kabul edilir ve böylelikle taraflara aşağı yukarı bir destek sağlar; halbuki cezai şart her münferit halde sadece ekonomik açıdan kuvvetli olanın keyfine göre tayin edilir.

Doktrindeki her iki görüş açısından ileri sürülenler birlikte değerlendirildiğinde; cezai şartın indirilmesini reddedenler hukukun ferdiyetçiliği esassından hareketle özel hukuk alanında fertlerin sınırsız serbestîsini istemekte ve her türlü devlet müdahalesini gereksiz saymakta; buna karşılık diğerleri fertlerin borçlar hukuku alanında bile toplumsal bağıllılığını ileri sürmektedirler.

Kanaatimce, Tunçomağ'ın da belirttiği gibi, cezai şartın indirilmesi teorik düşüncelerden çok, halkın günümüzdeki ihtiyaçlarına, ekonomik ve ahlaki görüşlerine bağlıdır. Buna göre BK. 161/III hükmü de, bu gün için toplumumuzun uygulamadaki gereksinimlerini karşılaması ve genel hukuk siyasetine uygun olması itibariyle kanunlarımızın içinde yerini almalıdır⁹⁹.

II. CEZAI ŞARTIN SONA ERMESİ

Cezai şart ile taraflar arasında borç doğurucu bir işlem yapıldığından borçların sona ermesine ilişkin hükümler cezai şart için de uygulanacaktır. Cezai şart muaccel olana kadar fer'i borç niteliğindedir ancak muacceliyetle birlikte bağımsız bir borç halini alır. Her iki durum açısından da sona ermenin ayrı ele alınması gerekmektedir. Bu nedenle, asıl borca bağımlı ve asıl borçtan bağımsız sonra erme açısından ayırım yapmak gerekmektedir.

A. CEZAI ŞARTIN ASIL BORCA BAĞLI OLARAK SONA ERMESİ

Cezai şartın bağılı bulunduğu borç bir şekilde doğduktan sonra ortadan kalkmışsa fer'i niteliği dolayısıyla cezai şart da sona erer. BK. m. 113/l'e göre de

⁹⁹ Tunçomağ, Cezai Şart, s. 131 - 133

asıl borcun ödeme veya herhangi bir nedenle sona ermesiyle, rehin ve diğer fer'i haklar da sona erer. Maddede açıkça cezai şart sayılmamış olsa da cezai şart diğer fer'i haklar arasında kabul edildiğinden, bu hüküm uyarınca esas borçla birlikte ortadan kalkar¹⁰⁰. Asıl borcun ifasının yanı sıra alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, takas, yenileme, borcun ifasında imkânsızlık, feragat, ibra veya ileri sürülmüş olmak kaydıyla zamanaşımı gibi bir nedenle sona ermesi durumunda cezai şart da asıl borca bağlı olarak sona erer. Örneğin borçlu sonraki imkânsızlık sebebiyle borcundan kurtuluyorsa, cezai şartı vermekten kurtulur¹⁰¹.

BK.131. maddesi "asıl alacak hakkında müruru zaman vaki olunca faiz ve sair fer'i alacaklar hakkında da müruru zaman vaki olmuş olur" hükmünü haizdir. Bu hükme göre asıl alacak zamanaşımına uğrarsa, fer'i hakkın kendisine ilişkin zamanaşımı dolmamış olsa dahi, geçmiş günler faizi, sermaye faizi ve cezai şart gibi fer'i alacaklar da asıl alacağa bağlı olarak zamanaşımına uğramış olurlar¹⁰².

B. CEZAI ŞARTIN ASIL BORCA BAĞLI OLMAKSIZIN SONA ERMESİ

Cezai şart muaccel olduğu andan itibaren asıl borca bağlılığı ortadan kalkar ve bağımsız bir borç halini alır. Asıl borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi ya da dönme cezasına dayanarak borçlunun dönme hakkını kullanmasıyla cezai şart muaccel hale gelmekte ve hükümlerini doğurmaya başlamaktadır¹⁰³. Muaccel olmayan cezai şart, asıl borca bağımlı olarak sona erdiği halde, muacceliyetten itibaren bu bağımlılık ortadan kalkar ve sona erme

¹⁰⁰Tunçomağ, Cezai Şart, s. 182.

