

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ÇUKUROVA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**TACİR BAKIMINDAN CEZA KOŞULUNUN İNDİRİLMESİ VE
GEÇERSİZLİĞİ**

Cihan ÖKTEM

YÜKSEK LİSANSTEZİ

ADANA / 2019

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ÇUKUROVA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**TACİR BAKIMINDAN CEZA KOŞULUNUN İNDİRİLMESİ VE
GEÇERSİZLİĞİ**

Cihan ÖKTEM

**Danışman: Prof. Dr. Ömer KORKUT
Jüri Üyesi: Prof. Dr. Fatih BİLGİLİ
Jüri Üyesi: Doç. Dr. Mehmet ÜÇER**

YÜKSEK LİSANSTEZİ

ADANA / 2019

Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne;

Bu çalışma, jürimiz tarafından Özel Hukuk Ana Bilim Dalında YÜKSEK LİSANSTEZİ olarak kabul edilmiştir.

Başkan: Prof. Dr. Ömer KORKUT
(Danışman)

Üye: Prof. Dr. Fatih BİLGİLİ

Üye: Doç. Dr. Mehmet ÜÇER

ONAY

Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim elemanlarına ait olduklarını onaylarım.
.../.../2019

Prof. Dr. Serap ÇABUK
Enstitü Müdürü

NOT: Bu tezde kullanılan ve başka kaynaktan yapılan bildirişlerin, çizelge, şekil ve fotoğrafların kaynak gösterilmeden kullanımı, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndaki hükümlere tabidir.

ETİK BEYANI

Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmada;

- Tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi,
- Tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu,
- Tez çalışmada yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi,
- Kullanılan verilerde ve ortaya çıkan sonuçlarda herhangi bir değişiklik yapmadığımı,
- Bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu,

bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim. 27/ 11 / 2019

İMZA

Cihan ÖKTEM

ÖZET

TACİR BAKIMINDAN CEZA KOŞULUNUN İNDİRİMİ VE GEÇERSİZLİĞİ

Cihan ÖKTEM

Yüksek Lisans Tezi, Özel Hukuk Anabilim Dalı

Danışman: Prof. Dr. Ömer KORKUT

Ağustos 2019, 202 sayfa

Sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince bir sözleşmenin tarafları, ceza koşulu kararlaştırabileceği gibi (TBK md. 179-182), cezanın miktarını da serbestçe belirleyebileceklerdir. Ancak hâkime aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirme görev ve yetkisi verilmiştir (TBK md. 182, f. 3). Öte yandan tacir sıfatına sahip borçlu için ceza koşulunun aşırı olduğu iddiasıyla indirilmesini talep etme yasağı getirilmiştir (TTK md. 22). Çalışmamızda, ceza koşulu, aşırı olması durumunda indirilmesi ve borçlusunun tacir olması durumunda ceza koşulunun hüküm ve sonuçları incelenmiştir. Özellikle aşırı ceza koşulu karşısında tacirin durumu, ceza koşulunun geçersizliği ve indirilmesi imkânı ele alınmıştır.

Birinci bölümde, giriş başlığı altında konuya genel olarak girilerek, çalışma ve bölümleri hakkında genel bilgi verilmiştir.

Tezin ikinci bölümünde, ceza koşulu kavramı, tarihsel kökeni, hukukî niteliği, unsurları, amaç ve işlevleri, türleri incelenmiş, benzer kurumlarla karşılaştırılmış, kusur ve zararlar olan ilişkisi açıklanmaya çalışılmıştır.

Üçüncü bölümde ise, aşırı ceza koşulunun indirilmesi kurumu incelenmiş (TBK md. 182, f. 3), bu çerçevede kurumun amacı ve hukukî niteliğine ilişkin görüşler açıklanmıştır. Aşırı ceza koşulunun hâkim tarafından kendiliğinden indirilmesinin şartları ve buna dair usulî işlemler üzerinde durulmuştur.

Tezin dördüncü bölümünde, borçlusunun tacir olması durumunda ceza koşulunun hüküm ve sonuçları incelenmiştir. Tacir borçlu için cezai şartın indirilmesini talep yasağının (TTK md. 22) dayanağı ve şartları açıklandıktan sonra tacirlerin ceza koşulunun hükümsüzlüğünü ve indirilmesini talep edebileceği haller incelenerek çalışmaya son verilmiştir.

Anahtar kelimeler : Ceza koşulu, aşırı ceza koşulu, ceza koşulunun indirilmesi, tacir, ceza koşulunun geçersizliği.



ABSTRACT**THE REDUCTION AND ANNULMENT OF PENALTY CLAUSES IN TERM
OF MERCHANTS****Cihan ÖKTEM****Master Thesis, Department of Private Law****Supervisor: Prof. Dr. Ömer KORKUT****August 2019, 202 pages**

In accordance with the principle of freedom of contract, the parties to a contract may freely stipulate the amount of a penalty, as well as a penalty clause (Turkish Code of Obligations 2011, hereinafter TCO, Art. 179-182). Nevertheless, the law (TCO, Art. 182/3) empowers judge store duce exofficio an excessive penalty clause, On the other hand, the law (Turkish Code of Commerce 2011, hereinafter TCC, Art. 22) bans merchant debtors from demanding reduction of a penalty clause. This study examines penalty clauses, reduction of excessive penalty clauses and the status and outcomes of them in case the debtor is a merchant. In particular, the study elaborates the status of merchants vis-a-vis an excessive penalty clause, its voidness and the possibility of its reduction.

In the first part, under the title of Introduction, general information is given on the thesis and its sub-sections.

In the second part, the concept of penalty clause is explained in terms of its historical origin, legal character, purpose, functions, forms and it is compared with similar institutions, as well as its relation to the concepts of fault and damage is explained.

The third part deals with the reduction of a penalty clause (TCO, Art. 182/3), and it portrays the views regarding the purpose and legal character of this legal institution. This part also touches upon the conditions of the reduction of a penalty clause exofficio by judges and the formalities concerned.

Finally, the fourth part analyzes the status and outcomes of a penalty clause, if the debtor is a merchant. Following to the explanations on the basis and conditions of the ban on the reduction of a penalty clause former merchant debtors (TCC, Art. 22), the

study ends with the inquiry on the situations on which merchants can claim annulment or reduction of a penalty clause.

Keywords : Penalty clause, excessive penalty clause, reduction of penalty clause, merchant, annulment of penalty clause.



ÖNSÖZ

“Tacir Bakımından Ceza Koşulunun İndirilmesi ve Geçersizliği” isimli bu tez çalışmasında, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’ nun 182. maddesinin 3. fıkrasıyla düzenlenen aşırı ceza koşulunun indirilmesi kurumunun uygulanma şartlarıyla, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’ nun 22. maddesiyle tacir bakımından getirilen aşırı ceza koşulunun indirilmesi yasağı ve bu yasağın uygulanmayacağı hallerden olan ceza koşulunun geçersizlik halleri incelenmiştir. Çalışmada, ceza koşulunun geçersizliğine ilişkin olarak yüksek mahkeme kararlarında getirilen ölçütler değerlendirilerek, kullanılması gereken ölçütler konusunda önerilerde bulunulmuştur. Ticarî hayatta yapılan sözleşmelerin vazgeçilmez bir parçası olan ceza koşulunun miktarı, adaletsiz ve ahlaka aykırı sonuçlar ortaya çıkarabildiğinden büyük önem arz etmektedir. Çalışmanın amacı da bu adaletsiz ve ahlaka aykırı sonuçlara sebep olan ceza koşuluna karşı uygulanabilecek hukukî yaptırımları saptamaktır.

Tez çalışmam sırasında mesleki faaliyetlerimin yoğunluğu nedeniyle bazen zaman darlığından ötürü sıkıntı yaşadım. Ancak; özverili, teşvik edici ve destekleyici yaklaşımı, esirgemediği değerli katkılarıyla tez çalışmamı tamamlamamda sayın Prof. Dr. Ömer KORKUT büyük pay sahibidir. Bu nedenle, akademisyenliğine ve kişiliğine saygı duyduğum, saygıdeğer Prof. Dr. Ömer KORKUT hocama ne kadar teşekkür etsem azdır. Benim için çok değerli olan, verdiği destekler nedeniyle kendisine müteşekkirim. Yine çok kıymetli Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı, değerli hocam, saygıdeğer Prof. Dr. iur. Fatih BİLGİLİ ve Doç Dr. Mehmet ÜÇER’ e vermiş oldukları katkılar ve esirgemedikleri desteklerinden ötürü müteşekkirim. Yine yüksek lisans eğitimine beraber başladığımız değerli kardeşim Arş. Gör. M. Fatih CENGİL’ e destekleri ve ilgisi için teşekkür ederim. Yüksek lisans eğitimine başlamakla, tanıma fırsatı bulduğum, derslerde engin bilgi ve birikimlerinden faydalandığım fakültemizin kıymetli öğretim üyelerine de ayrıca teşekkür ederim.

Cihan ÖKTEM

İÇİNDEKİLER

	Sayfa
ÖZET	iv
ABSTRACT.....	vi
ÖNSÖZ	viii
KISALTMALAR	xiv

BÖLÜM I

GİRİŞ	1
-------------	---

BÖLÜM II

KAVRAM, TARİHSEL KÖKENİ, HUKUKİ NİTELİĞİ, UYGULAMA ALANI, UNSURLARI, KURUMUN AMACI, TÜRLERİ, BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI, KUSUR VE ZARAR İLE İLİŞKİSİ

I. CEZA KOŞULU KAVRAMI VE KANUNİ DÜZENLEMELER	3
II. TANIM.....	4
III. CEZA KOŞULUNUN UNSURLARI	7
A. ASIL BORCUN MEVCUDİYETİ	7
B. ASIL EDİMDEN BAĞIMSIZ VE EKONOMİK DEĞER TAŞIYAN EDİM OLMASI.....	14
C. FER'İ NİTELİKTE OLMASI.....	19
D. SAĞLARARASI BİR HUKUKÎ İŞLEMLE KARARLAŞTIRILMASI	22
IV. TARİHSEL KÖKENİ.....	23
V. CEZA KOŞULUNUN HUKUKÎ NİTELİĞİ, UYGULAMA ALANI, BAĞLI OLDUĞU ŞEKİL	25
A. HUKUKÎ NİTELİĞİ.....	25
B. UYGULAMA ALANI	27
C. BAĞLI OLDUĞU ŞEKİL	32
VI. CEZA KOŞULUNUN AMACI - İŞLEVİ.....	33
VII. CEZA KOŞULUNUN TÜRLERİ.....	34
A. SEÇİMLİK CEZA KOŞULU	34

B. İFAYA EKLENEN CEZA KOŞULU	40
VIII. BENZER HUKUKÎ KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI	45
A. DÖNME CEZASIYLA KARŞILAŞTIRILMASI	45
B. BAĞLANMA PARASIYLA KARŞILAŞTIRILMASI	49
C. CAYMA PARASIYLA KARŞILAŞTIRILMASI	50
D. GÖTÜRÜ TAZMİNATLA KARŞILAŞTIRILMASI	54
IX. CEZA KOŞULUNUN KUSUR VE ZARAR İLE İLİŞKİSİ	57
A. CEZA KOŞULUNUN KUSUR İLE İLİŞKİSİ	57
B. CEZA KOŞULUNUN ZARAR İLE İLİŞKİSİ	60
1. CEZA KOŞULUNUN ZARARDAN BAĞIMSIZ OLARAK TALEP EDİLEBİLMESİ	60
2. CEZA KOŞULU MİKTARINI AŞAN ZARARIN TAZMİNİ	61
3. CEZA KOŞULU MİKTARINI AŞAN ZARARIN TAZMİNİ	62

BÖLÜM III

CEZA KOŞULUNUN AŞIRI OLMASI DURUMUNDA İNDİRİLMESİ

I. GENEL OLARAK	64
II. İNDİRİMİN AMACI VE HUKUKÎ NİTELİĞİ	64
A. İNDİRİMİN AMACI	64
B. İNDİRİMİN HUKUKÎ NİTELİĞİ	66
1. KISMİ HÜKÜMSÜZLÜK NİTELİĞİNDE OLDUĞU GÖRÜŞÜ	68
2. İPTAL YAPTIRIMI NİTELİĞİNDE OLDUĞU GÖRÜŞÜ	71
3. SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME NİTELİĞİNDE OLDUĞU GÖRÜŞÜ	71
4. YENİLİK DOĞURAN HAK NİTELİĞİNDE OLDUĞU GÖRÜŞÜ	72
5. ORTALAMA YAPTIRIM NİTELİĞİNDE OLDUĞU GÖRÜŞÜ	74
III. CEZA KOŞULUNUN İNDİRİLMESİNİN ŞARTLARI	76
A. GEÇERLİ BİR CEZA KOŞULU ANLAŞMASININ VARLIĞI	77
B. CEZA KOŞULUNUN MUACCEL OLMASI	78
1. GENEL OLARAK	78
2. CEZA KOŞULUNUN MUACCELİYET ANI	79
3. MUACCELİYET ŞARTLARI	79
a. Asıl Borcun Muacceliyeti	79
b. Asıl Borcun İhlal Edilmesi	80

c. Borçlunun Kusurlu Olması	84
C. CEZA KOŞULUNUN HENÜZ İFA EDİLMEMİŞ OLMASI.....	84
D. CEZA KOŞULUNUN AŞIRI (FAHİŞ) OLMASI	91
1. GENEL OLARAK.....	91
2. AŞIRILIĞIN TESPİTİNDE ESAS ALINACAK ZAMAN	92
3. AŞIRILIĞIN TESPİTİNDE DİKKATE ALINACAK UNSURLAR	95
a. Alacaklının Menfaati.....	97
b. Borca Aykırılığın Ağırlığı	100
c. Borçlunun Kusurunun Ağırlığı	101
d. Tarafların Ekonomik Durumu ve Borçlunun Menfaati	103
E. BORÇLUNUN TACİR OLMAMASI	104
IV. CEZA KOŞULUNUN İNDİRİLMESİNE DAİR USULİ İŞLEMLER.....	105
A. İNDİRİM TALEBİNE DAİR BAŞVURU	105
B. İNDİRİMDE YETKİLİ VE GÖREVLİ MAHKEME	106
C. İNDİRİMİN YAPILIŞ YÖNTEMİ VE İNDİRİM MİKTARININ BELİRLENMESİ.....	110
1. İNDİRİMİN YAPILIŞ YÖNTEMİ	110
a. Konusu Bölünebilir Bir Edim Olan Ceza Koşulu Bakımından	110
b. Konusu Bölünemez Bir Edim Olan Ceza Koşulu Bakımından	111
2. İNDİRİM MİKTARININ BELİRLENMESİ	113
D. MAHKEMENİN İNDİRİM KARARI	116
1. İNDİRİM KARARININ HUKUKÎ NİTELİĞİ	116
2. HÜKÜM VE SONUÇLARI	118

BÖLÜM IV

BORÇLUNUN TACİR OLMASI HALİNDE CEZA KOŞULUNUN HÜKÜM VE SONUÇLARI

I. TACİRLER BAKIMINDAN CEZA KOŞULUNUN İNDİRİLMESİ YASAĞI	120
A. GENEL OLARAK.....	120
B. TACİRİN BASİRETLİ İŞ ADAMI GİBİ DAVRANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ..	121
C. YASAĞININ UYGULANMA KOŞULLARI.....	127
1. BORÇLUNUN TACİR OLMASI	127
a. Gerçek Kişi Bakımından Tacir Sıfatının Kazanılması.....	128

i. Ticarî İşletmenin İşletilmesi Suretiyle.....	129
ii. Tacir Sayılan Kişiler.....	132
iii. Tacir Gibi Sorumlu Olan Kişiler.....	134
iv. Küçük ve Kısıtlıların Durumu.....	135
b. Tüzel Kişi Bakımından Tacir Sıfatının Kazanılması.....	136
i. Ticaret Şirketleri.....	137
ii. Diğer Tüzel Kişi Tacirler.....	140
c. Tacir Sıfatının Sona Ermesi.....	143
2. CEZA KOŞULUNUN BORÇLUNUN TİCARİ İŞLETMESİYLE İLGİLİ BİR BORCA İLİŞKİN OLMASI.....	146
II. TACİRİN CEZA KOŞULUNUN HÜKÜMSÜZLÜĞÜNÜ İLERİ SÜREBİLECEĞİ HALLER.....	150
A. GENEL OLARAK.....	150
B. TBK MD. 27 HÜKMÜNE GÖRE, CEZA KOŞULUNUN HÜKÜMSÜZLÜK SEBEPLERİ.....	151
1. EMREDİCİ HÜKÜMLERE AYKIRILIK.....	151
2. CEZA KOŞULUNUN AHLAKA AYKIRILIĞI.....	157
3. CEZA KOŞULUNUN KİŞİLİK HAKLARINA AYKIRILIĞI.....	168
a. Genel Olarak.....	168
b. Kişilik Haklarına Aykırı Ceza Koşulu.....	171
c. Genel Olarak ve Ekonomik Özgürlüğün Ahlakaya Aykırı Olarak Sınırlandırılması Bağlamında TMK md. 23 ile TBK md. 27 Hükümlerinin İlişkisi.....	172
i. Doktrinde İleri Sürülen Görüşler.....	172
ii. Kanaatimiz.....	175
d. Ceza Koşulunun, Borçlusunun Ekonomik Mahvına Sebep Olması - Ekonomik Geleceğini Tehlikeye Sokması Halinde Hükümsüzlüğünün İleri Sürülmesi ve Hükümsüzlük Yaptırımının Dayanağı.....	178
C. CEZA KOŞULUNA HÜKÜMSÜZLÜK YAPTIRIMININ UYGULANMASI VE HUKUKÎ NİTELİĞİ.....	182
III. TACİRİN CEZA KOŞULUNUN İNDİRİLMESİNİ TALEP EDEBİLECEĞİ HALLER.....	187

BÖLÜM V

SONUÇ	189
KAYNAKÇA.....	193



KISALTMALAR

AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
BATİDER	: Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Dergisi
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dpn.	: Dipnot
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
eBK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
eTTK	: 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu
f.	: Fıkra
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
md.	: Madde
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKHK	: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu

TTK : 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd. : Ve Devamı
Y. : Yıl
Yarg. : Yargıtay



BÖLÜM I

GİRİŞ

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK)'nın 179 ilâ 182. maddeleri arasında düzenlenen ceza koşulu miktarını belirleme bakımından taraflar sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince serbesttirler. Ancak, TBK'ın 182. maddesinin 3. fıkrasında hâkimin aşırı ceza koşulunu kendiliğinden indireceği düzenlenmiştir. Öte yandan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK)'nın 22. maddesinde, tacirin ceza koşulunun aşırı olduğu iddiasıyla indirilmesini talep edemeyeceği öngörülmüştür. Tacir bakımından getirilen bu yasak karşısında, borçlunun tacir olduğu hallerde ceza koşulunun geçersizliği sebebiyle indirimi veya ceza koşulunun tamamen geçersiz olacağı durumlar çalışmamızın konusunu oluşturmaktadır.

Tezin ikinci bölümünde; ceza koşulu kavramı irdelenmiş, tanımı yapılarak, hukukî niteliği, uygulama alanı, bağlı olduğu şekil ile unsurları, amacı, işlevi ve türleri ele alınmış, benzer kurumlarla karşılaştırılmıştır. Ayrıca, ceza koşulunun kusur ve zarar ile ilişkisi üzerinde durulmuştur.

Tezin üçüncü bölümünde ise; ceza koşulunun indirilmesi konusu, indirimin amacı, hukukî niteliği irdelenerek, indirilme şartları ele alınmıştır. İndirimde yetkili ve görevli mahkeme, indirimin yapılış yöntemi ve indirim miktarının belirlenmesi ile indirime dair mahkeme kararının hukukî niteliği, kararın hüküm ve sonuçları konusundaki tespitlerimize yer verilmiştir.

Dördüncü bölümde ise, tacir için aşırı ceza koşulunun indirilmesini talep yasağı incelenmiş, bu kapsamda kanun koyucunun tacire getirdiği bu yasağın temel sebebi olan tacirin basiretli iş adamı gibi davranma yükümlüğü üzerinde durulmuştur. Tacir için aşırı ceza koşulunun indirimini talep yasağının şartları olarak, ceza koşulu borçlusunun tacir sıfatına sahip olması ve ceza koşulunun bağlı bulunduğu asıl borcun, tacirin ticarî işletmesiyle ilgili olması konuları incelenmiştir. Ayrıca tacirin borçlusu olduğu ceza koşulunun indirilmesini talep edebileceği ve TBK md. 27'ye göre hükümsüzlüğünü ileri sürebileceği haller incelenmiş; ceza koşulunun hükümsüzlüğünü doğuracak nedenlerin tespitinde kullanılan ölçütler ile hükümsüzlük yaptırımının ne şekilde uygulanacağı, doktrinde yer alan görüşler ve yargı kararları incelenerek değerlendirilmiştir. Ceza koşulunun hükümsüzlük nedenlerinden olan; kişisel hak ve özgürlüklerin ahlaka aykırı sınırlandırılması ile genel olarak ahlaka aykırılık arasındaki ilişki irdelenerek, ceza

koşulunun bu nedenlerle hükümsüz sayılmasında yüksek yargı tarafından kullanılan ölçütlere değinilmiştir. Tacirin, TBK 30 vd. maddelerinde düzenlenen irade bozuklularından; yanıltma, aldatma ve korkutma nedenlerine dayanarak, ceza koşulunun iptalini talep etmesi ve ceza koşulunun irade bozukluklarından nedeninden birine dayalı olarak iptal yaptırımının uygulanması genel hükümlere tabi olup, ayrı bir özellik arz etmediğinden, ceza koşulunun geçersizliği hallerinden iptal yaptırımı ele alınmamıştır. Aynı şekilde TBK md. 28’de düzenlenen aşırı yararlanma kurumunun, gerek tacirler bakımından gerekse de ceza koşulu yönünden uygulanması tartışmalı olsa da¹, tacir sıfatına sahip borçlu sadece zor durumda kalma halinde borçlusu olduğu ceza koşuluna karşı aşırı yararlanma hükümlerine başvurabilecektir. TBK md. 28 hükmünün ceza koşuluna uygulanması, genel uygulanma koşullarından farklı bir durum arz etmeyeceğinden tacirin zor durumda kalması halinde TBK md. 28 hükmü uyarınca aşırı yararlanma çalışmamızda incelenmemiştir. Borçlusu tacir olan ceza koşulu için, TBK 20 vd. maddelerinde düzenlenen genel işlem koşulları hükümlerinin uygulanması durumuna da aynı gerekçelerle çalışmamızda yer verilmemiştir.

Tez çalışmamızın sonuç kısmında, tacir bakımından ceza koşulunun indirilmesi ve geçersizliğinde, özellikle ceza koşulunun ahlaka aykırılığının ve yine kişisel özgürlüklerden ekonomik özgürlüğün hukuka ve ahlaka aykırı olarak sınırlandırıldığının tespitinde yüksek yargı tarafından kullanılan ölçütlerin yetersiz olduğu sonucuna ulaşıldığından, kullanılacak ölçüt ve göz önünde bulundurulacak unsurlar konusunda önerilerde bulunulmuştur. Ceza koşulunun, tacir sıfatına sahip borçlusunun ekonomik yönden mahvına sebep olacak derecede fahiş olması durumunda, ceza koşuluna uygulanacak yaptırım ve bu yaptırımın hukukî niteliği konusunda Yargıtay kararlarında ve doktrinde ileri sürülen görüşler değerlendirilmiş ve bu konudaki kanaatimize yer verilmiştir.

¹ OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’ na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 551; EREN, Fikret; Borçlar Hukuk Genel Hükümler 16.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 1190.

BÖLÜM II

KAVRAM, TARİHSEL KÖKENİ, HUKUKİ NİTELİĞİ, UYGULAMA ALANI, UNSURLARI, KURUMUN AMACI, TÜRLERİ, BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI, KUSUR VE ZARAR İLE İLİŞKİSİ

I. CEZA KOŞULU KAVRAMI VE KANUNİ DÜZENLEMELER

Ceza koşulu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK)'nda 179 ila 182. maddeleri arasında, 6098 sayılı kanundan önce yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu (eBK)'nda ise 158-161 maddelerinde düzenlenmiştir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 22. maddesinde ise tacir olmanın özel hükümleri arasında tacirin aşırı olduğu iddiasıyla sözleşme cezasının indirilmesini talep yasağı düzenlenmiştir.

6098 sayılı TBK' da "ceza koşulu" kavramının kullanılması tercih edilmişken, 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nda "cezai şart" kavramı kullanılmaktaydı. Bununla birlikte, 6098 sayılı TBK ile aynı tarihte yürürlüğe giren 6102 sayılı TTK' da ise, "ceza koşulu" yerine "sözleşme cezası" kavramının kullanılması tercih edilmiştir.

743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nde "cayma tazminatı" ve "ceza şartı" kavramları kullanılırken, bu kanunu yürürlükten kaldıran 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda (TMK) "ceza şartı" kullanılmıştır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun ayrılmaz bir parçası olan Türk Ticaret Kanunu² ve Türk Borçlar Kanunu³, bu kanundan daha sonra yürürlüğe girmesine rağmen, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda kullanılan ceza şartı kavramının her iki kanunda da kullanılmaması, bunun yanında aynı tarihlerde yürürlüğe girmelerine rağmen, ceza koşulu ve sözleşme cezası kavramlarının kullanılarak, kendi aralarında da kavramsal uyum sağlanmaması, doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir⁴.

Türk Ticaret Kanunu'nda da kullanılan "sözleşme cezası" kavramının, ceza koşulu kavramını tam olarak karşıladığından bahsedemeyiz. Zira, ceza koşulunun ölüme bağlı tasarruflarla kararlaştırılması mümkün olmayıp, sağlar arası bir hukukî işlemle

² 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1.maddesinde; "*Türk Ticaret Kanunu, 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun ayrılmaz bir parçasıdır.*" hükmü getirilmiştir.

³ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun, "Türk Medeni Kanunu ilişkisi" başlıklı 646.maddesinde; "*Bu Kanun, 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Beşinci Kitabı olup, onun tamamlayıcısıdır.*" hükmü getirilmiştir.

⁴ **KILIÇOĞLU**, Ahmet M.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 21. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2017, s. 970; **GÜLSEVEN**, Hilal; Türk Özel Hukukunda Cezai Şartın İndirilmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 21; **KOCAĞA**, Köksal; Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası), 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 29, dpn.12.

kararlaştırılması gerekmektedir. Söz konusu sağlar arası hukukî işlemin muhakkak sözleşme olması zorunlu olmadığı gibi⁵, ceza koşulunun bağlı bulunduğu asıl borcun da bir akdi ilişkiye dayanması zorunlu değildir. Ceza koşulunun bağlı bulunduğu asıl borç,haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden doğan bir borç olabileceği gibi, tek taraflı bir hukukî işleme dayanan bir borç da olabilir⁶. Bu nedenle; “ceza koşulu” yerine, “sözleşme cezası” veya “sözleşme kaydı” kavramlarının kullanılması kanaatimizce uygun deęildir⁷.

Öte yandan, bütün bu kullanılan terimlerin tamamında “ceza” kelimesinin kullanılması, zihinlerde teknik anlamdaki “ceza” düşüncesini çağrıştırdığı gerekçesiyle doktrinde⁸eleřtirilmiř, kamu hukukuna ait bir terim olan ceza kelimesinin, özel hukuk alanında kullanılmaması gerektiği ifade edilmiştir.

Esasen, kelime anlamı itibariyle “cezai şart” kavramıyla farklılık arz etmeyen “ceza koşulu” kavramı; kanun koyucunun dil, kavram, deyim ve terimleri arılaştırma, kolay anlaşılabilir hale getirme ve bu nedenle Türkçeleştirme gayesinden ötürü TBK’ da “cezai şart” kavramı yerine kullanılmıřtır⁹. Bizde kanunkoyucunun tercihini dikkate alarak çalışmamızda kavram olarak “ceza koşulu” terimini kullanılmayı tercih ediyoruz.

II. TANIM

Ceza koşulunun, TBK’ da bir tanımı yapılmamıştır. eBK’ da tanımı yapılmayan ceza koşulunun doktrinde çeşitli tanımları yapılmış olup, bu tanımlardan bazıları şunlardır:

⁵ EREN, s. 1182; OğUZMAN, Kemal/ Z, s. 533, dpn. 393; HATEMİ, Hüseyin/ GÖKYAYLA, Emre; Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 376;TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOğLU, Haluk/ ALTOP, Atilla; Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 343; YAğCIOğLU, Burcu; Türk ve İşvire Hukuku’ nda Ceza Koşulu (Cezai şart), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 22.

⁶ EREN, s. 1182; CANSEL, Erol/ ÖZEL, ağlar; Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, zel Sayı(Armağan), 2013, s. 716-717(<https://journal.yasar.edu.tr/arsiv/vol-8/armagan-sayi-vol-8/>, E.T : 04.03.2018); OğUZMAN/ Z (II), s. 533 ve aynı sayfada dpn. 393; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 376; TAMER, Ahmet; “Tacirler Bakımından Cezai şart (Ceza Koşulu), TAAD, Y. 4, S. 14 (2013), s. 735; AKKAYAN YILDIRIM, Ayça; “Cezai şartın İşlevi, Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, İÜHFM, C. 61, S. 1-2 (2003), s. 366; KOCAAğA, s. 48, 53; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOğLU/ ALTOP, s. 343

⁷ TUNçOMAğ, Kenan; Türk Hukukunda Cezai şart, Baha Matbaası, İstanbul 1963 s. 4.

⁸ KOCAAğA, s. 29; YAğCIOğLU, s. 22 – 23.

⁹ KARA, Hacı; “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Yeni Düzenlemeler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 107 (2013), s. 357-358(<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-107-1299>, E.T: 15.05.2019)

Tunçomağ' a göre; “Cezai şart, mevcut borcun ifa edilmemesi veya eksik ifası halinde ödenmesi gereken mali değeri haiz ayrı bir edimdir.”¹⁰

Bilge'ye göre ise; “Cezai şart; yaşayanlar arasında yapılan öyle bir hukukî muameledir ki, onunla borçlu borcunun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde bir edada bulunmayı alacaklıya karşı taahhüt eder.”¹¹

Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu' na göre; “Ceza koşulu, bir borçlunun belli bir borcunu hiç veya kısmen ifa etmemesi veya kötü bir şekilde ifa etmesi halinde belli bir edimi(sözleşme cezası) taahhüt ettiği fer'i bir sözleşmedir”¹²

Eren'e göre; “ Ceza koşulu, borçlunun alacaklıya karşı mevcut bir borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde ödemeyi üstlendiği, hukukî işlem ile belirlenmiş ekonomik değeri olan bir edimdir.”¹³

Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop ise ceza koşulunu; “Borçlunun, asıl borcunu ilerde hiç veya gereği gibi ifa etmediği takdirde alacaklıya karşı ifa etmeyi önceden taahhüt ettiği edime cezai şart diyoruz.”¹⁴ şeklinde tanımlamıştır.

Oğuzman/ Öz'e göre; “...Borçlunun borcunu ihlal etmesi halinde alacaklıya ödemeyi kabul ettiği ceza hususundaki anlaşmaya “ceza koşulu = cezai şart” ve ödenecek cezaya “sözleşme cezası” denilmektedir.”¹⁵

Hatemi/ Gökyayla'nın tanımı ise şu şekildedir: “Sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmediği hallerde borçlunun alacaklıya vermeyi taahhüt ettiği para ya da ekonomik değere ceza koşulu (cezai şart) denir.”¹⁶

vonTuhr' a göre; “Borçlu alacaklıya karşı esas borcun ifa edilmemesi veya zamanında yerine getirilmemesi halinde bir edada bulunmayı taahhüt etmesi halinde cezai şart mevcuttur.”¹⁷

Cansel/ Özel'e göre; “Ceza koşulu, asıl borç olarak nitelendirilen borcun hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesi halinde alacaklının borçluya ifa etmekle yükümlü olduğu edim borcu olarak karşımıza çıkar.”¹⁸

¹⁰ TUNÇOMAĞ, s. 6.

¹¹ BİLGE, Necip; Cezai Şart, Ahmet Esat ARSEBÜK' ün Aziz Hatırasına Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Yayın No : 124, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara 1958, s. 39

¹² TERCIER, Pierre/ PICHONNAZ, Pascal/ DEVELİOĞLU, H. Murat; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 427.

¹³ EREN, s. 1181.

¹⁴ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 341.

¹⁵ OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 529 – 530.

¹⁶ HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 376.

¹⁷ Von TUHR, Andreas; Borçlar Hukukunun Umumi Kısım C.1-2., Çev. Cevat Edege, 2.Bası, Olgaç Matbaası, Ankara 1983, s. 763.

¹⁸ CANSEL/ ÖZEL, s. 713-714.

Görüldüğü üzere; kimi yazarlar¹⁹, ceza koşulunun sözleşme veya hukukî işlem olduğuna vurgu yaparak, ceza koşulunu borçlunun borcunu ihlal etmesi halinde edimde bulunmayı yüklediği sözleşme ya da sözleşmeyi de içinde barındıran hukukî işlem olduğunu belirterek tanımlamaktadır. Diğer bir kısım yazarlar²⁰ ise, ceza koşulunun edim karakterini esas alarak, ceza koşulunu borcun ihlali halinde, sözleşmeyle ya da hukukî işlemle kararlaştırılan, borçlunun yerine getirmeyi yüklediği edim olarak tanımlamaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki; sadece sözleşmeyle değil, tek taraflı bir hukukî işlemle de kararlaştırılabilen ceza koşulundan sözleşme yerine, kavramsal olarak sözleşmeyi de kapsayan hukukî işlem olarak bahsedilmesi daha isabetli olacaktır²¹. Bununla birlikte, ceza koşulu kavramı gerek doktrinde gerekse de TBK’ da, borcun ihlali halinde borçlu tarafından ifası taahhüt edilen edimi ifade etmek için²² kullanıldığı gibi bu edimin kararlaştırıldığı hukukî işlem²³ için de kullanılabilir. Yine ceza koşulu kavramı kullanılırken ceza koşulu kurumu da²⁴ kastedilmektedir.

Doktrinde yukarıda yer verilenler dışında yapılan diğer tanımlar, ceza koşuluna konu edim veya ceza koşulunun kararlaştırıldığı hukukî işlemin esas alınması yönleri haricinde birbirine yakındır. Yargıtay kararlarında, ceza koşulu için yapılan tanımlamalar da doktrinde yapılan tanımlamalara benzerlik göstermektedir. eBK’ dan farklı olarak ceza koşulu kavramının kullanıldığı TBK’ nın yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde de, kavramsal farklılığa rağmen, ceza koşulunun tanımı eski içtihatlardaki tanımlamalara paralel olarak yapılmıştır. Yargıtay’a göre²⁵ *ceza koşulu*, borçlunun, asıl borcunu ilerde, hiç veya gereği gibi ifa etmediği takdirde alacaklıya

¹⁹ BİLGE, s.39; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 427; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 529 – 530.

²⁰ TUNÇOMAĞ, s. 6; EREN, s. 1181; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 341; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 376; CANSEL/ ÖZEL, s. 713 – 714; YAVUZ, Nihat; Borçlar Hukuku El Kitabı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 526; GÜNAY, Cevdet İlhan; Cezai Şart (BK md. 158 – 161), Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s. 8; GÜLSEVEN, s. 24

²¹ TUNÇOMAĞ, s. 6, 59; EREN, s. 1181; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 343

²² Aşırı ceza koşulunun hâkim tarafından kendiliğinden indirileceğini düzenleyen TBK md. 182, f. 3’ te ceza koşulu kavramı, taahhüt edilen edimi ifade etmek için kullanılmıştır. Bunun gibi TBK md. 131, f. 1, 2; md. 260, f. 2; md 271, f. 3; md. 346; md. 420, f. 1; md. 446, f. 2, 3; md. 589, f. 4 hükümlerinde de ceza koşulu kavramı, ceza koşuluna dair hukukî işlemle taahhüt edilen edimi ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için Bkz. KOCAAĞA, s. 27; YAĞCIOĞLU, s. 20.

²³ TBK md. 182, f. 2 de kullanılan ceza koşulu kavramı ise hem ceza koşulunun kararlaştırıldığı hukukî işlemi hem de bu hukukî işlemle kararlaştırılan ceza koşuluna ilişkin edimi ifade etmektedir(KOCAAĞA, s. 27).

²⁴ TBK md. 181’ de yer alan ceza koşulu kavramı, ceza koşulu kurumunu kastetmektedir. Bunun gibi, TBK md.121, f. 2’ de yapılan atıf da kullanılan ceza koşulu kavramı da ceza koşulu kurumunu ifade etmektedir(KOCAAĞA, s. 27).

²⁵ Yarg. HGK; T. 12.11.2014, E. 15-1140/ K. 90(www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T: 04.03.2018).

karşı ifa etmeyi önceden taahhüt ettiği edime denir. Bu nedenle ceza koşulu, asıl borca bağlı olarak ve ancak bu borcun ihlali ile doğabilecek olan fer'i bir edimdir. Söz konusu tanımlamada da ceza koşuluna konu edimin esas alınmış olduğu görülmektedir.

Bütün bu tanımlardan yola çıkarak bir tanım yapmak gerekirse; *ceza koşulu*, asıl borcun hiç veya kısmen yerine getirilmediği ya da gecikmeli veya yerine getirme koşullarının aksine bir şekilde yerine getirildiği durumlar için, borçlunun hukukî bir işlemle alacaklıya karşı yerine getirmeyi önceden taahhüt ettiği, ekonomik değere sahip, asıl borçtan ayrı bir edimi ifade eder.

III. CEZA KOŞULUNUN UNSURLARI

A. ASIL BORCUN MEVCUDİYETİ

Ceza koşulunun tanımında da belirttiğimiz üzere, ceza koşulu bir borcun ifasının hiç veya kısmen yerine getirilmediği ya da zamanında yerine getirilmediği veya kararlaştırıldığı aksine yerine getirildiği durumlar için kararlaştırılmaktadır. Bu halde, ceza koşulunun kararlaştırılması asıl bir borcun mevcudiyetine bağlıdır. Asıl borç yok ise ceza koşulundan söz edilemez²⁶. Ceza koşulunun fer' i nitelikte borç olma özelliği bu unsurdan kaynaklanmaktadır.

Bu anlamda, ceza koşulunun geçerliliği bağlı bulunduğu asıl borcun geçerli olmasına bağlıdır. TBK md. 182/2'de asıl borcun geçersiz olması halinde, bu borca bağlanan ceza koşulunun talep edilemeyeceği düzenlenmiştir. Doktrinde TBK md. 182, f. 2 hükmünün TBK md. 27 hükmüne ilişkin olduğu kabul edilmektedir²⁷. Asıl borcun, kamu düzenine, kişilik haklarına, ahlaka ve emredici hukuk kurallarına aykırı olması veya içeriğinin imkânsız olması nedeniyle TBK md. 27 gereğince hükümsüz olması halinde, asıl borca bağlı ceza koşulu da hükümsüz olacaktır²⁸.

Diğer taraftan, TBK md. 12/2 hükmünde kanunda öngörülen şeklin kural olarak geçerlilik şekli olduğu ve bu şekle uyulmaksızın yapılan sözleşmelerin hüküm doğurmayacağı düzenlenmiştir. TBK md. 12/2 hükmü gereği, geçerlilik şekline uyulmaksızın yapılan bir sözleşme hüküm doğurmayacağı gibi, bu sözleşmeye bağlanan

²⁶ CANSAL/ ÖZEL, s. 721; GÜLSEVEN, s. 33; EREN, s. 1182; KILIÇOĞLU, s. 534; TUNÇOMAĞ, s. 7; TAMER, s. 761; YAĞCIOĞLU, s. 109.

²⁷ BİLGE, s. 68; KOCAAĞA, s. 76; TERCİER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 430; EKİNCİ, s. 59.

²⁸ TUNÇOMAĞ, s. 81 – 83; KOCAAĞA, s. 75 – 81; BİLGE, s. 67 vd; TAMER, s. 761; YAĞCIOĞLU, s. 109.

ceza koşulu da hüküm doğurmayacaktır²⁹. Ancak belirtmek gerekir ki, şekle aykırılığın dürüstlük kuralına ve hakkın açıkça kötüye kullanılması yasağına aykırı olarak ileri sürülmesi durumlarının hâkim tarafından re'sen ele alınarak, bu tür şekle aykırılık iddialarının dinlenilmemesi ve bu halde ceza koşulunun bağlandığı asıl borcun dayandığı hukukî işlem ve/veya sözleşmenin geçerli sayılması gerektiği ve bunun gibi asıl borca bağlı olan ceza koşulunun da geçerli sayılması gerektiği doktrin³⁰ ve Yargıtay³¹ tarafından kabul edilmektedir. Doktrinde, Oğuzman/ Öz tarafından ileri

²⁹ von TUHR, s. 764; EREN, s. 1183 - 1184; CANSER/ ÖZEL, s. 718; KILIÇOĞLU, s. 974; TUNÇOMAĞ, s. 61; BİLGE, s. 76; GÜLSEVEN, s. 38; KOCAAĞA, s. 82, 120 – 121, 162; YAĞCIOĞLU, s. 161 – 162; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 537. TERCİER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 430,431; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 380; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 344, dpn. 8. Doktrinde, şekle aykırılığa uygulanacak yaptırım konusunda, klasik görüş olarak tarif edilen, kesin hükümsüzlük yaptırımının uygulanması gerektiğine dair görüş karşısında, burada kendine özgü hükümsüzlük yaptırımının söz konusu olduğuna dair yeni bir görüş son zamanlarda savunulmaktadır. Bu görüşe göre; şekil kuralları, tarafları düşünmeye sevk ederek acele karar vermelerini önleme ve bu suretle daha dikkatli olmalarını sağlamak suretiyle koruma amacıyla getirilmiştir. Bu halde, tarafların kanunun öngördüğü geçerlilik şekline aykırı olarak yaptıkları sözleşme gereği olan edim yükümlülüklerini iradelerini sakatlayan bir sebep olmaksızın, bilerek ve isteyerek yerine getirmeleri, şekil kurallarının korunmasından vazgeçtikleri anlamına gelir. Bu nedenle, şekle aykırı hukukî işlem ve/ veya sözleşmenin tarafları bu aykırılığı ileri sürmedikçe hâkim tarafından re' sen dikkate alınmamalı ve yine üçüncü bir şahıs tarafından da ileri sürülemez (EREN, s. 291 – 294; TERCİER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 217 – 219). Bunun karşısında, bizim de katıldığımız görüşe göre, kanunun geçerlilik şekli olarak öngördüğü şekil kurallarına aykırılığın yaptırımı kesin hükümsüzlük olup, bu aykırılığın hâkim tarafından da re' sen dikkate alınıp, kesin hükümsüzlük yaptırımını uygulaması gerekmektedir. Zira; TBK md. 12, f. 2' de de; kanunun öngördüğü şekil kurallarının geçerlilik şekli olduğu belirtildikten sonra, bu şekil kurallarına aykırı olarak kurulan sözleşmelerin hüküm doğurmayacağı hükmedilmiştir. Burada yer alan, “hüküm doğurmama” ifadesi; hükümsüzlük yaptırımını ifade etmektedir. O halde, kanunun bu açık düzenlemesi karşısında; geçerlilik şekline aykırı olan bir sözleşmeye, kanunun emrelediği şekilde kesin hükümsüzlük yaptırımının uygulanmayıp, nisbi butlan yaptırımına yaklaşan kendine özgü hükümsüzlük görüşü benimsenirse, şekle aykırılık “iptal edilebilirlik” yaptırımının uygulanacağı hallerden birine dönüşür (KILIÇOĞLU, s. 204 – 207; OĞUZMAN/ ÖZ (I), s. 155; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 53).

³⁰ KOCAAĞA, s. 123; KILIÇOĞLU, s. 974; YAĞCIOĞLU, s. 164; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 52; TAMER, s. 761.

³¹ Yarg. 13. HD, T. 18.11.2013, 16327/ 28297 : “Somut olayda taraflar arasında tanzim edilen davanın dayanağını teşkil eden adi yazılı şekilde düzenlenmiş cezai şartı birlikte içeren taşınmaz satış vaadi sözleşmesi geçersiz ise de taahhüt edilen yer dışında, yola cephesi olmayan başka bir parselin tapudan devri yapılmakla artık sözleşmenin bu kısmının geçersiz olduğunu söylemek dürüstlük kuralına aykırı düştüğü kabul edilmektedir. Taraflarca yükümlenen edimler yerine getirildiğinden sözleşmenin şekle aykırılığı ileri sürülerek bunun iadesinin istenmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği Yargıtay uygulamasıyla kararlılık kazandığından; bu çözüm tarafların tapuda işlem yapmakla edimlerini yerine getirerek geçerli hale soktuğu sözleşmeyi salt adi şekilde yapıldı diye şekle aykırılığı ileri sürerek tapuda düzenlenen sözleşmeden dönülmesinin ve verilenlerin geri istenmesinin önüne geçilmesini sağlamak için kabul edilmiş bir yöntemdir.” (www.kazanci.com.tr, E.T. : 11.8.2019); Yarg. 19. HD, T. 15.2.2016, 9429/ 2276 : “...Asıl borç bir geçerlilik şekline bağlanmışsa, cezai şartın borç doğurabilmesi aynı şekilde kararlaştırılmış bulunmasına bağlıdır. Ancak, geçerlilik şekline bağlı olan bir sözleşme bu şekilde uygun olarak yapılmadığı halde, şekle aykırılığın ileri sürmenin dürüstlük kurallarıyla bağdaşmaması nedeniyle dinlenmediği hallerde, sözleşme geçerli sayıldığından, onun fer' i niteliğinde olan cezai şart da geçerli sayılacaktır.” (BERBEROĞLU/ YENİPINAR, Filiz; Ticarî Davalar & Cezai Şart Yüksek Yargı Kararları, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 59 – 61); Yarg. 19. HD, T. 24.5.2016, 17632/ 9261 : “...Cezai şart, asıl borcun bağlı olduğu şekle tabidir. Asıl borç bir geçerlilik şekline bağlanmışsa, cezai şartın borç doğurabilmesi aynı şekilde kararlaştırılmış bulunmasına bağlıdır. Ancak, geçerlilik şekline bağlı olan bir sözleşme bu şekilde uygun olarak yapılmadığı halde, şekle aykırılığı ileri sürmenin dürüstlük kurallarıyla bağdaşmaması sebebiyle dinlenmediği hallerde, sözleşme geçerli sayıldığından, onun fer'i

sürülen ve bizim de katıldığımız görüşe göre, sözleşme geçerlilik şekline uygun yapılmadığından hükümsüz olsa da sözleşmenin içeriğinde geçerlilik arz eden bir hüküm mevcutsa ve bu hükümden doğan borç için ceza koşulu kararlaştırılmış ise asıl borç mevcut olduğundan bu borç için kararlaştırılan ceza koşuluna da geçerlilik tanımak gerekir³².

Ayırt etme gücüne sahip olmayanların yaptıkları işlemlerin hukukî sonuç doğurmayacağına dair TMK md. 15 hükmü karşısında; ayırt etme gücüne sahip olmayan birinin borçlandığı hukukî işlem hükümsüz olacağı gibi, bu geçersiz hukukî işlemle veya bağımsız olarak yapılan hukukî işlemle taahhüt edilen ceza koşulunun da hükümsüz olduğunu belirtmek gerekir³³. Yine muvazaa nedeniyle baştan itibaren hükümsüzlük yaptırımıyla karşı karşıya kalacak olan bir borç için kararlaştırılan ceza koşulu da hükümsüz olacaktır³⁴.

Kesin hükümsüzlük yaptırımından farklı olarak, hâkim tarafından re' sen göz önünde bulundurulamayan iptal yaptırımının uygulanmasını gerektiren aldatma, korkutma, yanılma ve aşırı yararlanma hallerinin asıl borcun dayanağı hukukî işlem bakımından mevcut olması durumunda, hukukî işlemin iptalinin talebiyle asıl borcun dayanağı hukukî işlemin iptaline karar verilmesi halinde asıl borç gibi ona bağlı ceza

nitelikte olan cezai şart da geçerli sayılacaktır. Cezai şartın fer'ilik niteliği asıl borca bağlı olduğu sürece devam eder..."(www.kazanci.com.tr, E.T. : 11.8.2019). Benzer yönde içtihatlar için Bkz. **KOCAAĞA**, s. 123, dñn. 206; **KILIÇOĞLU**, s. 974, dñn. 1020.