¹⁰¹Oğuzman/Öz, s. 875.

¹⁰²Reisoğlu, s. 338.

¹⁰³ Ekinci, Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, s. 384.

sebepleri cezai şart üzerinde etkili olur¹⁰⁴. Örneğin cezai şart da, herhangi bir borç gibi ifa ile sona erer. Ancak ifa, yanında takas, alacaklı borçlu sıfatlarının birleşmesi, yenileme, borcun ifasında imkânsızlık, feragat, ibra veya ileri sürülmüş olmak kaydıyla zamanaşımı da cezai şartı sona erdirir. Alacaklının cezai şarttan feragati ve ibra da bunlara eklenmelidir. Açık veya zımni olabilen vazgeçmenin bulunup bulunmadığı, bu konuda genel kurallara göre, hâkim tarafından belirlenir.

Kanun cezai şart hakkında ayrı bir süre ortaya koymadığına göre, BK.'nın 125. maddesi uyarınca muaccel olduğu tarihten itibaren cezai şartın da on senede zamanaşımına uğradığı kabul edilir¹⁰⁵. Bu durumda cezai şart da yukarıda borcun sona erme halleri olarak ifade ettiğimiz hükümler gereğince sona erer. BK. m. 158/II hükmüne göre, ifaya eklenen cezai şarta ilişkin olarak bir ihtirazi kayıt (çekince) koymaksızın alacaklının yapılan ifayı kabul etmesi, muaccel hale gelmiş olmasına rağmen ifaya eklenen cezai şartın talep hakkını ortadan kaldırmış olur.

III. CEZAI ŞARTIN GEÇERSİZLİĞİ

BK. madde 161/I hükmüne göre taraflar cezanın miktarını serbestçe belirleyebilirler. Fakat taraflara tanınan bu serbesti sınırsız değildir. Cezai şart miktarını belirlerken taraflar ahlak ve adap sınırları içerisinde kalmak zorundadırlar. Cezai şart, borçluyu ekonomik olarak yıktığı ve zayıf tarafı ölçüsüz bir şekilde müteessir ettiği takdirde ahlaka aykırıdır¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Ekinci, s. 384.

¹⁰⁵ Tunçomağ, Cezai Şart, s.182.

¹⁰⁶ Von TUHR, s.829.

Cezai şartın, imkânsız, ahlaka adaba aykırı, kanunun emredici hükümlerine aykırı olması durumu için BK.m161/I'de açık hüküm bulunmamaktadır. Zira BK. m. 20'ye göre geçersiz hale gelecek cezai şartın sözleşmenin bütününe etkileyip etkilemeyeceği konusunda tereddütler bulunmaktadır. Borçlar Kanunu Tasarısının 187. maddesi “Ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hâle gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez” hükmüyle tereddütleri gidermiştir. Buna göre, cezai şartın butlan ile sakatlanması durumunda asıl borç sakatlıktan etkilenmeyecektir.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 161 inci maddesinin kenar başlığında kullanılan “II. Cezanın butlanı ve tenkisi” şeklindeki ibare, Tasarıda “II. Cezanın miktarı, geçersizliği ve tenkisi” şeklinde değiştirilmiştir. Ancak, doktrinde, “butlan” yerine “geçersizlik” kavramının kullanılması Türkçede butlanın tam karşılığı olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir¹⁰⁷. Buna karşılık, BK.161/II hükmüne göre cezai şart hukuka ve ahlaka aykırı bir borcu güçlendirmek için konulmuş veya tersine anlaşma olmadıkça, borcun ödenmesi borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir durum yüzünden imkânsız hale gelmiş ise, cezai şart istenemez¹⁰⁸. Cezai şart, asıl borca bağlı ferî bir borç niteliğindedir. Eğer asıl borç, mutlak butlan ile sakatlanmış ise cezai şart da hükümsüz hale gelir. Cezai şart miktarı ahlak ve adaba aykırılık derecesinde olmamakla birlikte, akitle temin edilmek istenen yararın yanlış tespiti veya durumun gereklerinin sonradan değişmiş olması gibi nedenlerle cezai şart ile uğranılan zarar arasındaki oran borçlu aleyhine olarak aşırı nispette değişebilir. Ceza ile zarar arasındaki dengenin alacaklı lehine olması, aşırı olmamak şartıyla indirmeyi gerektirmez¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Sempozyumu, Ankara Üniversitesi, 16.06.2005, <http://www.law.ankara.edu.tr/yazi.php?yad=1428>.