³² **OĞUZMAN/ ÖZ (II)**, s. 537, dñn. 410 ; **KOCAAĞA**, s. 122. Bu duruma, karma sözleşme niteliğinde olan kat (arsa payı) karşılığı inşaat sözleşmelerinde yer alan hükümlerden yola çıkılarak örnek verilebilir. Bu tip sözleşmelerde yer alan taşınmaz payını devir taahhüdü ve bu taahhüt karşılığında para yerine inşaat yapılmasına dair edimin noterde yapılacak sözleşmede yer alması gerekse de, inşaatın bitim zamanı ve inşaatla kullanılan malzeme gibi inşaatın niteliğine dair sözleşme hükümleri, noterde yapılacak sözleşmede atıf yapılacak olan harici bir adi yazılı sözleşmeyle kararlaştırılabilir. Zira, bu gibi inşaatın niteliğine ve inşaatın bitim ve teslim sürelerine ilişkin konuları düzenleyen hükümlere dair resmi yazılı şekil şartı bulunmamaktadır. Bu halde, noterde yapılan sözleşmede atıf yapılan adi yazılı şekilde yapılan sözleşmede yer alan inşaatın bitim süresi veya niteliğine dair taahhütlere bağlanan ceza koşullarının da adi yazılı şekilde olan bu harici sözleşmede veya yine noterde yapılan sözleşme veya adi yazılı sözleşmeden hariç başkaca bir adi yazılı bir sözleşme veya taahhütnamede kararlaştırılması halinde, ceza koşulu geçerli sayılmalıdır. Buna karşın, noterde yapılan sözleşmede yer alması gereken sözleşme edimlerine bağlanan ceza koşullarının ise yine noterde yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmesinde veya bu sözleşmeden hariç olarak bir ceza koşulu anlaşması yapılacaksa da, bu sözleşmenin de yine noterde resmi yazılı şekilde yapılması gerekir(**OĞUZMAN/ ÖZ (II)**, s. 537, dñn. 410; **KOCAAĞA**, s. 122 – 123). **YAĞCIOĞLU**, verilen örnek yönünden inşaatın bitim süresi ve niteliğine dair taahhütlerin, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin asli edimi olan inşaat yapma borcuyla ilgili olduğunu ve bu taahhütler üzerinde bu şekilde durulmasıyla sözleşmenin subjektif esaslı noktaları haline geldiğini, bu nedenle asli edimin şekline tabi olması gerektiğini, bu taahhütler için kararlaştırılan ceza koşulunun da aynı şekil kurallarına tabi olacağını ve gerek bu bahsi geçen inşaatın bitim süresi ve niteliğine ilişkin taahhütlerin, gerekse de bu taahhütler için kararlaştırılan ceza koşulu kaydının resmi yazılı şekle tabi olacağını ileri sürmektedir(**YAĞCIOĞLU**, s. 164 – 165).

³³ **TUNÇOMAĞ**, s. 82; **BİLGE**, s. 67; **OĞUZMAN/ ÖZ (II)**, s. 537; **EREN**, s. 1183; **KOCAAĞA**, s. 82 – 83.

³⁴ **KOCAAĞA**, s. 82 – 83; **YAĞCIOĞLU**, s. 109 – 110.

koşulu da iptal edilmiş olur³⁵. Ancak, şu hususu da belirtmek gerekir ki, iptal yaptırımına tabi iradeyi sakatlayan hallerin ileri sürülmesi, kanun koyucu tarafından bir süreye bağlanmıştır. Borçlu, iradeyi sakatlayan hallerden aldatma ve yanıltmada öğrenmeden itibaren, korkutmada ise etkisinin geçmesinden itibaren 1 yıl içinde söz konusu sözleşmeyle bağlı olmadığını bildirmediği veya bildirip iptalini talep etmesine rağmen daha sonra bu talebinden vazgeçtiği takdirde, asıl borcun bağlı bulunduğu sözleşme baştan itibaren geçerli sayıldığı gibi buna bağlı ceza koşulu da geçerli olacaktır³⁶. Aşırı yararlanma durumunda da borçlu tarafından 1 ve 5 yıllık süreler dahilinde TBK md. 28, f. 1’ de düzenlenen haklar kullanılmazsa ya da kullanıldıktan sonra bundan vazgeçilirse aynı durum söz konusu olacak, asıl borca bağlı sözleşme gibi ceza koşulu da kararlaştırıldığı şekliyle baştan itibaren geçerliliğini koruyacaktır³⁷. Bu süreler henüz dolmadan, arada hareketsiz olarak geçirilen dönemde ceza koşulunun geçerliliğinin askıda olduğu doktrinde ifade edilmektedir³⁸. Yine yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, kişinin asıl borcun taahhüt edildiği hukukî işlemdeki irade sakatlığını öğrenmesine rağmen bu borca ilişkin ceza koşulu taahhüdünde bulunmasının, kişinin irade sakatlığına dayalı iptal talep hakkından vazgeçtiği anlamına gelen örtülü bir onay anlamına geleceği ileri sürülmektedir³⁹.

TBK md. 179 hükmünün lafzından, ceza koşulunun bağlandığı asıl borcun bir sözleşmesel ilişkiden kaynaklanması gerektiği gibi bir izlenim ortaya çıkmaktadır. Uygulamada ceza koşulunun bağlı bulunduğu asıl borç genellikle sözleşmesel ilişkilerden kaynaklanmaktadır. Ancak, ceza koşulunun uygulama alanını açıklarken de bahsettiğimiz üzere, asıl borcun kaynağının bir sözleşme olması zorunlu değildir.⁴⁰

³⁵ OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 537; TUNÇOMAĞ, s. 83 – 84; KOCAAĞA, s. 83; EREN, s. 1183; YAĞCIOĞLU, s. 111 – 112.

³⁶ TUNÇOMAĞ, s. 83 – 84; KOCAAĞA, s. 83; YAĞCIOĞLU, s. 112.

³⁷ TUNÇOMAĞ, s. 83 – 84; BİLGE, s. 72; KOCAAĞA, s. 83; YAĞCIOĞLU, s. 111 – 112. Ceza koşulu, bir karşı edim mukabilinde taahhüt edilmiş bir edim olmadığı için, ceza koşulu borçlusunun aşırı yararlanma hükümlerine başvuramayacağına ilişkin görüş için Bkz. BİLGE, s. 114; EREN, s. 1190; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 551; KOCAAĞA, s. 175, 395. Buna karşılık, bizim de katıldığımız tacirin sadece zor durumda kalma durumuna dayanarak, ceza koşulu bakımından TBK md. 28’ de düzenlenen aşırı yararlanma hükümlerine başvurabileceğine ilişkin karşı görüş için Bkz. ARKAN, Sabih; Ticarî İşletme Hukuku, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Son Değişikliklere Göre Hazırlanmış ve Genişletilmiş 24. Bası, Ankara 2018, s. 159; POROY, Reha/ YASAMAN, Hamdi; Ticarî İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 15. Bası, İstanbul 2015, s. 142 - 143; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 357

³⁸ TUNÇOMAĞ, s. 84; GÖKÇEOĞLU, s. 44; YAĞCIOĞLU, s. 112.

³⁹ TUNÇOMAĞ, s. 84; GÖKÇEOĞLU, s. 44; YAĞCIOĞLU, s. 112.

⁴⁰ TUNÇOMAĞ, s. 9; BİLGE, s. 60; YAVUZ, s. 526; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 343.

Ceza koşulu, haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan ya da kanundan doğan bir borcu teminat almak için kararlaştırılabilecektir⁴¹.

Hemen belirtelim ki, ceza koşulunun bağlandığı asıl borcun, ceza koşulunun taahhüt edildiği ve/veya kararlaştırıldığı anda var olması zorunlu olmayıp, gelecekte doğacak olan veya koşula bağlı borçlar için de ceza koşulu kararlaştırılabilir⁴². Meğer ki, ceza koşulunun bağlı bulunduğu asıl borç doğmuş ve/veya hükümden kalkmamış olsun. Zira, geciktirici koşula bağlı bir borca ceza koşulu bağlanmış ve taahhüt edilmişse, ceza koşulunun hüküm ifade etmesi için bu geciktirici koşulun gerçekleşmiş ve asıl borcun kesin olarak doğmuş olması gerekmektedir. Aksi halde, ceza koşulunun bir işlevi olmayacak, yürürlüğe girmeyecektir.⁴³ Bu durum ceza koşulunun, asıl borca bağlı olmasından, yani fer' i niteliğinden kaynaklanmaktadır⁴⁴. Bozucu şarta bağlanan ceza koşulu bakımından ise, bozucu şart gerçekleştiğinde ceza koşulu da hükümsüz hale gelecektir⁴⁵.

Ceza koşulunun bağlı olduğu asıl borç, bir verme borcu olabileceği gibi yapma veya yapmama borcu da olabilir⁴⁶. Yapmama borçlarına bağlanan ceza koşuluna örnek olarak rekabet yasağı sözleşmelerine bağlanan ceza koşulu gösterilebilir. Bunun dışında, ceza koşulunun bağlandığı asıl borcun, ekonomik bir değere sahip olması da gerekmeyp, parayla ölçülemeyen edimler de ceza koşuluyla güvence altına alınabilir⁴⁷. Dernek tüzüğünde, üyelerin maddi değer taşımayan yükümlülüklerini yerine getirmelerini güvence altına amacıyla kararlaştırılan ceza koşulları, bu duruma örnek verilebilir⁴⁸. Oğuzman/ Öz tarafından, irade beyanında bulunma, açıklama yapma gibi bir borcun temini için de ceza koşulunun kararlaştırılabileceği ileri sürülerek buna örnek olarak, bir kurulda belli bir yönde oy kullanma veya bir konuda karşı tarafı aydınlatma borcu için ceza koşulu kararlaştırılabileceği verilmişse de⁴⁹ belli bir yönde oy kullanma ya da açıklama yapma gibi kişisel hak ve özgürlüklerle ilgili konuların borç olarak

⁴¹ BİLGE, s. 60 – 61 ; TUNÇOMAĞ, s. 9 – 11; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 343; EREN, s. 1182; CANSEL/ ÖZEL, s. 717; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 533; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 376; TAMER, s. 735; AKKAYAN YILDIRIM, s. 366; KOCAAĞA, s. 73- 75; DİRİCAN, s. 21 – 22; YAĞCIOĞLU, s. 113.

⁴² BİLGE, s. 50; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 533; KOCAAĞA, s. 65, 75; YAĞCIOĞLU, s. 115.

⁴³ BİLGE, s. 50; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 533; KOCAAĞA, s. 65, 75; YAĞCIOĞLU, s. 115.

⁴⁴ BİLGE, s. 50; KOCAAĞA, s. 66.

⁴⁵ OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 533; KOCAAĞA, s. 75; YAĞCIOĞLU, s. 115.

⁴⁶ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 343; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 534; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 376; CANSEL/ ÖZEL, s. 718; KOCAAĞA, s. 67; GÜLSEVEN, s. 33; YAĞCIOĞLU, s. 114.

⁴⁷ HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 377; BİLGE, s. 110; KOCAAĞA, s. 68; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 344; GÜLSEVEN, s. 33; YAĞCIOĞLU, s. 115.

⁴⁸ TUNÇOMAĞ, s. 7 – 8; KOCAAĞA, s. 68; YAĞCIOĞLU, s. 115 – 116.

⁴⁹ OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 534.

kararlaştırılarak bunların ceza koşuluna bağlanmasının, kişisel hak ve özgürlüklerden vazgeçilmesi veya hukuka ve ahlaka aykırı olarak sınırlanması bağlamında değerlendirilmesi ve bu anlamda TMK md. 23 ile TBK md. 26, 27' ye aykırılık söz konusu olmaz ise, bu tip borçlanmaların ve buna bağlanacak olan ceza koşullarının geçerli sayılması gerektiği kanaatindeyiz.

Bir verme borcu niteliğinde olan para borçları için ceza koşulunun kararlaştırılması mmkndr⁵⁰. Yargıtay, daha önceleri konusu para olan edim borçlarını güvence altına almak için ceza koşulu kararlaştırılmasını kabul etmemekteydi⁵¹. Yargıtay'ın önceki tarihlerde, para borcu için ceza koşulu kararlaştırmanın mümkün olmadığına dair bu kararlarının gerekçesi, para borcunun ifa edilmemesi ile temerrüdün gerçekleşmesi durumunda alacaklıya temerrüt faizi isteme hakkının tanınması ve para borcunun ifa edilmemesinden doğan zararın faizden ibaret olduğu, bundan başkaca bir zarar var ise de, bu zararın tazmininin aşkın zarara ilişkin yasal hükme (TBK md. 122) başvurularak sağlanması gerektiği, tarafların önceden ceza koşulu kararlaştırmasıyla aşırı faiz oranlarına vücut verilmesine izin verilemeyeceği ve bunun kanuna karşı hile oluşturacağı noktasında idi. Ancak, Yargıtay daha sonra bu görüşünden dönerek, para borçları için de ceza koşulu kararlaştırılabileceğine isabetli olarak karar vermiřtir⁵². Zira, Yargıtay'ın önceki kararlarının verildiği tarihlerde yürürlükte bulunan 818 sayılı BK ve diğer mevzuatta temerrüt faizine getirilen bir sınırlama söz konusu olmadığı gibi, temerrüt faizini aşan bir zararın tazmini için TBK md. 122 hükmüne başvurulacak olması da temerrüt faizi yanında ceza koşulu kararlaştırılmasına engel değildir. Diğer taraftan, ceza koşulunun zararın önceden tespit ve ispat külfetinden kurtarma gibi bir işlevi var ise de ceza koşulunun işlevleri bundan ibaret olmayıp, bundan daha önemli olan bir diğer işlevi de ifaya teşvik etme, zorlama, psikolojik baskı yaratma özelliğidir. Ceza koşulu, zarar doğmasa bile kararlaştırılabilir. Bu anlamda, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 12.1.1965 ve 7.12.1965 tarihlerinde verdiği

⁵⁰ TUNçOMAğ, s. 8; BİLGE, s.64 vd.; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOğLU/ ALTOP, s. 343 – 344; OğUZMAN/ Z (II), s. 534; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 377; EREN, s. 1182; CANSEL/ ÖZEL, s. 718; KOCAAğA, s. 68; GÜLSEVEN, s. 34; YAVUZ, s. 526 – 527; YAğCIOğLU, s. 118.

⁵¹ Yarg. 4. HD, T.12.01.1965, 1042/ 85(KOCAAğA, s. 69, dpn.24); Yarg. 4.HD, T. 7.12.1965, 9146/ 6973 (TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOğLU/ ALTOP, s. 343, dpn.3). Kararlara karşı eleştiriler ve para borçlarının ifa edilmemesi hali için de ceza koşulu kararlaştırılmasının mümkün olduğuna dair görüşler ve açıklamalar için Bkz. TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOğLU/ ALTOP, s. 343-344; TUNçOMAğ, s. 8; BİLGE, s. 64-67; KOCAAğA, s. 68-71; YAğCIOğLU, s. 117.

⁵² Yarg. 13.HD, T.20.04.1995, 3643/ 3986(GÜNAY, s. 13); Yarg. 13.HD, T. 18.04.1996, 3746/ 3964(EKİNCİ, s. 83); Yarg.13. HD, T. 30.05.1995, 5223/ 5284 : “...Ayrıca para borcunun ödenmemesi veya eksik veya geç ödenmesi halleri için ceza koşulu yanında ayrıca temerrüt faizi ödenmesi de öngörülebilir. Bu nitelikte bir sözleşmenin yapılmasına engel bir hükümde yasalarımızda bulunmamaktadır.”(www.kazanci.com.tr, E.T.: 06.06.2019).

söz konusu kararların gerekçelerine katılmak mümkün değildir.⁵³ Şu an yürürlükte bulunan faize ilişkin mevzuatımızda faiz oranının belirlenmesine ilişkin sınırlandırmalar mevcuttur⁵⁴. Bu durumda, bu sınırlamaları aşmak amacıyla kararlaştırılan ceza koşulu, kanuna karşı hile meydana getirebilecektir⁵⁵. Bu durumun, hâkim tarafından re' sen gözetilmesi gerekir. Ancak, böyle bir ihtimalin varlığı, para borçlarını güvence altına almak için, ceza koşulunun kararlaştırılmasına engel değildir⁵⁶.

Tam borçlar gibi, eksik borçların ifasının kuvvetlendirilmesi için de ceza koşulu kararlaştırılabilir⁵⁷. Ahlaki ödevden kaynaklanan bir eksik borç ile zamanaşımı itirazına uğrayarak eksik borç durumuna gelmiş borç hakkında ceza koşulunun kararlaştırılmasının mümkün olduğu ve borcun ifa edilmemesi halinde ceza koşulunun ödenmesinin istenebileceği doktrinde kabul edilmektedir⁵⁸. Ancak kumar ve bahisten doğan borçlar ile evlenme tellallığından doğan borçlar bakımından ceza koşulunun kararlaştırılması mümkün değildir⁵⁹. Bu halde, eksik borçların ifası için ceza koşulunun

⁵³ TUNÇOMAĞ, s. 8; BİLGE, s. 64 – 66; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 343 – 344; KOCAAĞA, s. 69 – 71; GÜLSEVEN, s. 33 – 34; YAĞCIOĞLU, s. 117 - 118.

⁵⁴ Bkz. TBK md. 88, 120 ve ayrıca 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun (RG.19.12.1984, No.18610, s. 120), md. 1, 2.

⁵⁵ Aynı yönde Bkz. TOPÇUOĞLU, Hamide; Kanuna Karşı Hile (Kanundan Kaçınma Yolları) Doktora Tezi Müdafaa Tarihi 23 Mayıs 1949, Selüloz Basımevi, İzmit 1950, s. 148; KOCAAĞA, s. 72, 103. Aksi yönde Bkz. YAĞCIOĞLU, s. 120.

⁵⁶ OĞUZMAN/ ÖZ' e göre, para borçlarını güvence altına almak için ceza koşulu kararlaştırılabilir. Ancak, ceza koşulunun kararlaştırılması halinde, hem ceza koşulunun hem temerrüt faizinin birlikte istenebileceği kararlaştırılmaz ise ayrıca temerrüt faizi istenemez(OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 534). HATEMİ/ GÖKYAYLA ise; para borcunun ödenmemesi halinde faize hükmedilecek olmasının para borçlarında ceza koşulu kararlaştırılmasına mani olmayacağını belirtmektedirler(HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 377).

⁵⁷ EREN, s. 1183; EKİNCİ, s. 37. Aksi yönde Bkz. KILIÇOĞLU, s. 973 : Yazar, zamanaşımına uğramış veya ahlaki bir ödevden kaynaklanan eksik borçları ayrı tutmaksızın, genel bir ifadeyle eksik borçlar için ceza koşulunun kararlaştırılamayacağını belirtmiştir.

⁵⁸ TUNÇOMAĞ, s. 11-12; BİLGE, s. 71-72; EREN, s. 1183; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 378; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 533; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 344; KOCAAĞA, s. 85-86; GÜLSEVEN, s. 35; GÜNAY, s. 16. YAĞCIOĞLU, zamanaşımına uğramış bir borç için kararlaştırılan ceza koşulu bakımından yapmış olduğu değerlendirmede; TBK md. 160, f. 1 gereği zamanaşımı def' inde bulunulup, sonradan feragat edildiği durumda asıl borç takip ve dava edilebileceğinden ve eksik borç özelliği ortadan kalkmış olacağından, buna bağlı olarak kararlaştırılan ceza koşulunun da eksik borç olmaktan çıkacağı, ancak zamanaşımı def' inden feragatin söz konusu olmadığı durumda asıl borcun da ceza koşulunun da eksik borç niteliğinde olacağını ifade etmektedir(YAĞCIOĞLU, s. 122). BİLGE ise, zamanaşımına uğramış bir borç için ceza koşulu kararlaştırılmasının ve borçlu tarafından bu yönde yapılan taahhüdün, zamanaşımı def' inden vazgeçme anlamına geleceği ve ceza koşulunun geçerli olacağı görüşündedir(BİLGE, s. 72, aynı yönde Bkz. KOCAAĞA, s. 86 – 87). Ahlaki yükümlülüklerden kaynaklanan borçlar için kararlaştırılan ceza koşulu ise hiçbir zaman eksik borç niteliğinde olmayacaktır. Zira, bu tür borçlar için ceza koşulunun kararlaştırılması, onları eksik borç olmaktan çıkararak dava ve takip edilebilir bir borç haline getirir(BİLGE, s. 71; FEYZİOĞLU, s. 392; YAĞCIOĞLU, s. 122; KOCAAĞA, s. 86).

⁵⁹ TUNÇOMAĞ, s. 11; BİLGE, s. 71; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 344; EREN, s. 1183; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 533; KOCAAĞA, s. 85; GÜLSEVEN, s. 35; GÜNAY, s. 16; Kumar ve bahisten doğan borçlar ile evlenme tellallığından doğan eksik borçlar için ceza koşulu kararlaştırılmış ise, bu kararlaştırılan ceza koşulunun da bir eksik borç olacağı ve bundan dolayı ceza koşulunun kararlaştırılmasından beklenen ifaya teşvik etme, zorlama gibi yararların böyle bir durumda söz konusu

kararlaştırılıp kararlaştırılamayacağının tayini için borcun eksik borç olmasının nedenine bakmak en uygun yoldur⁶⁰. Eksik borcun, güvence altına alınabilme durumuna göre ceza koşuluna bağlanabileceği sylenebilir⁶¹.

B. ASIL EDİMDEN BAĞIMSIZ VE EKONOMİK DEĞER TAŞIYAN EDİM OLMASI

Asıl borcun ifasını güvence altına almak için kararlaştırılan ceza koşulunun, asıl borçtan ayrı ve bağımsız bir edim olması gerekir⁶². Ceza koşulu ediminin asıl borçtan ayrı ve bağımsız olması, ceza koşuluna konu edimin niteliği yönünden olabileceği gibi miktarı bakımından da olabilir⁶³. Bu duruma bir örnek verecek olur isek, bir bisikletin satımına ilişkin sözleşmede satıcının bisikleti teslim borcunu yerine getirmemesi halinde bisikleti alıcıya teslim edeceğine dair bir taahhüdü, asıl borca konu edimden ne nitelik ne de miktar bakımından ayrı olmadığından ceza koşulu olarak sayılmayacaktır⁶⁴. Verilen örnekte, satım konusu bisikletin teslim borcunun yerine getirilmemesi durumunda iki bisiklet ve bir miktar para verileceğinin kararlaştırılması halinde, gerek edimin niteliği gerekse de miktarı bakımından bir değişim söz konusu olduğundan böyle bir taahhüt ceza koşulu olarak kabul edilecektir⁶⁵. Bu nedenle, ceza koşuluna konu edimin asıl borçtan sadece miktar yönünden farklı olması yeterli olduğundan para borçları için kararlaştırılan ceza koşuluna konu edimin para olması mmkndr⁶⁶. Ancak ceza koşuluna konu edimin para olarak kararlaştırılması zorunlu olmayıp, ekonomik değeri olan yapma veya verme edimi ya da ekonomik değeri olmak kaydıyla bir yapmama edimi de ceza koşulu olarak kararlařtırılabilir⁶⁷. Örneğin; satıcının yirmi ton buğdayın zamanında teslim etmemesi halinde beşyüz kilogram

olamayacağına dair görüş hakkında Bkz. **BİLGE**, s. 71; **FEYZİOĞLU**, s. 392; **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s. 344; **YAĞCIOĞLU**, s. 121; **YAVUZ**, s. 527; **GÜLSEVEN**, s. 35; **KOCAAĞA**, s. 85; **OĞUZMAN/ Z (II)**, s. 533, dpn. 396 ve burada yer alan yazarlar. Bu halde, kararlaştırılan ceza koşulunun kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacağına dair görüş için Bkz. **GÜNAY**, s. 130; **EKİNCİ**, s. 37; **KOCAAĞA**, s. 85 ve dpn.86' da yer alan yazarlar.

⁶⁰ **BİLGE**, s. 70; **FEYZİOĞLU**, s. 391 – 392; **KOCAAĞA**, s. 85.

⁶¹ **TUNÇOMAĞ**, s. 11; **KOCAAĞA**, s. 85.

⁶² **TUNÇOMAĞ**, s. 12; **BİLGE**, s. 77; **HATEMİ/ GÖKYAYLA**, s. 380; **KOCAAĞA**, s. 87; **EREN**, s. 1181

⁶³ **BİLGE**, s. 77; **FEYZİOĞLU**, s. 390; **KOCAAĞA**, s. 87; **HATEMİ/ GKYAYLA**, s. 380.

⁶⁴ **BİLGE**, s. 77; **KOCAAĞA**, s. 87;

⁶⁵ **BİLGE**, s. 77; **KOCAAĞA**, s. 88; **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s. 341 – 342; **YAĞCIOĞLU**, s. 124 – 125.

⁶⁶ **BİLGE**, s. 77; **KOCAAĞA**, s. 88; **EREN**, s. 1182; **OĞUZMAN/ Z (II)**, s. 535.

⁶⁷ **OĞUZMAN/ Z (II)**, s. 535; **EREN**, s. 1182; **TUNOMAĞ**, s. 14, 65, 68 – 69; **TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU**, s. 427 - 428; **CANSEL/ ÖZEL**, s. 718, dpn. 20; **KILIÇOĞLU**, s. 971; **KOCAAĞA**, s. 95.

buğdayı ceza koşulu olarak teslim edeceği kararlaştırılabileceği gibi, borcun ihlal edilmesi durumunda borçlunun borcundan ayrı olarak bir onarım işini yapacağı da ceza koşulu olarak kararlaştırılabilecektir⁶⁸. Bütün bu örneklerde, ceza koşuluna konu edimin para olmasa da ekonomik bir değere sahip olduğu görülmektedir. O halde, ceza koşuluna konu edimin ekonomik bir değere sahip olması zorunludur⁶⁹.

Asıl borç ihlal edildiğinde zaten kanunen doğan hakların veya oluşan hak kayıplarının ceza koşulu olarak kararlaştırılması, ceza koşulu ediminin asıl borçtan farklı olması gerektiğinden mümkün değildir⁷⁰. Sözleşmede karşı taraf temerrüde düştüğünde sözleşmeden dönülmesinin, para borcunun ödenmemesi halinde temerrüt faizi ödenmesinin, rizikonun gerçekleşmesiyle sigortalının meydana gelen zarar konusunda yalan beyanda bulunması halinde sigortalıya tazminat ödenmemesinin veya ödenecek tazminatın düşecek olmasının, ceza koşulu olarak kararlaştırılması mümkün değildir⁷¹. Zira, örnek verilen bu borç ihlalleri için kararlaştırılmak istenen ceza koşulu taahhütleri, zaten bu ihlallerin kanunda yer alan sonuçlarıdır⁷². Diğer taraftan, asıl borcun konusu edimden ayrı nitelikte bir edim olmamaları da, ceza koşulu olarak tanımlanmalarına engel oluşturmaktadır⁷³.

Bununla birlikte, asıl borcun ihlal edilmesi halinde ceza koşulu olarak borçlunun bir edimi yerine getirmesi yerine bir hak veya yetkisini kaybetmesinin veya azaltılmasının ceza koşulu olarak kararlaştırılmasının mümkün olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Özellikle, eser sözleşmelerinde yüklenicinin üstlendiği işi, kararlaştırılan zamanda teslim etmemesi halinde geciktiği her gün için iş karşılığı alacağı bedelden bir miktarda indirim yapılmasının ceza koşulu olarak kararlaştırılmasının mümkün olup olmaması, bu konuda uygulamada en sık rastlanacak sorunlardan biri olarak örnek verilebilir. Doktrinde bu konuda ileri sürülen görüşlerden birine göre⁷⁴; borcun ihlali durumunda, borçlunun sözleşme gereği elde edeceği hak veya yetkisini kaybetmesi veya azalmasının kararlaştırılması, TBK md. 179 – 182 anlamında ceza koşulu olarak

⁶⁸ OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 535; KILIÇOĞLU, s. 971; KOCAAĞA, s. 95 – 96; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 341 – 342; TUNÇOMAĞ, s. 69.

⁶⁹ EREN, s. 1182; TUNÇOMAĞ, s. 14; KOCAAĞA, s. 93; GÜLSEVEN, s. 35.

⁷⁰ BİLGE, s. 77, 79; KOCAAĞA, s. 88; TUNÇOMAĞ, s. 13; FEYZİOĞLU, s. 390; YAĞCIOĞLU, s. 125.

⁷¹ TUNÇOMAĞ, s. 13; BİLGE, s. 78 – 79; FEYZİOĞLU, s. 390; KOCAAĞA, s. 88; YAĞCIOĞLU, s. 125.

⁷² KOCAAĞA, s. 88; TUNÇOMAĞ, s. 13; YAĞCIOĞLU, s. 125.

⁷³ YAĞCIOĞLU, s. 125.

⁷⁴ SECRETAN, Roger; Étude sur la clause pénale en droit suisse, Lausanne 1917, s. 62vd.(TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 343, dnp. 1a' dan naklen); TUNÇOMAĞ, s. 13; GÜLSEVEN, s. 36.

kabul edilemez. Zira, bu şekildeki bir taahhüt, borçlunun yüklendiği bir edim niteliğinde değildir⁷⁵. Buna karşılık diğer görüşe göre⁷⁶; asıl borcun ihlali halinde ücret veya bedelden indirim yapılması kararlaştırılmış ise, bu anlaşmayı da ceza koşulu olarak saymak gerekir. *Oğuzman/ Öz* 'e göre; bir hakkın veya yetkinin kaybı ya da azaltılması şeklinde kararlaştırılan ceza koşulunun, sadece bir edim içermediğinden bahisle ceza koşulu olarak sayılmaması ve bu şekilde yapılan bir ayırım yerinde değildir. Yazara göre, bu şekilde kararlaştırılan ceza koşullarına da en azından kıyasen TBK md. 179, 182 hükümlerinin uygulanması gerekir⁷⁷. Kanaatimize göre, *Bilge* 'nin de haklı olarak işaret ettiği gibi ücret ve bedel indirimi olarak kararlaştırılan ceza koşullarının, ceza koşulu olarak kabul edilmesi için ceza koşulunun bağlandığı sözleşme konusu asıl borcun ihlali halinde kanun koyucu tarafından ücret veya bedelden indirim hakkı tanınıp tanınmadığına bakmak gerekir. Örneğin; satım, eser veya kira sözleşmelerinde, satıcının, yüklenicinin veya kiralayanın sözleşmede üzerlerine düşen borçlarını, ayıplı olarak yerine getirmek suretiyle ihlal etmeleri halinde; satın alan, iş sahibi veya kiracının bedelden indirim hakları kanun koyucu tarafından zaten düzenlenmiştir(TBK. md. 227, 304, 305, 306, 307, 308, 475). Bu durumda, kanun koyucunun düzenlediği bedelden indirim aynı şekilde ceza koşulu olarak kararlaştırılmış ise; ceza koşulunun konusu, asıl borçtan veya onun uzantısı olan borcun ihlali halinde kanunun düzenlediği hak kayıplarından farklı olmaması nedeniyle, ceza koşulu olarak kabul edilemez ve ceza koşulu olarak hüküm ifade etmez⁷⁸. Buna karşılık; satım, eser veya kira sözleşmelerinde satılanın, yüklenilen işin veya kiralananın belirlenen zaman ve yerde teslim edilmemesi halinde bedelden indirim yapılmasını düzenlenmemiştir. Bu halde, bu sözleşmelerde satılanın, yüklenilen işin veya kiralananın kararlaştırılan zaman ve yerde teslim edilmemesi halinde bedelden indirim yapılacağına dair bir ceza koşulunun kararlaştırılması mümkündür⁷⁹. Ancak, *Yağcıoğlu*, verilen örneklere ilişkin durumlarda dahi, bedelden indirimin tarafların kanunen sahip olduğu bazı hakların tekrarı olması nedeniyle ceza koşulu olarak kabul edilemeyeceğini belirtmektedir. Yazara göre; böyle bir durum söz konusu olduğunda, alacaklının borçluya temerrüdü nedeniyle ileri sürebileceği gecikme tazminatı veya gereği gibi ifa etmeme nedeniyle tazminat hakları bulunmaktadır. Alacaklının, bu tazminat haklarını sözleşme bedeline karşı takas

⁷⁵ **SECRETAN**, s. 62 vd.; **OĞUZMAN/ ÖZ (II)**, s. 536.

⁷⁶ **HATEMİ/ GÖKYAYLA**, s. 378; **TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU**, s. 427 – 428.

⁷⁷ **OĞUZMAN/ ÖZ (II)**, s. 536.

⁷⁸ **BİLGE**, s. 79. Aynı yönde Bkz. **KOCAAĞA**, s. 89; **YAĞCIOĞLU**, s. 126.

⁷⁹ **BİLGE**, s. 79; Aynı yönde Bkz. **KOCAAĞA**, s. 89.

edebilme imkânı vardır ve alacaklı takas def’inde bulunduğunda sözleşme bedelinde azalma olacaktır. Takas hakkının kanunen tanınan bir hak olması dolayısıyla da, bedelden indirim şeklinde kararlaştırılan bir ceza koşulu, kanunen tanınan bir hakkın tekrarı niteliğinde olacaktır ve ceza koşulu olarak tanımlanmasına imkân bulunmamaktadır.⁸⁰ Kanaatimizce bu görüş isabetli değildir. Zira, takas hakkı her ne kadar kanunen tanınmış bir hak olsa da asıl borcun ihlali halinde alacaklıya bir sözleşme türüne özel olarak doğrudan tanıdığı bir hak değildir. Takas hakkı, bütün borç ilişkileri bakımından ileri sürülebilen ve ileri sürülmesi için borca karşılık bir alacağın mevcudiyetini gerektiren bir def’i türüdür. Bu yönüyle, yazarın bahsi geçen gerekçeleri yerinde değildir.

Asıl borcun kaynaklandığı sözleşmeden dönülmesi halinde, yerine getirilmiş kısmi ifanın alacaklıya kalacağının ceza koşulu olarak kararlaştırılıp kararlaştırılamayacağı konusunda doktrinde yer alan tartışmalarda hâkim olan görüşe göre; kısmen yerine getirilmiş ifanın asıl borçtan farklılığı bulunmadığından, yerine getirilmiş kısmi ifanın alacaklıya kalacağının ceza koşulu olarak kararlaştırılmasının kabul edilemeyeceği yönündedir⁸¹. Bu görüşe göre, TBK md. 181’de “kısmi ifanın yanması” başlığı altında bu konuda özel bir düzenleme yapılarak, sözleşmeden dönülmesi halinde o ana kadar yerine getirilen kısmi ifanın alacaklıya kalacağının kararlaştırıldığı sözleşmelere ceza koşuluna ilişkin hükümlerin uygulanacağını belirtilmesi, bu şekildeki sözleşmelerin ceza koşuluna olan benzerliğinden kaynaklanmaktadır. Bu sebeple, kanunda yer alan bu düzenleme, sözleşmeden dönme halinde kısmi ifanın yanmasının kararlaştırıldığı sözleşmelerin ceza koşulu olarak kabul edilmesini gerektirmez. Bu halde, sözleşmeden dönme halinde kısmi ifanın yanmasının kararlaştırıldığı sözleşmeler, ceza koşulu olarak nitelendirilmese de, örneğin ceza koşulunun indirilmesine ilişkin TBK md. 182, f. 3 hükmü bu sözleşmeler için de uygulanacaktır.⁸²

Doktrindeki hâkim görüşe karşın *Kılıçoğlu*; sözleşmeden dönme halinde, borçlu tarafından kısmen ifa edilen edimlerin kendisine sebepsiz zenginleşme hükümlerine iadesi gerekirken; TBK md. 181 hükmüyle, iadesi gereken bu kısmi ifaların, ceza

⁸⁰ YAĞCIOĞLU, s. 126 – 127.

⁸¹ BİLGE, s. 80; TUNÇOMAĞ, s. 13; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 380; KOCAAĞA, s. 90; GÜLSEVEN, s. 36.

⁸² BİLGE, s. 80; TUNÇOMAĞ, s. 13, 36; KOCAAĞA, s. 90; GÜLSEVEN, s. 36; YAĞCIOĞLU, s. 105 – 106.

koşulu olarak alacaklıda kalacağını kararlaştırılabileceğinin düzenlendiğini belirtmektedir⁸³.

Kanaatimize göre, sözleşmeden dönme halinde borçlu tarafından yapılan kısmi ifaların, alacaklıda kalmasının kararlaştırılması ceza koşulu olarak tanımlanamaz. Zira, TBK md. 181/1' hükmünde konu özel olarak düzenlenerek bu şekilde yapılan anlaşmalara ceza koşulu hükümlerinin uygulanacağını ifade edilmesi, kanun koyucunun bu gibi anlaşmaların ceza koşulu olarak tanımlamadığını ve fakat yakın benzerliği nedeniyle bu şekildeki anlaşmalara ceza koşulu hükümlerinin uygulanmasını uygun gördüğünü göstermektedir. Kanun koyucu, bu şekilde yapılan anlaşmaları ceza koşulu olarak görseydi, TBK md. 181 düzenlemesini yapmaya lüzum görmez ve bu şekilde yapılan anlaşmalara ceza koşulu hükümlerinin uygulanacağını ayrıca belirtmek ihtiyacında olmazdı.⁸⁴

Tüm bunlarla beraber, TBK md. 181, f. 2' de taksitli satış sözleşmesine ilişkin hükümlerin saklı olduğu belirtilerek, sözleşmeden dönme halinde kısmi ifanın yanması şeklindeki anlaşmaların uygulanabilirliğinin önü büyük ölçüde kesilmiştir⁸⁵. Zira, kısmi ödemelerin en çok gerçekleştiği sözleşmeler taksitli satışlardır. Taksitli satışlarda, borçlunun ödediği taksitlerin iadesini isteme hakkını kaldırır mahiyette sözleşmeler TBK md. 260, f. 1 gereği geçersiz olacaktır. Bu halde, TBK md. 181, f. 1 hükmünün, TBK md. 181, f. 2 hükmü karşısında pratikte çok fazla uygulanabilirliği de kalmamaktadır⁸⁶.

Bütün sözleşme tipleri bakımından sözleşme özgürlüğünün genel sınırlarını belirleyen TBK md. 27 hükmü, asıl sözleşmede ceza koşulunun kararlaştırıldığı kısım veya ayrı olarak yapılan ceza koşulu anlaşması bakımından da geçerlidir. Bu anlamda; ceza koşuluna konu edimin, kanunun emredici hükümlerine, kişilik haklarına, kamu düzenine, ahlaka aykırı olması veya konusunun imkânsız olması, ceza koşuluna dair kaydın veya sözleşmenin kesin olarak hükümsüz olması sonucunu verecektir. Bununla birlikte, ceza koşulunun asıl borca bağlı olması, asıl borcun da ceza koşuluna bağlı

⁸³ **KILIÇOĞLU**, s. 985. Yargıtay tarafından, kısmi ifanın alacaklıya kalacağına dair anlaşmanın ceza koşulu olduğuna hükmettiği kararı da bulunmaktadır (Yarg. 15 HD. T. 18.5.1990, 2007/ 2293). Söz konusu karar ve benzer yöndeki kararlar için Bkz. **KARAHASAN**, M. Reşit; İnşaat İmar İhale Hukuku, Cilt 2, Beta Basım Yayın, İstanbul 1997, s. 1963 – 1964, 1965 vd.)

⁸⁴ **BİLGE** s. 80. **YAĞCIOĞLU**; alacak hakkı düşüren kayıtlar olarak bahsettiği kısmi ifanın yanmasının ceza koşulundan farklılığını; anılan kayıtların ceza koşulu gibi ayrı ve bağımsız bir edim içermemesi, bu gibi kayıtların bağlandığı ihlaller gerçekleştiğinde borç ilişkisindeki mevcut hakların etkilenecek, kısmen veya tamamen düşmesine sebebiyet vermesi ve bu gibi kayıtların ceza koşulunda olduğu gibi asıl borçla, aslilik – fer' i lik ilişkisinin bulunmaması yönlerinden açıklamaktadır (**YAĞCIOĞLU**, s. 106).

⁸⁵ **OĞUZMAN/ ÖZ (II)**, s. 536; **KOCAĞA**, s. 90.

⁸⁶ **YAVUZ**, s. 532.

olduğu anlamına gelmemektedir⁸⁷. Ceza koşulu hükümsüz olsa da asıl borcun geçerlilik koşulları mevcutsa hükümsüz olmayacaktır.

C. FER'İ NİTELİKTE OLMASI

Ceza koşulunun varlığı ve geçerliliğinden söz etmek için, asıl borcun varlığının zorunlu olduğunu yukarıda belirtmiştik. Ceza koşulunun başlı başına bir borcun konusu olamaması ve asıl borca bağlı olması, onun fer' i nitelikte bir borç olduğunu göstermektedir⁸⁸. Ceza koşulunun bağlandığı asıl borca konu edimle ceza koşuluna konu olan edim arasında aslîlik – fer' ilik ilişkisinin bulunması gerekmekte olup, ceza koşuluna konu edimin fer' i nitelikte olmaması durumunda ceza koşulundan değil, seçimlik borçtan söz etmek gerekir⁸⁹.

Ceza koşulunun fer' i niteliği, onun asıl borcun kaderine bağlı olması sonucunu ortaya çıkarır⁹⁰. Ceza koşulunun fer' i nitelikte bir borç olma niteliğinden bazı sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Bu sonuçlara, çalışmamızın konuyla ilgili olan yerlerinde değinilmekle beraber, bu başlık altında yine kısaca değinilecektir. Buna göre; ceza koşulunun geçerliliği, asıl borcun mevcudiyetine bağlı olmasından ötürü asıl borcun emredici hükümlere, ahlaka, kişilik haklarına, şekle aykırılığı ile baştaki objektif imkânsızlığı, muvazaa veya ehliyetsizlik sebebiyle hükümsüz olması, ceza koşuluna da sirayet ederek ceza koşulunu da hükümsüz kılacaktır⁹¹. Yine, ceza koşulunun bağlı olduğu asıl borcun dayanağı sözleşmelerin, aşırı yararlanma ile yanılma, aldatma veya korkutmaya dayalı irade bozuklukları nedeniyle borçlunun talebi üzerine iptal yaptırımına maruz kaldığı durumda, ceza koşulu da geçersiz olacaktır⁹².

TBK md. 182, f. 2' ye göre, asıl borcun herhangi bir sebeple geçersiz olması veya aksi kararlaştırılmadıkça borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir nedenle sonradan imkânsız hale gelmesi durumunda ceza koşulunun ifası talep edilemeyecektir. Madde

⁸⁷ OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 539; KILIÇOĞLU, s. 974; YAĞCIOĞLU, s. 141 – 142.

⁸⁸ TUNÇOMAĞ, s. 15; BİLGE, s. 67; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 342; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 377; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 536; EREN, s. 1182; KILIÇOĞLU, s. 972; TERCİER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 428; CANSEL/ ÖZEL, s. 715, 721; YAVUZ, s. 526; KOCAAĞA, s. 155 vd.; GÜLSEVEN, s. 37.

⁸⁹ CANSEL/ ÖZEL, s. 719, 721; GÜLSEVEN, s. 37; KOCAAĞA, s. 156.

⁹⁰ TUNÇOMAĞ, s. 15; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 377; KOCAAĞA, s. 155; YAĞCIOĞLU, s. 141.

⁹¹ TUNÇOMAĞ, s. 15; BİLGE, s. 67 – 68; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 344 – 345; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 537; EREN, s. 1183; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 377; KILIÇOĞLU, s. 973; CANSEL/ ÖZEL, s. 719; KOCAAĞA, s. 156 – 158; GÜLSEVEN, s. 37 – 38; YAĞCIOĞLU, s. 112 – 113, 142 - 143.

⁹² TUNÇOMAĞ, s. 83 – 84; BİLGE, s. 72; EREN, s. 1183; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 344; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 537; CANSEL/ ÖZEL, s. 719; KOCAAĞA, s. 157 – 158; YAĞCIOĞLU, s. 111 – 112, 142.

hükmünden, asıl borcun objektif imkânsızlık nedeniyle sona ermesi halinde ceza koşulunun sona ermeyeceğinin kararlaştırılabileceği anlaşılmaktadır. Diğer geçersizlik sebeplerinden herhangi biri asıl borç bakımından mevcut olduğunda ise asıl borcun tabi olacağı yaptırım, ceza koşuluna da uygulanacaktır.

Bununla birlikte, asıl borcun değişikliğe uğraması halinde, ceza koşulu da değişmiş haldeki asıl borca bağlı olacaktır. Asıl alacağın devri veya borcun üstlenilmesi gibi bir durumda, ceza koşulu henüz muaccel olmamış ise ceza koşulu da yeni alacaklı tarafından devralınmış veya yeni borçlu tarafından üstlenilmiş olacaktır⁹³. Ancak, muaccel olmakla asıl borçtan bağımsız hale gelmiş ve fer' i niteliğini bırakmış olan ceza koşulunun, asıl alacağın devredilmesi durumunda kendiliğinden yeni alacaklıya devredildiğini söylemek mümkün değildir. Zira, belirttiğimiz üzere ceza koşulu muaccel olmakla, bağlı bulunduğu asıl borçtan bağımsız bir alacak haline gelecektir. Bu nedenle, muaccel olmuş ceza koşulunun ayrı bir devir sözleşmesiyle veya söz konusu asıl alacağın devrine ilişkin sözleşmede buna ilişkin ayrıca bir hükümle devredilmesi gerekir⁹⁴. Borcun üstlenilmesi bakımından ise, böyle bir ayırım yapıp yapılmayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre⁹⁵; muaccel olmuş veya olmamış ceza koşulunun bağlı bulunduğu asıl borcun üçüncü bir kişi tarafından üstlenilmesi halinde, asıl borca bağlı olan ceza koşulu da muaccel olmuş olsa bile, üçüncü kişi tarafından üstlenilmiş olacaktır. TBK md. 198, f. 1⁹⁶ hükmünü de bu şekilde anlamak gerekir. Zira, borcun üçüncü bir kişi tarafından üstlenilmesinden sonra eski borçluya ait borçların ve sorumlulukların halen onun üzerinde kalması, borcun üstlenilmesi kurumunun içeriğine ve amacına aykırılık teşkil eder. Buna karşı, ileri sürülen diğer görüşe göre⁹⁷; ceza koşulu muaccel hale geldikten sonra, artık asıl borçla birlikte alacağın devrine konu olamayacağı gibi borcun üstlenilmesiyle de devredilemez. Bu konuda, tarafların ayrıca anlaşmaları gerekir. Kanaatimizce; muaccel olan ceza koşulunun asıl alacağın devrine dahil olmadığı ve bunun için ayrıca tarafların anlaşmalarının gerektiğine dair gerekçeler, borcun üstlenilmesi bakımından da geçerlidir. Zira, ceza koşulu muaccel

⁹³ BİLGE, s. 74 vd.; TUNÇOMAĞ, s. 15 – 16; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 345; CANSEL/ ÖZEL, s. 721, KOCAĞA, s. 158 – 162; GÜLSEVEN, s. 38; YAVUZ, s. 527; YAĞCIOĞLU, s. 145, 146.

⁹⁴ BİLGE, s. 75; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 378; CANSEL/ ÖZEL, s. 725; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 542, 579 ve aynı sayfada dpn. 81; KOCAĞA, s. 160; YAĞCIOĞLU, s. 145 - 146.

⁹⁵ KOCAĞA, s. 160 – 161. Aynı yönde Bkz. EREN, s. 1250 – 1251; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 276 – 277; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 401; YAĞCIOĞLU, s. 146.

⁹⁶ TBK md. 198, f. 1 : “Borçlu değişmiş olsa bile, alacaklının borçlunun kişiliğine özgü olanlar dışındaki bağlı hakları saklı kalır.”

⁹⁷ TUNÇOMAĞ, s. 15 – 16; CANSEL/ ÖZEL, s. 725; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 542.

olmasıyla asıl borçtan bağımsız bir nitelik kazanır. Bu halde, bağımsız bir alacak haline gelen ceza koşulunun asıl borcun kaderine tabi olmasını kabule imkân yoktur. Diğer taraftan, TBK md. 198, f. 1 hükmüyle, alacağın devrinde bağlı hakların geçişini düzenleyen TBK md. 189, f. 1 hükmü benzerlik göstermektedir. O halde, alacağın devrinden önce muaccel duruma gelmiş ceza koşulunun bu devre dahil olmayacağına dair kural, asıl borcun üstlenilmesinden önce muaccel duruma gelmiş ceza koşulu bakımından da kabul edilmelidir. Bağımsız bir borç halinde dönüşen ceza koşulunun üstlenmesi ayrıca kararlaştırılmalıdır.

Ceza koşulunun muaccel olmadan önce, alacağın devri sözleşmesine konu olup olmayacağı konusu doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bizim de katıldığımız hâkim görüşe göre⁹⁸; ceza koşulu muaccel olmadan bağımsız bir alacak veya borç niteliğine sahip değilse de, asıl borçtan bağımsız olarak alacağın devri sözleşmesine konu olabilir. Zira, ceza koşulunun fer' i nitelikte olması asıl alacaktan hiçbir zaman ayrılmayacağı anlamına gelmemektedir. Koşula bağlı alacakların, alacağın devri sözleşmesine konu olması da nazara alındığında, ceza koşulunun muaccel olmadan alacağın devri sözleşmesine konu olabileceğini kabul etmek gerekir. Buna karşılık, henüz muaccel olmamış ceza koşulu borcunun üstlenilmesi ise; ceza koşulu borçlusunun asıl borcun borçlusundan başka bir üçüncü kişi olamaması, asıl borcun ihlali halinde üçüncü bir kişinin ceza koşulunu ödemesi ceza koşulu kavramıyla bağdaşmayacağı için söz konusu olamaz⁹⁹.

Ceza koşulunun fer' i niteliğinin doğal sonuçlarından birisi de asıl borca karşı yapılan itirazlar bakımından görülmektedir. Asıl borca karşı zamanaşımı, karşı edimin ifa edilmediği itirazlarında bulunularak ifadan kaçınılması durumunda, söz konusu itirazlar haklı ise ceza koşulunun ödenmesi de istenemez¹⁰⁰. Yine, asıl borcun ifa, takas, ibra, asıl edimin yerine geçen ifa nedeniyle son bulması hallerinde de ceza koşulunun da son bulacak olması, ceza koşulunun fer' i niteliğinin sonuçlarındandır¹⁰¹. Ceza koşulunun fer' i niteliğinin bir başka sonucu ise, asıl borcun ifa edileceği yerin ceza

⁹⁸ TUNÇOMAĞ, s. 16; BİLGE, s. 75; KOCAAĞA, s. 158, dñn. 11; GÜLSEVEN, s. 38 – 39. Doktrinde bu konuda ileri sürülen görüşler ve tartışmalar için Bkz. KOCAAĞA, s. 158, dñn. 11.

⁹⁹ BİLGE, s. 75; KOCAAĞA, s. 160, dñn. 15. Aksi görüş için Bkz. TUNÇOMAĞ, s. 90. Doktrinde bu konuda ileri sürülen görüşler ve tartışmalar için ayrıca Bkz. KOCAAĞA, s. 158, dñn. 11.

¹⁰⁰ BİLGE, s. 72; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 344- 345; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 539; CANSEL/ ÖZEL, s. 719; GÜLSEVEN, s. 38; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 377; YAVUZ, s. 527; YAĞCIOĞLU, s. 150 – 151.

¹⁰¹ BİLGE, s. 72; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 345; EREN, s. 1182 – 1183; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 538; CANSEL/ ÖZEL, s. 719.

koşulunun da ifa edileceği yer olmasıdır¹⁰². Daha önce de değindiğimiz üzere, ceza koşulunun asıl borcun geçerlilik şekline tabi olması da fer' i niteliğinden kaynaklanmaktadır¹⁰³. Ceza koşulunun fer' i niteliği, muaccel olduğu ana kadar devam eder ve muaccel olduğu andan itibaren ceza koşulu bağımsız bir alacak haline gelir¹⁰⁴.

D. SAĞLARARASI BİR HUKUKÎ İŞLEMLE KARARLAŞTIRILMASI

Ceza koşulunun sağlararası bir hukukî işlemle kararlaştırılması gerekmekte olup, sağlararası hukukî işlemler, işlemi yapanın sağlığında hüküm ve sonuçlarını doğurarak malvarlığında etki eden işlemlerdir¹⁰⁵. Ölümüne bağlı tasarruflar ise, işlemde bulunanın ölümünden sonra onun terekesinde hüküm ve sonuçlarını doğururlar ve miras hukuku hükümlerine tabidirler¹⁰⁶.

Ölümüne bağlı tasarruflarla ceza koşulu kararlaştırılamayacak olup, ceza koşulunun kararlaştırıldığı hukukî işlemin sonuçlarını hayatta doğurması gerekmektedir¹⁰⁷. Doktrinde belirli mal bırakma vasiyeti yoluyla ceza koşulu tesisinin

¹⁰² BİLGE, s. 74; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 345; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 577; KOCAAĞA, s. 162; GÜLSEVEN, s. 38; YAĞCIOĞLU' na göre, ceza koşulunun fer' i niteliği muaccel olduğu ana kadar devam edeceğinden, muaccel olduktan sonra bağımsız bir alacak haline gelmiş ceza koşulu için hala asıl alacağın ifa yerinin geçerli olduğunu kabul etmemek gerekir. Muaccelliyetten önce, alacaklı için ifa yerinin bir önemi olmayacağından bu ihtimali tartışmaya gerek bulunmamaktadır. O halde, muaccel olmuş ceza koşulu için ifa yeri konusunu bağımsız olarak ele almak, sözleşmede buna ilişkin özel bir hüküm yoksa genel hükümlerdeki TBK md. 89' da yer alan tamamlayıcı düzenlemelerle sorun çözülmelidir (YAĞCIOĞLU, s. 152). Yazar ifa zamanı ve zamanaşımı sürelerinde de aynı gerekçelerle, aynı görüştedir (YAĞCIOĞLU, s. 151, 152). Ceza koşulunun fer' i niteliğinden bahsedilmeden Yargıtay 19. Hukuk Dairesince bu konuda verilen bir kararı şu şekildedir : “*Davada, satış sözleşmesi gereğince, davalının sözleşme konusu malları zamanında teslim etmemek suretiyle sözleşmeyi ihlal ettiği ileri sürülerek cezai şart alacağı talep edilmiştir. B.K.nun 73.madde hükmü uyarınca para borcunun ifa yeri alacaklının ikametgahının bulunduğu yer olmakla, davacı cezai şart alacağı alan paranın, kendi ikametgahının bulunduğu Ankara'da ödenmesini isteyebilir...*”(Yarg. 19. HD, T. 27.3.2002, 1078/ 2204 (www.kazanci.com, E.T.30.10.2019)).

¹⁰³ BİLGE, s. 76; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 537; KOCAAĞA, s. 162 – 163; KILIÇOĞLU, s. 974; EREN, s. 1183 – 1184; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 344, dpn. 8; YAĞCIOĞLU, s. 143, 161 – 162.

¹⁰⁴ TUNÇOMAĞ, s. 16; EREN, s. 1183; KILIÇOĞLU, s. 974; KOCAAĞA, s. 171; GÜLSEVEN, s. 38; YAĞCIOĞLU, s. 141.

¹⁰⁵ EREN, s. 170; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 42; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 71.

¹⁰⁶ EREN, s. 169; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 42; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 71.

¹⁰⁷ TUNÇOMAĞ, s. 18; EREN, s. 1182; BİLGE, s. 44 vd., 49; CANSER/ ÖZEL, s. 722; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 380. Buna karşılık; YAĞCIOĞLU, ölümüne bağlı tasarrufların konusunu miras hukukuna ilişkin olmayan ölümüne bağlı tasarrufların da oluşturabileceğini, mirasbırakanın şekli anlamda bir ölümüne bağlı tasarrufunda, maddi anlamda bir ölümüne bağlı tasarruf olarak borçlar hukuku kurumu olan ceza koşuluna yer verebileceğini ileri sürmektedir. Yazar, mirasbırakanın vasiyetine üstünlük tanınması kuralının, mirasbırakanın tek taraflı olarak gerçekleştirdiği ölümüne bağlı tasarruflarda öngördüğü ceza koşuluyla mirasçılarının yükümlü tutulması bakımından önem arz ettiğini belirtmektedir(YAĞCIOĞLU, s. 159). Yazara göre, yine ivazlı yapılan miras sözleşmelerinde, karşı tarafın sağlararası bir edimde bulunması söz konusu olduğunda, bu tip sözleşmelerin ayrı bir değerlendirmeye tabi tutulmasının

mümkün olup olmadığı konusunda görüş birliği bulunmasa da, vasiyetnameyle ceza koşulunun kararlaştırılmasından bizce de bahsedilemez. Zira, ölüme bağlı tasarruflarla yapılan kazandırmalar, bir alacak hakkı değil, miras yani mülkiyet hakkı kazandırır. Vasiyetnamede öngörülen edimler ve yüklemeler, Türk Medeni Kanunu’ndaki miras hükümlerine tabi olup, TBK hükümleri bunlar için uygulanmaz. Türk Medeni Kanunu’nun miras hukuku hükümlerinin izin verdiği ölçüde ölüme bağlı tasarrufla bulunabileceğinden, tasarrufla bulunanın işlemin konusunu belirlemede serbestliği bulunmamaktadır. TMK hükümlerinin uygulanacağı ölüme bağlı tasarruflarda, TBK md.179 – 182 anlamında bir ceza koşulu kararlaştırılmasından söz edilemez.¹⁰⁸

IV. TARİHSEL KÖKENİ

Türk Hukukunun da dahil olduğu Roma – Cermen Hukuk Sisteminde düzenlenen ceza koşulu kurumunun tarihsel kökeni, Roma Hukukuna dayanmaktadır¹⁰⁹. Iustinianus’ un meydana getirdiği Corpus Iuris Civilis¹¹⁰, te ceza koşuluna ilişkin hükümler bulunmakta idi. Bu hükümler genelde dağınık bir şekildeydi ve önemli bir kısmı Digesta’da bulunmakta idi. Roma Hukuku’ nun en önemli kaynaklarından, İmparator Iustinianus’ un Institutiones’ inde; ceza koşulunu ifade etmek üzere, ceza anlamında “poenae” ve “clausula” sözcükleri kullanılmaktaydı¹¹¹. Daha sonraki dönemlerde, Roma Hukuku metinlerinde ceza koşulunu ifade etmek üzere

gerektiğini, ivazlı mirastan feragat sözleşmeleri ile ivazlı miras sözleşmelerinde mirasbırakan veya sözleşmenin karşı tarafının sağlararası bir borç altına girdiği ve bu borçlar için ceza koşulu kararlaştırılabileceğini, zira ceza koşulunun bağlı bulunduğu borcun sağlıkta hüküm ve sonuç doğurduğunu ileri sürmektedir (YAĞCIOĞLU, s. 159 - 160). Benzer yönde Bkz. GÜLSEVEN, s. 30.

¹⁰⁸ TUNÇOMAĞ, s. 18; BİLGE, s. 44 vd.; KOCAAĞA, s. 113 – 114; GÜLSEVEN, s. 39. Aksi yönde Bkz. YAĞCIOĞLU, s. 159 vd. Doktrinde yer alan tartışmalar için Bkz. BİLGE s. 44 vd.; KOCAAĞA, s. 112 – 114.

¹⁰⁹ AKKAYAN YILDIRIM, s. 357 – 358;

¹¹⁰ Corpus Iuris Civilis : 527 – 565 yılları arasında hüküm süren İmparator Iustinianus’ un, kendisinden 90 yıl önce hüküm süren İmparator Theodisianus’ un çalışmalarının yeniden değerlendirilmesi için on kişilik bir komisyon kurarak, bu komisyon eliyle artık kullanılmayan kuralların tamamının kaldırılması, çelişkili hükümler arasındaki çelişkilerin giderilmesi, birleştirme ve değiştirme çalışmalarının yapılması ile, İmparator emirnamelerini içeren “Codex”, klasik hukukçuların eserlerini içeren “Digesta” ve bunlardan sonra hazırlanan, daha basit ifadeler içeren kısa bir el kitabı niteliğindeki “Institutiones” ile Iustinianus’ un döneminde çıkardığı yeni emirnameleri içeren “Novallae” nin toplanması ile oluşturulan dört bölümlük eser (EMİROĞLU, Haluk : “Roma Hukuku’ nun Bilgi Kaynaklarından Corpus Iuris Civilis ve Türkiye’ de Hukuk Resepsiyonu”, AÜHF, C. 51, S. 3 (2002), s. 86). Bu isim, Iustinianus tarafından verilmemiş, orta çağdan beri kullanılmakta olup; bütün hukuk bir araya getirilmesi anlamına gelmektedir (KOSCHAKER, Paul/ AYİTER, Kudret : Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, AÜHF Yayınları No: 414, Ankara 1977, s. 3)

¹¹¹ KAYNAK, Sevgi : “Roma Hukuku’ nda Cezai Şart”, İÜHF, C. 67, S. 1 (2006), s. 239; KOCAAĞA, s. 41.

“stipulatio poenae(ceza stipulatio)” teriminin kullanıldığı da görülmektedir. Stipulatio, Roma’ nın ilk devirlerinden itibaren var olan sözlü ve şekle tabi bir sözleşme tipidir¹¹².

Borcunu ihlal eden borçlunun bir miktar para ödemeyi vaad etmesi, bir borç kaynağı olan stipulatio yoluyla gerçekleşmekteydi¹¹³. Fer’ i nitelikte olan bu stipulatio ile ceza olarak genelde para ödenmesi vaad edilirdi¹¹⁴. Roma Hukukunda, stipulatio ile tesisi mümkün olmayan “bir şey yapmak borçları” olarak tanımlayabileceğimiz “facere” borçları için ceza koşulu (stipulatio poenae) yapılması gerekliydi. Zira, “facere” bir vaadin söz konusu olamazdı. Ancak facere bir para borcunun olumsuz şartı olabilmekteydi. Bu halde, facere borcunun yerine getirilmemesine bağlı olarak “stipulatio poenae” nin yapılabilmekteydi. Bu halde, “Yapacağım. Yapmazsam 50 vermeyi vaad ediyorum” şeklinde bir stipulationun yapılması mümkündü. Bu durumda, yapma borcunu (facere) yerine getirmeyen borçluya karşı facere için dava açılmazken, stipulatio poenae(ceza koşulu) dava edilebilirdi.¹¹⁵ Daha sonraki dönemlerde ise, facerenin stipulatio ile meydana getirilmesine izin verildiğinden, gerek facere için yapılan stipulatio, gerekse de ceza stipulatio için ayrı ayrı dava açılabilme imkânı bulunmaktaydı¹¹⁶.

Roma Hukukunda, ceza koşulunun (stipulatio poenae) hukukî niteliği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Ceza koşulunun bir “şart” olduğu hâkim fikirdir. Bunun yanında, ceza koşulunun, ceza mı ? tazminat mı ?olduğu tartışmalıdır¹¹⁷.

¹¹² KAYNAK, s. 239 - 240, dpn. 10; TAHİROĞLU, Bülent : Roma Borçlar Hukuku, Der Yayınevi, İstanbul 2005, s. 128 – 129; KOSCHAKER/ AYİTER, s. 207. Stipulationun üç ayrı fonksiyonu bulunmaktadır. Stipulatio, hem bir borç kaynağı hem de bir şekil şartıydı. Bunun yanında bağımsız olarak da bir sözleşme türü idi. Taraflar, iradelerini belirli şekil kurallarına bağlı, kalıplaşmış sözlerle beyan ederler ve bu şekilde kendilerini borçlandırırldı. Taraflar ne tür bir hukukî ilişkiye girerlerse girsinler, bu ilişkiden bir borç doğması stipulatioyu kullanmalarına bağlıydı. Bu anlamda, stipulatio bir şekil şartıdır. “Bana 50 vermeyi taahhüt ediyor musun ?” sorusuna karşılık; “Evet. Taahhüt ediyorum.” örneğindeki gibi talebin tümünü kapsayıcı belirli bir soruya karşılık, genelde soru olarak yöneltilen kelimenin aynısı kelimeyle verilen kayıtsız, şartsız belirli bir cevabın verilmesiyle stipulatio yapılıyor, böylece borçlu vaad ettiği şeyi borçlanmış oluyordu. Buradan anlaşıldığı üzere, bir borç kaynağı ve sözleşme türü olan stipulatio, Roma’ da özellikle klasik dönemde hemen hemen bütün borçların meydana getirilmesine imkân vermektedir(TAHİROĞLU, s. 128 – 129; KOSCHAKER/ AYİTER, s. 209 vd.; KAYNAK, s. 239 - 240, dpn. 10). “Stipulatio” hakkında geniş bilgi için Bkz. TAHİROĞLU, s. 128 vd.; KOSCHAKER/ AYİTER, s. 207, 209 vd.

¹¹³ TAHİROĞLU, s. 140; KAYNAK, s. 239 – 240; KOCAĞA, s. 41, KOSCHAKER/ AYİTER, s. 212.

¹¹⁴ KOSCHAKER/ AYİTER, s. 212; KAYNAK, s. 246.

¹¹⁵ KOSCHAKER/ AYİTER, s. 212.

¹¹⁶ KOSCHAKER/ AYİTER, s. 213.

¹¹⁷ Bu tartışmalar ve ileri sürülen görüş sahibi yazarlar için Bkz. KAYNAK, s. 245 ve dpn. 27, 28, 29. KOCAĞA, SOSSNA isimli yazara atıfla; eserinde Roma Hukuku’ nun ceza koşulunu tazminatla aynı gördüğünü ve bu nedenle uğranılan zararın, ceza koşulu miktarını aşması durumunda ayrıca bu zararın da tazmini talep etmenin mümkün olduğunu belirtmektedir (SOSSNA, Ralf – Peter : Die Geschichte der Begrenzung von Vertragsstrafen, Köln 1992, s. 10(KOCAĞA, s. 43, dpn. 85’ ten naklen)). KOSCHAKER/ AYİTER, asıl borçtan doğan dava ile ceza koşuluna dayanan dava arasındaki ilişkiyi

Ceza koşulunun, asıl bir borca bağlı olarak, onun ihlali şartına bağlı olması dolayısıyla fer' i niteliktedir¹¹⁸. Bu anlamda, asıl borcun hükümsüzlüğü, geçersiz olması veya sona ermesi halinde ceza koşulu da sona erecektir¹¹⁹. Ancak, ceza koşulunun soyut olarak kararlaştırılmasında durum farklılık arz etmekteydi. Şöyle ki, asıl borç ve buna bağlı ceza koşulu aynı stipulationda kararlaştırılmış ve bu stipulationun konusu olan asıl borcun konusu imkânsız veya ahlaka aykırı ise ceza koşulu da asıl borçla birlikte hükümsüz olmaktadır. Fakat, soyut bir stipulatio ile ceza koşulu vaad edilmesi söz konusu olduğunda, yani asıl borcun ceza koşuluyla aynı stipulationda kararlaştırılmadığı durumda; asıl borcun konusu imkânsız veya ahlaka aykırı olmasına rağmen, stipulatiopeonae geçerli ise, ceza koşulu geçerli olacaktır. Bununla beraber, ceza koşulu ahlaka aykırı ise, borç doğurmayacaktır¹²⁰. Ceza koşulunun bağlı bulunduğu asıl borcun kısmen ifa edilmesi durumunda indirimi Antik Roma Hukukunda mümkün olmakla birlikte, bunun için borçlunun talebi gerekmekte idi¹²¹.

V. CEZA KOŞULUNUN HUKUKÎ NİTELİĞİ, UYGULAMA ALANI, BAĞLI OLDUĞU ŞEKİL

A. HUKUKÎ NİTELİĞİ

Ceza koşulu, asıl borcun varlığına bağlı, geciktirici koşula bağlı bir edim taahhüdüdür. Kendisi başlı başına bir borcun konusu olmayan ceza koşulu, asıl borcun ifasını kuvvetlendirme amacına yönelik olarak kararlaştırılır. Asıl borç yoksa ceza koşulundan da söz edilemez. Bu bakımdan, ceza koşulu asıl borca bağlı fer'i nitelikte bir borçtur.¹²² Fer'i nitelikte olmasının sonucu olarak, bağlı olduğu asıl borcun, hukuka ve ahlaka aykırılığı, başlangıçtan itibaren objektif olarak ifasının imkânsız olması, tarafların fiil ehliyetinin olmaması, şekle aykırılık gibi nedenlerle geçersizliği halinde ceza koşulu da geçersiz olacaktır¹²³.

açıklarken, alacaklının kural olarak ceza koşulunu zarar miktarını ispat etmeksizin götürü bir tazminat olarak talep edebileceğini, ancak ceza koşulunu aşan bir zarar meblağını talep etmesi halinde bu zarar miktarını ispat etmesi gerekir. Bu halde, asıl borçtan kaynaklanan davaya da dayanabilir (KOSCHAKER/ AYİTER, s. 213).

¹¹⁸ KAYNAK, s. 246; KOSCHAKER/ AYİTER, s. 212; TAHİROĞLU, s. 140.

¹¹⁹ KAYNAK, s. 246, 252 vd.

¹²⁰ KAYNAK, s. 252.

¹²¹ SOSSNA, s. 10 – 11; KOCAAĞA, s. 43.

¹²² TERCİER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 428; EREN, s. 1182-1183; KILIÇOĞLU, Ahmet M., s. 972; TUNÇOMAĞ, s. 15; KOCAAĞA, s. 155-156; YAĞCIOĞLU, s. 46 – 47.

¹²³ FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1977, s. 389; EREN,

Bunun yanında, asıl borcun yanılma, aldatma, korkutma gibi irade sakatlığı halleri veya aşırı yararlanmadan ötürü iptal yaptırımına tabi olduğu hallerde; ceza koşulu, asıl borcun iptal edilmesine kadar geçerli olacaktır. Asıl borcun iptal edilmesi halinde ise asıl borç gibi ceza koşulu da geçmişe etkili olarak iptal edilecektir. Kesin hükümsüzlük yaptırımından farklı olarak, iptalin ileri sürülmesi zamanaşımı veya hak düşürücü süreye tabi olup, süresi içerisinde ileri sürülmeyen iptal talebi bir daha ileri sürülemeyecek ve bunun sonucu olarak asıl borcun baştan itibaren geçerliliği devam edeceği gibi, buna bağlı olan ceza koşulu da geçerliliğini muhafaza etmiş olacaktır. Yine hak sahibinin iptal talebinde bulunmakla birlikte sonradan bu hakkından vazgeçmesi halinde de, asıl borç gibi asıl borca bağlı ceza koşulu da baştan itibaren geçerli olacaktır.¹²⁴ Doktrinde, kişinin ceza koşulunun bağlandığı asıl borca ilişkin hukukî işlemde irade sakatlığının olduğunu öğrenmesine rağmen, ceza koşulu ödemeyi taahhüt etmesi durumunda, bunun asıl borca bağlı işlemin irade sakatlığı sebebiyle iptalini istemekten vazgeçtiği anlamına geleceği ifade edilmektedir¹²⁵.

Yine asıl borcun, borcun ihlalden önce zamanaşımına uğraması durumunda alacaklının borçludan ceza koşulunun ifasını talep etmesi söz konusu olamaz¹²⁶. Ancak, ceza koşulunun muaccel olmasından sonra asıl borç zamanaşımına uğramış ise ceza koşulu talep edilebilecektir¹²⁷. Bunun yanında, asıl borcun; ifa, ibra, takas veya yenileme sebeplerinden birine dayalı olarak ortadan kalktığı durumda ceza koşulu henüz muaccel hale gelmemişse ceza koşulu da ortadan kalkar¹²⁸.

İlk başta da söz ettiğimiz üzere; ceza koşulu, asıl borcun hiç veya kısmen yerine getirilmediği ya da gecikmeli veya yerine getirme koşullarının aksine bir şekilde yerine getirildiği durumlar için kararlaştırılır. Bu durumda, ceza koşulunun ifası bahsi geçen durumlardan birinin meydana gelmesi koşuluna, yani geciktirici koşula bağlıdır.¹²⁹ Geciktirici koşulun gerçekleşmesi halinde, fer' i niteliği sona eren ceza koşulu muaccel

s. 1182 – 1183; KILIÇOĞLU, s. 973; CANSER/ ÖZEL, s. 719, 721; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 430; KOCAAĞA, s. 156 – 157; YAĞCIOĞLU, s. 109 vd.

¹²⁴ KOCAAĞA, s. 83-84, 157-158; TUNÇOMAĞ, s. 83 – 84; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 537; YAĞCIOĞLU, s. 112 – 113.

¹²⁵ TUNÇOMAĞ, s. 84; GÖKÇEOĞLU, Kamil Haluk; Cezai Şart ve Güncel İçtihatlar, Kazancı Hukuk Yayın Evi, İstanbul 2007, s. 44.

¹²⁶ KILIÇOĞLU, s. 973; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 344 – 345, 1073; CANSER/ ÖZEL, s. 719, 721; KOCAAĞA, s. 171-172; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 539; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 377.

¹²⁷ TUNÇOMAĞ, s. 15; KOCAAĞA, s. 172; YAĞCIOĞLU, s. 143, 150 – 151.

¹²⁸ CANSER/ ÖZEL, s. 719; EREN, s. 1182,1183; KOCAAĞA, s. 168; YAĞCIOĞLU, s. 143.

¹²⁹ TUNÇOMAĞ, s. 4; KILIÇOĞLU, s. 971; EREN, s. 1183; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 428; GÜLSEVEN, s. 22. CANSER/ ÖZEL; ceza koşulunun bozucu şarta bağlı bir borç olduğunu kanaatindedir. Bu görüş hakkında Bkz. CANSER/ ÖZEL, s. 716.

hale gelerek, ifası gereken bağımsız bir borç haline dönüşür¹³⁰. Bu halde, muaccel hale gelen ceza koşulunun, bağımsız olarak devredilmesi, ayrı bir dava ile talep edilmesi veyahut asıl borçtan bağımsız olarak sona ermesi mümkün hale gelir¹³¹.

B. UYGULAMA ALANI

Ceza koşulu, kural olarak hangi sebebe dayanırsa dayansın bütün borç ilişkileri için kararlaştırılabilir¹³². Ceza koşulunun bağlı olduğu ve ifasını teminat için kararlaştırıldığı asıl borç, genel olarak akdî bir ilişkiden doğabileceği gibi kanundan, başka bir hukukî işlemde, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanabilir¹³³. Örneğin asıl borç, aile hukukundan doğan nafaka borcu olabileceği gibi tek taraflı bir hukukî işleme dayanan bir borç olabilir. Bununla birlikte; ceza koşulu, ortaklık, dernek tüzüğü veya bir şirketin ana sözleşmesinde veyahut ticarî işletmelerin yönergelerinde de kararlaştırılabilir.¹³⁴ Bu nedenle, ceza koşulunun bazen kavramsal olarak sözleşme cezası veya sözleşme kaydı olarak kullanılması uygun değildir¹³⁵. Zira, ceza koşulunun bağlandığı asıl borç, az önce açıklandığı üzere her zaman akdi ilişkiden kaynaklanmayabilir.

Ceza koşulu, ölüme bağlı tasarruflarla kararlaştırılamayacağı gibi¹³⁶, kanunla da ceza koşulunun düzenlenmesi söz konusu olamaz¹³⁷. Zira ceza koşulu tek taraflı veyahut çift taraflı bir sağlararası hukukî işlemle kararlaştırılır ve sonuç olarak taraf ya da tarafların iradesine dayanır¹³⁸.

¹³⁰ EREN, s. 1183; KILIÇOĞLU, s. 974; TAMER, s. 735; CANSEL/ ÖZEL, s. 722; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 428

¹³¹ TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 428; TAMER, s. 735.

¹³² CANSEL/ ÖZEL, s. 716; YAĞCIOĞLU, s. 114.

¹³³ BİLGE, s. 60; TUNÇOMAĞ, s. 9 – 11; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 343; EREN, s. 1182; CANSEL/ ÖZEL, s. 717; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 533; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 376; KOCAAĞA, s. 73 – 75; TAMER, s. 735; AKKAYAN YILDIRIM, s. 366; YAĞCIOĞLU, s. 123.

¹³⁴ BİLGE, s. 60 vd.; TUNÇOMAĞ, s. 9 – 11; EREN, s. 1182.; CANSEL/ ÖZEL, s. 716; KOCAAĞA, s. 48, 53; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 533, dñn. 393.; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 343; YAĞCIOĞLU, s. 64, 66 - 67.

¹³⁵ TUNÇOMAĞ, s. 4.

¹³⁶ EREN, s. 1182; KOCAAĞA, s. 49. Aksi yönde YAĞCIOĞLU, s. 159 – 160. GÜLSEVEN, ölüme bağı tasarruflarla ceza koşulu kararlaştırılamayacağını belirtmekle beraber, miras sözleşmelerinde yer alan sağlararası edimlere bağı olarak ceza koşulunun kararlaştırılabilmesi ile, mirasın paylaşılması sözleşmeleri ve miras payının devri sözleşmelerinde de ceza koşuluna yer verilebilmesini ifade etmektedir. Bkz. GÜLSEVEN, s. 30; KOCAAĞA, s. 49. Aynı yönde Bkz. YAĞCIOĞLU, s. 159 - 160 .

¹³⁷ EREN, s. 1182; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 376

¹³⁸ TUNÇOMAĞ, s. 16; BİLGE, s. 47; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 343; EREN, s. 1182; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 376; KOCAAĞA, s. 103 vd.; GÜLSEVEN, s. 30, 39.

Ceza koşulunun bütün borç ilişkileri için kararlaştırılabilme kuralının istisnasını ise kanunla getirilen yasaklar oluşturmaktadır. TBK' nın 346.maddesinde böyle bir yasak getirilmiştir. Madde hükmünde; konut ve çatılı işyeri kiralalarında kira bedelinin zamanında ödenmemesi hâlinde ceza koşulu ödeneceğine dair anlaşmaların geçersiz olacağı düzenlenmiştir¹³⁹. Bunun haricinde; 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (TKHK)¹⁴⁰ 5. maddesinde düzenlenen, "*tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar*" kategorisine giren, tüketici aleyhine kararlaştırılan ceza koşulları da kesin olarak hükümsüzdür¹⁴¹. Yine TBK' nın 420.maddesinde; hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulunun geçersiz olacağı öngörülmüştür¹⁴². Buna göre, sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulları geçersiz olmakla birlikte, sadece işçi lehine konulan ceza koşulu geçerli olacaktır. Yine işveren ile karşılıklı olarak, her iki taraf içinde konulan ceza koşulları geçerlidir. Ancak Yargıtay'a göre; sadece işçi aleyhine ceza koşulunun konulamaması kuralı; her iki taraf için ceza koşulunun kararlaştırıldığı durumlarda işçi aleyhine konulan ceza koşulunun işveren aleyhine konulan ceza koşulundan daha ağır olmamasını da gerektirir¹⁴³. Bunun istisnasını ise,

¹³⁹ 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun Geçici 2. Maddesi gereğince; TBK md. 346 hükmüyle getirilen bu yasak, kiracının TTK' nda tacir olarak sayılan kişilerden biri veya özel hukuk ya da kamu tüzel kişisi olduğu işyeri kiralalarında 01.07.2020 tarihine kadar uygulanmayacaktır.

¹⁴⁰ RG. 28.11.2013, No.28835.

¹⁴¹ **GÜLSEVEN**, s. 34., 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu' nun 5.maddesinin 1.fıkrasındaki düzenlemeye göre; "*Haksız şart; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır.*" Maddenin 2. fıkrası ise; "*Tüketiciyle akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.*" şeklindedir.

¹⁴² 818 sayılı BK döneminde bu konuda bir yasal düzenleme olmamasına rağmen, Yargıtay kararlarının çoğunluğu; sadece işçi aleyhine ceza koşulunun kararlaştırıldığı durumlarda, bu şekilde kararlaştırılan ceza koşullarının geçersiz olacağı ve işçiyi bağlamayacağı yönündedir. Bu kararlara örnek için Bkz. **GÜLSEVEN**, s. 31, dpn. 49. Yargıtay' ın bu konudaki kararlarında görüş birliği olmasına ve bundan sonra yürürlüğe giren TBK' nın 420.maddesinde bu yönde düzenleme getirilmesine rağmen, Yargıtay' ca karşı görüşte kararlar da verilmiştir. Bu kararlar için Bkz. **GÜLSEVEN**, s. 31, dpn. 49. 6098 sayılı TBK' nın yürürlüğünden önceki dönem içinde her ne kadar doktrin ve Yargıtay uygulamasında, işçi aleyhine olmak üzere tek taraflı olarak kararlaştırılan ceza koşulunun geçersiz olduğu görüşü hâkim ise de; KARAGÖZ, 818 sayılı Borçlar Kanunu' nda ve yine 4857 sayılı İş Kanunu ile ilgili diğer mevzuatta bir sınırlama getirilmediğinden, İş Hukuku' nun kendine özgü niteliğiyle bağdaştığı ölçüde, işçi aleyhine tek taraflı olarak ceza koşulunun kararlaştırılabileceğini savunmaktaydı (**KARAGÖZ**, Veli; İş Sözleşmesinde Cezai Şart, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 96 – 98).

¹⁴³ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi' nin 2018/ 1232 E., 2018/ 3920 K. sayılı, 22.02.2018 tarihli kararına göre; "*Hizmet sözleşmeleri açısından cezai şartla ilgili olarak 818 Sayılı Yasada açık bir hüküm bulunmaz iken, Dairemizin uygulamasına paralel olarak; 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 420. maddesi "Hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir." hükmünü getirmiştir. Bu itibarla hizmet sözleşmelerine işçi aleyhine konulan cezai şartlar geçersiz, işçi lehine konulan cezai şartlar ise geçerli kabul edilmelidir. Cezai şartın işçi ve işveren hakkında ve iki taraflı olarak düzenlenmesi gereği, işçi aleyhine kararlaştırılan cezai şartın işveren aleyhine kararlaştırılardan daha fazla olmaması sonucunu da ortaya koymaktadır. Başka bir anlatımla*

işçi aleyhine eğitim giderleri karşılığı kararlaştırılan ceza koşulu ve yine rekabet yasağını ihlal eden işçi aleyhine kararlaştırılan ceza koşulu oluşturmaktadır¹⁴⁴. Buna göre, işçinin eğitim giderleri karşılığı olarak işçi aleyhine tek taraflı olarak kararlaştırılan ceza koşulu ile rekabet yasağı borcunun ihlali halinde tek taraflı olarak işçi tarafından ödenmesi kararlaştırılan ceza koşulu geçerlidir. Ancak bu durumda, TBK md. 446, f. 2 hükmü gereği işçi, kararlaştırılan ceza koşulunu ödeyerek rekabet yasağı borcundan kurtulabilecektir¹⁴⁵.

TBK’ da ceza koşulu kararlaştırılmasına getirilen bir başka yasak ise, kefilin ceza koşulundan sorumlu olacağına dair anlaşmalardır. Bu düzenlemeye göre; kefilin ceza koşulundan sorumlu olacağına dair kayıtlar kesin olarak hükümsüzdür (TBK m. 589, f. 4)¹⁴⁶. Aynı kanunun 271. maddesinin 3. fıkrasında ise, taksitli satımlarda alıcının

işçi aleyhine olarak belirlenen cezai şartın, koşulları ve ceza miktarı bakımından işverenin sorumluluğunu aşması düşünülemez. İki taraflı cezai şartta işçi aleyhine bir eşitsizlik durumunda, cezai şart hükmü tümünden geçersiz olmamakla birlikte, işçinin yükümlülüğü işverenin sorumlu olduğu miktarı ve halleri aşamaz”(www.kazanci.com, E.T.: 05.08.2018). 818 sayılı kanunun yürürlüğünde böyle bir düzenlemenin olmadığı dönemde, doktrinde ÖZDEMİR tarafından ileri sürülen görüşe göre; hizmet sözleşmelerinde ceza koşulunun geçerliliğinde aranan karşılıklılığın, ceza koşulunun sözleşmenin her iki tarafı bakımından karşılıklı olarak kararlaştırılması şeklinde anlaşılması gerekir. Zira, hizmet sözleşmesinde işçi ve işverenin edimleri, hak ve borçları bazen aynı olabilmekle birlikte, farklı nitelikte olduğu, son derece farklı görünüm arz ettiği haller de söz konusu olmaktadır. Bu nedenle ceza koşulunun geçerliliği bakımından gözetilmesi gereken; işçinin ceza koşulu ile üstlendiği edimin, hizmet sözleşmesi içerisinde bir karşılığının, ceza koşulu ile bir edim taahhüt etmesinin bir sebebi ve mantığının olup olmadığıdır. Bu durumda, eğitim karşılığı öngörülen ceza koşulu da hukukî bir dayanağa oturacaktır (ÖZDEMİR, Erdem; “İş Hukukunda Cezai Şart”, AÜEHFD, C. 9, S. 3 – 4 (2005), s. 410 – 411).

¹⁴⁴ KARAGÖZ, s. 218 vd., 244 vd.; SÜZEK, Sarper; İş Hukuku (Genel Esaslar – Bireysel İş Hukuku), Beta Yayınları, Yenilenmiş 9. Baskı, İstanbul 2013, s. 358; YAĞCIOĞLU, s. 130; ÖZDEMİR, s. 411; ÖZDEMİR, Erdem; “İş Hukukunda Eğitim Karşılığı Öngörülen Cezai Şart”, **Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi**, S. 4 (2005/ 1), s. 147. Bununla birlikte, hizmet sözleşmelerinde işçi aleyhine eğitim karşılığı öngörülen ceza koşullarının mutlak olarak geçerli sayıldığından söz edilemez. Doktrinde ve Yargıtay’ da buna ilişkin önemli sınırlandırmalar getirilmiştir. Hizmet sözleşmelerinde eğitim karşılığı öngörülen ceza koşullarının geçerlilik koşulları için ayrıca Bkz. ÖZDEMİR, s. 411 vd.; ÖZDEMİR, Eğitim, s. 148 vd.

¹⁴⁵ SÜZEK, s. 358; KARAGÖZ, s. 244.

¹⁴⁶ 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda böyle bir hüküm bulunmamakta idi. 6098 sayılı kanun yürürlüğe girmeden, 818 sayılı kanunun yürürlükte olduğu dönemde de, kefilin ceza koşulundan sorumlu olmayacağı kabul edilmekteydi. Ancak, 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda, TBK md. 589, f. 4 hükmüne benzer bir hüküm bulunmadığından, kefilin ceza koşulundan (cezai şarttan) sorumlu olacağına dair kayıtların geçerli olacağı, kefil tarafından böyle bir irade koyulması ve ceza koşulundan da sorumlu olacağına muvafakat etmesi halinde, kefilin ceza koşulundan da sorumlu olacağını ileri sürülmekteydi (BİLGE, Necip; “Kefilin Mesuliyetinin Şümülu”, AÜHFD, C. 13, S. 1 (1956), s. 115 - 116, 119 – 121(<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/331/3352.pdf>), E.T.: 9.8.2019); KARA KILIÇARSLAN, Seda; “Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 13, S. 1 (2009), s. 51, 55, 56(http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/13_3.pdf), E.T. : 9.8.2019); YAĞCIOĞLU, s. 148, dpn. 501 ve burada yer alan yazarlar). TBK md. 589, f. 4 hükmünün yürürlüğe girmesinden sonra ise; bizim de katıldığımız görüşe göre, söz konusu hüküm emredici niteliktedir ve artık kefilin ceza koşulundan sorumlu olacağı kararlaştırılamayacak, bu şekilde yapılan anlaşmalar kanunun emredici hükmü karşısında kesin olarak hükümsüz olacaktır (YILMAZ, Merve; “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 97 (2011), s. 163 ve dpn. 25(<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2011-97-1110>), E.T. : 9.8.2019); YENER, Mehmet Deniz; “Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı Ve 6098 Sayılı Türk Borçlar

temerrüdü halinde kararlaştırılan ceza koşullarında miktar bakımından sınırlama getirilmiş olup, buna göre alıcının temerrüdü halinde ödenmesi kararlaştırılan ceza koşulunun miktarı satım bedelinin yüzde onunu (%10) geçemez. Ceza koşuluna dair getirilen yasaklara vereceğimiz bir diğer örnek ise, Türk Medeni Kanunu' nun 119. maddesiyle getirilmiştir. Buna göre; evlenmeden kaçınma hali için ceza koşulu dava edilemeyecektir¹⁴⁷. Ayrıca, ceza koşulu olarak yapılan ödemeler geri istenemeyecektir (TMK m. 119). Bu düzenlemeyle, evlenmeden kaçınma için kararlaştırılan ceza koşulundan doğan borç, eksik borç olarak öngörülmüştür¹⁴⁸.

Ceza koşulunun kararlaştırılmasına getirilen yasaklar, kanunda açıkça öngörüldüğü gibi, bu yasaklar dolaylı olarak da getirilebilmektedir. Dolaylı olarak getirilen bu yasaklar, ya şekle ilişkin hükümlerden, ya da güvence altına alınmak istenen borcun özelliklerinden kaynaklanabilmektedir¹⁴⁹. Şekle ilişkin getirilen yasaktan ötürü ceza koşuluna dolaylı olarak yasak getirilmesine örnek olacak bir durum, TTK. md.671' den kaynaklanmaktadır. Buna göre, poliçe metnine TTK' nın 671. maddesinde düzenlenen bulunması gereken zorunlu unsurların yanında, ihtiyari olarak bazı unsurlar da konulabilecektir¹⁵⁰. Ancak bazı hususların poliçede yer almasına izin verilmemiştir. Bu yasaklama, kanunda yer alan bir düzenlemeyle getirilmemiş olup, poliçede yer alması gereken zorunlu unsurlardan ve yine poliçe metnine konulabilecek olan ihtiyari kayıtlardan anlaşılmaktadır. Poliçe metninde yer almasına izin verilmeyen kayıtların, poliçe metninde yer alması halinde; bu kayıtlar ya kanun gereği yazılmamış sayılırlar ya da poliçeyi geçersiz hale getirirler¹⁵¹. Caiz olmayan bu kayıtlar arasında, ceza koşulu da

Kanunu İle Yapılan Değişiklikler”, **Marmara Üniversitesi Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi**, C. 11, S. 20 (Ocak 2019), s. 110, 112 (<https://dergipark.org.tr/download/article-file/3970>, E.T. : 9.8.2019); **KARA KILIÇARSLAN**, s. 56; **YAĞCIOĞLU**, s. 148) Ancak, TBK md. 589, f. 4 hükmünün emredici nitelikte olmadığı ve bu nedenle, TBK md. 589, f. 4 hükmünün aksine bir düzenleme yapmanın mümkün olduğu ve bu suretle kefilin ceza koşulundan sorumlu olacağının kararlaştırılmasının mümkün olduğu da doktrinde ileri sürülmektedir(**EREN**, Fikret; *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 794). Konuyla ilgili bütün görüşler bakımından ayrıntılı açıklamalar için ayrıca Bkz. **KOCAGA**, s. 60; **YILMAZ, M.**, s. 162, 163 ve aynı sayfada dpn. 25; **YAĞCIOĞLU**, s. 130, 148 – 151.

¹⁴⁷ Maddede cayma tazminatı bakımından da aynı düzenleme getirilmiştir. **YAĞCIOĞLU**' na göre, olması gereken hukuk bakımından TMK md. 119 düzenlemesine ihtiyaç yoktur. Zira, evlenme serbestisi prensibine aykırı olarak tarafların üzerinde baskı yaratacak olan bu şekildeki bir ceza koşulu evlenme kararına etki edecektir. Bu nedenle de, bu şekilde kararlaştırılan bir ceza koşulu ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olduğundan geçersiz sayılabilecektir (**YAĞCIOĞLU**, s. 68).

¹⁴⁸ **YAĞCIOĞLU**, s. 67.

¹⁴⁹ **KOCAGA**, s. 61; **TUNÇOMAĞ**, s. 55.

¹⁵⁰ **YILMAZ**, L., s. 367-373; Kambyo Senetlerinde (Çek – Bono – Poliçe' de) Def'iler, Aristo Yayınevi, 2. Bası, İstanbul 2017, s. 367-373; **REİSOĞLU**, Seza; Çek Hukuku, Cem Web Ofset San. Tic .Ltd. Şti basımı(Kitap İsteme Adresi: Reisoğlu – Ensari – Doğrul Ortak Avukatlık Bürosu), Ankara 2011, s. 81-87; **KOCAGA**, s. 61.

¹⁵¹ **YILMAZ, L.**, s. 367-373; **REİSOĞLU**, s. 84-89; **KOCAGA**, s. 61; **YAĞCIOĞLU**, s. 131.

yer almaktadır. Böyle bir durumda; poliçede yer alan ceza koşuluna ait kayıt, yazılmamış sayılma yaptırımına tabidir¹⁵². Poliçe dışında ayrı bir sözleşmeyle ceza koşulunun kararlaştırılmasının mümkün olduğu doktrinde kabul edilmektedir¹⁵³. Çek ve bono bakımından da aynı durum geçerli olup, çeklerde öngörölmüş herhangi bir faiz şartının yazılmamış sayılacağına dair TTK' nın 786. maddesiyle getirilen kural kıyasen ceza koşulu bakımından da uygulanacak, çek üzerine yazılı ceza koşulu yazılmamış sayılacaktır¹⁵⁴. Yargıtay, genel olarak kambiyo senetlerinde ceza koşulu kararlaştırılamayacağı görüşündedir¹⁵⁵.

TBK' nın 42. maddesinin 1. fıkra hükmüyle, temsil olunanın hukukî işlemde doğan temsil yetkisini her zaman sınırlayabileceği ve geri alabileceği düzenlenmiş, 2.fikrasında ise temsil olunanın bu hakkından önceden feragat edemeyeceği kuralı getirilmiştir. Temsil olunanın, TBK md.42/1 hükmüyle getirilen hakkını önceden sınırlaması veya bu hakkından önceden vazgeçmesi, hukukî işlem ehliyetinden tamamen veya kısmen feragat edeceği anlamına geleceğinden TMK md. 23 hükmüne aykırı olacaktır. Bu halde temsil yetkisinin geri alınması veya sınırlandırılması halinde ceza koşulu ödeneceğine dair anlaşmaların, temsil olunanın bu hakkını sınırlaması nedeniyle geçersiz olacaktır.¹⁵⁶

¹⁵² YILMAZ, L., s. 367-373; KOCAĞA, s. 61; GÜNAY, s. 50. Böyle bir durumda, poliçenin tamamen geçersiz olacağına dair görüş için Bkz. TUNÇOMAĞ, s. 55.

¹⁵³ KOCAĞA, s. 61; TUNÇOMAĞ, s. 55. Poliçe, çek veya bono dışında bir anlaşmayla kararlaştırılan ceza koşulunun geçerli olacağına dair Bkz. TUNÇOMAĞ, s. 55 – 56; BİLGE, s. 46; YAĞCIOĞLU, s. 131; KOCAĞA, s. 61 ve aynı sayfada dnp.161' de yer alan yazarlar;

¹⁵⁴ KOCAĞA, s. 62; YILMAZ, L., s. 370; REİSOĞLU, s. 85; PULAŞLI, Hasan; Kıymetli Evrak Hukuku, Karahan Kitabevi, Yenilenmiş 7. Baskı, Adana 2005, s. 189.

¹⁵⁵ Yarg. 12. HD, T. 29.11.1990, 7506/ 7661 : “Çek üzerinde yazılan cezai şart, çekin niteliği ile geliştiğinden böyle bir şart yazılmamış sayılır.”(EKİNCİ, Hüseyin; Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 105); Yarg. 12. HD, T. 8.11.1982, 7799/ 8093 : “Takip dayanağı bonoda % 10 cezai şart öngörölmüş olup bu cihet senedin kambiyo vasfını etkilemez ise de yazılmamış sayılacağı düşünülmeden ve ilamsız takip konusu yapılamayacağı nazara alınmadan bu kısımdaki itirazın reddi de isabetsizdir.”(GÜNAY, s. 88, dnp. 294).

¹⁵⁶ EREN, s. 448; KOCAĞA, s. 63. Buna karşılık; OĞUZMAN/ ÖZ; temsil yetkisini geri alma ve sınırlama halinde ceza koşulu taahhüdünde bulunulabileceği, temsil yetkisini geri alma ve sınırlamanın ceza koşuluna bağlanmasının her zaman temsilciyi azletme veya yetkisini sınırlama hakkını engellemediği görüşündedir(OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu' na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 16. Bası Cilt 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s. 234 – 235). TMK md.66' nın, hiç kimsenin dernekte üye olarak kalmaya zorlanamayacağına ve altı ay önceden yazılı olarak bildirim şartıyla dernekten çıkma hakkına sahip olduğuna dair getirdiği emredici hüküm karşısında belirtilen süre ve şekilde bildirim halinde dahi dernekten çıkma halinde ceza koşulunun ödeneceğine dair sözleşmeler de geçersizdir(KOCAĞA, s. 62; TUNÇOMAĞ, s. 56; CANSEL/ ÖZEL, s. 717; YAĞCIOĞLU, s. 131). Üyenin dernekten çıkma hakkını engellemeye ilişkin kararlaştırılan ceza koşulunun, fer' i niteliğinden ötürü, aynı zamanda asıl borcun kişilik haklarıyla ilgili TMK md. 23' e aykırılığundan da geçersiz olacağına dair bkz. YAĞCIOĞLU, s. 131 – 132. Yargıtay, vekâlet sözleşmesinin sona erdirilmesi durumunda ceza koşulu kararlaştırılmasının, vekâlet sözleşmesi taraflarının sözleşmeyi her zaman tek taraflı olarak sona erdirebileceklerine dair TBK md. 512' nin emredici hükmü karşısında mümkün olmadığını, vekalet sözleşmesinin sona ermesine bağlı olarak kararlaştırılmış ceza koşulunun geçersiz olacağına karar

C. BAĞLI OLDUĞU ŞEKİL

Ceza koşulu, sözleşmenin yapıldığı esnada asıl sözleşmenin bir parçası olarak içerisinde yer alabileceği gibi, ayrı bir sözleşme ile de kararlaştırılabilir.¹⁵⁷ Asıl sözleşmenin içerisinde, onun bir parçası olarak yer alan ceza koşulu, sözleşmesel kayıt olarak da adlandırılmaktadır¹⁵⁸.