¹⁰⁸Önen, Turgut: Borçlar Hukuku, Ankara, 1995, s.119.

¹⁰⁹Ekinci, Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, s. 321.

Hâkime aşırı cezai şartı indirme hakkı tanınmasının amacı, ekonomik, yönden güçlü olanın, cezai şart kurumunu istismar ederek, zayıf olanı ezmesini önlemek; daha doğrusu, tedbirli olmayan borçlunun kendi ifa imkânlarına fazla güvenmesi sonucu yüksek miktarda cezai şart üstlenmesinden doğan tehlikeleri azaltmaktır¹¹⁰.

¹¹⁰ Kocaağa, s. 202.

SONUÇ

Cezai şart, borçlunun asıl borcunu ilerde, hiç veya gereği gibi ifa etmediği takdirde alacaklıya karşı ifa etmeyi önceden taahhüt ettiği bir edimdir.

Cezai şart, toplumsal hayatın ve özel hukukun bütün dallarında akdin taraflarına sağlamış olduğu menfaatler ile birlikte alacaklıya sağlamış olduğu ispat kolaylığı gibi işlevleri sayesinde uygulamada çok önemli bir yere sahip olmuştur. Cezai şartın mahkemelerimizin yükünü bir nebze de olsa hafifletmesi saymış olduğumuz niteliklerine eklenebilir. Ancak esas itibariyle cezai şartın üç önemli işlevi vardır.

Bunlardan ilki, borçluyu ifaya zorlaması sayesinde borcun ifasını teminat altına almasıdır. Gerçekten de üstlenmiş olduğu borcu yerine getirmemesi halinde çoğu zaman gecikme faizinden daha fazla miktarlarda saptanan cezai şartı ödemek zorunda kalacağını bilen borçlu, borcunu ifa etmek için elinden geleni yapacaktır.

Cezai şartın ikinci işlevi, borcun ifa edilmemesi halinde doğacak olan zararın önceden ve götürü şekilde tespit edilmesi suretiyle alacaklının borcunu teminat altına alması, borçlunun da ifayı yerine getirmezse ne ile yükümlü olduğunu bilmesidir.

Üçüncü olarak cezai şart, borçluya tanınmış olan ve ona borçtan kurtulma imkânı veren, kararlaştırılan meblağı ödemek suretiyle borçtan kurtulma hakkı sağlayan bir müessesedir.

Cezai şartın unsurlarını şu şekilde belirlemek mümkündür:

- Cezai şarttan bahsedebilmek için, her şeyden önce bir asıl borcun varlığı aranmaktadır. Cezai şartın konusu asıl borcun konusundan ayrı olması ve yeni bir edanın vaat edilmesidir. Bu yeni eda, asıl

borcun konusundan ayrı ve bağımsızdır. Nitekim asıl borç ile cezai şartın konusunun aynı olması halinde herhangi bir cezai şart kararlaştırılmasının gereksizliği de bu hususu açıkça ortaya koymaktadır.