Ceza koşulunun şekline dair kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, asıl sözleşmeye bağlı olarak kararlaştırılan ceza koşulu, fer' i niteliğinin de bir gereği olarak esas sözleşmenin bağlı olduğu şekle tabidir¹⁵⁹. Örneğin; taşınmaz satış vaadi sözleşmesine konu borcun ifasını sağlama ve teminat altına alma amacı güden bir ceza koşulunun bağlı olduğu şekil, resmi yazılı şekildir¹⁶⁰. Zira, bağlı olduğu asıl borcun kaynağı olan taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, resmi yazılı geçerlilik koşuluna bağlıdır (TBK md.237). Bu halde, resmi şekilde yapılmış bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesini güvence altına alma amacıyla kararlaştırılan ceza koşulu adi yazılı şekilde ise, asıl sözleşme olan taşınmaz satış vaadi sözleşmesi geçerli olacak, ancak ceza koşuluna dair yapılan adi yazılı sözleşme ise geçersiz olacaktır. Bunun yanında, şekle tabi olmayan bir borç için kararlaştırılan ceza koşulu da şekle tabi olmayacaktır¹⁶¹.

Ceza koşulu, bağlandığı asıl borcun şekline tabi olup, asıl borcun tabi olduğu şekle uygun olarak yapılmayan bir hukukî işlemle kararlaştırılan ceza koşulu

vermiştir(Yarg. 3. HD, T. 27.5.2008, 6473/ 9598(www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. : 9.8.2019); **KOCAAĞA**, s. 62, **YAĞCIOĞLU**, s. 133). TBK' nın 512. maddesinin ikinci cümlesindeki uygun olmayan zamanda vekalet sözleşmesini sona erdiren tarafın, bundan ötürü diğer tarafın uğrayacağı zararları karşılayacağına dair düzenleme karşısında, uygun olmayan zamanda sözleşmenin sona erdirilmesini engellemek maksadıyla getirilen ceza koşulunun geçerli sayılması gerektiği bazı yazarlarca ileri sürülmektedir(**YAĞCIOĞLU**, s. 133 ve aynı sayfada dpn. 437' de yer alan yazarlar). **YAĞCIOĞLU**' na göre, TBK md. 512' nin 2. cümlesinde, uygun olmayan zamanda vekalet sözleşmesini sona erdirmeden kaynaklı zararların sona erdiren tarafından tazmin edileceği şeklinde getirilen yaptırımın yanında ceza koşulunun da kararlaştırılması, 512. maddenin 1. cümlesinde getirilen serbestiye dolaylı olarak etki edebilir. Bu nedenle, 512. maddenin 2. cümlesi çerçevesinde ceza koşulunun varlığına istisna tanımak isabetli olmaz(**YAĞCIOĞLU**, s. 133).

¹⁵⁷ **TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU**, s. 430-431; **EREN**, s. 1183.;**TUNÇOMAĞ**, s. 62; **KOCAAĞA**, s. 119; **YAĞCIOĞLU**, s. 160.

¹⁵⁸ **EREN**, s. 1183; **KOCAAĞA**, s. 119; **YAĞCIOĞLU**, s. 160.

¹⁵⁹ **VON TUHR**, s. 764; **EREN**, s. 1183; **CANSEL/ ÖZEL**, s. 718; **KILIÇOĞLU**, s. 974; **TUNÇOMAĞ**, s. 61; **BİLGE**, s. 76; **GÜLSEVEN**, s. 38; **KOCAAĞA**, s. 121, 162; **OĞUZMAN/ ÖZ (II)**, s. 537; **TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU**, s. 430,431; **HATEMİ/ GÖKYAYLA**, s. 380; **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s. 344, dpn. 8; **KOCAAĞA**, s. 120 – 121; **YAĞCIOĞLU**, s. 162.

¹⁶⁰ **KILIÇOĞLU**, s. 974; **EREN**, s. 1184; **TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU**, s. 431; **KOCAAĞA**, s. 122, 163;**TUNÇOMAĞ**, s. 61; **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s. 344, dpn. 8.

¹⁶¹ **EREN**, s. 1184; **KOCAAĞA**, s. 121; **OĞUZMAN/ ÖZ (II)**, s. 537; **YAĞCIOĞLU**, s. 161 - 162.

geçersizdir. Ceza koşulunun şekil kurallarıyla olan ilişkisi, aşağıda ceza koşulunun unsurlarından “asıl borcun mevcudiyeti” alt başlığı altında ele alınacaktır.

VI. CEZA KOŞULUNUN AMACI - İŞLEVİ

Ceza koşulunun amacı, borçlunun borcuna uygun davranmasını, borcunu ifa etmesini teşvik etmektir¹⁶². Borçlu, kararlaştırılan ceza koşulunu ödememek için borcunu ifa etme konusunda daha gayretli ve dikkatli olacaktır. Bu bakımdan, ceza koşulu sayesinde borçluya borcuna uygun davranması, ifa etmesi yönünde baskı uygulanması söz konusu olmaktadır¹⁶³. Ceza koşulunun bu etkisi, asıl alacağı kuvvetlendirmekte, alacaklının elini güçlendirmektedir¹⁶⁴.

Ceza koşulunun bir diğer amacı ise, borçlunun borcunu hiç veya kısmen yerine getirmediği ya da gecikmeli veya yerine getirme koşullarının aksine bir şekilde yerine getirdiği durumlarda alacaklıyı uğradığı zararı ispatlama ve zarar miktarını belirleme yükünden kurtararak, zararının tazminini kolaylaştırmaktır¹⁶⁵. Zarar miktarının ne kadar olduğunun ispatının gerekmemesi açısından; ceza koşulu götürü tazminata benzerlik gösterir¹⁶⁶.

Ceza koşulunun bir diğer amacının, sözleşmeden dönmeyi kolaylaştırma olduğu doktrinde ileri sürülmüştür¹⁶⁷. TBK’ nın 179. maddesinin 3. fıkra düzenlemesini dayanak alan bu görüşe göre, ceza koşulunun bir amacının da borçluya ceza koşulunu ödeyerek her an için sözleşmeden dönme imkânı sağlamak, alacaklıyı da bu dönmeden kaynaklanan zarardan borçluyu peşinen sorumlu tutma imkânına kavuşturmak, hâkimin işini de kolaylaştırmak olduğu belirtilmektedir¹⁶⁸. TBK’ nın 179. maddesinin 3. fıkrasında borçluya sözleşmeden dönme imkânı tanıyan, doktrinde dönme cezası olarak

¹⁶² KILIÇOĞLU, s. 970; EREN, s. 1181; GÜLSEVEN, s. 26; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 376, 377; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 530.; KOCAAĞA, s. 31, 33; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 342; YAĞCIOĞLU, s. 37.

¹⁶³ TERCİER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 428.; CANSEL/ ÖZEL, s. 715.; TAMER, s. 734; KOCAAĞA, s. 34; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 530; GÜLSEVEN, s. 26, 27; TUNÇOMAĞ, s. 49; YAĞCIOĞLU, s. 37, 38.

¹⁶⁴ KAPANCI, Kadir Berk; “Dönme Cezası (TBK m.179 f.3) ve Cayma Parası (TBK md. 178) Kavramları Arasında Kısa Bir Karşılaştırma”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22, S. 2 (2016), s. 247-270, s. 251.(<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/275236>, E.T : 22.03.2018).

¹⁶⁵ EREN, s. 1181; GÜLSEVEN, s. 25, 29; TAMER, s. 734; TERCİER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 428; CANSEL/ ÖZEL, s. 715; KOCAAĞA, s. 36; TUNÇOMAĞ, s. 48; KILIÇOĞLU, s. 971; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 529; YAĞCIOĞLU, s. 40.

¹⁶⁶ TERCİER/ PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 428.; Ancak; ceza koşuluyla, götürü tazminat kavramlarını birbirinden ayırt etmek gerekir. Bu konudaki ayrıntılı açıklamalar için Bkz. Bölüm I, VIII, D.

¹⁶⁷ EREN, s. 1184; GÜLSEVEN, s. 26; KOCAAĞA, s. 38.

¹⁶⁸ GÜLSEVEN, s. 26.

adlandırılan bu düzenleme; her ne kadar ceza koşulunun düzenlendiği 179. maddede düzenlenmiş olsa da teknik anlamda ceza koşulu değildir¹⁶⁹. Zira, ceza koşulunun, borçluyu ifaya zorlama, baskı kurma ve borca aykırılık halinde ortaya çıkacak zararın tazminini güvence altına alma amaçlarına tezat bir şekilde; dönme cezasında borçluya sözleşmeden dönme konusunda kolaylık sağlanmakta, borcun yerine getirilmemesi bakımından bir kaçış imkânı sağlanmaktadır¹⁷⁰. Bu bakımdan, dönme cezası cayma parasına benzerlik göstermekle birlikte aralarında farklılık vardır¹⁷¹.

Tüm bu yönlerden; dönme cezasının, TBK’ nın 179.maddesi içerisinde düzenlenmesinden yola çıkılarak ceza koşulunun bir türü olduğundan bahisle, ceza koşulunun bir amacının da sözleşmeden dönme kolaylığı sağlamak olduğunu söylemek kanaatimizce uygun değildir¹⁷².

VII. CEZA KOŞULUNUN TÜRLERİ

A. SEÇİMLİK CEZA KOŞULU

TBK’ nın 179.maddesinin 1.fikrasında yer alan düzenlemeye göre; sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmediği durumda ödenmek üzere bir ceza kararlaştırılmışsa, alacaklı, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir. Seçimlik ceza koşulu olarak adlandırılan bu tür ceza koşulunda teknik olarak seçimlik

¹⁶⁹ Aynı yönde Bkz. YAĞCIOĞLU, s. 46. Ayrıca Bkz. TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 429; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 543; EREN, s. 1186; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 382; AKKAYAN YILDIRIM, s. 375; CANSEL/ ÖZEL, s. 725; KOCAAĞA, s. 144; GÜLSEVEN, s. 42.

¹⁷⁰ KAPANCI, s. 251; CANSEL/ ÖZEL, s. 726; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 429-430; AKKAYAN YILDIRIM, s. 375; KILIÇOĞLU, s. 980 – 981; EREN, s. 1186; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 353; KOCAAĞA, s. 39, 40, 145; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 544; TUNÇOMAĞ, s. 47.

¹⁷¹ CANSEL/ ÖZEL, s. 725-726; KILIÇOĞLU, s. 981-982; EREN, s. 1186; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 555; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 353; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 38 2; TUNÇOMAĞ, s. 31,47;KOCAAĞA, s. 153; GÜLSEVEN, s. 47, 48; KAPANCI, s. 251. TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU; dönme cezası bakımından gerçek anlamda bir ceza koşulu değil, cayma tazminatının söz konusu olduğu değerlendirmesini yapmıştır.(Bkz. TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 429-430). Ancak, kanaatimize göre; dönme cezasıyla cayma parası farklı iki kurumdur. Her iki kurum arasındaki farklılıklar için Bkz. Bölüm I, VIII, C.

¹⁷² Bu nedenle, çalışmamızda dönme cezasına kısaca değinilecek olsa da, ceza koşulunun bir türü olarak tanımlanmayacaktır. Keza, çalışmamızın esas konusu olan “tacir bakımından ceza koşulunun indirilmesi ve geçersizliği” nin incelenmesi açısından bakıldığında da, dönme cezası, ceza koşulundan amacı bakımından da farklılık arz etmesi nedeniyle indirimi veya geçersizliği konusunun bu kapsamda incelenmesi, araştırma ve inceleme amacımızla bağdaşmayacaktır(Aynı yönde Bkz. YAĞCIOĞLU, s. 46). Ancak şu hususu da belirtmek gerekir ki; doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, dönme cezasının kanun koyucu tarafından ceza koşulu olarak tanımlanması nedeniyle, dönme cezası aşırı olduğu takdirde hâkim tarafından indirilebilmelidir(TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 353 ve aynı sayfada dpn. 18a’ da yer alan Yarg. HGK, T. 6.10.1978, 9 – 101/ 800).

bir borçtan değil, alacaklıya tanınan bir seçim hakkından söz etmek gerekir¹⁷³. Zira, ceza koşulu kendisinden talep edilmedikçe, borçlu sadece asıl borcu ifa etmekle yükümlüdür. Oysa ki seçimlik borçta, seçim yapılacak edimlerin tamamı asli olup, biri diğerinin fer' i değildir. Bu nedenle, her biri asli borç olan edimlerden birinin ifasının imkânsız olduğu hallerde borç sona ermez ve ifa edilmesi gereken borcun konusunu diğer edim oluşturur. Ancak ceza koşulu asıl borcun fer'i niteliğinde olduğundan, asıl borç ifa imkânsızlığı nedeniyle sona erdiğinde ceza koşulu da sona ermektedir.¹⁷⁴

Bu seçimlik hakkın doğması, ifası gereken borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesine bağlı olup, asıl borç ihlal edilmemiş ise alacaklı asıl borcun ifa edilmesinden vazgeçip ceza koşulunu talep edemez¹⁷⁵. Bununla birlikte, karşılıklı edimler içeren sözleşmelerde kararlaştırılan ceza koşulunun alacaklı tarafça talep edilebilmesi için, TBK' nın 97.maddesi gereğince alacaklının kendi üzerine düşen edimi ifa etmiş olması veya bu edimin ifasına dair öneride bulunması gerekmektedir. Aksi durumda, borçlu tarafından alacaklıya ödemezlik def' inde bulunulabilir.¹⁷⁶ Bunun yanında; asıl borcun ifası, sonradan objektif olarak imkânsız hale gelmesi nedeniyle borçlu asıl borcunu ifa etmemişse alacaklıya seçim yetkisi tanınmanın bir önemi kalmayacaktır¹⁷⁷. Zira, asıl borcun aynen ifası imkânsız olduğundan aynen ifa talebinin borçlu tarafından yerine getirilmesi de imkânsız olacak, alacaklı yalnız tazminat isteme hakkına sahip olacaktır. Bu halde, alacaklı ya zararının tazmini ya da ceza koşulunun ödenmesini talep edebilir. Ceza koşulunun ifasını talep etmeyen ve aynen ifa talebinde ısrarcı olan alacaklı, sadece TBK' nın 112 vd. maddelerine göre tazminat talep etme olanağına sahip olacaktır.¹⁷⁸

¹⁷³ EREN, s. 1184; KILIÇOĞLU, s. 975; KOCAAĞA, s. 134, 135; TUNÇOMAĞ, s. 106; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 540; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 429; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 380; CANSEL/ ÖZEL, s. 722; BİLGE, s. 97; YAĞCIOĞLU, s. 54 – 55.

¹⁷⁴ HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 380; KOCAAĞA, s. 134-135, 245-246; TUNÇOMAĞ, s. 106; YAĞCIOĞLU, s. 55 vd. CANSEL/ ÖZEL' e göre; borç hiç veya gereği gibi ifa edilmediğinden dolayı ceza koşulu muaccel olduğunda, alacaklı ya asıl borcun ifasını ya da seçimlik ceza koşulunu talep edebilecek olup, bu iki borç birbirinden bağımsız seçimlik borçtur. Yoksa, alacaklıya tanınmış bir seçim hakkından ibaret değildir. Alacaklının hakkı, yenilik doğuran bir hak olup, karşı tarafa yöneltilmesi gerekli bir işlemdir(CANSEL/ ÖZEL, s. 730). Diğer görüşler için Bkz. GÜLSEVEN, s. 40; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 352 ve aynı sayfada dpn. 10; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 429; EREN, s. 1184; BİLGE, s. 97.

¹⁷⁵ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 349; KILIÇOĞLU, s. 976; EREN, s. 1184; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 380; KOCAAĞA, s. 245; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 429, 431; GÜLSEVEN, s. 40; YAĞCIOĞLU, s. 56.

¹⁷⁶ TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 431; KOCAAĞA, s. 265.

¹⁷⁷ OZANOĞLU, Hasan Seçkin; "İstisna Ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 1 – 2 (Haziran Aralık 1999), s. 95; CANSEL/ ÖZEL, s. 723; KOCAAĞA, s. 134; YAĞCIOĞLU, s. 56 – 57.

¹⁷⁸ OZANOĞLU, s. 95; KOCAAĞA, s. 134; YAĞCIOĞLU, s. 190; CANSEL/ ÖZEL, s. 723 – 724.

Borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi sonucunda alacaklının seçimlik hakkının doğması ile alacaklı ya asıl borcun ifasını ya da ceza koşulunun ifasını isteyecektir. Alacaklının hem asıl borcu hem de ceza koşulunun ifasını birlikte istemesi mümkün değildir.¹⁷⁹ Ancak bu emredici bir kural olmayıp, taraflarca ceza koşulunun kararlaştırıldığı sözleşmede aksi bir düzenleme yapılabilir. Buna göre; taraflar, borçlunun borcunu ihlal etmesi halinde yalnızca ceza koşulunun talep edebileceğini düzenleyebilecekleri gibi, hem borcun aynen ifasını hem de ceza koşulunu birlikte talep edebileceğini de kararlaştırabilirler¹⁸⁰.

Alacaklı, seçimlik hakkı doğduğunda, bu hakkını tek taraflı ve varması gereken irade beyanıyla kullanmalıdır¹⁸¹. Yenilik doğuran bir hakkın¹⁸² kullanılması niteliğindeki bu beyan¹⁸³, borçluya varması ile hükümlerini doğurur¹⁸⁴. Yenilik doğuran hakların kullanılmasıyla meydana getirdiği etkilere göre yapılan ayırım bakımından, söz konusu seçim hakkı değiştirici yenilik doğuran bir haktır¹⁸⁵. Yenilik doğuran hakların kullanılmasından sonra dönülmesi söz konusu olamayacağından, alacaklı bu seçim hakkını kullandıktan sonra seçiminden geri dönemez¹⁸⁶. Bu halde, seçim hakkını asıl borcun ifası yönünde kullanan alacaklı, sonrasında bu irade beyanından dönüpceza koşulunun ifasını talep edemeyeceği gibi ceza koşulunun ifasını talep ettiğinde ise asıl borcun ifasını talep hakkından kesin olarak vazgeçmiş olacaktır¹⁸⁷. Bu halde, borçlu

¹⁷⁹ EREN, s. 1184; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 540; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 380; TERCİER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 429; KOCAAĞA, s. 133-134; YAĞCIOĞLU, s. 56, 189 – 190.

¹⁸⁰ OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 541; TUNÇOMAĞ, s. 44; KOCAAĞA, s. 136-137; KILIÇOĞLU, s. 976; EREN, s. 1185; GÜLSEVEN, s. 40; YAĞCIOĞLU, s. 57 – 58.

¹⁸¹ EREN, s. 1185; TUNÇOMAĞ, s. 107; CANSEL/ ÖZEL, s. 722; KOCAAĞA, s. 248; YAĞCIOĞLU, s. 186 – 187.

¹⁸² HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 381; EREN, s. 1184; KILIÇOĞLU, s. 975; CANSEL/ ÖZEL, s. 722, 730; TUNÇOMAĞ, s. 107; KOCAAĞA, s. 248; TERCİER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 429.

¹⁸³ HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 381; EREN, s. 1184; KILIÇOĞLU, s. 975; CANSEL/ ÖZEL, s. 722, 730; TUNÇOMAĞ, s. 107; KOCAAĞA, s. 248; TERCİER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 429.

¹⁸⁴ BİLGE, s. 99; CANSEL/ ÖZEL, s. 722, 730; TUNÇOMAĞ, s. 107; YAĞCIOĞLU, s. 186 – 187.

¹⁸⁵ BUZ, Vedat; Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 192 – 193; EREN, s. 1184; KOCAAĞA, s. 248; YAĞCIOĞLU, s. 186.

¹⁸⁶ Yenilik doğuran hakların kullanılmasıyla tüketilmiş olacağı ve geri alınmaması kuralı ile bu kuralın istisnaları hakkında Bkz. BUZ, s. 443 vd.

¹⁸⁷ KILIÇOĞLU, s. 976; CANSEL/ ÖZEL, s. 723; TUNÇOMAĞ, s. 108-109; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 381; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 540; YAĞCIOĞLU, s. 188 – 189. EREN' e göre; ceza koşulunun ifasını talep eden alacaklı, artık asıl borcun ifasını talep edemeyecek, bu hakkından kesin olarak vazgeçmiş olacaktır. Ancak, taraflar sözleşmeyle önce asıl borcun ifasının talep edilebileceğini, borçlunun bunu yerine getirmemesi halinde alacaklının sonradan ceza koşulunun ifasını talep edebileceğini kararlaştırabileceklerdir (Bkz. EREN, s. 1184 - 1185). TERCİER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU; alacaklının seçimlik hakkı doğduğunda ceza koşulunun ifasını talep ederse asıl borcun ifasını talep hakkından kesin olarak vazgeçmiş olacağını kabul etmekle beraber; alacaklının öncelikle asıl borcun ifasını talep etmesi halinde ceza koşulunun ifasını talep hakkından vazgeçmiş olmayacağını belirterek, diğer yazarlardan ayrılmaktadır (Bkz. TERCİER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 429). BİLGE' ye göre; ceza koşulunun talep edilmesinden sonra asıl borcun ifası talep edilemez. Ancak, alacaklı asıl borcun ifasını talep etmesine rağmen, borçlu tarafından bu talebi yerine getirilmiyor veya

tarafından daha önceden kısmen ifa edilen borcun iadesi veya ceza koşulundan indirimi gerekmektedir¹⁸⁸. Borçlunun borcunu gereği gibi ifa etmediği durumlarda da bahsi geçen kısmi ifanın iadesi veya kısmi ifa nedeniyle ceza koşulundan indirimin yapılması gerekir¹⁸⁹. Ancak, ceza koşulunun ifası yönünde yapılan tercih, alacaklının borcun ihlalden kaynaklanan zararlarının tazminini talep etmesini engellemez. Alacaklı ceza koşulunun ifasını taleple birlikte, ceza koşulunu aşan zararlarını TBK' nın md. 180, f. 2 hükümleri gereğince talep edebilecektir¹⁹⁰. Ceza koşulunun ifası yönünde seçimlik yetki

asıl borcun ifası artık imkânsız hale gelmiş ise, ceza koşulunu talep etmesinde hukuken ve kanun sistematığı bakımından bir uygunsuzluk bulunmamaktadır. Ceza koşulunun bir işlevinin de asıl borcun ihlali nedeniyle ortaya çıkan zararın önceden belirlenerek tazmin edilmesi olduğuna göre, asıl borcun yerine getirilmemesi nedeniyle zararının tazminini talep etme hakkı olan alacaklıyı ceza koşulunu talep etmekten mahrum bırakmamak gerekir(BİLGE, s. 100). TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP da benzer şekilde, alacaklının ceza koşulunun ifasını talepten sonra artık asıl borcun ifasını talep etmesi mümkün değilse de asıl borcun ifasının talep etmesine rağmen bu talebin verimsiz kalması durumunda ceza koşulunu talep edebilmesi gerektiğini belirtmektedirler(TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 349, aynı yönde Bkz. BİLGE, s. 100 - 101). Bu konudaki görüşlere dair ayrıntılı bilgi için Bkz. KOCAAĞA, s. 248-251. TUNÇOMAĞ, alacaklının seçimlik hakkını, asıl borcun ifasını talep yönünde kullanması karşısında borçlunun asıl borcun ifasına yanaşmaması halinde alacaklının ceza koşulunu talep edebileceğine dair görüşün kabul edilemeyeceğini, böyle bir iddianın yenilik doğuran hakların hukukî niteliğine aykırı olacağını belirtmektedir. Ayrıntılı açıklamalar için Bkz. TUNÇOMAĞ, s. 108 – 110. Aynı yönde Bkz. YAĞCIOĞLU, s. 189 – 190.

¹⁸⁸ TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 429, 431; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 381; KILIÇOĞLU, s. 976; CANSEL/ ÖZEL, s. 723; TUNÇOMAĞ, s. 111; KOCAAĞA, s. 261-262; YAĞCIOĞLU' na göre, borcun hiç ifa edilmemesine yönelik olarak ceza koşulunun kararlaştırıldığı bir borç ilişkisinde, borçlunun kısmi ifada bulunması ve alacaklının da bu kısmi ifayı kabul ettiği durumda, sözleşme adaletinin sağlanması açısından, kısmi ifanın iade veya kısmi ifaya denk gelen değer ceza koşulundan mahsup edilmesi yerine, ifa edilmeyen borç kısmıyla orantılı olarak ceza koşulunun talep edilmesi daha isabetli olacaktır. Bunun yanında, alacaklının kısmi ifayı kabul etmesi durumunda, kabul edilen kısım alacaklı bakımından bir yarar sağlamıyorsa ya da ifa edilmeyen kısım olmadan alacaklı sözleşmeyi yapmayacak idiyse, iade veya mahsup görüşünün benimsenerek, alacaklının ceza koşulunun tamamını talep edebilmesine olanak sağlamak gerekir(YAĞCIOĞLU, s. 196 -197).

¹⁸⁹ EREN, s. 1185; KOCAAĞA, s. 262; OĞUZMAN/ ÖZ' e göre; bu ceza koşulunun yorumu sorunudur. Gereği gibi ifa etmeme durumunda, özellikle ayıplı ifa söz konusu olduğunda; ceza koşulunun, ayıplı edimin iade edilmeksizin talep edilebileceği kararlaştırılabilir. Böyle bir durumda; ceza koşulunun ifasını talep eden alacaklı, ayıplı edimin ayıpsız misliyle değiştirilmesi(TBK md.227/I-4) veya onarılması (TBK md.227/I-3, md.475/I-3) ya da bedelden indirim yapılmasını(TBK md. 227/I - 2, md. 475/I - 2) da isteyemez. Ancak taraflar bunun aksini kararlaştırabilirler(OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 540, dpn. 422, Aynı yönde Bkz. YAĞCIOĞLU, s. 194 – 195).

¹⁹⁰ KOCAAĞA, s. 136, 264-265; KILIÇOĞLU, s. 976; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 381; CANSEL/ ÖZEL, s. 724; Ceza koşulunu seçen alacaklı, borçlunun kusuru ile meydana geldiğini ispat etmesi halinde, ceza koşulunu aşan müspet zararını da talep edebilecektir(KOCAAĞA, s. 136, 264-265; CANSEL/ ÖZEL, s. 724; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 540). YAĞCIOĞLU, alacaklının tazminat talep etmesi durumunda ceza koşulu talep edip edemeyeceğini iki ihtimalde değerlendirmek gerektiğini, bu ihtimallerden birinin alacaklının seçimlik haklarla birlikte tazminat talebi olduğunu ve bu halde seçimlik hakların kullanılması ile birlikte tazminat talep edildiğinde ceza koşulunun talep edilemeyeceğini, ancak seçimlik haklara başvurulmaksızın doğrudan genel hükümlere dayalı olarak tazminat talebinde bulunulması durumunda, ceza koşulunu aşan zararın tazminine ilişkin TBK md. 180, f. 2 hükmünün de göz önünde bulundurulmasıyla ceza koşulunun talep edilebileceğini ifade etmektedir(YAĞCIOĞLU, s. 196).

kullanıldığında, artık asıl borcun ifasını talep mümkün olmamakla birlikte, asıl borç için verilen rehnin, ceza koşulunu da teminat altına aldığı doktrinde ileri sürülmüştür¹⁹¹.

Tarafların karşılıklı edimlerini düzenleyen sözleşmelerde, borçlunun temerrüde düşmesi durumunda, alacaklının mütemerrit borçludan ceza koşulunu talep edebilmesi, TBK' nın 125. maddesinin 2. fıkrasındaki, “*borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın(müspet zarar) giderilmesi*” şeklindeki seçimlik hakkına başvurmasına bağlıdır¹⁹². Borçlu temerrüde düştüğünde sözleşmeden dönme hakkını kullanan alacaklı, dönmeye sözleşme ilişkisi geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağından ve sözleşmenin ortadan kalkmasıyla ceza koşulunun varlığından da bahsedilemeyeceğinden artık ceza koşulunu talep etme hakkını kaybedeceği gibi; TBK' nın 125. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen, ifayı ve gecikme tazminatı talep etme hakkını kullanması durumunda da seçimlik hakkını zaten aynen ifayı talep yönünde kullanmış olacağından, ceza koşulunu talep imkânı da ortadan kalkmış olacaktır¹⁹³.

Alacaklı, aynen ifayı talep yönünde seçim hakkını kullandığında, bunun yanında TBK' nın 118.maddesine dayanarak gecikme tazminatı da talep edebilir¹⁹⁴. Alacaklı, seçim yetkisini borcun aynen ifasını talep yönünde kullanmasına rağmen, borçlunun, sonraki kendi kusurundan kaynaklanan ifa imkânsızlığı nedeniyle, borcunu aynen ifa etmemesi durumunda, alacaklı TBK' nın 112. maddesine, borçlunun temerrüdü hükümlerine başvurabilir ve yine TBK' nın 125. maddesine göre, uğramış olduğu müspet zararının ceza koşulu miktarıyla sınırlı olmaksızın tazminini talep edebilir¹⁹⁵.

Alacaklının, seçimlik yetkisini ne kadar sürede kullanması gerektiğine dair bir düzenleme mevcut değildir. Durumun bir an önce belli olmasında borçlunun haklı menfaati bulunduğundan, seçim hakkın makul bir süre içerisinde kullanılması

¹⁹¹ OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 541. Ancak, TBK' nın 589.maddesinin 4. fıkrası; kefilin, ceza koşulundan sorumlu olmasını yasaklamış, bunun aksine yapılan anlaşmaları kesin olarak hükümsüz saymıştır.

¹⁹² OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 540; CANSEL/ ÖZEL, s. 724; GÜLSEVEN, s. 40; YAĞCIOĞLU, s. 191. KOCAAĞA' ya göre; alacaklının seçimlik ceza koşulunu talep edebilmesi için, asıl borcun ifasını talepten vazgeçtiğini hemen bildirmesine ve borçluya ek süre vermesine gerek yoktur. TBK' nın 125.maddesi düzenlemesinin aksine, 179.maddenin 1.fıkrasında böyle bir düzenleme yer almamaktadır(KOCAAĞA, s. 259). Aynı görüşte olan DİRİCAN' a göre; bu gerekliliğin olmaması, TBK md. 124, f. 3'ten kaynaklanmakta olup, sözleşmede ceza koşuluna dair hükme yer verilmesi, sözleşmenin kesin vadeli yapıldığını göstermektedir(DİRİCAN, Gökhan; Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Uygulaması, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 117).

¹⁹³ OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 540; YAĞCIOĞLU, s. 191. Taraflar, sözleşmeden dönme halinde dahi ceza koşulunun ödeneceğini kararlaştırabilirler(YAĞCIOĞLU, s. 191- 192)

¹⁹⁴ KOCAAĞA, s. 136, 257; TUNÇOMAĞ, s. 110.

¹⁹⁵ EREN, s. 1185; KILIÇOĞLU, s. 976; TUNÇOMAĞ, s. 110; KOCAAĞA, s. 258; CANSEL/ ÖZEL, s. 730.

gerekmektedir.¹⁹⁶ Alacaklının, seçim hakkını hangi süre içerisinde kullanacağı taraflarca da kararlaştırılabilir¹⁹⁷. Taraflar arasında böyle bir düzenleme yapılmamış ise bu hakkın makul bir sürede kullanılması gerekmektedir. Bir görüşe göre; bu sorun, seçimlik borçlar hakkındaki hükümler göz önünde bulundurularak çözülmelidir. Buna göre, makul süre içerisinde seçim hakkının kullanılmaması halinde; borçlunun, alacaklıyı seçim hakkını kullanmaya davet etmesi ve onu TBK' nın 110. maddesi hükümlerine göre temerrüde düşürerek sözleşmeden dönmesini mümkün saymak gerekir.¹⁹⁸ Hemen belirtelim ki, alacaklının seçim yetkisini kullanmaması, seçim yetkisini borçluya geçirmez¹⁹⁹. Bu karşılık doktrinde diğer bir görüşe²⁰⁰ göre; alacaklı seçim hakkını kullanmayıp, hiçbir şey yapmadan beklerse, alacaklının aynen ifayı talep yönünde seçim hakkını kullandığını ve ceza koşulunu talep etmekten vazgeçtiğini kabul etmek gerekir. Zira, karşılıklı edimler içeren sözleşmelerde borçlunun temerrüdü üzerine susan alacaklının, TBK 125. maddesinde düzenlenen seçimlik haklardan “*gecikmiş ifayla birlikte gecikme tazminatı*” nı seçtiği varsayılmaktadır. Bu halde; borçlu, alacaklının susarak seçim hakkını kullanmadığı bu dönemde, asıl borcu ifa edip borcundan kurtulma imkânına sahiptir ve alacaklının bu ifayı kabul etmekten kaçınması durumunda ise TBK md.106 gereğince alacaklının temerrüde düşmesi söz konusu olacaktır.²⁰¹

Seçim hakkının kullanılmasına ilişkin bir şekil şartı getirilmemiştir. Alacaklı, seçim hakkını yazılı bir beyanla kullanabileceği gibi, sözlü bir beyanla da kullanabilir.²⁰² Yazılı veya sözlü beyanın, borçlunun hâkimiyet alanına girmesiyle, seçim hakkı kullanılmış olur. Seçim hakkının kullanılmasına ilişkin böyle bir beyanın yapıldığını gösteren bir davranış (örtülü beyan) da bazen yeterli görülebilir²⁰³. Örtülü beyanda bulunmaya, alacaklının asıl borcun ifasını veya ceza koşulunun ifasını dava etmiş olması örnek olarak gösterilebilir. Alacaklının seçim hakkını kullanmayıp hem asıl borcun hem de ceza koşulunun ifasını birlikte istemesi, dava açması durumunda; seçim iradesinin asıl borcun ifası yönünde ortaya konulduğunun kabulünün gerektiği

¹⁹⁶ KOCAAĞA, s. 253; YAĞCIOĞLU, s. 190; TUNÇOMAĞ, s. 108; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 381.

¹⁹⁷ OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 541;

¹⁹⁸ HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 381; TUNÇOMAĞ, s. 108; KOCAAĞA, s. 253-254.

¹⁹⁹ HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 381. Aynı yönde Bkz. YAĞCIOĞLU, s. 190 – 191.

²⁰⁰ DİRİCAN, s. 108, 113, 158.

²⁰¹ DİRİCAN, s. 108, 113, 158.

²⁰² TUNÇOMAĞ, s. 110; KOCAAĞA, s. 255; YAĞCIOĞLU, s. 187.

²⁰³ TUNÇOMAĞ, s. 110; KOCAAĞA, s. 255; YAĞCIOĞLU, s. 187.

belirtilmektedir²⁰⁴. Zira, ceza koşulunun talep edilebilmesi için asıl borcun ifasından vazgeçilmesi gerekmektedir. Alacaklı, asıl borcun da ifasını talep ederek asıl borcun ifasından vazgeçmediğini ortaya koymaktadır. Bu durumda, fer'i olanı değil, asıl olanın tercih edilmesi gerekmektedir.²⁰⁵ Seçim hakkının kullanılmasına ilişkin beyan, herhangi bir şekil şartına tabi olmasa da; beyanın yapıldığını ispat açısından, yazılı veya resmi şekilde yapılmasında yarar vardır²⁰⁶.

B. İFAYA EKLENEN CEZA KOŞULU

Ceza koşulu, asıl borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırıldığında; alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya asıl borca ilişkin ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borcun ifası ile birlikte ceza koşulunun ifasını da isteyebilir. Ceza koşulunun bir türü olarak, TBK' nu 179.maddesinin 2.fikrasında düzenlenen ifaya eklenen ceza koşulu, doktrinde “ifayla birlikte istenebilecek – ifayla birlikte istenebilen”²⁰⁷ ceza koşulu olarak da adlandırılmaktadır.

Bu tür ceza koşulu, kanun lafzından da anlaşılacağı üzere asıl borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesine yönelik olarak kararlaştırıldığı durumlarda söz konusudur. İfa yeri ve zamanı, taraflarca sözleşmede tayin edilmelidir. Ceza koşulunun ifaya zorlayıcı niteliğinin daha açık görüldüğü ceza koşulunun bu türünde, ifa yeri veya zamanının kanunda belirlenmiş ve kanunun tayin ettiği yer ve zamanda edim ifa edilmemiş ise, ceza koşulunun talebine imkân bulunmamaktadır²⁰⁸.

TBK' nın 179.maddesinin 2. fıkrasında, uygulamada sıkça rastlanan borca aykırılık hallerinden borcun zamanında ve yerinde ifa edilmemesi halleri sayılmış ve bu durumlar için kararlaştırılan ceza koşulunun ifaya eklenen ceza koşulu olacağına dair bir karine konulmuştur²⁰⁹. Bu düzenleme, her iki borca aykırılık halinin özelliğine de uygundur²¹⁰. Örneğin, bir inşaat sözleşmesinde yüklenicinin inşaatı zamanında teslim

²⁰⁴ KOCAAĞA, s. 251; YAĞCIOĞLU, s. 187; BİLGE, s. 101.

²⁰⁵ BİLGE, s. 101; KOCAAĞA, s. 252; YAĞCIOĞLU, s. 187.

²⁰⁶ KOCAAĞA, s. 255.

²⁰⁷ OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 541; CANSER/ ÖZEL, s. 724; AKKAYAN YILDIRIM, s. 373;

²⁰⁸ BİLGE, s. 104; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 381; KOCAAĞA, s. 268. Buna karşılık; taraflar, sözleşmeyle borcun ifa yerini ve zamanını tespit etmeksizin, “borcun kanunen belirtilen yer ve zamanda ifa edilmemesi durumu” için bir ceza koşulu kararlaştırmışlarsa, kanunda belirtilen yer ve zaman, sözleşmeyle belirlenmiş olacağından, asıl borcun ifası ile birlikte ceza koşulunun da ifası talep edilebilecektir(BİLGE, s. 104; KOCAAĞA, s. 268, YAĞCIOĞLU, s. 60).

²⁰⁹ KOCAAĞA, s. 138, 267; TERCİER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 429; TUNÇOMAĞ, s. 46.

²¹⁰ OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 542; KOCAAĞA, s. 137; GÜLSEVEN, s. 41; YAĞCIOĞLU, s. 59.

etmemesi, satıcının satış sözleşmesine göre satılan malı zamanında teslim etmemesi gibi durumlarda, geciken edimin ifasını taleple birlikte geciken her gün için bir miktar paranın ödenmesine dair ceza koşulu kararlaştırıldıysa, alacaklı olan iş sahibi veya alıcı bu ceza koşulunu da talep edebilecektir²¹¹. Burada taleplerin yığılması söz konusu olup, seçimlik ceza koşulunun aksine alacaklı kümülatif olarak her iki edimi birden talep edebilecektir²¹².

İfaya eklenen ceza koşulu; TBK md.179, f. 2 fıkra hükmünde, borç ihlalinin iki türü için sınırlansa da, bu hüküm emredici bir hüküm değildir ve taraflarca sözleşmeyle diğer borç ihlalleri için de ifaya eklenen ceza koşulu kararlaştırılabilir²¹³. Böyle bir sözleşme yok ise, TBK md.179, f.2’ de yer verilen borca aykırılık halleri dışındaki aykırılık halleri için kararlaştırılan ceza koşulunun ilke olarak seçimlik ceza koşulu olduğu kabul edilir²¹⁴. Bu halde, ifaya eklenen ceza koşulunun dayanağı ya kanun(TBK md.179, f.2) ya da özel bir sözleşmedir²¹⁵. İfaya eklenen ceza koşulu, taraflar arasındaki özel bir anlaşmayla kararlaştırılmış ise bunu ispat külfeti alacaklıdadır²¹⁶. Hemen belirtelim ki, taraflar ceza koşulu anlaşmasında her iki ceza koşulu türüne birlikte de yer verebilirler²¹⁷.

Diğer taraftan; uygulamada özellikle rekabet yasağı sözleşmelerinde görüldüğü üzere²¹⁸, durumun gereğinden veya hukukî ilişkinin niteliğinden de kararlaştırılan ceza koşulunun ifaya eklenen ceza koşulu olduğu anlaşılabilecektir²¹⁹. Örneğin rekabet yasağı sözleşmesinde, rekabet yasağına uymama halinde ödenmesi kararlaştırılan ceza koşulu, rekabet yasağıyla elde edilmek istenen menfaat göz önüne alındığında kararlaştırılan ceza koşulunun ifaya eklenen ceza koşulu olduğunu kabul etmek gerekir²²⁰. Akaryakıt bayilik sözleşmelerinde yer verilen asgari mal alım taahhüdüne

²¹¹ KILIÇOĞLU, s. 977; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 542; KOCAAĞA, s. 137-138; GÜLSEVEN, s. 41.

²¹² EREN, s. 1185; KILIÇOĞLU, s. 977; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 429; CANSEL/ ÖZEL, s. 730; KOCAAĞA, s. 137, 269; YAĞCIOĞLU, s. 59.

²¹³ OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 541; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 351; KILIÇOĞLU, s. 979; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 381; TUNÇOMAĞ, s. 46, 113; KOCAAĞA, s. 138, 267; GÜLSEVEN, s. 41; YAĞCIOĞLU, s. 59.

²¹⁴ KOCAAĞA, s. 138; YAĞCIOĞLU, s. 59.

²¹⁵ EREN, s. 1185; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 429; KILIÇOĞLU, s. 979; YAĞCIOĞLU, s. 60.

²¹⁶ EREN, s. 1185; KOCAAĞA, s. 140; YAĞCIOĞLU, s. 64.

²¹⁷ KOCAAĞA, s. 139; GÜLSEVEN, s. 41

²¹⁸ EREN, s. 1185; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 541, dpn. 426.; TUNÇOMAĞ, s. 46.

²¹⁹ HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 381; KOCAAĞA, s. 140; TUNÇOMAĞ, s. 46; YAĞCIOĞLU, s. 60 – 61.

²²⁰ KOCAAĞA, s. 140; TUNÇOMAĞ, s. 46; YAĞCIOĞLU, s. 61. İsviçre Federal Mahkemesi’ nin eski bir kararında yer alan ve bizim de katıldığımız görüşe göre; bir yapmama borcu doğuran rekabet yasağı sözleşmesinde, rekabet yasağına aykırılık teşkil edecek eylemlerde bulunmama borcuna hiç veya gereği gibi uyulmaması halinde, karşı tarafın ya ceza koşulunu ya da rekabet yasağı sözleşmesine

bayinin uymaması halinde ödenmesi kararlaştırılan ceza koşulunun, aradaki ilişkinin hukukî niteliği gereği, ifaya eklenen ceza koşulu olduğu söylenebilir²²¹. Nitekim Yargıtay kararlarında da bu tür durumlarda kararlaştırılan ceza koşulunun, ifaya eklenen ceza koşulu olduğunun kabul edildiği görülmüştür²²².

Bunun yanında, ceza koşulunun amacı da kararlaştırılan ceza koşulunun türünün tespitinde bir ölçüt olarak kullanılabilir²²³. Kira sözleşmesinde, kiracının apartman düzenine uymaması, örneğin gece saatlerinde yüksek sesle müzik dinlemesi halinde kiracının ceza koşulu ödemesinin şart edildiği durumlarda burada ifaya eklenen ceza koşulunun varlığından bahsedilebilir. Böyle bir durumda, kiralayan hem ceza koşulunun ödemesini hem de verilen örnek üzerinden açıklamak gerekirse, asıl borç olan gece saatlerinde yüksek sesle müzik dinlememe yükümlülüğüne uyulmasını isteyebilir²²⁴. Ceza koşulunun türünün belirlenmesinde kullanılabilecek diğer bir ölçüt ise, kararlaştırılan ceza koşulu miktarıdır. Kesin bir ölçüt olmamakla birlikte, ceza koşulunun miktarının fazla olması seçimlik ceza koşulu olduğuna, az olması ise ifaya

uymasını talep edebileceğini söylemek ceza koşulunun konuluş amacına aykırılık teşkil eder. Zira, rekabet yasağı sözleşmesinde böyle bir ceza koşulunun konuluş amacı, ihlal edilmesinden korkulan rekabet yasağına dair yapmama borcunun, borçlu tarafından ihlal edilmemesini sağlamak, bu yolla borçluya rekabet yasağına aykırı davranmaması, yapmama borcunu ihlal etmemesi konusunda baskı yapmaktır. Seçimlik ceza koşuluyla böyle bir amacı sağlamak pek mümkün değildir. Öyle ki; ceza koşulunu ödemeyi göze alan bir borçlu, rekabet yasağına aykırı davranmakta ısrar edebilir. Bu nedenle, bu gibi borçlarda konulan ceza koşullarının seçimlik ceza koşulu olmadığı yönündeki iddiaların, kolaylıkla ve anlayışla kabul edilmelidir (FEYZİOĞLU, s. 393-394 dñn. 122).

Hizmet sözleşmesinde yer alan rekabet yasağına ilişkin kararlaştırılan ceza koşulunun durumun gereği olarak ifaya eklenen ceza koşulu olması gerektiği kanun koyucu tarafından bir yana bırakılarak, hizmet sözleşmelerinde yer alan rekabet yasağına dair kararlaştırılan ceza koşulunun, ifaya eklenen ceza koşulu olarak kararlaştırılabilmesi, içerisinde yer aldığı hukukî ilişkinin niteliği gereği TBK md.179/1 düzenlemesinin aksine ni bazı şartlara tabi tutulmuştur. TBK md. 446' nın 2. fıkrasında, rekabet yasağına aykırı davranışın bir ceza koşuluna bağlanması halinde, sözleşmede aksine bir hüküm yok ise işçinin bu kararlaştırılan ceza koşulunu ödeyerek rekabet yasağı borcundan kurtulabileceği düzenlenmiştir; maddenin 3. fıkrasında ise, işverenin ceza koşulunu taleple birlikte işçiden rekabet yasağına uyma borcunu ifa etmesi ve yasağı aykırı davranışına son vermesini talep edebilmesi, "bu hakkın sözleşmede yazılı olarak açıkça saklı tutulması" ve "kendisinin ihlal ve tehdit edilen menfaatlerinin önemi ile işçinin davranışının bunların birlikte talep edilmesini haklı göstermesi" şartlarının gerçekleşmesine bağlıdır. Ayrıntılı bilgi için Bkz. KOCAAĞA, s. 140-141; YAĞCIOĞLU, s. 61 – 62.

²²¹ KILIÇOĞLU, s. 977; KOCAAĞA, s. 141.

²²² Yarg. 19. HD, T. 15.02.2016, 9429/ 2276 : "Akaryakıt bayilik sözleşmelerinde (veya sözleşme eki taahhütnamelerde) yer alan "yıllık asgari alım taahhüdü" ne uymama halinde öngörülen ceza koşulu (cezai şart) hükümleri TBK' nın 179/II. (BK md. 158/II) maddesindeki ifaya ekli ceza koşulu (cezai şart) niteliğinde olduğundan burada bu tür ceza koşulu üzerinde durulması gerekmektedir." (BERBEROĞLU/ YENİPİNAR, Filiz; Ticarî Davalar & Cezai Şart, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 59 – 60); Aynı yönde Bkz. Yarg. 19.HD. T. 01.03.2016, 18494/ 3583(BERBEROĞLU/ YENİPİNAR, s. 61 - 62); Yarg. 19. HD, T. 12.12.2013, 14654/ 19950; Yarg. 19 HD, T. 16.01.2014, 14851/ 1302(KILIÇOĞLU, s. 977, dñn. 1023).

²²³ TUNÇOMAĞ, s. 46-47; KOCAAĞA, s. 141-142; YAĞCIOĞLU, s. 60.

²²⁴ TUNÇOMAĞ, s. 46-47; KOCAAĞA, s. 141-142.

eklenen ceza koşulu olduğuna işaret etmektedir²²⁵. Örneğin, satım sözleşmesinde satılanın zamanında teslim edilmemesi halinde kararlaştırılan ceza koşulu miktarının, malın satım bedeline yakın olması gibi asıl borcun zamanında ifa edilmemesi halinde ödenmesi kararlaştırılan ceza koşulu miktarının, müspet zararın tamamını karşılar meblağda olması halinde, burada ifaya eklenen değil, seçimlik ceza koşulunun varlığını kabul etmek gerekir²²⁶. Tüm bu açıklamalardan hariç olarak belirtmek gerekir ki, ceza koşulunun seçimlik mi yoksa ifaya eklenen ceza koşulu mu olduğu konusunda şüpheye düşüldüğünde, seçimlik ceza koşulunun varlığı kabul edilecektir²²⁷. Bununla birlikte; taraflar, TBK' nın 179.maddesinin 2.fıkrasında yer verilen borca aykırılık halleri için konulan karinenin aksine seçimlik ceza koşulu da kararlaştırabilirler²²⁸. Bu durumda, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmediği durumlarda ödenecek ceza koşulunun, TBK md.179, f.2 hükmünde yer alan karine gereği, ifaya eklenen ceza koşulu değil de seçimlik ceza koşulu olduğunu ispat külfeti borçluya aittir²²⁹.