- Cezai şart ve asıl borç arasında fer'ilik ve bağımsızlık ilişkisi bulunmalıdır.
- Cezai şart ediminin ekonomik bir değer taşıması şarttır. Aksi halde böyle bir edimin cezai şart olarak kabulü mümkün değildir. Çünkü ekonomik değeri olmayan edimler icra yolu ile takip edilemezler. Bu itibarla manevi değerler cezai şart olarak kararlaştırılamazlar. Uygulamada genellikle cezai şart bir miktar paranın ödenmesi şeklinde kararlaştırılmaktadır. Ancak tabii ki para dışında da ekonomik değer taşıyan edimlerin cezai şart olarak tayini mümkündür.
- Cezai şart, ancak sağlararasıda hüküm doğuran işlemler bakımından sözkonusu edilebilir.

Cezai şartın hukuki niteliği hakkında üç görüşün varlığı söz konusudur.

Bunlardan ceza görüşüne göre, borçlu taahhüt altına girdiği bir edimi ifa etmediği veya eksik ifa ettiği takdirde alacaklı ile birlikte önceden kararlaştırdıkları bir cezayı ödeme mecburiyetindedir. Burada, edimin ifa edilmemesi halinde vaat olunan edimin tümünün ceza niteliğini taşıdığı düşünölmekte ve bu fikrin temelinde, kararlaştırılan cezanın borçlu üzerinde psikolojik baskı yaratarak onun vaadine aykırı hareket etmesini önlediği kanaati yatmaktadır. Bu suretle borçlu, borcunu layığı ile ifa edebilmek için daha fazla özen gösterecek ve bu yönde gerekli tüm tedbirleri alacaktır.

Sigorta görüşüne göre ise, cezai şart sadece alacaklının menfaatlerini göz önünde tutarak onu her türlü zarar veren olaya karşı korur ve borçlu hiç

kusuru olmasa bile doğacak zararlardan sorumlu tutulabiliyorsa ortada sigorta akdi mahiyetinde bir cezanın varlığından söz edilir. Taraflar bir kusurdan bahsetmeksizin sadece ifa etmeme veya eksik ifa halinde cezai şart ödeneceğini kararlaştırmışlarsa artık bu sözleşmede kusur durumunun araştırılmasına gerek yoktur. Borçlunun kusuru olmadığını ispat etmesi halinde borçtan kurtulacağını kabul etmek en zor yükümlülüklerden biri olan kusurun ispatını geri getirir ve cezai şartın önemini ortadan kaldırır. Oysa cezai şart, sigorta akdi mahiyetinde kabul edildiğinde gerçek fonksiyonunu yerine getirme imkanını bulur ve ilgili borçluyu edimini ifaya zorlar. Hasara katlanmak dahi sorumluluğu kapsamında olduğundan sadece kusurundan sorumlu tutulduğu hallere göre çok daha büyük ölçüde onun dikkat ve özenini arttırma sonucunu doğurur.

Üçüncü ve son görüş olan götürü tazminat görüşüne göre ise, cezai şart, borcun ifa edilmemesi halinde alacaklının uğrayacağı zararın önceden ve götürü bir şekilde tespiti niteliğini haizdir. Bu görüşün sigorta akdi niteliğindeki cezai şarttan farkı, borçlunun sadece kusuruna dayanan bir borca aykırılık halinden sorumlu tutulmasındadır. Ceza niteliğindeki cezai şarttan farkı ise ilkinde cezai şartın, ifa yanında da istenebilmesi; ikincisinde ise cezai şartın kural olarak ifa yerine geçmesidir. Bu fikre göre cezai şart götürü olduğu için ne bir zararın varlığını aramaya, ne de kararlaştırılan miktarın gerçek zarar miktarına uygunluğunu sağlamaya ihtiyaç vardır.

Kanaatimizce, Türk-İsviçre hukuk sistemi bakımından cezai şartın ceza niteliğinde olduğunu savunmak, bu kurumun getiriliş amacına ve özelliklerine daha uygundur.