Asıl borcun zamanında veya sözleşilen yerde ifa edilmemesi halinde, alacaklının ifayla birlikte ceza koşulunu talep edebilmesi için, bu hakkından açıkça feragat etmemiş olması veya sonradan gerçekleştirecek ifayı çekince koymaksızın kabul etmiş olmaması gerekir(TBK md.179/2). Borçlu, asıl borcu sonradan ifa ettiğinde, alacaklının ceza koşulunu talep ettiğine veya bu hakkını saklı tuttuğuna dair bir çekince koymaksızın bu ifayı kabul etmesi, ceza koşulunu talep etme hakkını kesin olarak kaybetmesine neden olur²³⁰. Alacaklının, çekince koymaksızın borçlunun asıl borcu ifasını kabul etmesi, ceza koşulu hakkında zımni ve kesin olarak feragat ettiği sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Burada alacaklının ceza koşulunu ifasını talep hakkından vazgeçmesine dair aksi kanıtlanabilir bir karineden değil, kesin bir delilden söz etmek gerekir.²³¹ Alacaklının çekince koymaksızın ifayı kabulüyle birlikte gerçek iradesinin

²²⁵ KOCAAĞA, s. 142; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 381; TUNÇOMAĞ, s. 47; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 350 – 351; YAĞCIOĞLU, s. 61.

²²⁶ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 350 – 351.

²²⁷ HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 381; KOCAAĞA, s. 142; YAĞCIOĞLU, s. 63.

²²⁸ CANSER/ ÖZEL, s. 724; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 541-542; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 381; KOCAAĞA, s. 138, 268; GÜLSEVEN, s. 41; KILIÇOĞLU, s. 977; YAĞCIOĞLU, s. 63 - 64.

²²⁹ Zira, kanuni karinelerin aksini ispat külfeti, aleyhine karine konulana aittir(4721 sayılı Türk Medeni Kanunu md.6; 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu' nun 190.maddesinin 2.fıkrası).

²³⁰ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 351; EREN, s. 1185; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 542-543; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 382; KILIÇOĞLU, s. 979; TUNÇOMAĞ, s. 115; TERCİER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 429; KOCAAĞA, s. 143, 283-304; CANSER/ ÖZEL, s. 730; GÜLSEVEN, s. 42; YAĞCIOĞLU, s. 203.

²³¹ EREN, s. 1185-1186; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 543, dpn. 429; KILIÇOĞLU, s. 979; GÜLSEVEN, s. 42. Ayrıntılı bilgi için ayrıca Bkz. KOCAAĞA, s. 143,283-304; TUNÇOMAĞ, s. 115-119. YAĞCIOĞLU, burada aksi ispat edilemeyen bir kanuni varsayımın olduğunu belirtmektedir. Kanuni

ceza koşulunu da istemek olduğunu ispat ederek, ceza koşulunu istemesinin imkânı bulunmamaktadır²³². Alacaklı, ceza koşulunu talep edebilmesi için, borcun ifasını kabul etmemeli ya da ceza koşulunu da talep ettiğini bildirmeli veyahut bu hakkını saklı tuttuğuna dair beyanda bulunmalıdır. Bu talepte veya beyanda bulunma vakti ise, ifayı kabul etmeden önce ya da en geç ifayı kabul esnasında olmalıdır²³³. Bu çekince anlamına gelen saklı tutma beyanının herhangi bir geçerlilik şekli olmayıp, yazılı veya sözlü bir şekilde olabilir²³⁴. Çekince beyanın açık ve tereddüte yer vermeyecek şekilde yapılması gerekir²³⁵.

Alacaklı, ceza koşulunun bağlı olduğu esas sözleşmeden döndüğünde asıl borç, TBK md.125 gereğince geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağından, sözleşmedeki asıl borca bağlı, fer'i nitelikteki ceza koşulu da ortadan kalkar ve istenemez²³⁶. Ancak bunun aksini, yani sözleşmeden dönülmesi halinde de ceza koşulunun talep edilebileceğini kararlaştırmak mümkündür²³⁷. Sözleşmenin feshi, ileriye dönük olarak sözleşme ilişkisini ortadan kaldırdığından, fesih bildiriminden önce gerçekleşen borca aykırılık halleri için ceza koşulunu talep hakkı doğmuşsa, sözleşmenin feshi bunu etkilemeyecektir²³⁸.

İfaya eklenen ceza koşulu, asıl borcun zamanında veya yerinde ifa edilmemesi ile muaccel hale geldikten sonra, asıl borcun ifasının imkânsız hale gelmesi, muaccel

varsayımlar bu yönüyle kesin karinelere benzemektedir. Ayrıntılı açıklama için Bkz. **YAĞCIOĞLU**, s. 206 – 208.

²³² **OĞUZMAN/ ÖZ (II)**, s. 543; **KOCAAĞA**, s. 143, 287; **TUNÇOMAĞ**, s. 115-116; **YAĞCIOĞLU**, s. 206. Tarafların, çekince koymaksızın asıl borcun ifasını kabulünün ceza koşulundan vazgeçme olarak değerlendirilmeyeceği ve ceza koşulundan vazgeçme bakımından açık bir vazgeçmenin aranacağını kararlaştırmaları mümkündür(**YAĞCIOĞLU**, s.208). Yargıtay' ın bu yönde vermiş olduğu kararlar bulunmaktadır. Bkz. Yarg. 15. HD, T. 12.4.2010, 7003/ 2104; Yarg. 23. HD, T. 1.11.2018, 1730/ 5065; Yarg. 15. HD, T. 30.11.2016, 5717/ 7007(**YAĞCIOĞLU**, s. 208, dpn. 756).

²³³ **HATEMİ/ GÖKYAYLA**, s. 382; **OĞUZMAN/ ÖZ (II)**, s. 542; **KILIÇOĞLU**, s. 979; **TUNÇOMAĞ**, s. 117-118; **YAĞCIOĞLU**, s. 203. **CANSEL/ ÖZEL**; asıl borcun ifasından hemen sonra ihtirazî kayıt konulmasının da geçerli olacağını belirtmektedir.(**CANSEL/ ÖZEL**, s. 731). Ayrıca, aynı yönde Bkz. **KOCAAĞA**, s. 291 ve dpn. 302, 303, 304, 305, 306' da yer alan diğer yazarlar). Konu ile ilgili, karşılaştırılmalı hukuk açısından ve diğer yazarların da değerlendirmelerini kapsayan ayrıntılı değerlendirmeler için Bkz. **KOCAAĞA**, s. 143, 288-293.

²³⁴ **KILIÇOĞLU**, s. 979; **KOCAAĞA**, s. 299; **YAĞCIOĞLU**, s. 203.

²³⁵ **YAĞCIOĞLU**, s. 203.

²³⁶ **HATEMİ/ GÖKYAYLA**, s. 382; **OĞUZMAN/ ÖZ (II)**, s. 543; **KOCAAĞA**, s. 269, 279-280; **CANSEL/ ÖZEL**, s. 725; **YAĞCIOĞLU**, s. 199. Doktrinde ileri sürülen, sözleşmeden dönmenin geçmişe etkili olarak sonuç doğurmayacağı yönündeki görüşün kabulü halinde, sözleşmeden dönme ceza koşulunun talep edilebilmesini engellemeyecektir(**YAĞCIOĞLU**, s. 199). Nitekim, **SEROZAN**, Sözleşmeden dönmenin geriye etkili olarak sonuç doğurmayacağını ve sözleşme ilişkisini ortadan kaldırmayacağını, sadece akdi çözümler ilişkisine dönderdiğini ileri sürmektedir(**SEROZAN**, Rona : Sözleşmeden Dönme, Vedat Kitapçılık, 2. Bası, İstanbul 2007, s. 73 vd.)

²³⁷ **HATEMİ/ GÖKYAYLA**, s. 382; **OĞUZMAN/ ÖZ (II)**, s. 543; **KOCAAĞA**, s. 281; **YAĞCIOĞLU**, s. 199.

²³⁸ **KOCAAĞA**, s. 281; **HATEMİ/ GÖKYAYLA**, s. 382; **YAĞCIOĞLU**, s. 199.

olmuş ceza koşulunun ifasını talep hakkını etkilemez²³⁹. Böyle bir durumda, alacaklı hem ceza koşulunu, hem de bunun dışındaki TBK md.112 gereğince borcun ifa edilmemesinden kaynaklı zararını talep edebilir²⁴⁰. Şu hususu da belirtmek gerekir ki; ceza koşulu muaccel hale geldikten sonra, asıl borçla birlikte borcun üstlenilmesi veya alacağın devri yoluyla bir başkasına devredilemez²⁴¹. Ancak bunun aksine sözleşme yapılması mümkündür²⁴². Sözleşmeyi fesih durumunda ise, fesih anına kadar sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurduğu için, fesih anına kadar gerçekleşen borç ihlallerine dayalı olarak ceza koşulunun talep edilebilmesi mümkündür²⁴³. Kendisine ceza koşulu bağlanan asıl borcun, geçmişe etkili olarak geçersiz olması, yani iptal edilmesi durumlarında da sözleşmeden geçmişe etkili olarak dönülmesi halinde olduğu gibi; ceza koşulu, muaccel hale gelmiş olsa da hükümsüz hale gelir, ödenmiş ise iadesi gerekir²⁴⁴.

VIII. BENZER HUKUKÎ KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

A. DÖNME CEZASIYLA KARŞILAŞTIRILMASI

Dönme cezası, ceza koşulu ve türlerinin düzenlediği TBK' nın 179.maddenin 3. fıkrasında düzenlense de esasen ceza koşulunun bir türü değildir²⁴⁵. Doktrinde, dönme cezası çoğunlukla ceza koşulunun türleri arasında incelenmektedir²⁴⁶. Bazı yazarlarca²⁴⁷; aslında dönme cezası, ceza koşulunun bir türü olmadığı şeklinde ifade edilmişse de çoğunlukla ceza koşulunun türleri arasında yer verilip, incelenmiştir. Kanaatimizce, dönme cezası her ne kadar ceza koşulunun ve türlerinin yer aldığı TBK' nın 179. maddesinin 3. fıkrasında düzenlense de bir ceza koşulu türü değildir²⁴⁸.

²³⁹ OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 543; CANSEL/ ÖZEL, s. 725; KOCAAĞA, s. 269;

²⁴⁰ OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 543; KOCAAĞA, s. 269.

²⁴¹ CANSEL/ ÖZEL, s. 725; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 542; Yine ceza koşulu muaccel hale geldikten sonra, asıl borcun takas veya ibra edilerek ortadan kaldırılması, asıl borcun ve ceza koşulunun düzenlendiği sözleşmede kapsam içine alınmadıkça ceza koşulunu ödeme borcunu ortadan kaldırmaz.(OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 542.

²⁴² OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 542.

²⁴³ HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 382; CANSEL/ ÖZEL, s. 725; YAĞCIOĞLU, s. 199.

²⁴⁴ OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 542; CANSEL/ ÖZEL, s. 725; KOCAAĞA, s. 75-77; TERCİER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 430.; EREN, s. 1182-1183; KILIÇOĞLU, s. 973; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 376; YAĞCIOĞLU, s. 111 – 112.

²⁴⁵ Aynı yönde Bkz. YAĞCIOĞLU, s. 74; TERCİER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 429 – 430; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 544; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 382.

²⁴⁶ FEYZİOĞLU, s. 395 vd.; TUNÇOMAĞ, 47; EREN, s. 1186; KILIÇOĞLU, s. 980 – 981; GÜNAY, s. 150 vd.; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 352 vd.

²⁴⁷ CANSEL/ ÖZEL, s. 725 - 726; KOCAAĞA, s. 144 vd.; GÜLSEVEN, s. 42 vd.

²⁴⁸ Kanun koyucunun düzenleme yeri tercihinine rağmen; dönme cezası, çalışmamızda ceza koşulu türleri arasında yer verilmeyerek, ceza koşuluna benzer kurumlarla karşılaştırılması başlığında ayrı bir alt başlık altında incelenmesi tercih edilmiştir. Aynı yönde Bkz. YAĞCIOĞLU, s. 74 – 75.

Dönme cezasının düzenlendiği TBK md. 179, f. 3 hükmüne göre, “*Borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklıdır.*” Sözleşmenin keyfî şekilde, tek taraflı olarak sona erdirilmesi, bu ilişkinin ortadan kaldırılması hukukumuzda mümkün değildir. Ancak, söz konusu düzenlemeye göre taraflar daha önceden anlaşarak, borçluya sadece önceden kararlaştırılmış bir bedeli ödeyerek, sözleşmeden dönme veya fesih yoluyla sözleşmeyi sona erdirme hakkı tanıyabilirler²⁴⁹. Madde metninden, dönme cezası ödeyerek sözleşmeden dönme imkânının sadece borçluya tanınmış bir hak olduğu²⁵⁰ anlaşılmakta ise de alacaklıya da dönme cezası ödeyerek sözleşmeden dönme hakkının tanınabileceği²⁵¹, ileri sürülmektedir²⁵². Doktrinde, borçlu tarafından ödenmesi halinde kendisine sözleşmeden dönme imkânı veren bu bedele dönme cezası adı verilmektedir. Dönme cezasını ceza koşulu türleri arasında inceleyen yazarlarca, genellikle “ifayı engelleyen ceza koşulu” olarak da tanımlanan²⁵³ ceza koşulu, bazı yazarlarca²⁵⁴ da “ifa yerine ceza koşulu” olarak tanımlanmaktadır²⁵⁵. Kanaatimizce, ceza koşulunun bir türü olmayan dönme cezası yerine bu terimlerin kullanılması yerinde olmayıp, bu sebeple çalışmamızda ceza koşulunun bir türü olduğu gibi bir algı yaratmaktan uzak olan “dönme cezası” terimi kullanmayı tercih etmekteyiz²⁵⁶.

Ceza koşulunun amaç ve işlevlerini açıklarken de bahsettiğimiz üzere, dönme cezası teknik anlamda bir ceza koşulu değildir²⁵⁷. Seçimlik ve ifaya eklenen ceza koşulunda, borçlunun borcunu ihlal etmesiyle alacaklıya bir talep hakkı sağlanırken, dönme cezasında bunlardan farklı olarak; borca aykırılık hali koşulu aranmamakta, herhangi bir borca aykırılığın olmadığı bir durumda, borçluya keyfî olarak dönme

²⁴⁹ EREN, s. 1186; TUNÇOMAĞ, s. 47; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 352; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 429; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 382; KILIÇOĞLU, s. 980; CANSEL/ ÖZEL, s. 725-726; KOCAAĞA, s. 144; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 543-544; GÜLSEVEN, s. 42.

²⁵⁰ HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 382; TUNÇOMAĞ, s. 47; KILIÇOĞLU, s. 980; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 429; EREN, s. 1186; CANSEL/ ÖZEL, s. 725-726; YAĞCIOĞLU, s. 76 – 77.

²⁵¹ OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 543-544; GÜLSEVEN, s. 42.

²⁵² KOCAAĞA, s. 145-146.

²⁵³ TUNÇOMAĞ, s. 47; EREN, s. 1186; CANSEL/ ÖZEL, s. 725; GÜLSEVEN, s. 42. KOCAAĞA, s. 154;

²⁵⁴ KILIÇOĞLU, s. 980.

²⁵⁵ KOCAAĞA, s. 144.

²⁵⁶ Aynı yönde Bkz. YAĞCIOĞLU, s. 75.

²⁵⁷ OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 543; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 382; EREN, s. 1186; CANSEL/ ÖZEL, s. 725; KILIÇOĞLU, s. 981; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 430; AKKAYAN YILDIRIM, s. 375; KOCAAĞA, s. 144; GÜLSEVEN, s. 42; YAĞCIOĞLU, s. 78.

cezasını ödeyerek sözleşmeden dönme imkânı sağlanmaktadır²⁵⁸. TBK md. 179, f. 3' te, sözleşmeyle kararlaştırılan cezanın ceza koşulu olduğuna dair bir karine konulmuştur²⁵⁹. Bu bakımdan, kararlaştırılan cezanın ceza koşulu mu dönme cezası mı olduğu konusunda şüpheye düşülürse ceza koşulunun varlığı kabul edilecek, kararlaştırılan cezanın seçimlik veya ifaya eklenen ceza koşulu değil de dönme cezası olduğu borçlu tarafından iddia ediliyor ise ispat külfeti kendisine ait olacaktır²⁶⁰. TBK' nın 446. maddesinin 2. fıkrasında bu karineden ayrılan ve söz konusu karineye istisna getiren ayrı bir karine düzenlemesi yapılmıştır. Buna göre, hizmet sözleşmelerinde işçiye rekabet yasağı getirilmiş olup da, işçinin bu borcuna aykırı davranması halinde bir ceza ödemesi kararlaştırılmış ise, işçi bu cezayı ödeyerek bu yasaktan kurtulabilir. Ancak yine madde hükmünde, sözleşmede bunun aksinin kararlaştırılabileceği de belirtilmiştir. Bu halde, hizmet sözleşmelerinde işçiye getirilen rekabet yasağına aykırılık halinde ödenmesi kararlaştırılan ceza, karine olarak dönme cezası kabul edilecek olup, aksini ispat külfeti ise alacaklıya ait olacaktır.²⁶¹

Dönme cezasının kararlaştırıldığı bir sözleşmede; borçlu, herhangi bir gerekçe göstermeksizin sözleşmeden dönebilmesi için, dönme cezasını ödemesi veya ödemeyi teklif etmesi gerekmektedir. Ödeme veya ödeme teklifinde bulunmadıkça, borçlunun sadece dönme bildiriminde bulunarak sözleşme bağına ortadan kaldırması mümkün değildir.²⁶² Seçimlik ceza koşulunda, alacaklı ya borcun ifasını ya da ceza koşulunun ifasını talep etme tercihleri yönünde seçimlik hakka sahip iken, dönme cezasında bu seçimlik hak²⁶³ borçluya aittir. Zira, borçlu ya asıl borcunu ifa etmeyi ya da dönme cezasını ödemeyi tercih ederek, borcundan kurtulabilecektir.²⁶⁴

²⁵⁸ KILIÇOĞLU, s. 980; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 382; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 544; KOCAAĞA, s. 145; KAPANCI, s. 257; GÜLSEVEN, s. 43; YAĞCIOĞLU, s. 78.

²⁵⁹ YAĞCIOĞLU, s. 76.

²⁶⁰ OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 544; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 382; KILIÇOĞLU, s. 981; EREN, s. 1186; TERCİER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 430; KOCAAĞA, s. 149; GÜLSEVEN, s. 42-43; TUNÇOMAĞ, s. 47; YAĞCIOĞLU, s. 76.

²⁶¹ KOCAAĞA, s. 150; YAĞCIOĞLU, s. 81; EREN, s. 1186; TERCİER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 430, OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 544, dpn. 435; TUNÇOMAĞ, s. 47. Ayrıca, TBK md.179, f.3' te düzenlenen dönme cezasından farklı olarak TBK md. 446, f. 2' de işçinin; işverenin dönme cezasını aşan zararını gidermek zorunda olduğu düzenlenmiştir.

²⁶² TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 352 – 353; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 382; KOCAAĞA, s. 146; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 544; YAĞCIOĞLU, s. 76.

²⁶³ KILIÇOĞLU, s. 980; KOCAAĞA, s. 145; YAĞCIOĞLU, s. 77; KAPANCI, s. 255; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 544; GÜLSEVEN, s. 43; BİLGE ve CANSEL/ ÖZEL; burada bir seçimlik bir borç olduğu düşüncesindedir(CANSEL/ ÖZEL, s. 726;BİLGE, s. 107); TERCİER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU ise, buradaki durumun alternatif (seçimlik) yetkiye benzetilebileceğini; ancak, aslında dönme hakkının kullanımının söz konusu olduğunu belirtmektedir(TERCİER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 430).

²⁶⁴ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 352; EREN, s. 1186; KILIÇOĞLU, s. 980; KOCAAĞA, s. 145; TERCİER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 429; GÜLSEVEN, s. 43; YAĞCIOĞLU, s. 78 – 79. OĞUZMAN/ ÖZ' e göre; Borçluya tanınmış bu seçimlik hak alacaklıya da

Borçlunun dönme cezasını ödemeyi teklif ederek sözleşmeden dönmesi halinde, alacaklı sadece dönme cezasının ifasını talep edebilecek, asıl borcun ifasını ise artık talep edemeyecektir²⁶⁵. Ceza koşulunun her iki türünde olduğu gibi, dönme cezasının ödenmesi için herhangi bir zararın meydana gelmesine gerek olmamakla beraber²⁶⁶, alacaklının dönme cezasını aşan zararını talep etmesi, ceza koşulunun her iki türünden de farklı olarak mümkün değildir²⁶⁷. Bu bakımdan, dönme cezasının kararlaştırılması ile bir taraftan verilecek ceza miktarı belirlenmekle birlikte diğer taraftan verilecek miktar sınırlanmaktadır²⁶⁸. Ceza koşulundan farklı olarak dönme cezasının aşırı olduğu ileri sürülemez ve aşırı olduğundan bahisle hâkim tarafından indirilemez²⁶⁹. Ancak keyfi olarak değil de yasal bir nedene dayanılarak sözleşmeden dönülüyor ise, dönme cezası ödenmesine gerek yoktur²⁷⁰.

Dönme cezasına dair tüm bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere; ceza koşulunun, borçluyu ifaya zorlama, baskı kurma ve borca aykırılık halinde ortaya çıkacak zararın tazminini güvence altına alma amaçlarına tezat olarak, dönme cezasında borçluya sözleşmeden dönme konusunda kolaylık sağlanmakta, borcun yerine

tanınabilir. Böyle bir durumda, alacaklı dönme cezasını ödeyerek sözleşmeden dönebilir(OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 544). HATEMİ/ GÖKYAYLA' ya göre ise, dönme cezasını ödeyerek sözleşmeden dönme hakkı sadece borçluya aittir(HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 382). Borçluya sözleşmede kararlaştırılan cezayı ödeyerek, tarafı olduğu sürekli bir borç ilişkisini sona erdirmeye hakkı tanınmış ise, sürekli borç ilişkilerinin sona erdirilmesi ancak fesih yoluyla ileriye dönük olarak mümkün olduğundan, burada dönme cezası "fesih cezası" olarak uygulanacaktır. Bu durumda, borçlu ifasına başlanmış sürekli borç ilişkisinden ve sözleşmenin getirdiği yükümlülüklerden, "fesih cezası" ödeyerek ileriye dönük olarak kurtulmuş olur. Bunun yanında, borçlu, feshettiği sözleşmeden ileriye dönük olarak elde edeceği haklarını da kaybeder. Ancak, fesih anına kadar ki ifalar halen geçerli olduğundan, borçlu eğer fesih anına kadar olan ifalar yerine getirmemişse, alacaklı kendisine ödenen fesih cezası dışında borçludan bu fesih anına kadar yerine getirilmesi gereken ifaları da talep edilebilir(OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 545; GÜLSEVEN, s. 44; KOCAAĞA, s. 149; YAĞCIOĞLU, s. 75, dpn. 200).

²⁶⁵ TERCİER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 429- 430; EREN, s. 1186; KOCAAĞA, s. 147-148.

²⁶⁶ KAPANCI, s. 257; TUTAR, Dönme Cezası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, T.C. Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2014, s. 84.

²⁶⁷ KILIÇOĞLU, s. 981; KOCAAĞA, s. 151-152; GÜLSEVEN, s. 43; EREN, s. 1188; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 383; OĞUZMAN/ ÖZ (II),s. 548; TUNÇOMAĞ, s. 122; YAĞCIOĞLU, s. 79.

²⁶⁸ HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 382.

²⁶⁹ HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 382; EREN, s. 1188; OĞUZMAN/ ÖZ (II),s. 545; GÜLSEVEN, s. 87; KOCAAĞA, s. 152; YAĞCIOĞLU, s. 79 – 80. Doktrinde ve uygulamada, dönme cezasının da aşırı olması sebebiyle indirilmesinin talep edilebilmesinin veyahut hâkim tarafından indirilmesinin gerektiği yönünde aksi görüşler mevcut olsa da, bu görüşlerin isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Şöyle ki, yasal bir neden olmaksızın sözleşmeden keyfi olarak dönerek, dönme cezasını ödeme yükümlülüğüne giren borçlu, kendisine tanınan bu seçimlik hakkı, dönme cezasını ödeyerek sözleşmeden dönme yolunda değil de asıl borcu ifa etme yönünde kullanabilirdi. Bu halde, kendi özgür seçimiyle, gerekçesiz ve keyfi olarak dönme cezasını ödeyerek sözleşmeden dönen borçlu, dönme cezasını ödeme külfetine de indirim olmaksızın katlanmak zorundadır. Aynı yönde Bkz. OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 545; YAĞCIOĞLU, s. 79 – 80; GÜLSEVEN, s. 87). Aksi görüş için Bkz. TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 353; Yarg. HGK, T. 6.10.1978, 9-101/ 800(TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 353, dpn.18a).

²⁷⁰ HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 383; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 544; KOCAAĞA, s. 148; GÜLSEVEN, s. 43-44; YAĞCIOĞLU, s. 76.

getirilmemesi bakımından bir kaçış imkânı sağlanmaktadır²⁷¹. Bu bakımdan, dönme cezası cayma parasına benzerlik göstermekle birlikte aralarında farklılık vardır²⁷².

B. BAĞLANMA PARASIYLA KARŞILAŞTIRILMASI

Bir sözleşmenin kurulduğuna delil olması için taraflardan birinin diğer tarafa verdiği para bağlanma parasıdır. eBK' nın 156. maddesinde "pey akçesi" adıyla düzenlenen bağlanma parası, 6098 sayılı TBK' nın 177. maddesinde düzenlenmiş olup TBK md. 177, f. 1 hükmünde, sözleşme yapılırken verilen paranın bağlanma parası olduğu yönünde bir karine konulmuştur²⁷³. Bu düzenleme sebebiyle sözleşme kurulurken bir tarafın diğer tarafa verdiği bir kısım paranın bağlanma parası mı, cayma parası mı olduğu yönünde tereddüt yaşanır ise bu paranın bağlanma parası olduğu kabul edilecektir²⁷⁴.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nda bağlanma parasının, aksine sözleşme veya yerel adet olmadıkça, asıl alacağa mahsup edilmeyeceği düzenlenmişti (m. 156/2)²⁷⁵. Ancak, yerinde olmayan bu hüküm, 6098 sayılı TBK ile kaldırılmış ve yerine aksine sözleşme veya yerel adet olmadıkça, bağlanma parasının esas alacaktan düşüleceği düzenlemesi getirilmiştir (TBK md. 177, f. 2)²⁷⁶.

Bağlanma parası ve ceza koşulu birbirlerinden farklı kurumlardır. Buna göre; bağlanma parası, sözleşmenin kurulduğuna dair bir delil oluşturmak amacıyla verilmektedir. Ceza koşulunun borçlunun borcuna uygun davranmasını ve borcunu ifa etmesini teşvik etmek amacı ve işlevine sahip olmakla birlikte; alacaklıyı, borcun ihlali halinde zarara uğradığını ve uğradığı zarar miktarını ispat külfetinden kurtarmak amaç ve işlevinin de olduğunu yukarıda izah edilmiştir. Bağlanma parası ve ceza koşulu amaç ve işlevleri bakımından birbirlerinden ayrılmaktadırlar.²⁷⁷ Bağlanma parası, sözleşmenin yapılması aşamasında peşin olarak verilirken; ceza koşulu, sözleşme kurulurken veya sonrasında ayrı bir anlaşmayla, borcun ihlali halinde ödenmesi taahhüt edilmektedir²⁷⁸. Bağlanma parasının konusu, bir miktar para olmak zorundayken; ceza koşuluna konu

²⁷¹ KAPANCI, s. 251; CANSEL/ ÖZEL, s. 726; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 429-430; AKKAYAN YILDIRIM, s. 375; KILIÇOĞLU, s. 981; EREN, s. 1186; KOCAĞA, s. 39, 145; YAĞCIOĞLU, s. 78; TUNÇOMAĞ, s. 47; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 544; GÜLSEVEN, s. 43.

²⁷² Bu farklılıklar için Bkz. "Bölüm I, VIII, C."

²⁷³ EREN, s. 1191; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 552.

²⁷⁴ OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 552; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 386.

²⁷⁵ 818 sayılı kanun döneminde bağlanma parasının (pey akçesi) uygulamadaki durumu hakkında açıklamalar için Bkz. TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 340; FEYZİOĞLU, s. 378.

²⁷⁶ HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 386; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 553; KILIÇOĞLU, s. 968.

²⁷⁷ BİLGE, s. 53.

²⁷⁸ BİLGE, s. 52; EREN, s. 1191; YAĞCIOĞLU, s. 83; GÜLSEVEN, s. 47.

edimin para olma zorunluluğu bulunmayıp, ekonomik değeri olan herhangi bir edim, ceza koşuluna konu edim olabilir²⁷⁹.

C. CAYMA PARASIYLA KARŞILAŞTIRILMASI

Halk arasında “kaporo” adıyla anılan, öğretide “pişmanlık akçesi” olarak da adlandırılan cayma parası; 818 BK’da “zamânı rücu” olarak ifade edilmiştir (m. 156). 6098 sayılı TBK’ da ise, “cayma parası” adıyla yapılan düzenlemeye göre (m. 178); taraflara sözleşmeden serbestçe cayma yetkisinin tanınması amacıyla, sözleşmenin kurulduğu sırada, bir tarafın sözleşmenin diğer tarafına, yapılan ödeme cayma parasıdır²⁸⁰. Böylece, cayma parasını ödeyen taraf, sözleşmeden cayarsa verdiği parayı bırakacaktır. Ödemeyi alan taraf, sözleşmeden cayarsa aldığı paranın iki katını sözleşmenin diğer tarafına geri verir. Cayma parasına dayanarak sözleşmeden dönme yetkisi kullanılmadığında, cayma parası olarak ödenen meblağın asıl borca mahsup edilip edilmeyeceği konusunda kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde ise, bazı yazarlarca²⁸¹; bağlanma parasının asıl alacaktan mahsup edileceğine dair TBK md. 177, f. 2 hükmünün burada da kıyasen uygulanacağı ve cayma parasının, sağladığı dönme yetkisinin kullanılmaması durumunda asıl alacaktan mahsup edileceği ileri sürüldüğü gibi; bağlanma parasının mahsubuna ilişkin TBK md. 177, f. 2 hükmünün istisnai nitelikte bir hüküm olması nedeniyle dar yorumlanmasının gerektiğinden kıyasen cayma parasına uygulanamayacağı, ancak tarafların bunun aksini sözleşmeyle kararlaştırabileceği ve tüm bunların dışında cayma parasını verenin böyle bir durumda sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre verdiği cayma parasının iadesini isteyebileceği de ileri sürülmektedir²⁸². Yukarıda da izah ettiğimiz üzere, TBK md. 177, f. 1 düzenlemesiyle aksi kanıtlanabilir bir karine getirilmiştir. Buna göre, sözleşme kurulurken verilen para cayma parası değil, bağlanma parası olarak kabul edilebilir. Bu paranın cayma parası olduğunu iddia eden taraf, bu iddiasını ispatla mükelleftir²⁸³.

Cayma parası, ceza koşuluyla asıl borca bağlı, fer’ i nitelikte borç olmaları bakımından benzerlik gösterir²⁸⁴. Cayma parası, ceza koşuluyla benzer yönleri bulunmakla beraber, esasen ceza koşulundan farklıdır. Doktrinde, sözleşmeden

²⁷⁹ YAĞCIOĞLU, s. 83.

²⁸⁰ OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 554; EREN, s. 1192; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 386; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 340;

²⁸¹ OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 554 – 555.

²⁸² EREN, s. 1193; KAPANCI, s. 254.

²⁸³ EREN, s. 1193; OĞUZMAN/ÖZ(II), s. 554; KOCAAĞA, s. 198 – 199.

²⁸⁴ YAĞCIOĞLU, s. 85.

cayılması ile asıl borcun yerine getirilmemesi sonucunda alacaklının tazminat alacağına önceden belirlenmesi bakımından da cayma parasının ceza koşuluna benzerlik gösterdiği ileri sürülse de²⁸⁵; kanaatimizce her iki kurum birbirinden farklıdır. Zira, cayma parası olarak belirlenen meblağ, bağlanma parasında olduğu gibi genellikle asıl alacağa oranla daha düşüktür²⁸⁶. Ceza koşulu olarak kararlaştırılan edim ise genellikle sözleşmeden elde edilmek istenen menfaate veya asıl borcun ihlali halinde uğranılacak muhtemel zarara yakın ve hatta daha fazla bir miktardadır²⁸⁷. Bu durumun tam tersi olarak, cayma parasının asıl borca ve asıl borcun yerine getirilmemesi halinde oluşacak muhtemel zarara göre yüksek, ceza koşulunun ise düşük belirlenmesi mümkün ise de; söz konusu kıstasın kullanılarak her iki kurumun asıl borcun yerine getirilmemesi halinde doğacak olan tazminat alacağını önceden belirlenmesi yönünde benzerlik gösterdiğini ifade etmek yerinde değildir²⁸⁸. Bu anlamda, her iki kurumun da teminat oluşturma amacıyla olduklarından bahisle benzerlik gösterdiklerini ifade etmek²⁸⁹ de yerinde olmayacaktır. Cayma parasının konulmasındaki asıl amaç, sözleşmeden keyfi olarak caymayı kolaylaştırmak iken, ceza koşulunda asıl amaç asıl borcun ifasını teşvik etmek, borçluya bu anlamda baskı uygulayarak asıl borcu kuvvetlendirmektir²⁹⁰. Bu anlamda, cayma parası amaç bakımından da ceza koşulundan ayrılmaktadır.

Ceza koşuluyla cayma parası arasındaki diğer farklılardan biri de cayma parası, sözleşme kurulurken peşin ödenirken, ceza koşulunun sözleşmenin kurulması aşamasında ödenmesi söz konusu olmayıp, sözleşme kurulurken veya kurulduktan sonra asıl borcun ihlali durumunda ifa edileceği taahhüt edilir²⁹¹. Yine cayma parası, sözleşmeden cayılması halinde hüküm ve sonuçlarını doğurmakta iken, ceza koşulunun muacceliyeti için asıl borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi yeterlidir²⁹². Bununla birlikte, cayma parası sözleşme veya hukukî ilişkisinin tamamını kapsayıcı nitelikteyken ve her iki taraf da cayma parasına dayalı olarak cayma yetkisini kullanabilirken; ceza koşulu, kural olarak taraflardan genellikle borçlunun asıl borcunun

²⁸⁵ YAĞCIOĞLU, s. 85.

²⁸⁶ YAĞCIOĞLU, s. 85; KOCAAĞA, s. 200; BİLGE, s. 53; TUNÇOMAĞ, s. 32; GÜLSEVEN, s. 48.

²⁸⁷ KOCAAĞA, s. 200; BİLGE, s. 53; TUNÇOMAĞ, s. 32; GÜLSEVEN, s. 48.

²⁸⁸ BİLGE, s. 53.

²⁸⁹ YAĞCIOĞLU, s. 85.

²⁹⁰ HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 387; TUNÇOMAĞ, s. 32; GÜNAY, s. 53; GÜLSEVEN, s. 48;

²⁹¹ FEYZİOĞLU, s. 379; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 387; YAĞCIOĞLU, s. 85.

²⁹² FEYZİOĞLU, s. 379; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 387; TUNÇOMAĞ, s. 32; YAĞCIOĞLU, s. 85 – 86; GÜNAY, s. 53; GÜLSEVEN, s. 48;

tamamının veya bir kısmının ihlaline bağılı olarak kararlaştırılır²⁹³. Ancak ceza koşulunun her iki taraf bakımından karşılıklı olarak ve tüm hukukî ilişkiyi kapsayacak şekilde kararlaştırılmasına bir engel bulunmadığı da dikkatten kaçırılmamalıdır²⁹⁴.

Ceza koşulu ve cayma parası arasındaki bir diğerk fark; ceza koşulunun aşırı olması halinde TBK md. 182, f. 3 hükmüyle indirilmesi imkânı getirilmişken, cayma parasında bu şekilde bir indirim imkânının bulunmamasıdır²⁹⁵. Doktrinde, bazı yazarlarca cayma parasının da aşırı olduğundan bahisle, aşırı ceza koşulunun indirilmesine ilişkin getirilen TBK md. 182, f. 3 hükmünün kıyasen uygulanması ile indirilmesinin lazım geldiğı, zira cayma parasının aşırı olmasıyla ceza koşulunun aşırı olması arasında menfaatler durumu açısından önemli bir fark bulunmadığını, bu bakımdan indirimin yapılmasının kabul edilmesi gerektiğı ileri sürülmektedir²⁹⁶. Kanaatimizce bu görüş isabetli değildir. Zira, cayma parası, yukarıda ortaya konulan farklarından da anlaşıldığı üzere, ceza koşulundan farklı nitelikte bir kurumdur. Bu anlamda, cayma parasını ayrı olarak düzenleme konusu yapan kanun koyucu, cayma parasının aşırı olmasından dolayı indirilmesine cevaz vermek isteseydi, bu konuda bir düzenleme yapardı. Böyle bir düzenleme olmadığına göre, cayma parasının aşırı olmasından dolayı TBK md. 182, f. 3 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle indirilmesi söz konusu olamaz.²⁹⁷ Yargıtay da cayma parasında TBK md. 182, f. 3 hükmünün kıyas yoluyla uygulanarak indirim yapılmasının söz konusu olmayacağını, aynı gerekçelerle kabul etmiştir²⁹⁸.

Cayma parası, ceza koşulunun bir türü olarak kabul etmediğimiz ve yukarıda ceza koşuluyla karşılaştırılan dönme cezası kurumuyula doktrinde benzetilmekte ve karşılaştırılmaktadır²⁹⁹. Cayma parası, dönme cezasıyla benzerlik göstermekle beraber birbirlerinden farklı kurumlardır³⁰⁰. Öyle ki; cayma parasında, sözleşmenin kurulduğu

²⁹³ BİLGE, s. 53; TUNÇOMAĞ, s. 32; KOCAAĞA, s. 200

²⁹⁴ BİLGE, s. 53; KOCAAĞA, s. 200.

²⁹⁵ FEYZİOĞLU, s. 381; TUNÇOMAĞ, s. 142; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 555; EREN, s. 1191; KOCAAĞA, s. 201; YAĞCIOĞLU, s. 86; GÜLSEVEN, s. 48;

²⁹⁶ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 341; GÜNAY, s. 53 – 54. Aynı yönde Bkz. SEROZAN, s. 222 vd.

²⁹⁷ Aynı yönde Bkz. YAĞCIOĞLU, s. 86; KOCAAĞA, s. 201 – 202; FEYZİOĞLU, s. s. 381; TUNÇOMAĞ, s. 142; OĞUZMAN/ÖZ(II), s. 555; EREN, s. 1191; GÜLSEVEN, s. 48.

²⁹⁸ Yarg. HGK, T. 24.1.1970, 4 – 1348/ 50 ve benzer yöndeki içtihatlar için Bkz. TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 341, dpn. 4; YAĞCIOĞLU, s. 86, dpn. 246.

²⁹⁹ Bu kıyaslamalarda; dönme cezası, ceza koşulunun bir türü olarak ele alınmakta ve ceza koşulunun cayma parasıyla karşılaştırılmasında da dönme tazminatı ceza koşulu yerine karşılaştırılmaktadır. Bkz. FEYZİOĞLU, s. 395 – 396; TUNÇOMAĞ, 31 vd.; EREN, s. 1193; GÜNAY, s. 53 vd.; KOCAAĞA, s. 198 vd.; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 353; GÜLSEVEN, s. 47 vd.

³⁰⁰ KOCAAĞA, s. 153; CANSEL/ ÖZEL, s. 725-726; KILIÇOĞLU, s. 981-982; EREN, s. 1186, TUNÇOMAĞ, s. 31,47;KAPANCI, s. 251; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 382; TERCİER/PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU' na göre; Dönme cezası bakımından gerçek anlamda bir ceza

sırada borçlu tarafından alacaklıya bir miktar para ödenmekte, borçlu sözleşmeden döndüğü takdirde alacaklı bu parayı uhdesinde tutmaktadır. Dönme cezası ise sözleşmenin kurulduğu sırada değil, sözleşmeden dönüldüğü zaman ödenmek üzere taahhüt edilir ve sözleşmeden dönme halinde ödenir.³⁰¹ Bu taahhüdün sözleşmenin kurulması esnasında da verilmesine gerek olmayıp, daha sonra da verilebilir³⁰². Dönme cezası ödeyerek sözleşmeden dönme yetkisi kim için kararlaştırılmışsa, o kişi dönme cezası ödeyerek sözleşmeden dönme hakkına sahiptir³⁰³. Cayma parasında ise; cayma parası sözleşmenin başında kimin tarafından alınırsa alınsın, hem alacaklı hem de borçlu sözleşmeden dönme hakkına sahiptir³⁰⁴. TBK 178. madde hükmüne göre; cayma parasını veren sözleşmeden döner ise verdiği cayma parasını bırakır, cayma parasını alan sözleşmeden döner ise aldığı iki katını geri verir. Dönme cezasında böyle bir düzenleme yapılmamıştır. İki kurum arasındaki bir diğer fark; cayma parasının verildiği durumlarda, asıl borcun ifasına başlanmasıyla artık sözleşmeden dönülemezdir³⁰⁵. Ancak dönme cezasının kararlaştırıldığı durumda, bu hakkın tanındığı alacaklı veya borçlu her zaman dönme cezasını ödeyerek sözleşmeden dönebilir³⁰⁶. Bunun yanında, dönme cezası ödenerek sözleşmeden dönüldüğü zaman, artık asıl borcun yerine getirilmeyeceği kesin olarak anlaşılırken; sözleşmenin başında cayma parasının verilmesi söz konusu olduğunda, asıl borcun yerine getirilmeyeceği gibi bir anlam ortaya çıkmamakta, sadece cayma parasına dayalı olarak dönme hakkını saklı

koşulu değil, cayma tazminatı söz konusudur(**TERCIER/PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU**, s.429 – 430).

³⁰¹ **KAPANCI**, s. 263-264; **EREN**, s. 1193; **KILIÇOĞLU**, s. 982; **OĞUZMAN/ ÖZ (II)**, s. 555; **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s. 353; **TUNÇOMAĞ**, s. 31; **KOCAAĞA**, s. 199; **CANSEL/ ÖZEL**, s. 725, dñn. 48; **GÜLSEVEN**, s. 48; **HATEMİ/ GÖKYAYLA**, s. 387; **ERDEM**, Mehmet; “Pey Akçesi – Pişmanlık Akçesi – Dönme Tazminatı”, **Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ’ ye Armağan**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 663-684, s. 679; **YAĞCIOĞLU**, s. 84.

³⁰² **KOCAAĞA**, s. 199.

³⁰³ **YAĞCIOĞLU**, s. 84. **HATEMİ/ GÖKYAYLA’** ya göre; dönme cezasını ödeyerek sözleşmeden dönme hakkı sadece borçluya aittir(**HATEMİ/ GÖKYAYLA**, s. 382).

³⁰⁴ **KOCAAĞA**, s. 199-200; **OĞUZMAN/ ÖZ (II)**, s. 555; **KILIÇOĞLU**, s. 982; **KAPANCI**, s. 264; **GÜLSEVEN**, s. 48; **ERDEM**, s. 671; **HATEMİ/ GÖKYAYLA**, s. 382.

³⁰⁵ **OĞUZMAN/ ÖZ (II)**, s. 555; **KAPANCI**, s. 265; **KOCAAĞA**, s. 200; **YAĞCIOĞLU**, s. 84 – 85. Buna karşın **ERDEM**, hakkın kullanılma süresini belirleyici bir düzenleme taraflarca yapılabileceğini belirtmektedir(**ERDEM**, s. 673).

³⁰⁶ **OĞUZMAN/ ÖZ (II)**, s. 555; **KAPANCI**, s. 265; **KOCAAĞA**, s. 59; **ERDEM’** e göre; dönme cezasına dayalı olarak sözleşmeden dönme hakkı da, cayma parasının kararlaştırıldığı hukukî ilişkilerde olduğu gibi en geç asıl borcun ifasına başlanmasına anına kadar kullanılmalıdır. Bu konuda her iki kurum arasında farklılık yaratmanın haklı bir nedeni yoktur.(**ERDEM**, s. 681). Dönme cezasına dayalı olarak her zaman sözleşmeden dönme hakkının sınırını, her hakkın kullanılmasında olduğu gibi **TMK’** nun 2.maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı oluşturur. Dönme cezasına dayalı olarak sözleşmeden dönülmesi, somut olayda haklı görülüyor ve gerekçelendirilemiyorsa kullanılamamalıdır. Örneğin hiçbir yarar elde edilmeksizin sırf karşı tarafa zarar vermek amacıyla dönme cezasına dayalı olarak dönme hakkı kullanılıyorsa, bu durum dürüstlük kurallarıyla bağdaşmaz. Bu halde, hakkın kötüye kullanılması itirazıyla birlikte hak dönme hakkı kullanılamayacaktır(**KAPANCI**, s. 265- 266).

tutulmaktadır³⁰⁷. Sözleşmede kararlaştırılan cezanın cayma parası mı, dönme cezası mı olduğuna dair bir tereddüt ortaya çıktığında, bu cezanın dönme cezası olduğu yönünde yorum yapılması gerektiği kabul edilmektedir³⁰⁸.

D. GÖTÜRÜ TAZMİNATLA KARŞILAŞTIRILMASI

Ceza koşulunun bir amacının da borçlunun borcunu hiç veya kısmen yerine getirmediği ya da gecikmeli veya yerine getirme koşullarının aksine bir şekilde yerine getirdiği durumlarda, alacaklıyı uğradığı zararı ispatlama ve zarar miktarını belirleme yükünden kurtararak, zararının tazminini kolaylaştırmaktır³⁰⁹. Bu yönüyle, ceza koşulu götürü tazminata benzerlik gösterir³¹⁰. Ancak; ceza koşuluyla, götürü tazminat kavramlarını birbirinden ayırt etmek gerekir.

Götürü tazminata ilişkin yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Götürü tazminat, sözleşmeye aykırılık halinde ödenecek tazminatın, asıl sözleşmede bir kayıt olarak veya ayrı bir sözleşmeyle önceden götürü olarak belirlendiği, kendine özgü bir kurumdur³¹¹. Ceza koşuluyla götürü tazminat arasındaki farklılığın ortaya konulmasında tarafların gözettikleri amacın belirlenmesi önem arz eder. Ceza koşulu da zararın ispat edilmesine lüzum olmaksızın karşılanmasına hizmet eder. Ancak, ceza koşulunun öncelikli amacı, borçluyu borcunu ifaya zorlamak, bu noktada baskı yaratmaktır. Götürü tazminatın da baskı yaratma, ifaya zorlama amacı ortaya çıkmaktaysa da; söz konusu kurumun öncelikli amacı zararın giderilmesi için ödenmesi gereken tazminat miktarının önceden belirlenmesidir. Bu halde, borçluyu ifaya zorlama, bu konuda baskı yaratma amacı baskın ise ceza koşulundan, zararın giderilmesi yönünden ödenecek tazminat miktarının belirlenmesi amacının baskın olduğu durumda ise götürü tazminattan söz

³⁰⁷ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 353; YAĞCIOĞLU, s. 84

³⁰⁸ KILIÇOĞLU, s. 982; KOCAAĞA, s. 200.

³⁰⁹ EREN, s. 1181; GÜLSEVEN, s. 25, 29; TAMER, s. 734; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 428; CANSEL/ ÖZEL, s. 715; KOCAAĞA, s. 36; TUNÇOMAĞ, s. 48; KILIÇOĞLU, s. 971; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 529; YAĞCIOĞLU, s. 40.

³¹⁰ TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 428. Götürü tazminatta; alacaklının, meydana gelen zararının miktarı gibi zararının varlığı bakımından da ispat yükü altında olmadığı, zararın meydana gelmediğine dair ispat yükünün borçluya ait olduğuna dair aksi görüş için Bkz. KOCAAĞA, s. 180,182; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 532.

³¹¹ HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 379; PARLAK BÖRÜ, Şafak; “Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 129 (Mart 2017), s. 197(<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2017-129-1644>, E.T: 22.03.2018); KOCAAĞA, s. 176; YAĞCIOĞLU, s. 89; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, Yasemin : Ceza Koşulu Özellikle Zarar ve Tazminatla İlişkisi, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 40, 125 – 126; ERDEM, Mehmet; Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi : Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009, s. 102, 121(http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/sorumluluk/s_5.pdf, E.T: 07.04.2019).

etmek gerekir.³¹² Ceza koşulu sadece alacaklının yararına iken; götürü tazminat, borcun ihlali halinde ödenecek tazminatın önceden belirlenerek bilinmesi nedeniyle ihlal durumunda tarafların kendi risklerini görmeleri ve zarar miktarının tespiti ile yargılama giderleri gibi külfetlerden kurtarması yönlerinden her iki tarafın da yararına bir kurumdur³¹³.

Her iki kurum açısından diğer bir ayrışma ise; ceza koşulunun talep edilmesi için zararın meydana gelmesi şart değilken, götürü tazminat açısından zararın meydana geldiğinin ispatı gerekir³¹⁴. Zira, götürü tazminat sözleşmesi sadece tazminat miktarına ilişkin olup, tazminat sorumluluğundaki şartlarda bir değişiklik yapmaz³¹⁵.

Aşırı ceza koşulunun hâkim tarafından re' sen indirilmesi söz konusu olacak iken; mutlak götürü tazminat anlaşmasında, tazminat miktarı zarar miktarını aşsa da indirim söz konusu olmayacaktır. Bu manada, TBK md. 182, f. 3 hükmünün götürü tazminat bakımından kıyasen uygulanması söz konusu değildir.³¹⁶ Mutlak götürü tazminat anlaşması bakımından durum böyleyken, nisbî nitelikteki götürü tazminat³¹⁷ bakımından ise; zararın, belirlenen götürü tazminat meblağından az olduğu karşı tarafça ileri sürülerek ispat edilmesi halinde tazminat olarak daha düşük olduğu ispatlanan zarar

³¹² ERDEM, PARLAK BÖRÜ ve KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK; götürü tazminatta, ceza koşulundaki borçluyu ifaya zorlama, baskı yaratma amaçlarının olmadığını ifade etmektedirler. Bkz. ERDEM, Götürü Tazminat, s. 102; PARLAK BÖRÜ, s. 221-222; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 129 – 130. Buna karşılık KOCAĞA ve YAĞCIOĞLU; bizim de katıldığımız üzere, ceza koşulunun birincil amacı olan borçluyu ifaya zorlama, baskı yaratma amaçlarının, götürü tazminatta birincil olmasa da dolaylı olarak bulunduğunu ileri sürmektedirler. Bkz. KOCAĞA, s. 179-180; YAĞCIOĞLU, s. 94. ERDEM de, borcun ihlal edilmesi halinde hükmedilecek soyut tazminat kavramıyla, somut olarak bir tazminat borcunun borçlu nezdinde sağlayacağı psikolojik etkinin doğal olarak farklı olacağını ve fakat, borcunun böyle somut bir tazminat borcundan ötürü baskı hissederek borcunu ifa etmesi mümkün ise de bunun götürü tazminatın böyle bir psikolojik baskı yaratmak amacı olduğunu göstermeyeceğini, belki bunun doğal bir sonuç olduğu söylenebilecekse de götürü tazminatın böyle bir baskı yaratma, ifaya zorlama amacının olmadığını ifade etmektedir. Bkz. ERDEM, Götürü Tazminat, s. 102.

³¹³ KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 129 – 130.

³¹⁴ HATEMİ/ GÖKYAYLA; s. 379; ERDEM, Götürü Tazminat, s. 106 – 107, 122; PARLAK BÖRÜ, s. 222; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 130; YAĞCIOĞLU, s. 90. YAĞCIOĞLU, götürü tazminat anlaşmasıyla alacaklı çoğunlukla zararın varlığını ispat yükünden de kurtarılmış olur. Ancak, bunu zararın varlığı şartının ortadan kaldırılması olarak algılanmaması gerekir. Burada sadece ispat yükü değiştirilmiş olmaktadır. Borçlu, bir zararın meydana gelmediğini ispat ederek götürü tazminatı ödemekten kurtulacaktır (YAĞCIOĞLU, s. 90). Götürü tazminatta; alacaklının, meydana gelen zararının miktarı gibi zararının varlığı bakımından da ispat yükü altında olmadığı, zararın meydana gelmediğine dair ispat yükünün borçluya ait olduğuna dair aksi görüş için Bkz. KOCAĞA, s. 180; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 532.

³¹⁵ ERDEM, Götürü Tazminat, s. 107;

³¹⁶ HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 379; TERCİER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 393; YAĞCIOĞLU, s. 91; ERDEM, Götürü Tazminat, s. 121 – 122; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 133; PARLAK BÖRÜ, s. 223.

³¹⁷ Nisbî nitelikte götürü tazminatta; tazminat miktarı kesin ve belirli olarak değil, sadece alt ve/ veya sadece üst sınırının belirlenmesi söz konusu olmaktadır (OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 532).

meblağı ödenebilir³¹⁸. Götürü tazminat, esasen kesin bir edim veya kesin bir tazminat meblağını ifade ettiğinden, tarafların sonradan bu edim veya meblağı miktar olarak değiştirmeleri mümkün değildir³¹⁹.

Götürü tazminat meblağını aşan zararın tazmini için de götürü tazminatın mutlak veya nisbi olup olmadığına göre ayırım yapmak gerekir. Buna göre mutlak götürü tazminatta kesin bir edim veya meblağ belirlendiğinden bu meblağdan daha üstte bir zararın tazmini kural olarak mümkün değildir. Ancak, alacaklının bu aşkın zararı ve miktarını ispat etmekle birlikte, şartları varsa sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin TBK md. 115 hükümlerine başvurusu mümkündür.³²⁰ Nisbî götürü tazminat anlaşması bakımından ise, herhangi bir üst sınır söz konusu değilse; alacaklı, aşkın zararı ve miktarını ispat ederek talepte bulunabilir³²¹. Ceza koşulunu aşan zararın tazmini için ise, sadece bu aşkın zararın varlığı ve meblağını ispat yetmemekte; TBK md. 180, f. 2, uyarınca, alacaklı tarafça ayrıca borçlunun kusurunun da ispatlanması gerekmektedir³²². Bu durum da her iki kurum arasındaki diğer bir farklılıktır.

Yine, ifaya eklenen ceza koşulu muaccel olduktan sonra gerçekleştirilen ifanın kabulü anında ceza koşulunun saklı tutulduğuna dair ihtirazî kayıt konulmaması, ceza koşulunun sonradan talebini engelleyecek iken; götürü tazminat bakımından böyle bir şart söz konusu değildir³²³.

Ceza koşulu ile götürü tazminat arasında konuları bakımından da farklılıklar olduğu söylenebilir. Ceza koşulunun konusu genellikle bir miktar para olmakla beraber, parasal bir değere sahip olmak kaydıyla para dışındaki şeyler ile maddi edimler de konusu olabilir. Götürü tazminatın konusu ise çoğunlukla paradır³²⁴.

³¹⁸ **PARLAK BÖRÜ**, s. 223.

³¹⁹ **ERDEM**, Götürü Tazminat, s. 109. Buna karşın doktrinde YAĞCIOĞLU, borçlunun götürü tazminatı daha az miktarda ödemek istemesi halinde; taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, zararın götürü tazminat miktarından daha az olduğunu ispatla götürü tazminattan daha düşük olan bu zarar meblağını ödeyerek tazminat borcundan kurtulabileceğini ileri sürmektedir(YAĞCIOĞLU, s. 94 -95). Yazar, mutlak – nisbî götürü tazminat ayırımına göre yapılan indirim olanağına dair değerlendirmesinde de, mutlak götürü tazminat bakımından da TBK md. 51 – 52’ de yer alan tazminat indirim sebeplerine dayalı olarak indirim yapılması gerektiğini ileri sürmektedir(YAĞCIOĞLU, s. 95, dpn. 283).

³²⁰ **ERDEM**, Götürü Tazminat, s. 109, 122; **PARLAK BÖRÜ**, s. 222 - 223, dpn. 102; **KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK**, s. 132 – 133; **OĞUZMAN/ ÖZ (II)**, s. 532; **HATEMİ/ GÖKYAYLA**, s. 379, **KOCAAĞA**, s. 181. YAĞCIOĞLU’ na göre, zararın götürü tazminat meblağından fazla olduğu ihtimalde; eğer olağanüstü bir durumun ortaya çıkması ve götürü tazminat miktarını aşan zararı ispat etmesi halinde alacaklı söz konusu aşkın zararı da talep edebilir. Bu noktada, ceza koşulunda olduğu gibi ayrıca borçlunun kusurunu ispatlamasına gerek bulunmamaktadır(YAĞCIOĞLU, s. 96).

³²¹ **PARLAK BÖRÜ**, s. 222 – 223, dpn. 102;

³²² Ayrıntılı bilgi için Bkz. Bölüm I, IX, B.

³²³ **HATEMİ/ GÖKYAYLA**, s. 379; **KOCAAĞA**, s. 182; **YAĞCIOĞLU**, s. 96; **KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK**, s. 132.

³²⁴ **KOCAAĞA**, s. 182; **ERDEM**, Götürü Tazminat, s. 105.

IX. CEZA KOŞULUNUN KUSUR VE ZARAR İLE İLİŞKİSİ

A. CEZA KOŞULUNUN KUSUR İLE İLİŞKİSİ

Ceza koşulunun ödenmesi, borçlunun borcuna aykırı davranmasına bağlanmıştır (TBK md. 179, f.1 ve f.2). Tazminat talep etme bakımından borca aykırılığın borçlunun kusurundan kaynaklanması şartının, ceza koşulu bakımından da geçerli olduğu TBK md. 182/f.2 hükmünden anlaşılmaktadır. Hükümde, asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz olmuşsa veya aksi bir düzenleme mevcut olmadıkça, asıl borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir nedenle imkânsız hale gelmişse (kusursuz sonraki ifa imkânsızlığına düştüyse), ceza koşulunun ifasının talep edilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyle, ceza koşulunun talep edilebilmesi için borca aykırılığın, borçlunun kusurundan ileri gelmesi şartı olumsuz bir ifadeyle ortaya konulmuştur.³²⁵ Doktrinde, ceza koşulunun muacceliyeti için borçlunun kusurunun aranmayacağı da savunulmaktadır³²⁶. Bu görüş savunanlarından *Eren*' e göre; ceza koşulunun ödenmesi için borçlunun kusuru aranmaz. İlke olarak borçlu, borca aykırılığın meydana gelmesinde ister kusurlu ister kusursuz olsun ceza koşulu ödenir. Asıl borcun sonraki kusursuz imkânsızlık nedeniyle sona ermesinde ise, aksi kararlaştırılmadığı müddetçe ceza koşulu ödeme borcu da ortadan kalkacaktır. Borçlu kusursuzluğu nedeni ile ceza koşulu borcundan kurtulacaktır. Ancak, söz konusu durum kusursuzluğunun sonucu değil ceza koşulunun asıl borca bağlı fer' i nitelikte bir borç olmasından kaynaklanmaktadır.³²⁷ Yine, ceza koşulunun talep edilmesi için borçlunun kusurunun aranmayacağını savunan bazı yazarlarca³²⁸; TBK' nın 112. maddesinde borçlunun kusurlu olması halinde alacaklının zararlarını tazminle mükellef olduğunun düzenlendiğini, fakat ceza koşulunun niteliği ve amacı göz önünde bulundurulduğunda

³²⁵ BİLGE, s. 108 vd.; KOCAAĞA, s. 231-232; KILIÇOĞLU, s. 984; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 359 – 360; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 383; GÜLSEVEN, s. 50; TERCİER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 433; TUNÇOMAĞ, s. 101-102; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 545; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 58. YAĞCIOĞLU' na göre; TBK md. 182, f. 2 hükmü, ceza koşulu için kusur şartının dayanağı olamaz. Söz konusu hükümde, ceza koşulunun istenememesine gerekçe olarak, borçlunun kusursuzluğu değil, asıl borcun ortadan kalkmasıyla ona bağlı ceza koşulunun da fer' i niteliğinden ötürü kalkacak olması işaret edilmektedir (YAĞCIOĞLU, s. 180). EREN, ceza koşulunun muacceliyeti için borçlunun kusurunun aranmayacağı görüşünü savunmakla beraber, TBK md. 182, f. 2 hükmünde yer alan ceza koşulunun ifasının istenememesin, borçlunun kusursuzluğundan değil, ceza koşulunun fer' i niteliğinden kaynaklandığını ifade etmektedir (EREN, s. 1187).

³²⁶ EREN, s. 1186 – 1187; CANSEL/ ÖZEL, s. 726.

³²⁷ EREN, s. 1186 – 1187.

³²⁸ CANSEL/ ÖZEL, s. 726.

ceza koşulunun muacceliyetinde kusur şartının aranmasının yerinde olmayacağı ileri sürülmüş, ancak tarafların bunun aksi yönünde anlaşma yapabilecekleri de ifade edilmiştir.

Ceza koşulunun talebi için borçlunun kusurunun aranmayacağı görüşünde olan yazarlar, bu görüşlerini esasen TBK md. 180, f. 2 hükmünden çıkardıkları zıt anlama dayandırmaktadır. Buna göre, TBK md.180, f. 2 hükmünde kusurun ancak ceza koşulunu aşan zararın tazmini bakımından aranacağını düzenlendiğini, buradan da ceza koşulunun talep edilmesi için borçlunun kusurunun aranmayacağı sonucunun ortaya çıktığını ileri sürmektedirler³²⁹. Ancak bizim de katıldığımız hâkim görüşe göre, ceza koşulunun talep edilebilmesi, borçlunun borcun ihlalinde kusurlu olması şartına bağlıdır³³⁰. TBK md. 180, f. 2 düzenlemesiyle, ceza koşulunu aşan zararın tazmini talebinde, borçlunun borcun ihlalindeki kusurunu ispat külfeti değiştirilmiş ve bu külfetin alacaklıda olduğu düzenlenmiştir³³¹. Bu nedenle, TBK md. 180, f. 2 hükmünden, ceza koşulunun talebi için kusur aranmayacağı anlamı çıkarılamaz.

Bu halde; borçlunun borcunu hiç yerine getirmemesi, kusursuz sonraki ifa imkânsızlığından ileri geliyorsa veya borcunu gereği gibi yerine getirmemesi, kötü şekilde ifa etmesi kendi kusurundan ileri gelmiyorsa, seçimlik ceza koşulunun talep edilmesi söz konusu olamayacaktır. Borçlunun, temerrüde düşmesinde kusuru yoksa veya borcunu belirlenen yerde ifa edememesinde kusursuz ise, ifaya eklenen ceza koşulunun talep edilmesi de mümkün olmayacaktır³³². Bunun yanında, TBK' nın istisnai olarak, borçluyu kusursuz olsa da borca aykırılıktan sorumlu tuttuğu durumlarda, ceza koşulunun talep edilmesi için borçlunun kusuru aranmaz³³³. Ancak, TBK md. 182, f. 2'

³²⁹ CANSEL/ ÖZEL, s. 726; EREN, s. 1187.

³³⁰ HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 383; KILIÇOĞLU, s. 984-985; YAĞCIOĞLU, s. 177 vd.; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 59. TAMER, s. 738; TERCİER VE PICHONNAZ, ceza koşulunu şarta bağlı borçlara yakınlaştırarak, borca aykırılık halinde tazminat davası açılması için gereken şartların(özellikle zarar ve kusurun) gerçekleşmesi aranmaksızın, kararlaştırılan ceza koşulunun talep edilebileceğini belirtirler de; Türk Hukuku' nda ceza koşulunun, TBK md.112 vd. maddelerinin yerini aldığına dair ağırlıklı görüş uyarınca, ceza koşulunda kararlaştırılan ceza meblağının talep edilebilmesi için kusur şartı aranmaktadır(TERCİER/ PICHONNAZ(DEVELİOĞLU), s. 433).

³³¹ KILIÇOĞLU, s. 985; KOCAĞA, s. 317 vd.; YAĞCIOĞLU, s.179; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 59.

³³² OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 546; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 360; GÜLSEVEN, s. 50; KOCAĞA, s. 233; KILIÇOĞLU, s. 984.

³³³ OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 546; KOCAĞA, s. 239; TUNÇOMAĞ, s. 102; GÜLSEVEN, s. 50; YAĞCIOĞLU, s. 182; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 59.Ceza koşulunun muacceliyeti için, borçlunun kusurunun aranmayacağını savunan yazarlardan CANSEL/ ÖZEL; kanunda borçlunun kusursuz sorumluluğunun düzenlediği hallerde ise, borçlunun kusurunun ceza koşulunun muacceliyetinde hiçbir şekilde aranmayacağını ifade etmektedirler(CANSEL/ ÖZEL, s. 726).

de borca aykırılık, borçlunun sonraki kusursuz imkânsızlığa düşmesinden kaynaklansa dahi ceza koşulunun ödeneceği yönünde yapılacak anlaşmalara cevaz verilmiştir³³⁴.

TBK'nın md.182, f. 2 hükmünde, ceza koşulunun ifasının istenememesi, sadece asıl borcun ifasının kusursuz sonraki ifa imkânsızlığı nedeniyle mümkün olmaması ve asıl borcun geçersizliğine bağlanmıştır. Ancak, ceza koşulunun ifasının istenememesini sadece bu durumlarla sınırlı olarak yorumlamamak gerekir. Böyle bir sınırlama halinde TBK md. 182, f. 2 hükmü, borca aykırılık hallerinde borçlunun kusurunu aranacağını öngören TBK md.112 hükmüyle çelişecektir. Bu halde, TBK md. 182, f. 2 hükmünü geniş yorumlamak suretiyle borçlunun kusurlu sonraki imkânsızlığı dışında; temerrüt, ayıplı ifa gibi borca aykırılık hallerinde de ceza koşulunun muaccel hale gelmesinde borçlunun kusurunu aranması gerekir.³³⁵ TBK md.112'da yer alan³³⁶; borçlunun, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinde kusuru olmadığını ispat etmedikçe alacaklının bundan doğan zararlarını gidereceğine dair sözleşmesel kusur karinesi, ceza koşulu bakımından da geçerlidir. Buna göre; alacaklının, borçlunun kusurunu ispat külfeti bulunmamakta olup, borçlu kusursuzluğunu ispat edemediği sürece ceza koşulunu ödemek mecburiyetindedir.³³⁷ Ceza koşulunun muaccel olması için aranan, borçlunun borca aykırılık halindeki kusurunun türü ve niteliğinin bir önemi bulunmamaktadır. Kusurun; kast, ağır ihmal veya hafif ihmal şeklinde tezahür etmesinde bir fark olmamakla birlikte; kusur derecesi, aşırı ceza koşulunun hâkim tarafından indirilmesinde ele alınacak bir ölçüt olabilir³³⁸. Asıl borcu ifa etme süresinin çok az geçirilmesi halinde olduğu gibi, asıl borcun önemsiz derecede ihlal edildiği bazı durumlarda, ceza koşulunun talep edilmesinin dürüstlük kuralına aykırı görülebilir³³⁹.

³³⁴ TBK md. 182, f. 2 hükmüyle getirilen, asıl borcun geçersizlik yaptırımına maruz kalması halinde kararlaştırılan ceza koşulunun istenemeyeceğine dair emredici kuralın aksine bir düzenleme ise yapılamaz.

³³⁵ KILIÇOĞLU, s. 984; KOCAAĞA, s. 232-233; YAĞCIOĞLU, s. 181; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 360; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 383. OĞUZMAN/ ÖZ' e göre bir para borcunun ifasında temerrüde düşüldüğünde kanuni temerrüt faizinin üzerinde bir faiz ödenmesi olarak kararlaştırılan bir ceza koşulu söz konusu olduğunda; ceza koşulunun talep edilmesi, kusur şartına bağlı olmamalıdır. Zira, borçlu kusuru olmaksızın para borcunu ödemekte temerrüde düşse dahi, alacaklı temerrüt faizi talep edebilmektedir(OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 546, dpn. 440).

³³⁶ TBK md.112 : “Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmese borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.”

³³⁷ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 360; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 546; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 383; KOCAAĞA, s. 239; YAĞCIOĞLU, s. 181; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 59.

³³⁸ BİLGE, s. 90; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 546; KOCAAĞA, s. 233-234; CANSER/ ÖZEL, s. 727; GÜLSEVEN, s. 50; YAĞCIOĞLU, s. 180

³³⁹ KOCAAĞA, s. 234;

B. CEZA KOŞULUNUN ZARAR İLE İLİŞKİSİ

1. CEZA KOŞULUNUN ZARARDAN BAĞIMSIZ OLARAK TALEP EDİLEBİLMESİ

TBK md. 180, f. 1 hükmüne göre; kararlaştırılan ceza koşulunun muaccel olması için alacaklının zarara uğraması şartı aranmayacaktır. Borca aykırılık halinde, alacaklı bir zarara uğramasa dahi kararlaştırılan ceza koşulunun ödenmesi gerekir. Bu durumda, ceza koşulu zarardan bağımsızdır³⁴⁰. Doktrinde, ceza koşuluna ilişkin hükümlerinin emredici olmadığından, tamamlayıcı olduğundan bahisle TBK md. 180, f.1 düzenlemesinin aksine ceza koşulunu talep için zararın meydana gelmesinin gerektiği taraflarca kararlaştırılabileceği ifade edilse de³⁴¹; bizim de katıldığımız hâkim görüşe göre, böyle bir anlaşma ceza koşulunun niteliğiyle bağdaşmaz³⁴². Ceza koşulu alacaklının uğradığı zararın karşılığı değildir³⁴³. Bu yönde yapılan anlaşmaları, ceza koşulu değil de diğer unsurları da bulunduğu takdirde götürü tazminat olarak tanımlamak daha uygun olacaktır³⁴⁴. Zira, götürü tazminat anlaşmasıyla belirlenen tazminat miktarının alacaklı tarafından talep edilmesi, muhakkak bir zarara uğramasına bağlıdır³⁴⁵.

Bunun yanında gerek seçimlik ceza koşulu gerekse de ifaya eklenen ceza koşulu muaccel olduğunda, alacaklının kendisine ödenecek olan cezaya ek olarak ayrıca kusurlu borçludan uğradığı zararının tazminini talep etme imkânı bulunmamaktadır. Ancak, bu kuralın aksine sözleşme yapılabilir.³⁴⁶ Böyle bir anlaşma yapılması halinde, ifaya eklenen ceza koşulu bakımından bir sorun çıkma ihtimali azdır. Ancak seçimlik ceza koşulu söz konusu ise hem ceza koşulunun hem de tazminatın talep edilmesi borçlu bakımından ağır sonuçlar doğurabilir. Böyle bir durumda, hâkim aşırı ceza

³⁴⁰ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 358; TERCİER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 433; KOCAAĞA, s. 174; CANSEL/ ÖZEL, s. 727; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 546-547; EREN, s. 1186; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 383; GÜLSEVEN, s. 51; KILIÇOĞLU, s. 982-983; TUNÇOMAĞ, s. 120; YAĞCIOĞLU, s. 185; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 65.

³⁴¹ YAĞCIOĞLU, s. 185, dpn. 648' de yer alan yazarlar.

³⁴² KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 67; YAĞCIOĞLU, s. 185.

³⁴³ KILIÇOĞLU, s. 982; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 65.

³⁴⁴ YAĞCIOĞLU, s. 185; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s.

³⁴⁵ Ceza koşuluyla götürü tazminatın karşılaştırılması için Bkz. Bölüm I, IX, D.

³⁴⁶ EREN, s. 1187; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 384; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 547; CANSEL/ ÖZEL, s. 727; KOCAAĞA, s. 174; GÜLSEVEN, s. 51; TUNÇOMAĞ, s. 124; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 66, 76.

koşulunun indirilmesine ilişkin TBK md. 182, f. 3 hükmüne başvurarak, ceza koşulunun indirilmesi yoluna başvurulabilir.³⁴⁷

2. CEZA KOŞULU MİKTARINI AŞAN ZARARIN TAZMİNİ

Ceza koşulunun muaccel hale gelmesi ve talep edilebilmesi için alacaklının zarara uğraması aranmayacaksa da ceza koşulu miktarını aşan zararın tazmini TBK md. 180, f. 2' ye göre mümkündür. TBK md. 180, f. 2' ye göre; alacaklı, borcun ihlalinde borçlunun kusuru olduğunu ve bu ihlal neticesinde kararlaştırılan ceza miktarını aşan zararının meydana geldiğini ispat etmek şartıyla, ceza koşulunu aşan zararın tazminini talep edebilecektir. Kanun hükmünün lafzında da anlaşılacağı üzere, ceza miktarını aşan zararın talep edilmesi için, borçlunun kusurunu ispat yükü alacaklıdadır. Burada TBK' nın 112. maddesindeki genel kusur prensibine³⁴⁸ bir istisna getirilmiş, kusuru ispat yükü alacaklıya yüklenmiştir. Borcun ihlalden kaynaklanan herhangi bir zarar olmadığında ya da meydana gelen zarar ceza koşulundan az olduğunda, ceza koşulunun ödenmesi için borçlunun kusurlu olduğunu ispat yükü alacaklı tarafta değil iken; TBK md.180, f. 2 gereğince, ceza koşulu miktarını aşan zararın borçludan tazmin edilebilmesi için, hem borçlunun kusurunu hem de ceza meblağını aşan zararın varlığını ispat etmek zorunda olan alacaklıdır.³⁴⁹ Borçlunun kusursuz sorumluluk hükümleri gereğince sorumlu olduğu durumlarda ise alacaklının böyle bir ispat yükümlülüğü bulunmamaktadır.³⁵⁰

TBK md.182, f. 2' de ceza koşulunun türleri bakımından bir ayırım ve düzenleme getirilmemiştir. Bu nedenle gerek seçimlik ceza koşulu, gerekse de ifaya eklenen ceza koşulu bakımından ceza miktarını aşan zararın tazmini, açıklanan şartlar dahilinde talep edilebilir³⁵¹. Bir ceza koşulu türü olmayan dönme cezası bakımından ise; borçluya

³⁴⁷ KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 76.

³⁴⁸ TBK md. 112' nin lafzından da anlaşılacağı üzere; borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmediği durumlarda, borçlu doğan zarardan mesul olup; bu sorumluluktan, borca aykırılığın kendi kusurundan ileri gelmediğini, yani kusursuzluğunu ispat etmesi halinde kurtulacaktır.

³⁴⁹ KILIÇOĞLU, s. 983-985; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 359; EREN, s. 1187; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 547; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 383; TERCİER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 434; KOCAĞA, s. 317 vd.; CANSEL/ ÖZEL, s. 727; GÜLSEVEN, s. 52; TUNÇOMAĞ, s. 124; BİLGE, s. 111; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 67 – 68, 73; YAĞCIOĞLU, s. 212. TBK md. 180, f. 2 hükmünde, TBK md. 112' de yer alan ispat yükünün tersine çevrilmesinin yerinde olmadığı görüşüne ve TBK md. 180, f. 2 hükmüne ilişkin eleştiriler için Bkz. TUNÇOMAĞ, s. 124 – 125; FEYZİOĞLU, s. 401; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 72 – 75; YAĞCIOĞLU, s. 218 – 219. Düzenlemenin yerinde olduğuna dair aksi görüş için Bkz. BİLGE, s. 111.

³⁵⁰ OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 547; KOCAĞA, s. 318-319; EREN, s. 1187; CANSEL/ ÖZEL, s. 727; GÜLSEVEN, s. 52; TUNÇOMAĞ, s. 123.

³⁵¹ OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 547; EREN, s. 1188; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 383; KOCAĞA, s. 310; TUNÇOMAĞ, s. 121-122.

kararlaştırılan cezayı ödeyerek, başka bir yükümlölük altına girmeksizin sözleşmeden dönme hakkı tanındığından, alacaklıya dönme cezasını aşan zararın borçludan tazmini imkânının tanınması, borçluya dönme cezasından başkaca bir yükümlölük yükleyecektir. Bu nedenle; dönme cezasını aşan zararın tazmin edilmesi söz konusu olmayıp, alacaklıya böyle bir talepte bulunma yetkisi tanınmamıştır. Ancak aksine anlaşma yapılması mümkündür.

3. CEZA KOŞULU MİKTARINI AŞAN ZARARIN TAZMİNİ

Ceza koşulunun muaccel hale gelmesi ve talep edilebilmesi için alacaklının zarara uğraması aranmayacaksa da ceza koşulu miktarını aşan zararın tazmini TBK md. 180, f. 2' ye göre mümkündür. TBK md. 180, f. 2' ye göre; alacaklı, borcun ihlalinde borçlunun kusuru olduğunu ve bu ihlal neticesinde kararlaştırılan ceza miktarını aşan zararının meydana geldiğini ispat etmek şartıyla, ceza koşulunu aşan zararın tazminini talep edebilecektir. Kanun lafzında da anlaşılacağı üzere, ceza miktarını aşan zararın talep edilmesi için, borçlunun kusurunu ispat yükü alacaklıdadır. Burada TBK' nın 112. maddesindeki genel kusur prensibine³⁵² bir istisna getirilmiş, kusuru ispat yükü alacaklıya yüklenmiştir. Borcun ihlalden kaynaklanan herhangi bir zarar olmadığında ya da meydana gelen zarar ceza koşulundan az olduğunda, ceza koşulunun ödenmesi için borçlunun kusurlu olduğunu ispat yükü alacaklı tarafta değil iken; TBK md.180, f.2 gereğince, ceza koşulu miktarını aşan zararın borçludan tazmin edilebilmesi için, hem borçlunun kusurunu hem de ceza meblağını aşan zararın varlığını ispat etmek zorunda olan alacaklıdır.³⁵³ Borçlunun kusursuz sorumluluk hükümleri gereğince sorumlu olduğu durumlarda ise alacaklının böyle bir ispat yükümlölüğü bulunmamaktadır³⁵⁴.

³⁵²TBK md. 112' nin lafzından da anlaşılacağı üzere; borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmediği durumlarda, borçlu doğan zarardan mesul olup; bu sorumluluktan, borca aykırılığın kendi kusurundan ileri gelmediğini, yani kusursuzluğunu ispat etmesi halinde kurtulacaktır.

³⁵³KILIÇOĞLU, s. 983-985; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 359; EREN, s. 1187; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 547; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 383; TERCİER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 434; KOCAAĞA, s. 317 vd.; CANSEL/ ÖZEL, s. 727; GÜLSEVEN, s. 52; TUNÇOMAĞ, s. 124; BİLGE, s. 111; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 67 – 68, 73; YAĞCIOĞLU, s. 212. TBK md. 180, f. 2 hükmünde, TBK md. 112' de yer alan ispat yükünün tersine çevrilmesinin yerinde olmadığı yönündeki görüş ve bu yöndeki TBK md. 180, f. 2 hükmüne ilişkin eleştiriler için Bkz. TUNÇOMAĞ, s. 124 – 125; FEYZİOĞLU, s. 401; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 72 – 75; YAĞCIOĞLU, s. 218 – 219. Düzenlemenin yerinde olduğuna dair aksi görüş için Bkz. BİLGE, s. 111.

³⁵⁴OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 547; KOCAAĞA, s. 318-319; EREN, s. 1187; CANSEL/ ÖZEL, s. 727; GÜLSEVEN, s. 52; TUNÇOMAĞ, s. 123.

TBK md.182, f.2' de ceza koşulunun türleri bakımından bir ayırım ve düzenleme getirilmemiştir. Bu nedenle, gerek seçimlik ceza koşulu, gerekse de ifaya eklenen ceza koşulu bakımından ceza miktarını aşan zararın tazmini, açıklanan şartlar dahilinde talep edilebilir³⁵⁵. Bir ceza koşulu türü olmayan dönme cezası bakımından ise; borçluya kararlaştırılan cezayı ödeyerek, başka bir yükümlülük altına girmeksizin sözleşmeden dönme hakkı tanındığından, alacaklıya dönme cezasını aşan zararın borçludan tazmini imkânının tanınması, borçluya dönme cezasından başkaca bir yükümlülük yükleyecektir. Bu nedenle; dönme cezasını aşan zararın tazmin edilmesi söz konusu olmayıp, alacaklının böyle bir talep de bulunmasının imkânı bulunmamaktadır. Ancak aksine anlaşma yapılması mümkündür.³⁵⁶

³⁵⁵ OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 547; EREN, s. 1188; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 383; KOCAAĞA, s. 310; TUNÇOMAĞ, s. 121-122.

³⁵⁶ OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 548; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 359; TUNÇOMAĞ, s. 122; EREN, s. 1188; KOCAAĞA, s. 311; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 383; KILIÇOĞLU, s. 981; GÜLSEVEN, s. 53-54; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 70. TBK md. 446, f. 2 hükmüyle, dönme cezası bakımından bu esastan ayrılmıştır. Buna göre; hizmet sözleşmesinde rekabet yasağı borcunun ihlali için kararlaştırılan dönme cezasını ödeyerek bu borcundan kurtulan işçi, ayrıca işverenin dönme cezasını aşan zararını da gidermek zorundadır. Burada, dönme cezasını aşan zararı ve işçinin kusurunu ispat külfeti işverendedir(Bkz. KOCAAĞA, s. 311; TUNÇOMAĞ, s. 47, 122)

BÖLÜM III

CEZA KOŞULUNUN AŞIRI OLMASI DURUMUNDA İNDİRİLMESİ

I. GENEL OLARAK

Sözleşme hukukumuzun temel ilkelerinden birisi olan ahde vefa (sözleşmeye bağlılık) ilkesi gereği, taraflar özgür iradeleriyle yapmış oldukları sözleşme hükümlerine bağlı kalmakla yükümlüdürler. Sözleşme taraflarından birinin, tek taraflı olarak sözleşme hükümlerini değiştirmesi veya ortadan kaldırması mümkün değildir. Ancak modern hukukta birçok yönden ahde vefa ilkesi sınırlanmıştır. Sözleşmenin yapıldığı sırada var olan veya sözleşmenin yürürlüğe girmesinden sonra değişen şartların sözleşme üzerinde meydana getirdiği etkiler nedeniyle ahde vefa ilkesine istisnalar getirilmiştir. Getirilen bu sınırlamalar, hâkime sözleşmeye müdahale etme yetkisinin tanınmasıyla kendisini göstermektedir.

Bir sözleşmenin taraflarının kararlaştırdığı ceza koşulu bakımından da ahde vefa ilkesi geçerlidir. Bu ilke gereği, tarafların özgür iradeleriyle belirledikleri ceza koşulunun miktarı her ne olursa olsun, yükümlüsü olan tarafça ödenmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, ahde vefa ilkesine getirilen sınırlamaların bir örneği de aşırı ceza koşulunun indirilmesinde görülmektedir.³⁵⁷ TBK' nın 182.maddesinin 3.fıkrasında; *“Hâkim aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir.”* şeklinde emredici bir kural öngörülerek, ceza koşulu miktarının fahiş olması halinde, hâkime sözleşmeye müdahale yetkisi tanınmış, ceza koşulunu re' sen indirme yetkisi verilmiştir.

II. İNDİRİMİN AMACI VE HUKUKÎ NİTELİĞİ

A. İNDİRİMİN AMACI

Borçlunun ekonomik özgürlüğünü ve geleceğini elinden alan ya da ağır bir şekilde kısıtlayan yüksek meblağdaki ceza koşulları, kişilik haklarına ve ahlaka aykırılık nedeniyle kesin hükümsüzlük yaptırımıyla karşı karşıya kalacaktır. Ancak, ceza koşulu meblağı, kişilik haklarına ve ahlaka aykırı olacak derecede yüksek olmasa da taraflar arasındaki menfaat dengesi gözetildiğinde, borçlunun sömürülmesine ve bu suretle

³⁵⁷ HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 384; KOCAAĞA, s. 321-322; TUNÇOMAĞ, s. 130; KILIÇOĞLU, s. 986; EREN, s. 1188; YAĞCIOĞLU, s. 220.

hakkaniyete aykırı ve adalet duygularını incitecek durumların oraya çıkmasına sebebiyet verecek ölçüde aşırı görülebilir³⁵⁸. Zarar olmasa da ceza koşulunun talep edilebileceğine dair düzenleme karşısında, ceza koşulu meblağının zarardan bir miktar fazla olması onun geçersizliğine sebep olmayacaktır. Bununla birlikte, taraflar arasındaki menfaat dengesi gözetildiğinde, hakkaniyete aykırı sonuçlar çıkmasına sebebiyet verebilir.³⁵⁹

Bahsedilen olumsuz sonuçların ortaya çıkmasına sebep olabilecek ceza koşulu meblağı, tarafların özgür iradeleriyle kararlaştırıldığından, borçlunun bunun sonuçlarına katlanması gerektiği düşünülebilir³⁶⁰. Bununla birlikte borçlu; ceza koşuluna dair anlaşma esnasında, sözleşmede üzerine düşen edimleri ifa edebileceğine ve borcunu ihlal etmeyeceğine dair bir inanç ve güven içerisinde olabilir ya da tecrübesizliğinden ceza koşulunun meblağı konusunda düşüncesiz davranarak gereken özeni göstermeyebilir³⁶¹. Bu halde, ceza koşulu meblağının aşırı olarak kararlaştırılması halinde borçlunun sömürülmesi, ekonomik kişilik haklarının ihlali ve alacaklıya haksız kazanç sağlanması söz konusu olabilir³⁶². İşte kanun koyucu, ekonomik yönden güçlü tarafın, ceza koşulu kurumunu istismar ederek, zayıf olanı ezmesini ve sömürmesini ve bu suretle haksız kazanç elde etmesini önlemek, düşüncesizce aşırı miktarda ceza koşulu üstlenen borçlunun bu tedbirsizliğinin ortaya çıkaracağı tehlikeli sonuçları ortadan kaldırarak taraflar arasında adil bir denge sağlamak amacıyla; TBK md. 182. f. 3 ile; “*Hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir.*” düzenlemesini getirmiş, hâkime böyle bir görev yüklemiştir³⁶³. TBK md. 182, f. 3 hükmü, özellikle borçluyu korumak için getirilmiş, emredici bir düzenlemedir.

Aşırı ceza koşulu meblağının, makul bir seviyeye indirilerek aşırılığın giderilmesi için hâkime tanınan bu yetki istisnai olup; kullanılırken çok dikkat edilmeli, sözleşme özgürlüğünü ortadan kaldıracak bir araç haline getirilmemeli, ceza koşulunun borçluyu ifaya zorlama amacı göz ardı edilmemelidir³⁶⁴. Yine hâkim bu yetkiyi

³⁵⁸ KOCAAĞA, s. 101, 322; GÜLSEVEN, s. 56; YAĞCIOĞLU, s. 220.

³⁵⁹ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 354; KOCAAĞA, s. 101, 322; BİLGE, s. 117; GÜLSEVEN, s. 56; YAĞCIOĞLU, s. 220.

³⁶⁰ KOCAAĞA, s. 322; TUNÇOMAĞ, s. 130-131. Ceza koşulunun indirilmesinin gerekip gerekmediğine dair doktrindeki tartışmalar için Bkz. TUNÇOMAĞ, s. 130-133.

³⁶¹ KOCAAĞA, s. 322

³⁶² EREN, s. 1188; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 384; KILIÇOĞLU, s. 986-987; KOCAAĞA, s. 322; YAĞCIOĞLU, s. 221.

³⁶³ KOCAAĞA, s. 322; GÜLSEVEN, s. 56; YAĞCIOĞLU, s. 220 – 222.

³⁶⁴ KOCAAĞA, s. 323; GÜLSEVEN, s. 56; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 548-549; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 384; TERCİER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 433; YAĞCIOĞLU, s. 240, 256.

kullanırken, özellikle alacaklının çıkarlarını, tarafların ekonomik durumlarını, ceza koşulun bağlı bulunduğu asıl borcun niteliği ile ihlalin ve kusurun ağırlığını, sözleşme borcuna bağlanan bir ceza koşulu ise sözleşmenin türü ve süresini, borcu ihlalden ötürü alacaklının uğradığı zararı göz önünde tutması gerekir³⁶⁵. Hâkime kanunla tanınan bu yetki tek yönlü olup, hâkim sadece aşırı olan ceza koşulunu indirme yetkisine sahiptir. Yoksa, ceza koşulunu tamamen ortadan kaldırma yetkisi olmadığı gibi, onu arttırma yetkisi de yoktur.³⁶⁶ Bunun gibi, hâkimin ceza koşulu olarak kararlaştırılan edimin yerine başkaca bir edim tayin etme gibi bir yetkisi de bulunmamaktadır. Örneğin, bir miktar paranın ödenmesi olarak kararlaştırılan ceza koşulu, bir hizmetin verilmesine veyahut bir malın teslimine çevrilemez. Ancak bir malın teslimi veya bir hizmetin verilmesi şeklinde kararlaştırılan ceza koşulunun indirilmesi söz konusu olduğunda, ceza koşulu olarak kararlaştırılan bu edimler bölünemez olduklarından, hâkim tarafından bu edimlerin paraya çevrilerek, karşılık gelen para meblağından indirim yoluna gidilebilir³⁶⁷. Bununla birlikte, doktrinde konusu para olmayıp, bölünemez edim olan ceza koşullarının indirimi söz konusu olduğunda, hâkimin alacaklının indirim karşılık gelen parayı ödemesi karşılığında borçlunun ceza koşulu edimini ifa edeceğine de karar verebileceği ileri sürülmektedir.³⁶⁸ İndirimin ne şekilde yapılacağına dair seçim, hâkimin takdir yetkisindedir³⁶⁹.

B. İNDİRİMİN HUKUKÎ NİTELİĞİ

Kanunun hâkime, açık veya kapalı bir şekilde, sözleşmesel bir edimi indirim yetkisi vermesi olarak tanımlanan “*yargısal indirim hakkı*”nın bir örneği de, hâkime

³⁶⁵ TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 432-433; EREN, s. 1189; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 548; KILIÇOĞLU, s. 987; CANSEL/ ÖZEL, s. 731-732; GÜLSEVEN, s. 56.

³⁶⁶ OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 549; KOCAAĞA, s. 323; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 384; GÜLSEVEN, s. 58; YAĞCIOĞLU, s. 258. Yargıtay’ ın, genel işlem koşulu niteliğindeki ceza koşulunun, TBK md. 182, f. 3 (eBK md. 161, f. 3)’ de yer alan indirim hükmünü gerekçe göstererek indirilebileceği veya kaldırılabilirliğini belirttiği isabetsiz kararları bulunmaktadır (Yarg. 15. HD, T. 14.1.2003, 6340/ 143; Yarg. 15. HD, T. 29.4.2004, 5432/ 2399 (YAĞCIOĞLU, s. 259, dpn. 935). Kanaatimizce, Yargıtay’ ın genel işlem koşulu olduğuna kanaat getirdiği ceza koşullarının kaldırılabilirliğine ilişkin hükmüne gerekçe olarak TBK md. 182, f. 3 (eBK md. 161, f. 3) göstermemeli, indirimden bahsetmemeli idi. Aynı yönde Bkz. YAĞCIOĞLU, s. 259.

³⁶⁷ TUNÇOMAĞ, s. 171; GÜLSEVEN, s. 58; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 549; KOCAAĞA, s. 332; YAĞCIOĞLU, s. 260. Konusu para dışında bir şey olan ceza koşulunun indirilip indirilemeyeceğine ilişkin ve yapılacak olan indirimin ne şekilde yapılması gerektiğine dair doktrindeki tartışmalar için ayrıca Bkz. KOCAAĞA, s. 366 – 369; YAĞCIOĞLU, s. 260 – 261.

³⁶⁸ TUNÇOMAĞ, s. 171; YAĞCIOĞLU, s. 260; KOCAAĞA, s. 368 - 369; GÜLSEVEN, s. 130.

³⁶⁹ TUNÇOMAĞ, s. 171; YAĞCIOĞLU, s. 260; KOCAAĞA, s. 369; GÜLSEVEN, s. 130. İndirimin yapılaş yöntemi hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz. Bölüm II, IV, C.

TBK md. 182, f. 3 hükmü ile verilen aşırı ceza koşulunun indirimi yetkisidir³⁷⁰. Yargısal indirim hakkının tanındığı hallerde; asıl borç ilişkisinde bir değişiklik meydana gelmemektedir. Hâkim, sadece kanunun verdiği yetkiye dayanarak, sözleşmede yer alan edimin miktarını azaltma yetkisine sahip olmaktadır.³⁷¹ Aşırı ceza koşulunun indirilmesi bakımından da aynı durum geçerlidir.

Aşırı ceza koşulunu indirme yetkisinin kullanılması için borçlunun talebine ihtiyaç olup olmadığı, hâkimin bu yetkiyi re'sen kullanıp kullanamayacağı eBK döneminde doktrinde tartışmalı idi. Bir görüş³⁷², hâkimin bu indirim yetkisini kullanması için borçlunun talebine ihtiyaç olduğu yönünde iken, aksi fikirdeki hâkim görüş ise³⁷³, borçlunun talebine lüzum olmaksızın, bu yetkinin hâkim tarafından kendiliğinden kullanılabileceği yönündeydi³⁷⁴. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ve eBK md. 161, f. 3 düzenlemesinden ayrılan md. 182, f. 3 düzenlemesi ile indirim için talebin gerekli olup olmadığına dair tartışmalara son verilerek hâkimin kendiliğinden indirim yapabileceği kesin olarak ifade edilmiştir³⁷⁵. Bununla beraber, hâkimin aşırı ceza koşulunu kendiliğinden indirilebilmesi ve bu yönde bir inceleme yapabilmesi için, ceza koşulunun bağlı bulunduğu asıl borcun ihlal edilmesi gerekmektedir. Asıl borcun ihlali durumunda muaccel olacak olan ceza koşulu meblağının aşırı olup olmadığı ve indirimin gerekip gerekmediğine dair

³⁷⁰ TUNÇOMAĞ, s. 135; KOCAAĞA, s. 323.

³⁷¹ TUNÇOMAĞ, s. 135; KOCAAĞA, s. 323; GÜLSEVEN, s. 58.

³⁷² TUNÇOMAĞ, s. 135 - 136; KOCAAĞA, Köksal; Türk Özel Hukukunda Cezai Şart (BK m. 158-161), Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 217, 240 vd.

³⁷³ BİLGE, s. 119; HATEMİ, Hüseyin; Hukuka ve Ahlakla Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti yayını, İstanbul 1976, s. 221, dpn. 113; FEYZİOĞLU, s. 403; GÜNAY, s. 197; DİRİCAN, s. 190 – 191. TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, bu konuda açık bir görüş ifade etmeseler de; hâkimin ceza koşulunu aşırı gördüğünde hükümsüz saymayarak sözleşmeye müdahale edip aşırı ceza koşulu miktarını normale indireceğini ifade ederek, 818 sayılı BK md. 161, f. 1' in yürürlükte olduğu dönem bakımından indirim için borçlunun talebine lüzum olmadığı kanaatinde olduklarını anlamaktayız. Bkz. TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 354.

³⁷⁴ Doktrindeki bu tartışmaya dair görüşler ve gerekçeler için ayrıca Bkz. KOCAAĞA, Cezai Şart, s. 217 vd., 239 vd.; TUNÇOMAĞ, s. 135 vd.; BİLGE, s. 118 vd.

³⁷⁵ TERCİER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 432; GÜLSEVEN, s. 58-59; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 549; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 385. Bu düzenlemeyle, esasen TBK md. 28 hükmüne aykırı bir düzenleme getirildiği, alacaklı tarafça borçlunun deneyimsizliğinden, zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden yararlanılarak aşırı ceza koşulunun kararlaştırıldığı durumlarda, borçlunun TBK md. 28 hükmü gereği bu durumu ispat külfetinin, TBK md.182, f. 3 düzenlemesiyle kaldırıldığı ve bu yöndeki ispata gerek olmaksızın aşırı ceza koşulunun indiriminin yapılabilmesinin önünün açıldığı doktrinde ifade edilmektedir(TERCİER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 432; DİRİCAN, s. 189, dpn. 417.). Bunun yanında, ceza koşulu bir edim karşılığında taahhüt edilmediğinden, ceza koşulu bakımından zaten aşırı yararlanma hükümlerinin uygulanamayacağı görüşünde olan yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. BİLGE, s. 114; EREN, s. 1190; YAĞCIOĞLU, s. 135; KOCAAĞA, s. 175)

inceleme, hâkimin önüne ceza koşulunun tahsiline yönelik bir uyuşmazlık geldiğinde yapılabilecektir³⁷⁶.

Aşırı ceza koşulunun indirilmesinin hukukî niteliğine dair doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerin her biri, bir başlık altında aşağıda açıklanacaktır.

1. KİSMİ HÜKÜMSÜZLÜK NİTELİĞİNDE OLDUĞU GÖRÜŞÜ

TBK' nın 27.maddesinde; kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmelerin kesin olarak hükümsüz olduğu düzenlendikten sonra, ikinci fıkrasında sözleşmenin hükümlerinin bir kısmının hükümsüz olmasının, sözleşmenin diğer hükümlerinin geçerliliğini etkilemeyeceği, ancak bu geçersiz olan hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılamayacağının açıkça anlaşılması karşısında ise sözleşmenin tamamının kesin olarak hükümsüz olacağı düzenlenmiştir.

Doktrinde bir kısım yazarlarca ileri sürülen görüşe göre, aşırı ceza koşulu genel ahlaka ve kanunun emredici hükümlerine aykırı olduğu için hükümsüzdür³⁷⁷. Ancak, buradaki kısmi hükümsüzlüğünde basit kısmi hükümsüzlük değil, değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüktür³⁷⁸. Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük, sözleşmenin ahlaka ve kanunun emredici kurallarına aykırı kısmının hükümsüz olması neticesinde, oluşacak boşluğun, emredici veya tamamlayıcı bir hukuk kuralıyla ya da tarafların farazi iradelerine göre hâkim tarafından tespit edilecek ikame bir kural ile doldurulmasını ifade etmektedir³⁷⁹. Buna göre, kanun koyucunun, sözleşmenin geçersiz olan kısmı yerine konulacak kuralın hâkim tarafından takdir edilmesine olanak verdiği düzenleme örneklerinden birisi de hâkimin aşırı ceza koşulunu kendiliğinden indireceğini düzenleyen TBK md. 182, f. 3 hükmüdür³⁸⁰. Hâkimin indirimine ilişkin kararına kadar, ceza koşulunun aşırı olan kısmı geçerliliğini sürdürecektir³⁸¹.