Türk Borçlar Kanunu, üç çeşit cezai şart düzenlemiştir:

- Seçimlik cezai şart, BK. m. 158/l'de yer almaktadır. Bu hükme göre yüklenilen borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi hallerinde cezai şart ödeneceği kararlaştırılmış ve aksine bir hususta anlaşma da yapılmamışsa, alacaklı ya borcun ifasını ya da cezai

şartın ödenmesini isteyebilir. Burada alacaklının seçimlik bir hakkı vardır.

- BK. m. 158/II'de düzenlenen ifaya eklenen cezai şart ise, tarafların akdin belirli bir zamanda veya yerde icra edilmemesi hallerinde ödenmek üzere bir cezai şart kararlaştırdıkları durumunda alacaklının hem akdin ifasını hem de cezai şartın ödenmesini isteyebilme hakkını içeren bir cezai şart türüdür. Alacaklının bu ihtimalde cezai şartı isteyebilmesi için, seçimlik cezai şartla olduğu gibi ifayı istemekten vazgeçmesi zorunlu değildir. Görüldüğü üzere bu tip cezai şartla alacaklının talepte bulunabilmesi için iradesinin akdin icrası yönünde oluşması ve icrayı istemesi gerekli olup, akitten dönmemiş olması şartı aranmaktadır. Ancak bu takdirde, hem ifanın hem de cezai şartın istenmesi mümkün hale gelmektedir. Bu hüküm genellikle borçlunun gecikerek ifasını engellemek için bir baskı aracı olarak kullanılmakta ve uygulamada en sık rastlanan cezai şart türünü teşkil etmektedir.
- Dönme cezası ise BK. m. 158/III'de "Borçlunun, cezai şartı tediye ile akitten rücu etmek hakkını ispat edebilmek salahiyeti mahfuzdur" şeklindeki ifade edilmiştir. Burada borçluya cezai şartı ödemek suretiyle tek taraflı olarak akitten dönebilme hakkının tanınması sözkonusudur. Dönme cezası aslında klasik cezai şart kurumundan ayrı, kendine özgü bir tiptir. Ancak, kanun koyucu yakın ilgisi nedeniyle bu kurumu cezai şarta ilişkin hükümler arasında düzenlemiştir. Gerçekten de diğer cezai şart tipleri, borçlunun borcunu ihlal etmesine karşı alacaklıya talep hakkı sağlar ve onu korurken, dönme cezası herhangi bir borç ihlali bulunmaksızın belli bir meblağı ödemek suretiyle borçluya sözleşmedeki yükümlülüklerinden kurtulma imkânı vererek borçlu lehine bir durum yaratmaktadır. Keza cezai şart, borçluyu borcuna

uygun davranmaya zorlarken, dönme cezası, borçluya borcundan kurtulma kolaylığı sağlar.

BK. m. 159/I'de, "Alacaklı zarara duçar olmasa bile ceza lazım olur" denilerek, alacaklıya herhangi bir zararı olmasa bile kararlaştırılan seçimlik veya ifaya eklenen cezai şartı talep hakkı verilmiştir. Bununla beraber, cezai şart miktarı ile karşılanmayan bir zararının bulunduğu durumlarda alacaklının, bu zararını ve borçlunun kusurunu ispatlayarak sözkonusu zararın giderilmesini talep etmesi de mümkündür. Böylece zarar ile cezai şart arasında, birbirinin ne varlığını zorunlu kılan ne de engelleyen, sadece farklı talep koşullarına bağlanmış bir ilişki bulunmaktadır.

Bununla beraber, "Hakim, fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir" diyen BK. m. 161/III hükmü, cezai şartın miktarının "fahiş" olarak kabul edilecek bir sınırdan belirlenmesi halinde, bunun hakim müdahalesi ile makul ölçülere indirilmesini öngörmektedir.