³⁷⁶ **TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU**, s. 432; **OĞUZMAN/ ÖZ (II)**, s. 549; **BİLGE**, s. 119.

³⁷⁷ **TUNÇOMAĞ**, s. 136.

³⁷⁸ **BAŞPINAR**, Veysel; Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1998, s. 157 – 158; **ATEŞ**, Derya; Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 292, dpn. 879; **KOCAAĞA**, s. 324; **GÜLSEVEN**, s. 66.

³⁷⁹ **BAŞPINAR**, s. 153; **ATEŞ**, s. 288 vd.; **KIRKBEŞOĞLU**, Nagehan; Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 209 vd.; **GÜLSEVEN**, s. 64; **KOCAAĞA**, s. 324; **YAĞCIOĞLU**, s. 225 – 226.

³⁸⁰ **BAŞPINAR**, s. 157 – 158; **GÜLSEVEN**, s. 64 – 65. **ATEŞ'** e göre burada, değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük yaptırımı, sözleşmenin hükümsüz olan kısmı yerine emredici bir hükmün geçmesi ile

Bazı yazarlarca³⁸² da; aşırı ceza koşulunun indirilmesi, düşey kısmi hükümsüzlük olarak nitelendirilmiştir. Düşey kısmi hükümsüzlük, kanunda alt ve üst sınırların tayin edildiği veya hâkime indirme, daraltma, sınırlama konularında takdir yetkisinin tanındığı ya da bu konuda görev verildiği durumlarda söz konusu olmaktadır. Sözleşmelerde yer alan süre, meblağ gibi nicel unsurlar, kanunun belirlediği alt – üst sınırların ya da kanunun kendisine verdiği takdir yetkisiyle hâkimin tespit ettiği sınırların dışında kaldığı ölçüde geçersiz olmaktadır³⁸³. Kanunun, üst sınır ve/ veya alt sınır belirlemediği durumlarda, hâkim TMK md. 4 hükmü dairesinde, adalet ve hakkaniyet esaslarını dikkate alarak bir üst sınır tespit edecektir. Bu halde, hâkim ceza koşulunun aşırı olduğunu tespitinden ve buna dair hükümsüzlük kararından sonra, bu hükümsüz kısım ile ilgili değiştirilmiş kısmi hükümsüzlükte olduğu gibi bir boşluk doğmayacak, TBK md.27, f. 2’ deki esaslara göre hâkimin bu boşluğu doldurması da söz konusu olmayacaktır. Zira, söz konusu yaptırım, teorik olarak kısmi hükümsüzlüğün bir türü olarak sayılsa da TBK md. 27, f. 2 hükmünden değil, doğrudan ihlal edilen kuralın anlam ve amacından kaynaklanmaktadır. Hâkimin kendisine tanınan takdir yetkisine dayalı olarak belirlediği üst sınırı aşan kısım, hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır. Söz konusu hükümsüzlük yaptırımı, ihlal edilen düzenlemenin amaç ve niteliği uygun düştüğü ölçüde TTK md. 1530 hükmünün kıyasen uygulanması ile uygulanacaktır. Bu halde, üst sınırı aşan kısım hükümsüz olacak, üst sınıra kadar olan meblağ ise halen geçerliliğini koruyacaktır. Aşırı ceza koşulunun indirimini düzenleyen TBK md. 182, f. 3 hükmü de, bu görüş taraftarlarınca düşey kısmi hükümsüzlüğün bir türü olarak gösterilmiştir. Ceza koşulunun, hâkimin TMK md. 4’ ten aldığı takdir yetkisine dayalı olarak belirleyeceği sınırı aşması halinde, ceza koşulunun aşırı olan bu kısmına düşey kısmi hükümsüzlük yaptırımının uygulanacağı, sınıra kadar olan kısmın ise geçerliliğini koruyacağı, bu görüş taraftarlarınca ifade edilmektedir.³⁸⁴

Aşırı ceza koşulunun indirilmesinin, kısmi hükümsüzlüğün farklı türleriyle açıklayan her iki görüş de kanaatimizce yerinde değildir. Söz konusu yaptırım tanımlamaları, temelini TBK md. 27 hükmünde düzenlenen kesin hükümsüzlük yaptırımından almaktadır. Zira, değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük ve düşey kısmi

uygulanmaktadır. Bu emredici hüküm ise TBK md. 182, f. 3 (eBK md. 161, f. 3)’ tür (ATEŞ, s. 292, dpn. 879). Benzer yönde Bkz. **KARABAĞ BULUT**, Nil; Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 390 – 391.

³⁸¹ **BAŞPINAR**, s. 158.

³⁸² **HATEMİ**, s. 221, dpn. 113; **KIRKBEŞOĞLU**, s. 307; **KARABAĞ BULUT**, s. 390 vd.

³⁸³ **HATEMİ**, s. 220, dpn. 112, 579 – 581; **KIRKBEŞOĞLU**, s. 219; **KARABAĞ BULUT**, s. 389 – 390.

³⁸⁴ **HATEMİ**, s. 579 – 581; **KIRKBEŞOĞLU**, s. 307.

hükümsüzlük yaptırımları, kesin hükümsüzlüğün birer türü olarak gösterilmektedir. Kesin hükümsüzlük ve/ veya kısmi hükümsüzlük yaptırımı; ahlaka, emredici kurallara, kişilik haklarına, kamu düzenine aykırılık veya işlem konusunun imkânsız olması halinde uygulanacaktır. Ancak; ceza koşulu miktarına dair her aşırılık, ahlaka aykırılık teşkil etmemektedir³⁸⁵. Zira, ceza koşulunun, meblağının aşırı olması nedeniyle ahlaka aykırı olması için gereken ölçütler; borçlunun ekonomik özgürlüğünü ağır şekilde kısıtlaması, yok etmesi, ekonomik geleceğinin mahvına sebep olması halleri olarak belirtilmektedir³⁸⁶. Ceza koşulunun indirilme imkânının varlığı, onun ahlaka aykırı olmasını ve bu suretle genel bir yaptırım olan kesin hükümsüzlük yaptırımıyla karşı karşıya kalmasını engellemeyeceği doktrinde ileri sürülse de³⁸⁷; bizim de katıldığımız görüşe göre³⁸⁸, miktarı bakımından indirilme imkânı olan ceza koşulu, borçlunun ekonomik özgürlüğünü ağır şekilde kısıtlamadığından, yok etmediğinden, ekonomik geleceğini tehlikeye düşürmediğinden ahlaka aykırı nitelikte olmayacak ve dolayısıyla kesin hükümsüzlük yaptırımına maruz kalmayacaktır. Açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere; ceza koşulunun aşırı olması ile ahlaka aykırı olması arasındaki en önemli fark, uygulanan yaptırımlardır. Aşırılık halinde yaptırım indirim iken, ahlaka aykırı olma durumda uygulanacak yaptırım kesin hükümsüzlüktür³⁸⁹. Bu nedenle, aşırı ceza koşulunun indirilmesinin hukukî nitelendirmesini, hangi türü olursa olsun, kesin hükümsüzlük yaptırımını esas alarak yapmamak gerekmektedir. İndirim yaptırımı, kesin hükümsüzlük yaptırımdan daha hafif bir yaptırımdır³⁹⁰. Şunu da belirtmek gerekir ki; aşırı ceza koşulunun indirilmesinin amacı, ceza koşulunu makul bir seviyeye çekmek, bu suretle borçluyu korumaktır. Bu halde, bu amacı daha hafif bir yaptırımla gerçekleştirme imkânı var iken, kesin hükümsüzlük gibi daha ağır bir yaptırımla sonuca varmak için haklı bir sebep bulunmamaktadır³⁹¹. Diğer taraftan, TBK' nın 28.maddesinde düzenlenen aşırı yararlanma halinde iptal veya edimler arasındaki oransızlığın giderilmesi yaptırımlarının uygulanmasını düzenleyen kanun koyucunun, aşırı ceza koşulu için kesin hükümsüzlük yaptırımını öngörmesinden bahsedilemez³⁹².

³⁸⁵ EREN, s. 1189; KOCAAĞA, s. 325.

³⁸⁶ KOCAAĞA, s. 325-326; TERCİER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 432; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 386.

³⁸⁷ TUNÇOMAĞ, s. 67; ATEŞ, s. 269.

³⁸⁸ HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 384; KOCAAĞA, s. 326

³⁸⁹ KOCAAĞA, s. 327.; YAĞCIOĞLU, s. 228.

³⁹⁰ KOCAAĞA, s. 327.

³⁹¹ TUNÇOMAĞ, s. 138; KOCAAĞA, s. 327.

³⁹² TUNÇOMAĞ, s. 138; KOCAAĞA, s. 327; Aksi yönde görüşteki yazarlar için Bkz. KOCAAĞA, s. 327, dpn. 31.

2. İPTAL YAPTIRIMI NİTELİĞİNDE OLDUĞU GÖRÜŞÜ

Bu görüş, taraftarlarına göre; aşırı ceza koşuluna karşı, borçlunun talebiyle, ceza koşulunun aşırı olan kısmı başlangıçtan itibaren iptal edilmekte, böylece sözleşmenin kısmen iptali söz konusu olmaktadır³⁹³.

Hemen belirtelim ki; aşırı ceza koşulunun indirilmesinin, iptal yaptırımı olduğunu düşünmek, TBK .md 182, f. 3 hükmü karşısında mümkün değildir. Zira, söz konusu hükümle, hâkime aşırı ceza koşulunu kendiliğinden indirme ödevi yüklenmiştir. Bu halde, aşırı ceza koşulunun indirilmesi için borçlunun talebine lüzum bulunmamaktadır. Oysa ki; iptal yaptırımının uygulanabilmesi için, bu yönde bir talep gerekmektedir. Bu görüşün kabulü halinde; aşırı ceza koşulunun indirilmesini talep etmeyen borçlu, ceza koşulunun tamamını ödemek zorunda kalacak olup, bu da hakkaniyete aykırı bir sonuç ortaya çıkaracaktır³⁹⁴. Bu halde, aşırı ceza koşulunun indirilmesi, iptal yaptırımıyla açıklanamaz.

Öte yandan, bu görüş taraftarlarınca ileri sürülen ceza koşulunun aşırı olan kısmının, geçmişe dönük olarak iptal edildiği ve sözleşmenin başında borçlunun bu iptal edilen kısım bakımından borçlanmamış sayılacağı yönündeki görüş de³⁹⁵ kanımızca isabetli değildir. Ceza koşulu, aşırı da olsa tamamı yönünden geçerli olup, hâkim tarafından aşırı bulunarak indirilmesine gidilmediği müddetçe borçlu tarafından tamamının ödenmesi gerekir. Bu yönden de aşırı ceza koşulunun indirilmesinin iptal yaptırımıyla tanımlamak mümkün değildir.³⁹⁶

3. SEBESİZ ZENGİNLEŞME NİTELİĞİNDE OLDUĞU GÖRÜŞÜ

Ceza koşulunun aşırı olması halinde; alacaklının, indirim yapılacak bu aşırı kısmı, borçludan talep edebileceği ölçüde sebepsiz zenginleşmiş sayılacağını ifade eden bu görüşe³⁹⁷ göre, ceza koşulunun aşırı olmasına neden olan kısım bakımından talep edilmesinin haklı bir sebebi bulunmamaktadır. Bu yönden; borçlu, ceza koşulunun aşırı

³⁹³ Bu görüş hakkında Bkz. TUNÇOMAĞ, s. 136; GÜLSEVEN, s. 60; KOCAAĞA, s. 329; YAĞCIOĞLU, s. 227.

³⁹⁴ GÜLSEVEN, s. 60.

³⁹⁵ Görüş hakkında Bkz. TUNÇOMAĞ, s. 136.

³⁹⁶ KOCAAĞA, s. 328; TUNÇOMAĞ, s. 138; GÜLSEVEN, s. 60; YAĞCIOĞLU, s. 228 – 229.

³⁹⁷ REICHELE, Hans; Rechtskraft und ungerechtfertigte Bereicherung, in : Festsch - rift für Adolf Wach, Leipzig 1913, s. 35(TUNÇOMAĞ, s. 137 ve KOCAAĞA, s. 329' dan naklen)

olan kısmının indirilmesini talep ederek, sebepsiz zenginleşmenin tespitini ve geri verilmesini isteyecektir.³⁹⁸

Aşırı ceza koşulunun indirilmesinin hukukî nitelendirmesini, sebepsiz zenginleşme olarak yapmak da mümkün değildir. Bizim de katıldığımız, doktrindeki hâkim görüşe³⁹⁹ göre; aşırı ceza koşulunun indirilmesi, ceza koşulunun aşırı olan kısmını alacaklının talep etmesinin hukukî sebebinin yokluğundan veya eksikliğinden değil, kararlaştırılan ceza koşulu meblağının aşırı bir edim yükümü yüklemesinden kaynaklanmaktadır. Diğer taraftan ileri de bahsedileceği üzere, aşırı ceza koşulunun indirilmesi için ifa edilmemesi gerektiğinden, ifa edilmemiş ceza koşulunun indirimi söz konusu olmayacağı gibi, bu görüş çerçevesindeki anlamıyla iadesi de söz konusu olmayacaktır⁴⁰⁰.

4. YENİLİK DOĞURAN HAK NİTELİĞİNDE OLDUĞU GÖRÜŞÜ

Aşırı ceza koşulunun indirilmesi için borçlunun talebinin gerekli olup olmadığı, 6098 sayılı TBK' nın yürürlüğünden önceki 818 sayılı BK döneminde tartışmalı idi. Ağırlıklı olarak, aşırı ceza koşulunun indirilmesi için borçlunun talebinin gerekli olduğunu savunan yazarlarca, hâkim tarafından aşırı ceza koşulunun indirilmesi ve buna yönelik talep hakkının, yenilik doğuran bir hak olduğu savunulmakta idi⁴⁰¹. Ancak bu görüşe göre; aşırı ceza koşulunun indirilmesinin talebine yönelik hak, diğer yenilik doğuran haklardan⁴⁰² farklılık arz etmektedir. Buna göre; diğer yenilik doğuran haklar, tek taraflı irade beyanının karşı tarafa ulaşmasıyla hüküm ve sonuçlarını doğururken ve bu varması gereken irade beyanı herhangi bir şekil şartına tabi değil iken; aşırı ceza koşulunun indirilmesine yönelik talep, inşai nitelikte bir dava ile veya görülmekte olan bir davada def'i olarak ileri sürülmek suretiyle kullanılacaktır⁴⁰³. Ayrıca bu indirim talebinin bu şekilde kullanılması yeterli olmayacak, indirimin yapılması konusunda

³⁹⁸ Bu görüş için Bkz. TUNÇOMAĞ, s. 137; KOCAAĞA, s. 328-329; GÜLSEVEN, s. 60-61; YAĞCIOĞLU, s. 227.

³⁹⁹ TUNÇOMAĞ, s. 139; KOCAAĞA, s. 329; GÜLSEVEN, s. 61; YAĞCIOĞLU, s. 229.

⁴⁰⁰ YAĞCIOĞLU, s. 229.

⁴⁰¹ TUNÇOMAĞ, s. 139-140; KOCAAĞA (Cezai Şart), s. 220-221; ÇINAR, Ömer; "Türk Borçlar Kanunu ve Alman Medeni Kanunu' na Göre Cezai Şartın İndirilmesi", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Y. 8, S.16 (Güz 2009), s. 93.

⁴⁰² KILIÇOĞLU, s. 31; EREN, s. 82; TERCİER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 70;

⁴⁰³ KOCAAĞA, Cezai Şart s. 220 – 221; ÇINAR, s. 93; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 385; KOCAAĞA, s. 330; TUNÇOMAĞ, s. 139; GÜLSEVEN, s. 62; YAĞCIOĞLU, s. 229.

ayrıca hâkim kararı gerekecektir⁴⁰⁴. Dava veya def'i ileri sürmek suretiyle kullanılacak olan bu hakkın hüküm ve sonuçlarını, bu yöndeki irade beyanının varması ile değil de, hâkim kararının eklenmesi ile doğurması bakımından ise, boşanma davasıyla veya miras hukukundaki tenkis davasıyla benzerlik bulunduğu bu görüş taraftarlarınca belirtilmektedir⁴⁰⁵. Bu görüş taraftarlarından *Kocaağa*; 6098 sayılı TBK' nın yürürlüğe girmesi ve md. 182, f. 3 hükmüyle, hâkimin aşırı ceza koşulunu kendiliğinden indireceğine dair hükmü getirilerek, indirim için borçlunun talebinin gerekip gerekmediğine dair, yazarın indirim için borçlunun talebinin zorunlu olduğu görüşünün taraftarı olduğu tartışmalara son verilip, yazarın görüşü de bu düzenlemeyle bertaraf edilse de, 6098 sayılı kanunun yürürlüğünden sonra yazmış olduğu eserinde, indirimin “yargısal yenilik doğuran hak” olarak nitelendiren görüşü savunmaya devam etmektedir⁴⁰⁶. Yazara göre, hâkimin sözleşmeye belirli bir noktada müdahale ederek, değiştirme hakkı bulunmaktadır. Hâkim, söz konusu müdahaleyi yenilik doğuran bir şekilde yapmaktadır⁴⁰⁷.

Kanaatimizce; aşırı ceza koşulunun indirimini, yenilik doğuran bir hak olarak tanımlamak da yerinde değildir. eBK döneminde de, aşırı ceza koşulunun indirilmesinin hâkim tarafından kendiliğinden yapılacağı ve borçlunun talebinin zorunlu olmadığı şeklindeki, doktrin ve Yargıtay uygulamasındaki hâkim görüşün varlığı karşısında ve 6098 sayılı TBK md. 182, f. 3 düzenlemesinin yürürlüğe de girmesiyle bu görüşü savunmanın bir imkânı bulunmamaktadır⁴⁰⁸. Zira, TBK md. 182, f. 3 düzenlemesiyle, aşırı ceza koşulunun indirilmesi için borçlunun talebinin gerekip gerekmediği bakımından yapılan tartışmaların bir önemi kalmamış, talep olmasa dahi hâkime aşırı ceza koşulunun indirilmesi konusunda bir ödev yüklenmiştir. Bu halde, aşırı ceza koşulunun indirilmesi için yenilik doğuran bir hakkın kullanılması gerekliliğinden söz edilemez⁴⁰⁹. Diğer taraftan, yenilik doğuran hakların hüküm ve sonuçlarını doğurması

⁴⁰⁴ **KOCAAĞA**, Cezai Şart, s. 221; **ÇINAR**, s. 94; **HATEMİ/ GÖKYAYLA**, s. 385; **YAĞCIOĞLU**, s. 227 – 228; **GÜLSEVEN**, s. 62; **TUNÇOMAĞ**, s. 139; **KOCAAĞA**, s. 330; Bu kararın ve indirim talebinin birbirleri karşısındaki önem derecesi de doktrinde tartışma konusu olmuştur. Kimi yazarlar, indirim yönündeki hâkim kararının tamamlayıcı bir niteliği olduğu düşüncesindeyken, kimi yazarlarca da indirim talebi ile bunun üzerine verilen hâkim kararı önem bakımından birbirlerine denk görülmekeydi (**TUNÇOMAĞ**, s. 140).

⁴⁰⁵ Bkz. **TUNÇOMAĞ**, s. 139; **KOCAAĞA**, Cezai Şart, s. 221; **KOCAAĞA**, s. 330; **GÜLSEVEN**, s. 62.

⁴⁰⁶ **KOCAAĞA**, s. 329.

⁴⁰⁷ **KOCAAĞA**, s. 330.

⁴⁰⁸ **EREN**, s. 1190; **YAĞCIOĞLU**, s. 229.

⁴⁰⁹ **GÜLSEVEN**, s. 63; **YAĞCIOĞLU**, s. 229. Bu noktada **HATEMİ/ GÖKYAYLA**; TBK' nın yürürlüğe girmesi ve md. 182, f. 3 ile hâkimin aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indireceği düzenlenmiş olduğundan, aşırı ceza koşulunun indirimine yönelik verilen kararın yenilik doğuran bir

için muhatabına ulaşması yeterli olduğu halde; aşırı ceza koşulunun indirilmesinde indirim talebinde bulunulmasının indirim için yeterli olmaması, ayrıca hâkim kararının gerekli olması, kanaatimizce aşırı ceza koşulunun indirilmesi talebini yenilik doğuran hak olarak tanımlamayı engellemektedir.

Bununla birlikte, TBK md. 182, f. 3 düzenlemesiyle hâkime yargısal yenilik doğuran hak verildiği ve hâkim tarafından yapılan indirimin, bu hakkın kullanılması olduğuna dair görüş⁴¹⁰ ise, kavramsal açıdan sakıncalıdır. Zira, TBK md. 182, f. 3’ te hâkime aşırı ceza koşulunu indirme konusunda hem görev, hem de yetki verilmiştir⁴¹¹. Dolayısıyla hâkimin kanundan bir hak aldığından söz etmek mümkün değildir. Aşırı ceza koşulu söz konusu olduğunda, hâkimin indirim yapma noktasında bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Hâkim bir kamu görevlisidir ve ceza koşulunun aşırı olduğunu tespit ettiğinde, bunu indirmek kanunun kendisine verdiği bir görevdir. Oysa ki, bir hakkın kullanılıp kullanılmaması konusunda sahibinin takdir yetkisi vardır. Ancak ceza koşulunun aşırı olduğu tespit edildiğinde, hâkimin bunu indirme konusunda bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Hâkim, böyle bir durumda TBK md. 182, f. 3’ ün kendisine verdiği görev ve yetki gereği sözleşmeye müdahale ederek, aşırı ceza koşulunu indirecektir. Bu halde, TBK md. 182, f. 3 ile bir hakkın tanınması söz konusu olmadığı gibi, olmayan bu hakkın kullanılmasında takdir yetkisinden de söz edilemez. Hâkimin, borçlunun yerine bir hakkı kullanmasından da bahsedilemeyeceğine göre, TBK md. 182, f. 3 ile indirim konusunda hâkime verilen yetki ve görevden “hak” olarak bahsedilmesi yerinde olmayan bir yaklaşımdır.⁴¹²

5. ORTALAMA YAPTIRIM NİTELİĞİNDE OLDUĞU GÖRÜŞÜ

Nihâyet, bizim de katıldığımız görüşe göre; aşırı ceza koşulunun indirilmesinin hukukî niteliğini ne kesin hükümsüzlük ne de iptal yaptırımıyla açıklamak mümkün değildir. Bu yaptırımlardan birini diğerine tercih etmek yerinde olmayıp, aşırı ceza koşulunun indirilmesi ikisinin arasında, ortalama bir yaptırımdır.⁴¹³ Zira, indirimi talep

hakkın kullanılması değil; hâkimin kanundan aldığı bir yetkiyle verdiği yenilik doğuran bir hüküm olduğunu belirtmektedirler(**HATEMİ/ GÖKYAYLA**, s. 385). Ayrıca Bkz. **KOCAAĞA**, s. 330. Yazarlar, ancak hâkimden indirim yapılmasını talep etmenin, dava yoluyla kullanılan yenilik doğuran hak olarak görülebileceğini ifade etmektedirler. Bkz. **HATEMİ/ GÖKYAYLA**, s. 384.

⁴¹⁰ **KOCAAĞA**, s. 330.

⁴¹¹ **YAĞCIOĞLU**, s. 230.

⁴¹² Aynı yönde Bkz. **YAĞCIOĞLU**, s. 229 – 230; **GÜNAY**, s. 174.

⁴¹³ Bu görüş için Bkz. **TUNÇOMAĞ**, s. 137; **KOCAAĞA**, s. 329; **GÜLSEVEN**, s. 61; **YAĞCIOĞLU**, s. 229.

hakkı sadece borçluya ait olduğu gibi, hâkim tarafından kendiliğinden de indirim yoluna gidilebilecektir. Ayrıca ceza koşulu, indirilerek tamamen ortadan kaldırılamayacağı gibi, ceza koşulu ödendikten sonra hâkim tarafından re' sen kaldırılamayacaktır. Diğer taraftan, aşırı ceza koşulunun indirilmesini talep hakkı zamanaşımına uğramayacaktır. Tüm bunlar, aşırı ceza koşulunun indirilmesini bir yandan, kesin hükümsüzlük yaptırımına yaklaştırırken, diğer yandan da bu yaptırım türünden uzaklaştırarak iptal yaptırımına yaklaştırmaktadır. Bu nedenle, aşırı ceza koşulunun indirilmesinin, tam olarak bir yaptırım türüne karşılık geldiğini söyleyemeyiz. Bu sebeple de, aşırı ceza koşulunun indirilmesini, kesin hükümsüzlük ve iptal yaptırımları arasında ortalama, kendine özgü bir yaptırım olarak tanımlamanın en doğru tercih olduğunu düşünmekteyiz⁴¹⁴.

Doktrinde, aşırı ceza koşulunun indirilmesinin ortalama yaptırım niteliğinde olduğu görüşüne bir takım eleştiriler getirilmiştir. *Yağcıoğlu*, ortalama yaptırım görüşünün, kesin hükümsüzlük ve iptal edilebilirlik görüşlerini ortalama bir yolda birleştirmeye çalıştığından, her iki yaptırım türüne dair görüşlere getirilen itirazların, ortalama yaptırım görüşü için de geçerli olduğunu ifade etmektedir⁴¹⁵. *Kocaağa* ise, aşırı ceza koşulunun indirilmesinin ortalama yaptırım niteliğinde olduğu görüşünün isabetli olmadığını; zira TBK md. 182, f. 3 gereği hâkimin aşırı ceza koşulunu kendiliğinden indirecek olması, kesin hükümsüzlüğe benzetmekle beraber, ondan ayrıldığı noktaların da olduğunu belirtmektedir⁴¹⁶. Doktrinde, bu görüşe getirilen diğer eleştiriler ise, daha çok. eBK döneminde, indirim için borçlunun talebinin zorunlu olduğunu savunan yazarlarca⁴¹⁷, kesin hükümsüzlük için böyle bir talebe lüzum olmadığından, aşırı ceza koşulunun indiriminin kesin hükümsüzlük yaptırımından ayrıştığı, yine indirim talebinin zamanaşımına uğramamasının kesin hükümsüzlük yaptırımından değil, yenilik doğuran bir hak olmasından kaynaklandığı yönündedir.

Görüşe getirilen bu eleştiriler, kanaatimizce yerinde değildir. Zira, *Yağcıoğlu'nun*; aşırı ceza koşulunun indirilmesinin kesin hükümsüzlük ve yaptırım niteliğinde olduğuna dair görüşlere getirilen eleştirilerin ortalama yaptırım için de geçerli olacağı yönündeki eleştirileri, ortalama yaptırım görüşünün ortaya çıkmasındaki temele aykırıdır. Zira, aşırı ceza koşulunun indirilmesi; ne kesin hükümsüzlük ne de iptal

⁴¹⁴ Aynı yönde Bkz. **GÜNAY**, s. 179; **GÜRAL**, *Jale : Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanunu Sistemi, İstiklal Matbaacılık, Ankara 1953*, s. 211. Aksi görüş için Bkz. **TUNÇOMAĞ**, s. 139; **KOCAAĞA**, s. 329; **GÜLSEVEN**, s. 61 – 62; **YAĞCIOĞLU**, s. 229.

⁴¹⁵ **YAĞCIOĞLU**, s. 229.

⁴¹⁶ **KOCAAĞA**, s. 329.

⁴¹⁷ **TUNÇOMAĞ**, s. 139; **KOCAAĞA**, *Cezai Şart*, s. 220.

yaptırımıyla açıklanamadığı, her iki yaptırım türüyle benzeştiği ve fakat her iki yaptırım türüyle de tam olarak örtüşmeyerek özellik olarak aralarında kalması nedeniyle kendine özgü bir ortalama bir yaptırım niteliğinde olduğu ileri sürülmüştür. Diğer taraftan yazar, bir taraftan ortalama yaptırım görüşünü benimsemeyerek, söz konusu eleştirileri getirirken; diğer taraftan aşırı ceza koşulunun indirilmesinin kendine özgü bağımsız bir yaptırım olan “indirim yaptırımı” olduğunu ifade etmiştir⁴¹⁸ Yazar, konu hakkında görüş ve kavramsal birliğin olmadığı İsviçre Hukuku’ nun görüşünü desteklediğini ifade etse de, görüşüne getirdiği gerekçeler esasen ortalama yaptırım görüşünün gerekçeleriyle hemen hemen aynıdır.

Ortalama yaptırım görüşüne, eBK döneminde; indirim için borçlunun talebinin zorunlu olduğunu savunan yazarların getirdiği eleştirilerden, talebin zorunluluğuna dayandırılan eleştirilerin ise TBK md. 182, f. 3 hükmüyle hâkimin kendiliğinden indirim yapacağının düzenlenmesiyle bir değeri kalmamıştır. Bunun dışında, indirimin kesin hükümsüzlükten ayrıştığı noktaların olduğundan bahisle getirilen eleştiriler ise, az önce de bahsettiğimiz gibi esasen ortalama yaptırım görüşünün çıkış temelidir. Aşırı ceza koşulunun indirilmesi, kesin hükümsüzlük veya iptal yaptırımıyla ayrıştığı noktalar olmasaydı ve birebir aynı olsaydı, ortalama yaptırım görüşünün ileri sürülmesine lüzum olmayacaktı.

III. CEZA KOŞULUNUN İNDİRİLMESİNİN ŞARTLARI

TBK’ nın 182.maddesinin 1.fikrasında, tarafların ceza koşulu miktarını serbestçe kararlaştırabilecekleri düzenlenmiş iken, 3. fıkrasında, hâkime aşırı olduğunu tespit ettiği ceza koşulunu kendiliğinden indirme ödevi yüklenmiştir. Maddenin 1. fıkrasında sözleşme özgürlüğü ve irade özerkliği serbestliğine dayalı bir düzenleme getirilmiş iken, 3. fıkrasında bunun sınırları çizilmiştir. Ceza koşulunun aşırı olup olmadığı noktasında takdir yetkisi hâkime ait olup, buna dair bir tespit yaptığında ise hâkime aşırı ceza koşulunu indirme ve makul seviyeye çekme konusunda kanun koyucu tarafından bir ödev yüklenmiştir. Hâkime tanınan bu yetki, sadece aşırı ceza koşulunun indirilmesine yönelik olup, hâkimin borç ilişkisine değişiklik yapma gibi bir yetkisi yoktur⁴¹⁹. Yine, hâkime tanınan bu yetki ceza koşulunun tamamen ortadan

⁴¹⁸ YAĞCIOĞLU, s. 230.

⁴¹⁹ HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 384; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 549; GÜLSEVEN, s. 58; KOCAĞA, s. 331.

kaldırılmasını kapsamadığı gibi, ceza koşulunun artırılmasına dair bir yetki tanınması da söz konusu değildir⁴²⁰.

Ceza koşulunun indirilmesi için bazı şartların varlığı gerekmektedir. Bunlar; geçerli bir ceza koşulu anlaşmasının var olması, ceza koşulunun muaccel olması, ceza koşulunun henüz ifa edilmemiş olması, ceza koşulunun aşırı olması ve ceza koşulu borçlusunun tacir olmamasıdır. Aşağıda, aşırı ceza koşulunun indirilmesi için gereken bu şartlar ayrı başlıklar altında incelenecektir.

A. GEÇERLİ BİR CEZA KOŞULU ANLAŞMASININ VARLIĞI

Tarafların üzerinde anlaştığı geçerli bir ceza koşulunun varlığı olmadığı müddetçe, aşırı ceza koşulundan ve bunun indiriminden söz etmek mümkün değildir. Asıl borcun geçersiz olması veya doğrudan ceza koşulunun geçersiz olması halinde aşırı ceza koşulunun indirilmesi söz konusu olmaz⁴²¹. Geçersiz bir ceza koşulunun yerine getirilmesi halinde, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre bunun iadesi talep edilebilir⁴²².

Geçerli bir ceza koşulunun varlığı bakımından; ceza koşulunun, bir sözleşmede ya da şirket ana sözleşmesinde, dernek ana tüzüğünde veya tek taraflı bir hukukî işlemle kararlaştırılmasının bir önemi bulunmamaktadır⁴²³. Aşırı olduğu tespit edilecek ve indirimi gerçekleştirilecek olan ceza koşulunun konusu, meblağı taraflar arasında kararlaştırılan belli bir paranın ödenmesi olabileceği gibi, kıymetli evrak gibi paradan başka bir edim de olabilir⁴²⁴. Konusu paradan başka bir bölünemez edim olan aşırı ceza koşulunun indiriminin yapılmasının gerektiği; zira konusu bölünemez bir edim olan aşırı ceza koşullarının indirilmesinin kabul edilmemesi halinde, tarafların ceza koşuluna konu edimi paradan başka bölünemez bir edim kararlaştırmalarıyla hâkimin aşırı ceza koşulunu indirim ödevinden kaçınması yolunu açacakları doktrinde hâkim görüşür⁴²⁵. Konusu bölünemez bir edim olan ceza koşullarının hangi yöntemle indirileceğine dair doktrinde iki farklı yöntem benimsenmiştir. Bunlara ilgili bölümde değineceğiz

⁴²⁰ OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 549; GÜLSEVEN, s. 58; KOCAAĞA, s. 331.

⁴²¹ EREN, s. 1188; TUNÇOMAĞ, s. 142; KOCAAĞA, s. 332; GÜLSEVEN, s. 86; YAĞCIOĞLU, s. 231; ÇINAR, s. 95

⁴²² TUNÇOMAĞ, s. 142; KOCAAĞA, s. 332.

⁴²³ TUNÇOMAĞ, s. 142; KOCAAĞA, s. 332; GÜLSEVEN, s. 86; ÇINAR, s. 95

⁴²⁴ EREN, s. 1188; KOCAAĞA, s. 332; TUNÇOMAĞ, s. 142; GÜLSEVEN, s. 87; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 549; YAĞCIOĞLU, s. 231.

⁴²⁵ TUNÇOMAĞ, s. 142; GÜLSEVEN, s. 87; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 549; KOCAAĞA, s. 332; YAĞCIOĞLU, s. 231.

Seçimlik veya ifaya eklenen ceza koşulunun aşırı olması halinde indirilmesi bakımından farklılık yoktur. Dönme cezasında ise, indirimin yapılıp yapılmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde, bizim de katıldığımız hâkim görüşe göre; dönme cezasının aşırı olduğundan bahisle indirilme imkânı bulunmamaktadır⁴²⁶. Buna göre, ortada bir neden yok iken dönme cezasını ödeme külfeti altına girerek sözleşmeden keyfi olarak dönen borçlu, tercihini bu yönde değil de sözleşme gereği üzerine düşen edimi yerine getirmek ve sözleşmeden dönmek yönünde kullanabilir, dönme cezası külfeti altına girmeyebilirdi. Bu halde, kendi özgür iradesiyle tercihini bu yönde kullanan borçlu, dönme cezasını ödeme külfetine de indirim olmaksızın katlanmak zorundadır. Yasal bir nedene dayanarak sözleşmeden dönen borçlunun, dönme cezası ödemeyeceği konusunda zaten bir tartışma söz konusu değildir⁴²⁷.

B. CEZA KOŞULUNUN MUACCEL OLMASI

1. GENEL OLARAK

Hâkim tarafından, borçlunun talebi üzerine veya re' sen aşırı ceza koşulunun indirilmesi, ancak ceza koşulu muaccel olduğunda söz konusu olabilir⁴²⁸. Ceza koşulu muaccel olmaksızın fer'i bir borç olma niteliğinden bağımsız bir borç olma niteliğine kavuşmadığı için indirilmesi de söz konusu olmaz⁴²⁹. Yine, ceza koşulunun talep edilmesi mümkün olmadan, ceza koşulunun aşırı olması nedeniyle indirilmesi talebinde bulunulması, bu nedenle dava açılması hukukî yararın olmaması nedeniyle mümkün değildir⁴³⁰. Doktrinde, ceza koşulu henüz muaccel olmadan, sırf ceza koşulunun aşırı olduğunun tespiti için dahi dava açmanın mümkün olmadığı ifade edilmektedir⁴³¹. Hâkim, önüne ceza koşulunun tahsiline yönelik bir uyuşmazlık geldiğinde, ceza

⁴²⁶ OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 545, 550; EREN, s. 1188; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 382; KOCAAĞA, s. 332; GÜLSEVEN, s. 87; YAĞCIOĞLU, s. 233.

⁴²⁷ OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 545, 550; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 382; KOCAAĞA, s. 332; GÜLSEVEN, s. 87; YAĞCIOĞLU, s. 233.

⁴²⁸ EREN, s. 1188; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 549; KOCAAĞA, s. 213; TUNÇOMAĞ, s. 144; GÜLSEVEN, s. 87; YAĞCIOĞLU, s. 234.

⁴²⁹ EREN, s. 1188; TUNÇOMAĞ, s. 144; KOCAAĞA, s. 337-338; ÇINAR, s. 99; YAĞCIOĞLU, s. 234.

⁴³⁰ TERCİER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 432; KOCAAĞA, s. 337-338; ÇINAR, s. 99; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 549; YAĞCIOĞLU, s. 234.

⁴³¹ TUNÇOMAĞ, s. 144; TERCİER / PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 432; KOCAAĞA, s. 338; ÇINAR, s. 99;

koşulunun talep edilebilir olduğuna kanaat getirdiğinde, ceza koşulunun aşırı olduğunu tespit edebilir ve kendiliğinden indirim yapabilir⁴³².

Aşırı ceza koşulunun indirilmesi, ceza koşulunun muaccel olmasına bağlı olduğundan, aşağıda ceza koşulunun muacceliyet anı ve muacceliyet şartları ayrı başlıklar halinde incelenecektir.

2. CEZA KOŞULUNUN MUACCELİYET ANI

Ceza koşulunun ne zaman muaccel olduğu, asıl borcun ihlaline bağlıdır. Ceza koşulu, geciktirici şarta bağlı bir borçtur⁴³³. Sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, bu şart, genellikle asıl borcun muaccel olduğu anda hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi ya da zamanında veya kararlaştırılan yerde ifa edilmemesidir. Asıl borç ihlal edildiği anda, koşul gerçekleşmiş ve ceza koşulu muaccel hale gelmiş olur. O halde, asıl borcun ihlal edildiği anda, ceza koşulunun muaccel olduğunu söyleyebiliriz.⁴³⁴

Ancak, taraflar sözleşmede ceza koşulunun muacceliyetini bir süreye veya alacaklının bir ihtarda bulunmasına bağlayabilirler. Bu halde, ceza koşulunun muacceliyet anının tespiti için, öncelikle tarafların aralarında yaptıkları anlaşmanın bu konuda bir düzenleme içerip içermediğinin incelenmesini gerektirir. Böyle bir anlaşma hükmü var ise, ceza koşulunun muacceliyet anının buna göre belirlenmesi gerekmektedir⁴³⁵. Taraflar arasında böyle bir anlaşma yok ise, TBK' nın 90. maddesi⁴³⁶ gereğince, asıl borcun ihlal edildiği anda doğacak olan ceza koşulu, doğduğu anda muaccel de olacaktır. Ceza koşulunun muacceliyet şartları şunlardır:

3. MUACCELİYET ŞARTLARI

a. Asıl Borcun Muacceliyeti

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, ceza koşulu asıl borca bağlı, fer' i nitelikte bir borçtur. Bu halde, ceza koşulunun muaccel olması için öncelikle asıl borcun muaccel

⁴³² TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 432; KOCAAĞA, s. 338; ÇINAR, s. 99.

⁴³³ EREN, s. 1183; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 531; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 428; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 378. CANSEL/ ÖZEL, ceza koşulunu bozucu koşula bağlı bir edim borcu olarak tanımlamaktadır(CANSEL/ ÖZEL, s. 716).

⁴³⁴ CANSEL/ ÖZEL, s. 729; EREN, s. 1183;KOCAAĞA, s. 213-214; YAĞCIOĞLU, s. 172.

⁴³⁵ KOCAAĞA, s. 214; GÜLSEVEN, s. 87-88; TUNÇOMAĞ, s. 96; YAĞCIOĞLU, s. 172.

⁴³⁶ TBK md.90 : “İfa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukukî ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur.”

olması gerekir. Asıl borç, alacaklı tarafından ifasının istenebildiği ve buna istinaden dava açılabilceği anda muaccel olur⁴³⁷. Asıl borcun ne zaman muaccel olacağı, tarafların aralarında yapmış oldukları sözleşme hükümlerine veya bu konuda bir ihbara ya da bir kanun hükmüne veya aradaki hukukî ilişkinin içerik ve özelliğine göre belirlenecektir. Bu yollarla, alacağın ne zaman muaccel olacağı tayin edilemiyorsa da TBK' nın 90.maddesi hükümlerine göre alacağın doğduğu anda muaccel olacağının kabulü gerekir.⁴³⁸

Asıl borcun ifa zamanının, taraflar arasında yapılacak bir anlaşma ile daha sonraki bir tarihe bırakılması mümkündür. Ancak bu yönde yapılacak her anlaşma, borcun ertelenmesi anlamına gelmeyecektir. Eğer, asıl borç muaccel hale geldikten sonra, taraflar arasında yapılan bir anlaşmayla asıl borcun ifası başka bir zamana bırakılmışsa; söz konusu anlaşmanın, alacaklının ceza koşulunu talep etmekten vazgeçtiği anlamına gelip gelmediğini yorum yoluyla belirlemek gerekir⁴³⁹.

b. Asıl Borcun İhlal Edilmesi

Ceza koşulunun muaccel olması için asıl borcun muacceliyeti yeterli olmayıp, aynı zamanda asıl borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmeyerek ihlal edilmesi şarttır. Borcun hiç yerine getirilmemesi, borcun ifasının mümkün olduğu halde ifa edilmemesi veya ifasının imkânsız hale gelmesidir. Borcun gereği gibi ifa edilmemesinden de, borcun ifasının kararlaştırılan yerde veya zamanda yapılmayıp, başka bir yerde veya kararlaştırılan zamandan sonra yapılması kastedilmektedir. Borcun geç ifa edilmesi halinde, borçlunun temerrüdünden⁴⁴⁰ söz edilir. Bunun yanında, borcun gereği gibi ifa edilmemesi sadece bu hallerini değil, borcun miktar, nitelik bakımından anlaşmaya aykırı olarak ifa edilmesi hallerini de kapsar⁴⁴¹. Ceza koşulunun muaccel olması bakımından, bu sayılan borca aykırılık halleri arasında herhangi bir fark bulunmayıp, söz konusu borca aykırılık hallerinin gerçekleşmesi halinde kararlaştırılan ceza koşulu muaccel olur⁴⁴². Ancak, kanun koyucu ceza koşullarının türünün belirlenmesinde, bu borca aykırılık halleri yönünden bir karine getirmiştir. Buna göre, aksi sözleşmeyle kararlaştırılmamış ise, borcun hiç yerine getirilmemesi veya dar

⁴³⁷ TUNÇOMAĞ, s. 97; GÜLSEVEN, s. 87; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 378; KOCAAĞA, s. 219; YAĞCIOĞLU, s. 173.

⁴³⁸ TUNÇOMAĞ, s. 97; KOCAAĞA, s. 219; YAĞCIOĞLU, s. 173.

⁴³⁹ TUNÇOMAĞ, s. 97.

⁴⁴⁰ EREN, s. 1089; YAĞCIOĞLU, s. 173 – 174.

⁴⁴¹ KOCAAĞA, s. 220; GÜLSEVEN, s. 90; YAĞCIOĞLU, s. 174.

⁴⁴² KOCAAĞA, s. 221, GÜLSEVEN, s. 90; BİLGE, s. 51; YAĞCIOĞLU, s. 174.

anlamda kötü ifa olarak tanımlanan gereği gibi ifa etmeme halinde alacaklıya seçimlik hak tanınarak, ya asıl borcun ifasını ya da ceza koşulunun ifasını talep etme; borcun belirlenen yer veya zamanda yerine getirilmemesi halinde ise, alacaklının hem borcun ifasını hem de ceza koşulunun ifasını talep etme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir.

Ceza koşulunun muacceliyeti için asıl borcun geniş anlamda hiç veya gereği gibi ifa edilmemek suretiyle ihlali, ceza koşulunun doğumu için bazen yeterli olmayabilir. Zira, ceza koşulu bu borca aykırılık hallerinden yalnız biri için kararlaştırılmış olabilir. O halde, ceza koşulunun muaccel olması için; asıl borcun, hangi şekilde ihlali için kararlaştırılmışsa o şekilde ihlal edilmesi gerekir⁴⁴³. Örneğin, borcun zamanında ifa edilmemesi için kararlaştırılmış ceza koşulu, borcun zamanında ve fakat kararlaştırılan yer dışında bir yerde ifa edilmesi halinde ya da asıl borcun zamanında ifa edilmesine rağmen “kötü ifa” olarak nitelendirildiği halde muaccel olmaz. Yine, sadece kötü ifanın bir türü olan ayıplı ifa için kararlaştırılan ceza koşulu da, borcun zamanında ifa edilmemesi veya kararlaştırılan yer dışında bir yerde ifası halinde muaccel olmayacaktır. Buna karşın, borcun gereği gibi ifa edilmemesi hali için kararlaştırılan ceza koşulu, borcun hiç ifa edilmemesi halinde de muaccel olacağı ileri sürülmektedir. Bu görüşe dayanak olarak da; borcunu gereği gibi ifa etmemesi halinde ceza koşulu ödemeyi taahhüt eden borçlunun, borcunu hiç ifa etmemesi durumunda alacaklının, borçludan daha az hakka sahip olmayacağı gösterilmektedir⁴⁴⁴.

Ceza koşulunun muacceliyeti bakımından, borcun kısmen ifası da önem arz etmektedir. TBK’ nın 84. maddesi, borcun tamamı belli ve muaccel ise alacaklıya kısmen ifayı reddetme hakkı vermiştir. Alacaklı, borçlunun kısmi ifasını kabul etmek zorunda olmadığından, kısmi ifayı reddedebilir ve bunun sonucunda borçlunun borcunu yerine getirmemesi neticesi ortaya çıkabilir. Bu durumda, asıl borcun ihlali söz konusu olacağından, buna bağlı ceza koşulu da muaccel hale gelir. Alacaklı, kısmi ifayı kabul de edebilir. Bu halde, alacaklı kısmi ifayı kabulle birlikte, borçluya borcun geri kalan kısmını ifa etmesi için bir süre verir. Borçlu, bu süre içerisinde borcun geriye kalan kısmını, gecikme tazminatı ile birlikte ifa ederse ceza koşulu muaccel olmaz. Borçlunun, bu verilen süre içerisinde borcun geriye kalan kısmını ifa etmemesi halinde ise, borcun ifa edilmemesi durumu ortaya çıkacağından, alacaklı kabul ettiği kısmi ifayı

⁴⁴³ TUNÇOMAĞ, s. 97; KOCAAĞA, s. 221; GÜLSEVEN, s. 91; YAĞCIOĞLU, s. 174.

⁴⁴⁴ TUNÇOMAĞ, s. 97-98; KOCAAĞA, s. 222; YAĞCIOĞLU, s. 174.

iade ederek ceza koşulunu talep edebileceği gibi, borcun geriye kalan kısmının ifasını da talep edebilir.⁴⁴⁵

Bunun gibi, alacaklının ayıplı ifayı kabul etmeme yetkisi de vardır⁴⁴⁶. Bu halde; ayıplı ifanın, alacaklı tarafça reddedilmesiyle asıl borcun ifa edilmemesi sonucu ortaya çıkacaktır. Böyle bir durumda, ceza koşulu da muaccel olmuş olur. Bunun yanında, ayıplı ifayı kabul eden alacaklı, ayıplı ifa nedeniyle sorumluluk hükümlerine göre zararını tazmin ettirme hakkına sahiptir⁴⁴⁷.

Başta da ifade ettiğimiz gibi; ceza koşulunun ne zaman muaccel olacağına dair taraflar arasında yapılan bir anlaşma var ise, ceza koşulunun muacceliyet anı için öncelikle bu anlaşmaya bakmak gerekir. Taraflar, ceza koşulunun muacceliyeti için borcun ihlaline yönelik davranışın birden fazla gerçekleşmesini şart koşabilirler. Böyle bir durumda; ceza koşulunun muacceliyeti, tarafların bu konudaki iradelerine göre borcun ihlaline yönelik davranışın kararlaştırılan sayıda tekrar etmesine bağlıdır⁴⁴⁸. Bundan başka, borcun ihlaline yönelik davranışın her tekrarında, ceza koşulunun da bu ihlal sayısı kadar mı, yoksa ne kadar tekrar olursa olsun ceza koşulunun tek olarak mı ödeneceği sorusunun cevabı, ceza koşulu anlaşmasında bu konuda bir düzenleme var ise buna göre, yok ise; sözleşmenin amacı ile ekonomik sonuçlarının da gözetilerek tarafların iradelerinin yorumlanması suretiyle dürüstlük kuralları çerçevesinde verilmelidir⁴⁴⁹.