Nihayetinde, cezai şart borç doğurucu bir işlem niteliğinde olduğundan, borçların sona ermesine ilişkin durumların, cezai şartın sona ermesi bakımından da hüküm ifade edeceğine şüphe yoktur. Buna göre, ifa, takas, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, yenileme, imkânsızlık, feragat, ibra veya ileri sürülmüş olmak kaydıyla zamanaşımı, tüm borçları olduğu gibi cezai şartı da sona erdirir. Ancak bunların yanı sıra, cezai şartın fer'i bir borç olma niteliği, asıl borcun her hangi bir sebeple ortadan kalkması dolayısıyla cezai şartın da sona ermesi sonucunu doğurur.

KAYNAKÇA *

- Adalet Bakanlığı, Kanunlar Genel Müdürlüğü: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, 18.06.2005, www.kgm.adalet.gov.tr/borclarkanunu.htm
- Ansay, Tuğrul, Türk Borçlar Kanunu'na göre Taksitli Satışlar ve Satıcı, Ankara, 1954
- Aral, Fahrettin: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 4. Bası, Ankara 2002.
- Arkan, Azra: Cezai Şart, İstanbul Barosu Dergisi 1-2-3, İstanbul, 1997 (Cezai Şart).
- Arkan, Azra: Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar, İstanbul 2005.
- Arkan, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 1999 (Arkan, Sabih)
- Arsebük, Esat: Borçlar Hukuku, C.II, 2. basım, İstanbul 1943 (Borçlar Hukuku).
- Arsebük, Esat: Cezai Şart Mefhumu Etrafında Tahliller, Adliye Ceridesi, 1936
- Aybay, Aydın: Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1983
- Ayiter, Nuşin: Miras Hukuku, Ankara 1978
- Belen, Herdem: Kat Mülkiyetinde Yönetim Planına Cezai Şart Konulması, Prof. Dr. Nuri Çelike Armağan, İstanbul 2001.
- Berki, Osman Fazıl: Pey Akçesi, Rücu Tazminatı ve Cezai Şart (Mukavele Cezası) Etrafında Tetkik, İBD., 1943
- Berki, Şakir: Borçlar Hukuku, Kitap I, 2. baskı, Arıkara 1958
- Bilge, Necip: Cezai Şart, E. Arsebük'e Armağan Ankara 1957.
- Bilge, Necip: Para Borçlarında Cezai Şart, Mukayeseli Hukuk Dergisi, İkinci Yıl, Sayı I, Ocak- Şubat 1957
- Birsen, Kemaleddin: Borçlar Hukuku, 4. Bası, İstanbul 1967.
- Bühler, Teodor: Haft-und Reugeld sowie Konventionalstrafe im alten und im geltenden Obligationenrecht, in: Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Jubiläumsschrift, Freiburg 1982
- Ekinci, Hüseyin: Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, Ankara 2004

* Birden ziyade eserine atıf yapılan yazarların eserlerine ait kısaltmalar parantez içinde gösterilmiştir.

Erdem, Mehmet: La Clause Penale Etude Comprative de Droit Suisse et de Turc, Ankara 2006.

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 1994.

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. III İstanbul 1999.

Feyzioğlu, Feyzi: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, İstanbul 1977

Fredj, Loksaier: La Clause Penale, These de Doctorat, Lausanne 1985.

Funk, Jun. Fritz: Borçlar Kanunu Şerhi, I, Umumi Hükümler, (Çevirenler: Hıfzı Veldet - Cemal Hakkı Selek), İstanbul 1938

Göktürk, Hüseyin Avni: Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Aktin Muhtelif Nev'ileri, Ankara 1951.

Günay, Cevdet İlhan: Cezai Şart, (Profesörlük Takdim Tezi), Ankara 2002

İnan, A.Naim: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 1984

Kanık, Tahir: Cezai Şart, Adalet Dergisi, Sayı 8, 1950.

Karahasan, Mustafa Reşit: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I. İstanbul 1992

Karahasan, M. Reşit: Para Borçlarında Cezai Şart, İBD., C. XL , Ekim 1966 (Cezai Şart)

Kazancı İçtihat Bankası: www.kazanci.com.tr

Knütel, Rolf: Stipulatio Poenae Studien zur Römischen Vertragstrafe, Köln 1976.

Kocaağa, Köksal: Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, (Doktora Tezi),Ankara, 2003

Oğuzman, Kemal /Dural, Mustafa: Aile Hukuku, 2. Bası, Filiz, İstanbul, 1998

Oğuzman, Kemal /Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, İstanbul,Filiz, 2000

Oser, Hugo /Schönenberger, Wilhelm: Vorben. zu Art. 160-163 OR,N.1.Zürich 1929.

Önen, Turgut: Borçlar Hukuku, Ankara 1995

Öztan, Bilge: Aile Hukuku, 3. Bası, Ankara,Turhan, 2000

Özmen, E. Saba: Nişanın Bozulmasında Cayma Akçesi Ve Cezai Şart, TBBD, 1995

Poroy, Reha /Tekinalp, Ünal /Çamoğlu, Ersin: Ortaklıklar Ve Kooperatifler Hukuku, 8. Bası,İstanbul, Beta, 2000

Poroy, Reha /Tekinalp, Ünal: Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 13. Bası, İstanbul, Beta, 1998

Rado, Türkan: Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul 1976.

Reisoğlu, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. bası, İstanbul 1997

Renda, Nihat / Onursan, Galip: Borçlar Hukuku, Ankara 1972

Saymen, Ferit H./ Elbir, Halid K.: Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, İstanbul 1966

Senai Olgaç, Emsal İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu, Ankara 1976.

Soyer, M. Polat: Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Ankara, Yetkin,1994

Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 6. Bası,İstanbul, Sevinç Matbaası, 1990

Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/ Altop: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993

Tunçomağ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, C.I, Genel Hükümler, 5. Bası,İstanbul 1972.

Tunçomağ, Kenan: Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1963 (Cezai Şart)

Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Sempozyumu: Ankara Üniversitesi, (çevrimiçi)
<http://www.law.ankara.edu.tr/yazi.php?yad=1428>

Uçar, Salter: Hukukta Cezai Şart ve Uygulaması, Ankara, Alfa Yayınları,1993

Umur, Ziya: Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1990.

Uygur, Turgut: Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk Ve Tazminat Hukuku, Ankara, Seçkin, 2003,

von Tuhr, Andreas: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C.I -II , (Çeviren Cevat Edege), Ankara 1983

Velidedeoğlu,Hıfzı Veldet /Özdemir, Refet: Türk Borçlar Kanunu Şerhi, (Genel-Özel), Ankara 1987.

Yavuz, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Bası, İstanbul 1993.

ÖZET

İzmirli, Mustafa Kağan. Cezai Şart, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010

Bu çalışmanın temel konusu Türk Borçlar Kanununda düzenlenmiş bulunan cezai şart kavramını incelemektir.

Birinci bölümde , cezai şartın tanımı ve unsurları incelenmiş, ardından benzer kavramlarla karşılaştırılması yapılmış ve türk hukukundaki uygulanma alanına dair incelemede bulunulmuştur.

İkinci bölümünde cezai şartın kurulması ve çeşitleri ile hukuki niteliği değerlendirilmiştir.

Üçüncü ve son bölümde ise, cezai şartın hükümleri sona ermesi ve geçersizliği incelenmiştir.

Tezimizin sonuç bölümünde de konuyla ilgili değerlendirmeler yer bulmuştur.

Anahtar Sözcükler: Cezai Şart

ABSTRACT

İzmirli, Mustafa Kağan. Penal Clause, High Lisence thesis, Ankara, 2010

The main subject of this study , which was regulated in the Turkish Code of Obligations is to examine the concept of penal clause.

In the first chapter of this study, penal clause and the definition of terms have been examined, after that compared with similar concepts. Furthermore, field of application in Turkish law has been reviewed.

In the second chapter, establishment of the penal clause,its types and legal nature have been evaluated.

Finally in the third chapter ,provisions, expiration and invalidity of the penal clause have been studied.

In the conclusion part of the thesis, assesment about the subject has taken place.

Key Words: Penal Clause