Asıl borcun konusu, ihlalin gerçekleşme anı ve dolayısıyla ceza koşulunun muacceliyet anı bakımından önem arz eder. Asıl borcun konusu; bir şeyin verilmesi, yapılması şeklindeki “olumlu edim” olması durumunda, söz konusu edimin yerine getirilmediği anda borcun ihlali gerçekleşmiş olacak ve buna bağlı ceza koşulu da muaccel hale gelecektir. Olumlu bir edim içeren asıl borcun borçlusu tek bir kişiye, bu kişinin edimi yerine getirmemesi ile borç ihlal edilmiş olacak ve ceza koşulu da tamamen muaccel olacaktır. Asıl borcun borçlusu birden fazla kişi olup da borç da bölünebilir nitelikte ise, sadece borcun ihlaline yönelik davranışta bulunan borçlu bakımından ceza koşulu muaccel olacak, sorumlu olduğu ceza koşulu meblağı ise asıl borçtaki payı oranının ceza koşulu meblağına uygulanması suretiyle ortaya çıkacaktır. Borca aykırı davranış göstermemiş olan diğer borçlular, borcunu ihlal eden borçlunun

⁴⁴⁵ TUNÇOMAĞ, s. 98; KOCAAĞA, s. 225.

⁴⁴⁶ KILIÇOĞLU, s. 845; OĞUZMAN/ ÖZ (I), s. 472-473.

⁴⁴⁷ TUNÇOMAĞ, s. 98; KOCAAĞA, s. 226; KILIÇOĞLU, s. 845.

⁴⁴⁸ BİLGE, s. 51; KOCAAĞA, s. 224; YAĞCIOĞLU, s. 175.

⁴⁴⁹ KOCAAĞA, s. 224-225.

davranışından sorumlu tutulmayacaklardır.⁴⁵⁰ Asıl borcun konusu bölünemez nitelikte ise; borçlulardan birinin borca aykırı davranış göstermesi, ceza koşulunun tamamının muaccel olmasına sebebiyet verecek ve borca aykırı davranmamış borçludan da ceza koşulunun istenebilmesi mümkün olacaktır⁴⁵¹. Zira, kanun koyucu bölünemez nitelikteki borçları birçok konuda müteselsil borca benzetmektedir⁴⁵². Müteselsil borçlarda, borçlulardan yalnız biri tarafından ceza koşulu ödeme taahhüt edilmiş ve müteselsil borç da ifa edilmemiş ise, ceza koşulundan yalnız bu borçlu sorumlu olur⁴⁵³. Zira TBK’ nın 165.maddesi gereğince; müteselsil borçlulardan birisi kendi davranışlarıyla diğer borçluların durumunu ağırlaştıramaz. Meğerki, aksine bir sözleşme veya kanun düzenlemesi olsun. Ceza koşulu, müteselsil borçluların tamamı tarafından taahhüt edilmiş ve asıl borç da ihlal edilmiş ise; ceza koşulu, borcun ihlalinde kusurlu olmayan borçlular da dahil olmak üzere tüm borçlular bakımından muaccel hale gelir ve her birinden ceza koşulunun tamamı talep edilebilir⁴⁵⁴.

Asıl borcun konusunun; “yapmama” gibi bir “olumsuz edim” içermesi durumunda ise, bu olumsuz edim borcuna aykırı hareketin gerçekleştirilmesiyle asıl borç ihlal edilmiş, ceza koşulu muaccel hale gelmiş olur. Borca aykırı davranışı gerçekleştirmeksizin, buna dair hazırlık eylemlerine başlanması borcun ihlal edilmesi sonucuna yol açmayacak, dolayısıyla ceza koşuluna muacceliyet kazandırmayacaktır. Özellikle süreyle sınırlı rekabet yasağını konu edinen borçlara ilişkin kararlaştırılan ceza koşulları açısından bu durum önemlidir. Zira, rekabet yasağına ilişkin süre sona erdikten sonra gerçekleştirmek üzere ve fakat yasağın süresi içinde, yasağa konu bir eylemin veya işlemin hazırlıklarına dair eylem ve işlemlere başlayan, ancak henüz yasak konusu işlem veya eylemi gerçekleştirmeyen borçlunun, bu yapmış olduğu hazırlık işlem ve eylemleri borca aykırı davranış olarak tanımlanamaz ve borcun ihlalinin gerçekleştiğinden söz edilemez.⁴⁵⁵

Birden fazla kişinin, “yapmama” edimi içeren borcu birlikte üstlenmesi halinde ise, kural olarak olumsuz edim borçlarının bölünemez nitelikte olduğu kabul edildiğinden⁴⁵⁶, edimin bütün olarak ifası gerekecek; her bir borçlunun üstlendikleri borca aykırı hareket etmemesi gerekecektir. Borçlulardan yalnız biri, borca aykırı

⁴⁵⁰ TUNÇOMAĞ, s. 99; KOCAAĞA, s. 226; YAĞCIOĞLU, s. 176.

⁴⁵¹ CANSEL/ ÖZEL, s. 729; TUNÇOMAĞ, s. 99; KOCAAĞA, s. 226-227; YAĞCIOĞLU, s. 176.

⁴⁵² YAĞCIOĞLU, s. 176.

⁴⁵³ TUNÇOMAĞ, s. 99; CANSEL/ ÖZEL, s. 729; KOCAAĞA, s. 227; EREN, s. 1207-1208; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 480-481; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 361; KILIÇOĞLU, s. 941-942.

⁴⁵⁴ TUNÇOMAĞ, s. 99; KOCAAĞA, s. 227; CANSEL/ ÖZEL, s. 729; YAĞCIOĞLU, s. 177.

⁴⁵⁵ TUNÇOMAĞ, s. 99; KOCAAĞA, s. 228; BİLGE, s. 90; YAĞCIOĞLU, s. 175 – 176.

⁴⁵⁶ EREN, s. 109; TUNÇOMAĞ, s. 100; KOCAAĞA, s. 229.

hareket ettiğinde dahi, asıl borcun ihlali tüm borçlular bakımından gerçekleşmiş olacak, ceza koşulunun tamamı muaccel hale gelecek ve her bir borçludan istenebilecektir⁴⁵⁷. Müteselsil borçlular bakımından da borcun birlikte ifası gerekeceğinden, olumsuz bir edim içeren borca aykırı hareket etmekten her bir borçlu kaçınacak, içlerinden biri borca aykırı hareket etmiş olsa dahi, borcun ihlali gerçekleşmiş olacak, ceza koşulu bütün borçlular tarafından taahhüt edilmiş ise; her bir müteselsil borçlu, borcun ihlalinde kusuru olmasa da ceza koşulundan sorumlu olacaktır⁴⁵⁸.

c. Borçlunun Kusurlu Olması

Borçlunun, asıl borcun ihlalinde kusuru yok ise, ceza koşulundan sorumlu olmayacağı doktrinde hâkim görüş olarak ileri sürülmektedir⁴⁵⁹. Buna göre, kanun koyucu gerek haksız fiil, gerekse de sözleşmeye aykırılık hallerinde; borçlunun tazminat ödemesini kusurlu olması şartına bağladığına göre, ceza koşulundan sorumluluk bakımından da borçlunun, asıl borcun ihlalinde kusurunu aramak gerekmektedir. Doktrinde, ceza koşulunun muacceliyeti için borçlunun asıl borcun ihlalinde kusurunun bulunmasının zorunlu olmadığı da savunulmaktadır⁴⁶⁰.

Ceza koşulunun muacceliyeti için asıl borcun ihlalinin yeterli olmayıp, bu ihlalde borçlunun kusurunun bulunmasının gerektiği, esasen ceza koşulunun kusur ile olan ilişkisi başlığı altında ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bu nedenle, tekrara kaçmamak açısından, burada yapılan açıklamalarımızda, söz konusu bölüme atıf yapmakla yetiniyoruz⁴⁶¹.

C. CEZA KOŞULUNUN HENÜZ İFA EDİLMEMİŞ OLMASI

Asıl borcun ihlaliyle muaccel olan ceza koşulu, muaccel olduktan sonra ödenebileceği gibi, muaccel olmadan önce de ödenmiş olabilir. Ancak, muaccel

⁴⁵⁷ TUNÇOMAĞ, s. 100; KOCAAĞA, s. 229; EREN, s. 109, 1196, 1197; KILIÇOĞLU, s. 9; YAĞCIOĞLU, s. 177.

⁴⁵⁸ TUNÇOMAĞ, s. 100; YAĞCIOĞLU, s. 177, EREN, s. 1197; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 470 vd.

⁴⁵⁹ BİLGE, s. 108 vd.; KOCAAĞA, s. 231-232; KILIÇOĞLU, s. 984; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 359 – 360; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 383; GÜLSEVEN, s. 50; TERCİER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 433; TUNÇOMAĞ, s. 101-102; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 545; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 58.

⁴⁶⁰ EREN, s. 1186 – 1187; CANSEL/ ÖZEL, s. 726.

⁴⁶¹ Bkz. Bölüm II, IX, A.

olmadan önce veya muaccel olduktan sonra ödenmiş ceza koşulunun, aşırı olduğu iddiasıyla indiriminin talep edilip edilemeyeceği doktrinde tartışmalıdır⁴⁶².

Bir görüşe göre⁴⁶³, ceza koşulu ödendikten sonra da aşırı olduğu iddiasıyla indirimi istenebilmelidir. Söz konusu görüş taraftarlarına göre; ceza koşulu ödendikten sonra, aşırı olduğu iddiasıyla hâkimden indirilmesi ve aşırı olduğu tespit edilen kısmının iadesinin istenmesinin gerekecektir. Ceza koşulu ödendikten sonra yapılacak indirim ve iade taleplerinde, hâkimin ceza koşulunun aşırı olup olmadığını, özellikle borçlunun ekonomik durumunun değerlendirilmesi bakımından daha titiz bir şekilde incelemesi gerektiği de bu yazarlarca ileri sürülmektedir⁴⁶⁴.

Bu görüşü savunanlardan *Kunter' e* göre, sözleşmeden dönülmesi halinde, alacaklıya kalacağı kararlaştırılmış yerine getirilmiş olan kısmi ifanın aşırı derecede yüksek olması halinde indirilebileceğine dair TBK md. 181, f. 1 hükmü, ceza koşulunun ödendikten sonra indirilebilmesi bakımından da uygulanacaktır⁴⁶⁵. Yazarın, görüşüne getirdiği bir başka gerekçe ise; aşırı ceza koşulu, ahlaka veya kanunun emredici hükümlerine aykırı olması nedeniyle kesin hükümsüzdür. Tarafların kesin hükümsüz olan bir sözleşmeye geçerlilik kazandırmalarının söz konusu değildir. Hükümsüz olan bir sözleşmenin hükümsüzlüğünün tespiti her zaman mümkündür. Bu nedenle, aşırı ceza koşulunun ödenmesiyle, ahlaka ve kanunun emredici hükümlerine aykırılığı ortadan kalkmamaktadır. Bu nedenle, ceza koşulunun ödenmesi, aşırılığını tespit talebinden vazgeçme anlamına gelmez. Ödense dahi halen hükümsüz olan ceza koşulunun aşırılığının tespiti ve indirim talebinden vazgeçmek ve yine bu talep hakkının zamanaşımına uğraması mümkün değildir.⁴⁶⁶

Daha önce, ceza koşulunun ifa edildikten sonra indirilmesinin mümkün olmadığını savunan⁴⁶⁷; ancak sonraki eserinde, ceza koşulunun ifa edildikten sonra da indirilmesinin mümkün olduğunu savunarak görüş değiştiren *Kocaağa' ya* göre⁴⁶⁸; TBK md. 182, f. 3' te düzenlenen emredici hükümle, hâkime aşırı ceza koşulunu kendiliğinden indirme yükümlülüğü yüklenmiştir. Bu emredici hüküm karşısında,

⁴⁶² Türk – İsviçre Hukuku' nda bu konuda bir düzenleme olmamasına rağmen, Alman Medeni Kanunu' nun 343. paragrafında, ödenmiş ceza koşulunun indirilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Bkz. **TUNÇOMAĞ**, s. 154; **KOCAAĞA**, s. 359; **YAĞCIOĞLU**, s. 235.

⁴⁶³ **TEKİNAY/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s. 356; **HATEMİ/ GÖKYAYLA**, s. 385; **TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU**, s. 433.

⁴⁶⁴ **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s. 356; **HATEMİ/ GÖKYAYLA**, s. 385.

⁴⁶⁵ **KUNTER**, s. 973

⁴⁶⁶ **KUNTER**, s. 978 vd.

⁴⁶⁷ **KOCAAĞA**, Cezai Şart, s. 227 – 228.

⁴⁶⁸ **KOCAAĞA**, s. 362.

borçlunun aşırı ceza koşulunun indirimini talep hakkından önceden feragat etmesinden söz etmek mümkün olmadığı gibi⁴⁶⁹, ceza koşulunun borçlu tarafından istenerek ödenmesi de indirimi talep hakkından feragat ettiği⁴⁷⁰ şeklinde yorumlanamaz. Diğer taraftan, ceza koşulunun borçlu tarafından kendi iradesiyle ödenmesinin ceza koşulunun aşırı olmadığını gösterdiği şeklinde yorumlanması⁴⁷¹, hâkime ceza koşulunun aşırılığının tespiti ve aşırı olduğunun tespiti halinde bunun kendiliğinden indirme ödevinin yüklenmesi karşısında kabule elverişli değildir.

Kırkbeşoğlu'na göre ise, TBK md. 182, f. 3' te düzenlenen indirimin hukukî niteliğini düşey kısmi hükümsüzlük olarak belirledikten sonra, ödenmiş olan aşırı kısmın iadesi imkânı veren TTK md. 1530, f. 1 hükmüne aykırı bir yorum getirilerek, ceza koşulunun ifa edildikten sonra indirilemeyeceğini ifade etmek mümkün değildir. Hâkimi, aşırı ceza koşulunu indirme noktasında yükümlü kılan TBK md. 182, f. 3' ün emredici hükmü karşısında aksine anlaşma yapmak mümkün olmadığı gibi; ceza koşulunun ifa edilmesinin, hâkimin bu ödevini ortadan kaldırmaya yönelik olarak indirim hakkından feragat edildiği şeklinde yorumlanması da mümkün değildir.⁴⁷²

Kimi yazarlarca da⁴⁷³; bazı durumlarda ceza koşulu ifa edilmiş olsa da indirilmesi mümkün olmalıdır. Borçlu, ceza koşulunu ifa ederken; durum ve şartlardan ceza koşulunun aşırı olduğundan indirilmesini talep hakkından feragat ettiği veya ceza koşulunun aşırı olmadığı yorumuna ulaşamıyorsa, borçlunun ifa edilmiş olsa da ceza koşulunun indirilmesini talep hakkının olduğunu kabul etmek gerektiği ifade edilmektedir⁴⁷⁴.

Bu konuda doktrindeki hâkim görüş ise, ceza koşulunun ödendikten sonra, aşırı olduğu iddiasıyla indirilmesinin talep edilemeyeceği ve indirilemeyeceği yönündedir⁴⁷⁵. Bu görüş taraftarlarına göre; yukarıda açıklanan aksi görüşe dayanak olarak gösterilen TBK md. 181, f. 1 hükmünün, ceza koşulunun ödendikten sonra indirilmesi talebinde

⁴⁶⁹ HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 385.

⁴⁷⁰ EREN, s. 1189: Yazar, ceza koşuluna ilişkin ifanın bir yandan borcu sona erdirdiği diğer yandan da borçlunun indirim talebinden vazgeçtiği anlamına geldiğini belirtmektedir.

⁴⁷¹ OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 550: Yazarlar, borçlunun sağlıklı bir ifayla ceza koşulunu ifa etmesinin, ceza koşulunun aşırı olmadığını ve bunu ödemenin kendisini aşırı derecede sarsmadığını kabul etmiş sayılacağını belirtmektedirler.

⁴⁷² KIRKBEŞOĞLU, s. 312 – 313.

⁴⁷³ TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 433; YAĞCIOĞLU, s. 236, dpn. 843' de yer alan yazarlar.

⁴⁷⁴ İsviçre Federal Mahkemesi' ne göre; ceza koşulunun ifası, ceza koşulunu aşırı kılan şartların ortaya çıkmasından veya söz konusu şartların borçlu tarafından bilinmesinden önce gerçekleşmesi halinde, borçlunun ifa etmesine rağmen ceza koşulunun aşırı olduğundan indirilmesini talep etmesi mümkündür (TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 433).

⁴⁷⁵ EREN, s. 1189; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 549; TUNÇOMAĞ, s. 156; BİLGE, s. 119-120; ÇINAR, s. 99; YAĞCIOĞLU, s. 236.

bulunulmasına dair bir düzenleme değildir ve buna olanak verilmesine dayanak gösterilemeyecektir. Zira, borcun ifasının kısım kısım yerine getirilmesinin kararlaştırılmasıyla, bir ceza koşulu anlaşması meydana gelmeyecektir. Kısmi ödemelerin, sözleşmeden dönülmesi halinde alacaklıya kalmasının kararlaştırıldığı sözleşmelere, ceza koşuluna ilişkin hükümlerin uygulanmasının nedeni, aşırılık nedeniyle benzer tehlikeye maruz kalan borçluyu koruma gayesidir.⁴⁷⁶ Yine, aşırı ceza koşulunun her zaman ahlaka veya kanunun emredici hükümlerine aykırı olmasından bahsedilemez⁴⁷⁷. Aşırı ceza koşulunun kesin hükümsüzlük yaptırımına maruz kalması, ancak borçlunun ekonomik özgürlüğünü yok edecek veya ağır şekilde sarsacak, ekonomik geleceğine de tehlikeye düşürecek nitelikte olmasına bağlıdır. Borçlunun ceza koşulunu ifa etmesi ise, ceza koşulunun bu niteliklere sahip olacak düzeyde aşırı olmadığı sonucunu ortaya çıkarmaktadır⁴⁷⁸. Yine, kanun koyucu aşırı ceza koşulunun kesin hükümsüzlük yaptırımına maruz kalacağını düşünse idi, ya TBK md.27' ye yollama yapar ya da bu konuda susarak, indirim yapılması gibi bir yaptırımı düzenlemezdi⁴⁷⁹. Ayrıca kanun koyucunun aşırı yararlanma(TBK md.28) ve irade sakatlanması hallerinde(TBK md.39) olduğu gibi; indirim talebi için bir süre öngörmemesinin de, ödenmiş olan ceza koşulunun indirilmesine ilişkin bir imkân vermek istemediğini göstermektedir⁴⁸⁰. Bu görüşü savunanlara göre; böyle bir süre verilmemiş iken, borçluya ceza koşulunun ödenmesinden sonra, ödediği ceza koşulunun indirilmesini talep etme imkânının verilmesi; alacaklıyı, almış olduğu ceza koşulunu, zamanaşımı dolana kadar iade etme tehlikesiyle baş başa bırakmak olur. Bu da hukukî işlemlerdeki güvenin korunması yönünden kabul edilemeyecektir.⁴⁸¹

Bu görüş taraftarlarından *Eren*' e göre, ceza koşulunun ödenmesi suretiyle yapılan borcun ifası bir yandan borcu sona erdirirken, diğer yandan da borçlunun indirim talebinden vazgeçtiği anlamına gelmektedir⁴⁸². Yine, bu görüş taraftarlarından *Oğuzman/ Öz*; sağlıklı bir iradeyle ceza koşulunu ödeyen borçlu, cezanın aşırı olmadığını ve bunu ödemenin durumunu aşırı derecede sarsmadığını kabul etmiş

⁴⁷⁶ TUNÇOMAĞ, s. 154-155; GÜLSEVEN, s. 93;

⁴⁷⁷ EREN, s. 1189; TUNÇOMAĞ, s. 155.

⁴⁷⁸ TUNÇOMAĞ, s. 156; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 549-550; ÇINAR, s. 99.

⁴⁷⁹ TUNÇOMAĞ, s. 155.

⁴⁸⁰ BİLGE, s. 119;

⁴⁸¹ BİLGE, s. 119-120; KOCAAĞA, s. 361; GÜLSEVEN, s. 94.

⁴⁸² EREN, s. 1189. Aynı yönde Bkz. TUNÇOMAĞ, s. 156; CANSEL/ ÖZEL, s. 732.

sayılacağını ifade etmektedir⁴⁸³. *Yağcıoğlu'na* göre ise; ceza koşulunun ifa edildikten sonra, indirilmesine imkân verilmesi, TMK md. 2' de hükmünü bulan çelişkili davranış yasağına aykırılık teşkil eder. Yazara göre, ceza koşulunu ifa edebilen borçlu bakımından bu davranış, ceza koşulu miktarının aşırı olmadığı anlamına gelir ve aksinin iddia edilmesi ise bir çelişki oluşturacaktır.⁴⁸⁴

Bu görüş taraftarlarından bir kısım yazar ise; her ne kadar ödenmiş ceza koşulunun indirilmesi söz konusu olmayacaksa da; TBK md. 182, f. 3 hükmünün borçluyu koruyucu niteliği karşısında, bu ödemeyi çekince koyarak yapmış borçlunun indirim talep hakkının olduğunu, kabul etmek gerektiği görüşündedir⁴⁸⁵. Ödenmiş ceza koşulunun aşırı olduğunun iddia edilmesi üzerine, hâkim tarafından böyle bir aşırılık tespit edilir ise, ödenen fazla miktarın sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadesinin istenebileceği belirtilmektedir⁴⁸⁶.

Tüm bu görüşler karşısında, kanaatimizi belirtmek gerekirse; TBK md. 182, f. 3' ün emredici hükmüyle, hâkime aşırı ceza koşulunun indirilmesi bir ödev olarak yüklenmiştir. Aşırı ceza koşulunun indirilmesi, talebe bağlı olmaksızın hâkim tarafından kendiliğinden yapılacaktır. Hâkime yüklenen bir ödevden, tarafların önceden veya sonradan feragat etmesi veyahut tarafların bir davranışının bu şekilde yorumlanması ise mümkün değildir. Bu halde, ceza koşulunun ifa edilmesi de, aşırı ceza koşulunun indirilmesine ilişkin hâkime verilen ödevden feragat anlamına gelecek şekilde yorumlanmamalıdır. Bu sebeple; ceza koşulunun, borçlu tarafından ifa edildikten sonra indirilmesinin mümkün olduğunu belirtmek gerekir.

Ancak, ceza koşulunun indirilmesi, ancak aşırı olduğunda söz konusu olacaktır. İleride ayrıntılı olarak incelediğimiz üzere⁴⁸⁷, ceza koşulunun aşırılığını tespitte kullanılacak ölçütlerden birisi ise, tarafların ekonomik durumları ve yine menfaatleridir. Bu durumda, borçlu tarafından ceza koşulunun istenerek ifa edilmesi, ceza koşulunun

⁴⁸³ OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 549-550. Aynı yönde bkz TUNÇOMAĞ, s. 156. CANSEL/ ÖZEL' e göre, böyle bir durumda alacaklı, borçlunun ceza koşulunu ödemesi durumuyla, ceza koşulunun aşırı olmadığını ispat eder(CANSEL/ ÖZEL, s. 732).

⁴⁸⁴ YAĞCIOĞLU, s. 236. TAMER de, borçlunun ceza koşulunu ifa ettikten sonra indirilmesini talep etmesinin TMK md. 2, f. 2 anlamında hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceğini belirtmektedir(TAMER, s. 748).

⁴⁸⁵ TUNÇOMAĞ, s. 156; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 433; ÇINAR, s. 99-100; EKİNCİ, s. 362; TAMER, s. 748; YAĞCIOĞLU, s. 236. BİLGE; çekince koymaksızın ceza koşulunu tamamen ödeyen borçlunun, ceza koşulunun aşırı olduğunu iddia ve indirim talep hakkından feragat etmiş olduğunu belirtmektedir. Yazar' ın bu ifadesinden, borçlunun ceza koşulunu çekince koyarak ödemesi halinde, sonradan ceza koşulunun aşırı olduğundan bahisle indirim talep hakkının olduğunu düşündüğü anlamını çıkarmaktayız(BİLGE, s. 119).

⁴⁸⁶ TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 433.

⁴⁸⁷ Bkz. Bölüm III, III, D, 3, d.

aşırı olmadığına bir delalet olabilir⁴⁸⁸. Ancak, aşırılığı tespitinde kullanılacak tek ölçüt borçlunun ekonomik durumu değildir. Söz konusu ölçütün, diğer ölçütlerle beraber kullanılmasıyla yapılacak değerlendirme sonucunda ceza koşulunun aşırı olup olmadığına karar verilecektir. Kaldı ki, ceza koşulu borçlu tarafından ifa edilse de bu durum her zaman borçlunun ceza koşulunu ifa edecek ekonomik gücünün bulunduğu ve bu ifanın onu sarsmadığı anlamına gelmeyecektir. Öyle ki; borçlu kendi imkânı bulunmasa da, sırf icra tehdidinden ötürü, icraî yaptırımlara maruz kalmamak, ekonomik hayatını devam ettirebilmek için kendi ekonomik imkânlarından başkaca bir takım yollardan ceza koşulunu ifa etme imkânı bulmuş olabilir. Bu noktada, ceza koşulu ifa edilmiş olsa bile; söz konusu ifanın, ceza koşulunun aşırı olmadığını gösterdiğini peşinen kabul etmemek gerekir. O halde, ceza koşulunun borçlu tarafından ifa edilse bile indirilmesinin mümkün olduğunu kabul etmekle beraber, ceza koşulunun aşırı olup olmadığı hâkim tarafından tespit edilirken; borçlunun ekonomik durumuyla ilgili yapılacak değerlendirmede, özellikle ceza koşulunun ifa edilmesi durumunun daha fazla dikkate alınmalı ve fakat bu durum borçlunun ekonomik bakımdan sarsılmadığı, ekonomik gücünün ceza koşulunu ifa etmeye yeter olduğu da peşinen kabul edilmemeli, borçlunun ekonomik durumu bütün olarak tüm unsurlarıyla değerlendirilmelidir⁴⁸⁹.

Bu noktada, ceza koşulunun ödenmesi sonrasında; alacaklının, zamanaşımı süresi içerisinde, her an için ceza koşulunun aşırı olduğundan indirilmesini ve iadesini isteyebileceğini düşünerek tetikte olmasının da hukukî işlem güvenliğini zedeleyeceği ve alacaklıyı da güvensiz bir duruma sokacağına ilişkin bazı yazarlarca⁴⁹⁰ getirilen eleştiri ve endişelerin yerinde olmadığını düşünmekteyiz. Zira, kanun koyucu aşırı ceza koşulunun indirileceğini emredici bir kuralla hükmetmiş, borçlunun bu konuda bir iradesi olmasa da hâkime bu konuda bir ödev yüklemiştir. Hâkimin önüne gelmeyen bir konudan haberdar olması ve değerlendirme yapması beklenemeyeceğinden; borçlunun, ceza koşulunun aşırı olduğunun tespiti ve indirilmesine yönelik talebi, hâkimin yükümlülüğünü yerine getirmesi bakımından bir vesiledir. Bu halde, hukukî işlem güvenliğinin zedeleneyeceği ve alacaklının güvensiz bir duruma sokacağından bahisle, TBK md. 182, f. 3 ile getirilen emredici bir kurala aykırılığa ve hâkimin yükümlülüğünü yerine getirmemesine cevaz verilemez. Diğer taraftan, ceza koşulunun aşırı olduğu halde ifasını kabul eden alacaklının, daha sonradan bu hukuka aykırı

⁴⁸⁸ OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 550.

⁴⁸⁹ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 356.

⁴⁹⁰ BİLGE, s. 119-120; TUNÇOMAĞ, s. 156.

durumun giderileceği düşüncesiyle güvensiz bir durumda kalacağından da söz edilemez. Aksinin kabulü, sebepsiz zenginleşmeye dayanan tüm davaların da, bu gerekçeyle kabul edilmemesi gerektirir. Bu halde, TBK md. 182, f. 3 hükmüyle hâkime verilen ödevin yerine getirilmesini, bir süreyle sınırlandırmamak gerekir.

Kanaatimizce, aşırı ceza koşulunun ödendikten sonra indirilmesi için, borçlunun çekince koymasına da lüzum yoktur. Zira, daha önce de izah ettiğimiz üzere, aşırı ceza koşulunun indirilmesi için borçlunun talebi şart koşulmamış, bu konuda hâkime kendiliğinden yerine getireceği bir ödev yüklenmiştir. Borçlunun talebi olmasa da, hâkim tarafından kendiliğinden yerine getirilecek bir yükümlülüğün, borçlunun çekince koyması gibi bir şarta bağlanması⁴⁹¹, kanuna aykırı olarak borçlunun talebi şartına bağlanmasıyla aynı anlama gelecektir. Bu nedenle, borçlu ceza koşulunu öderken çekince koyması veya koymaması şeklinde bir ayırım yapmaksızın, aşırı ceza koşulunun indirilmesini mümkün saymak gerekir. Yine, ifa edilmiş ceza koşulunun indirilmesinin çelişkili davranış yasağına aykırılık teşkil edeceğine dair eleştiriler⁴⁹² de, aynı gerekçelerle yerinde değildir. Zira, hâkimin TBK md. 182, f. 3 ile kendisine verilen ödevi yerine getirmesi borçlunun talebine bağlı olmadığından, borçlunun ceza koşulunu ifasıyla hâkime yüklenen ödevin yerine getirilmesi arasında bir çelişki olup olmadığını değerlendirme yapmaya imkân bulunmamaktadır. Ceza koşulunun indirilmesi için borçlunun talebi zorunlu kılınsa idi ve borçlu hem ceza koşulunu ifa edip hem de bunun indirilmesi için talepte bulunsa idi, her iki talep arasında TMK md. 2 anlamında bir çelişki yasağına aykırılık söz konusu olabilecekti. Bu halde dahi, borçlunun ceza koşulunu ifa etmesinin yukarıda örneksenen gerekçelerden birisine dayalı olabileceği ihtimali değerlendirilerek bir sonuca ulaşmak gerekecek iken; borçlunun talebinin şart olmadığı bir durumda, hâkime yüklenen bir ödevin yerine getirilmesi ile borçlunun ifası arasında çelişki yasağına aykırılık denetiminin yapılmasının mümkün olmayacağı kanaatindeyiz.

⁴⁹¹ TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 433; TUNÇOMAĞ, s. 156; ÇINAR, s. 100; YAĞCIOĞLU, s. 236; TAMER, s. 748.

⁴⁹² YAĞCIOĞLU, s. 236; TAMER, s. 748.

D. CEZA KOŞULUNUN AŞIRI (FAHİŞ) OLMASI

1. GENEL OLARAK

TBK md.182, f. 3 hükmünün uygulanmasının en önemli koşulu ceza koşulunun aşırı olmasıdır. Ceza koşulunun aşırılığını tespitte, hangi ölçütlerin kullanılacağına dair herhangi bir düzenleme getirilmemiştir. Kanun koyucu, ceza koşulunun aşırı olup olmadığını tespitte, hâkime tam bir takdir yetkisi tanımıştır. Kanun koyucunun, aşırılığı tespitte herhangi bir ölçüt getirmemesi ve bu konuda hâkime takdir yetkisi vermesi, esasen bilinçli olarak yapılmıştır. Zira, taraflar arasında kurulan hukukî ilişkilerin hukukî ve maddi açıdan çeşitliliği, birbirinden çok farklı menfaatlerin ceza koşuluna konu edilebilmesi, ve her durumun kendine özgü özellikler taşıması, bu nedenle her hukukî ilişkinin ve kararlaştırılan ceza koşulunun, kararlaştırıldığı hukukî ilişki ve bunun unsurları göz önünde bulundurularak kendi içinde değerlendirilmesi gerekliliği karşısında, kanun koyucu bilinçli olarak bir kural içi boşluk bırakmıştır.⁴⁹³

Hâkim, ceza koşulunun aşırı olup olmadığını kendisine tanınan takdir yetkisiyle inceleyip, bu konuda serbestçe karar verecektir. Kanun koyucu tarafından ceza koşulunun aşırılığının tespiti bakımından herhangi bir ölçüt getirilmeyerek, ceza koşulunun aşırı olup olmadığını belirlemede hâkime adeta örtülü bir yetki verilmiştir⁴⁹⁴. Ceza koşulunun aşırı olup olmadığının tespiti yapılırken, öncelikle makul ceza koşulunun ne olduğu tespit edilmelidir. Zira, ceza koşulunun aşırı olup olmadığı, bu makul olan ceza koşulundan yüksek olup olmadığına göre tespit edilecektir.⁴⁹⁵

Hâkim bu takdir yetkisini kullanırken, taraflar arasındaki hukukî ilişkinin bütün özelliklerini değerlendirerek, adalet ve hakkaniyet ölçüsünde ceza koşulunun aşırı olup olmadığını belirlemelidir. Hâkimin, bu değerlendirmede başvuracağı ölçütler; alacaklı ve borçlunun ekonomik durumları, aralarındaki hukukî ilişkinin türü ve özellikleri, alacaklının aradaki hukukî ilişkiden elde etmeyi beklediği menfaat, ceza koşulunun bağlı olduğu asıl borcun ihlaliindeki borçlu kusurunun ağırlığı, alacaklının zarar miktarı⁴⁹⁶, tarafların deneyimleri, aradaki hukukî ilişkideki konumları ve gerek sosyal,

⁴⁹³ KOCAAĞA, s. 339; GÜLSEVEN, s. 94-95; ÇINAR, s. 101; YAĞCIOĞLU, s. 237.

⁴⁹⁴ KOCAAĞA, s. 339; GÜLSEVEN, s. 94; ÇINAR, s. 100; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 384; EREN, s. 1189; YAĞCIOĞLU, s. 240.

⁴⁹⁵ KOCAAĞA, s. 338.

⁴⁹⁶ Her ne kadar, ceza koşulu zarardan bağımsız olup, bir zarar olmasa da ödenmesi gerekirse de, alacaklının borcun ihlaliyle uğradığı zarardan daha az bir ceza koşulunu hak ettiği söylenemez. Hatta zarar, ceza koşulundan fazla ise, ceza koşulunun aşırı olduğundan ve indirilmesi gerektiğinden söz etmemek gerekir(CANSEL/ ÖZEL, s. 732).

gerekse de ekonomik hayatlarındaki bağıllık dereceleri olarak sayılabilir⁴⁹⁷. Bu suretle yapılacak değerlendirme sonucu ceza koşulunun aşırı olduğunun tespiti halinde, ceza koşulu miktarı indirilmek suretiyle ceza koşulundaki aşırılık giderilecektir. Bununla beraber; hâkim ceza miktarını indirirken, ceza koşulunun borçluyu ifaya zorlama amacını da mutlaka göz önünde bulundurmalıdır⁴⁹⁸.

Bunun haricinde, ceza koşulunun konusu her zaman para olmak zorunda değildir. Ceza koşulunun konusunun paradan başka bir şey olduğu halde, bunun aşırı olup olmadığını tespitte öncelikle ceza koşulunun konusunun parasal değeri tespit edilmeli, bu parasal değere göre ceza koşulu miktarının aşırı olup olmadığı belirlenmelidir⁴⁹⁹.

Ceza koşulunun aşırı olduğu tespit edilirse, bunun indirilmesi konusunda hâkimin bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Zira kanun koyucu, hâkimin ceza koşulunun aşırılığını tespit etmesi halinde, bunun indirilmesi bakımından ona takdir yetkisi tanımamış, bir zorunluluk getirmiştir⁵⁰⁰.

2. AŞIRILIĞIN TESPİTİNDE ESAS ALINACAK ZAMAN

Ceza koşulunun aşırı olup olmadığının tespitinde, hangi anın esas alınması gerektiği kanun koyucu tarafından düzenlenmemiştir. Aşırılığın tespit edileceği an, asıl borcun konusu değeri sürekli olarak değişen bir şey olduğu zamanlarda daha çok önem arz eder. Yine ceza koşulunun götürü olarak belirlenen bir miktar şeklinde kararlaştırılmadığı durumlarda da aşırılığın tespitindeki an önemlidir.⁵⁰¹ Doktrinde ceza koşulunun aşırılığını tespitte hangi anın esas alınması gerektiğine dair birçok görüş ileri sürülmüştür.

Doktrinde genellikle reddedilmekle birlikte bu görüşlerden birisi, ceza koşulunun aşırı olup olmadığının belirlenmesinde esas alınacak anın, ceza koşulu anlaşmasının yapıldığı an olduğunu belirtmektedir⁵⁰². Bu görüşe getirilen eleştiriler; kararlaştırıldığı anda aşırı olan ceza koşulunun, sonradan gelişen olaylar ve değişen durumlar nedeniyle aşırılığını kaybedebileceği yönündedir. Örneğin; borçlunun edimi

⁴⁹⁷ EREN, s. 1189; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 548; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 432-433; KILIÇOĞLU, s. 987; KOCAAĞA, s. 339-340; TUNÇOMAĞ, s. 145, 157 vd.; BİLGE, s. 121 vd.

⁴⁹⁸ HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 384; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 548-549; ÇINAR, s. 106-107.

⁴⁹⁹ KOCAAĞA, s. 340; GÜLSEVEN, s. 96; YAĞCIOĞLU, s. 240.

⁵⁰⁰ KILIÇOĞLU, s. 987.

⁵⁰¹ YAĞCIOĞLU, s. 238; GÜLSEVEN, s. 120 – 121; KOCAAĞA, s. 351.

⁵⁰² KOCAAĞA, s. 351; TUNÇOMAĞ, s. 150; GÜLSEVEN, s. 121; YAĞCIOĞLU, s. 238.

karşısında alacaklının menfaati, başlangıçtaki duruma nazaran sonradan artabilecektir. Bu nedenle başlangıçta alacaklı menfaatine göre aşırı olarak kararlaştırılmış ceza koşulu, alacaklının menfaatinin sonradan artması nedeniyle aşırılığını kaybetmiş olabilir. Bu gibi bir durumda, aşırı olduğundan bahisle ceza koşulunun indirilmesi, alacaklının haklı menfaatlerine zarar verecektir. Yine ceza koşulunun kararlaştırıldığı anda, borcun ihlali durumunda öngörülen alacaklının meydana gelecek zararına göre makul olarak kararlaştırıldığı düşünülen ceza koşulu; borcun ihlalinden dolayı alacaklının meydana gelen zarar miktarının az olması karşısında, zarara oranla aşırı hale dönüşmüş olacaktır. Bu halde borçlunun aşırı ceza koşulunun indirim talebinin reddedilmesi de borçlunun zararına olacağı yine getirilen eleştirilerdendir.⁵⁰³

Aşırılığın tespitinde esas alınacak anın, hangi an olmasına dair bir başka görüşe göre de; ceza koşulu, asıl borç ihlal edildiğine muaccel olacağına ve bu andan itibaren talep edilebileceğine göre, aşırılığın tespitinde de ceza koşulunun muaccel olduğu anın esas alınması gerekir⁵⁰⁴. Bu görüş savunanlarına göre; aşırılığın tespitinde muacceliyet anı esas alındığında, ceza koşulunun kararlaştırıldığı andan muacceliyet anına kadar ki gelişen olaylar ve değişen durumların, ceza koşulunun aşırılık durumuna etkisi de göz önüne alınmış olacaktır⁵⁰⁵. Ancak, muacceliyet anından, aşırılığa ilişkin tespit kararının verileceği ana kadar, ceza koşulunu aşırı hale getirecek veya aşırı olan ceza koşulunun aşırılık durumunu ortadan kaldıracak durum ve koşulların ortaya çıkabilir. Bu durumdan alacaklı veya borçlunun zarar görme ihtimalini gözetmemesi nedeniyle aşırılığın tespitinde, ceza koşulunun muacceliyet anının esas alınmasına dair görüş doktrinde eleştirilmektedir⁵⁰⁶.

Bir diğer görüşe göre; ceza koşulunun aşırı olup olmadığının tespit anı, mahkeme kararının verildiği tarih, yani hükme en yakın tarih olmalıdır⁵⁰⁷. Bu görüş savunanlarına göre; mahkemece en son duruşma günündeki durum ve koşulların göz önünde bulundurulmasıyla, aşırılığın tespitinde ceza koşulunun kararlaştırıldığı veya muacceliyet anının esas alınmasında ortaya çıkacak sakıncalar, hemen hemen bertaraf edilmiş olacaktır⁵⁰⁸. Bunun yanında, aşırılık tespitinde ele alınacak ölçütlerden olan tarafların ekonomik durumlarının, hakkaniyete daha uygun değerlendirilmesi

⁵⁰³ TUNÇOMAĞ, s. 150-151; KOCAAĞA, s. 351-352; GÜLSEVEN, s. 121; YAĞCIOĞLU, s. 239.

⁵⁰⁴ TUNÇOMAĞ, s. 151; KOCAAĞA, s. 352; GÜLSEVEN, s. 121; YAĞCIOĞLU, s. 238 – 239.

⁵⁰⁵ KOCAAĞA, s. 352; TUNÇOMAĞ, s. 151; GÜLSEVEN, s. 121; YAĞCIOĞLU, s. 239.

⁵⁰⁶ TUNÇOMAĞ, s. 151; KOCAAĞA, s. 352; GÜLSEVEN, s. 121; YAĞCIOĞLU, s. 239.

⁵⁰⁷ HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 385; TUNÇOMAĞ, s. 151; GÜLSEVEN, s. 122; KOCAAĞA, s. 352; YAĞCIOĞLU, s. 238, 239.

⁵⁰⁸ YAĞCIOĞLU, s. 239; GÜLSEVEN, s. 122; KOCAAĞA, s. 352-353; TUNÇOMAĞ, s. 151.

bakımından da, aşırılığın tespitinde esas alınacak anın, kararın verildiği an olmasının daha isabetli olacağı, bu görüş taraftarlarınca ileri sürülmektedir⁵⁰⁹.

Bu konuda ileri sürülen bir başka görüş ise; ceza koşulunun tespitinde esas alınacak anın dava tarihi olması gerektiğidir⁵¹⁰. Buna göre, ceza koşulu alacağı için, muaccel olmadan dava açılmayacağı, bununla birlikte her dava açıldığı tarihteki duruma göre değerlendirileceğinden duruşma aşamasındaki durum ve koşullar ile davanın uzamasının sonuca bir etkisi olmayacaktır⁵¹¹. Bu görüşe getirilen eleştiriler ise, ülkemizde yargılama sürecinin uzunluğu göz önünde bulundurulduğunda, bu süreç boyunca hem borçlunun hem de alacaklının ekonomik durumları ile menfaatlerinin değişkenlik göstererek, aralarındaki menfaat dengelerinin bozulması ihtimali yüksektir⁵¹². Bu görüş benimsendiğinde, söz konusu değişimler değerlendirme konusu yapılamayacaktır.

Ceza koşulunun aşırılığının tespitinde, her olayın özelliklerine göre değişik tarihlerin esas alınabileceği, bunun hâkimin takdirine bırakılması gerektiği, aşırılığın tespit edileceği an bakımından ileri sürülen bir başka görüştür⁵¹³. Bu görüş savunanlarına göre; aşırılığın tespitinde, ceza koşulunun kararlaştırıldığı an ile mahkemenin karar tarihinin göz önünde tutulması gerekmele birlikte, muaccel olmuş ceza koşulunun aşırı olup olmadığı incelendiğinden, ilke olarak ceza koşulunun muaccel olduğu an daha fazla önem arz etmektedir⁵¹⁴. Belirtmek gerekir ki; bu görüşün kabulü halinde, hangi durumlarda hangi anın esas alınması konusunda bir kural konulamayacaktır. Birbirine benzer uyuşmazlıklarda, aşırılığın tespitinde birbirinden değişik anların esas alınmasıyla hakkaniyete aykırı sonuçlar ortaya çıkabilecek; bu durum ise yargı uygulamasında tereddüde ve istikrarsızlığa yol açılabilir, hukuk güvenliğini tehlikeye sokabilecektir.⁵¹⁵ Aşırılığın tespitinde esas alınacak an olarak, karar tarihi, yani hükme en yakın tarihin esas alınmaması halinde, esas alınacak diğer anlara yönelik yukarıda izah edilen sakıncalar yine ortaya çıkacaktır⁵¹⁶.

⁵⁰⁹ YAĞCIOĞLU, s. 239; GÜLSEVEN, s. 122.

⁵¹⁰ GÜNAY, s. 196; YAĞCIOĞLU, s. 238, 239.

⁵¹¹ GÜNAY, s. 196; GÜLSEVEN, s. 122.

⁵¹² YAĞCIOĞLU, s. 239.

⁵¹³ KOCAAĞA, s. 353; TUNÇOMAĞ, s. 151; YAĞCIOĞLU, s. 239; GÜLSEVEN, s. 122; ÇINAR, 101 : Yazar, bu konuda kanun koyucunun bilinçli olarak düzenleme yapmayarak, hâkime takdir hakkı tanımak amacıyla olduğunu ileri sürmektedir.

⁵¹⁴ KOCAAĞA(Cezai Şart), s. 238; GÜLSEVEN, s. 122.

⁵¹⁵ TUNÇOMAĞ, s. 151; KOCAAĞA, s. 353; GÜLSEVEN, s. 122; YAĞCIOĞLU, s. 239.

⁵¹⁶ TUNÇOMAĞ, s. 151; KOCAAĞA, s. 353; GÜLSEVEN, s. 122.

Kanaatimizce, ceza koşulunun aşırılığının tespitinde esas alınacak an, mahkeme karar tarihine en yakın tarih olmalıdır. Zira, yukarıda diğer görüşlerin kabulü halinde gerçekleşmesi muhtemel tüm sakıncaları gidermenin yolu, aşırılık değerlendirmesinin hükme en yakın tarihte var olan koşullara göre yapılmasıdır. Böylece, alacaklı ve borçlunun ekonomik durumları da dahil olmak üzere, aşırılığın tespitinde esas alınacak ölçütler, güncel duruma göre değerlendirilerek, hakkaniyete uygun bir tespitin yapılması daha da mümkün olacaktır.⁵¹⁷

3. AŞIRILIĞIN TESPİTİNDE DİKKATE ALINACAK UNSURLAR

Kanun koyucu, ceza koşulunun aşırılığının tespitinde ele alınacak ölçütlere dair herhangi bir düzenleme yapmamıştır. Bu nedenle, yargısal içtihatlar da belirlenen ölçütler, aşırılığın tespitinde yol gösterici olmaktadır. Her şeyden önce belirtelim ki; hâkimin, ceza koşulunun aşırı olup olmadığını değerlendirme konusundaki takdir yetkisi ile aşırılığın tespiti halinde indirim yapma yetkisi ve görevi, tarafların sözleşme yapma özgürlüğüne kolayca müdahale edebilmesi olarak kabul edilmemelidir. Bu nedenle, hâkim sözleşmeye müdahale ve indirim konusundaki takdir yetkisini titizlikle kullanmalı, ortada açıkça hakkaniyet aykırı bir durum var ise, sözleşme özgürlüğü ilkesine istisna olarak getirilen bu müdahale yetkisini kullanmalıdır⁵¹⁸. Yargıtay' ın, hâkime tanınan bu müdahale yetkisinin istisnai olduğu ve ölçülü olarak kullanılması gerektiği yönünde kararları mevcuttur⁵¹⁹.

Belirttiğimiz gibi, ceza koşulunun aşırılığını tespitte kanun koyucu bir ölçüt getirmemişse de Yargıtay Özel Daireleri ve Hukuk Genel Kurulu'nca, aşırılığın tespitinde ele alınacak ölçütler yerleşik olarak içtihat edilmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 29.11.2017 tarihli kararında⁵²⁰; hâkimin ceza koşulunun indirilmesine ilişkin yetkisini kullanırken; alacaklının menfaatleri, tarafların

⁵¹⁷ Aynı yönde Bkz. YAĞCIOĞLU, s. 239; GÜLSEVEN, s. 122.

⁵¹⁸ KOCAĞA, s. 341; CANSEL/ ÖZEL, s. 732; TERCİER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 433; BİLGE, s. 120; YAĞCIOĞLU, s. 240.

⁵¹⁹ Yarg.3. HD, T. 8.10.2018, 4453/ 9630 : "...Ne var ki, akdin bir şartını değiştirme yetkisini veren bu hak, istisnai olarak tanınmış bir hak olduğu için Hâkim, bu hakkını ölçülü olarak kullanmalı, cezanın fahiş olup olmadığının tespitinde mahkemece sözleşmenin yerine getirilmemesinden dolayı davacının uğradığı zararın belirlenmesi gerekir."(www.kazanci.com.tr, E.T. : 04.05.2019). Aynı yönde Bkz. Yarg. 2. HD, T. 18.9.2018, 3747/ 9363 ; Yarg. 6. HD, T. 4.12.2016, 2569/5645(www.kazanci.com.tr, E.T. : 04.05.2019).

⁵²⁰ Yarg. HGK, T. 29.11.2017, 3-998/ 1459 : "...Hâkim cezai şartın indirilmesi hakkını kullanırken alacaklının menfaatlerini, tarafların iktisadi durumunu, borca aykırılığın objektif ağırlığını, borçlunun kusurunun derecesini göz önünde tutarak hareket etmelidir. Bu değerlendirme yapılırken ceza şartının

ekonomik durumunu, borca aykırılığın objektif ağırlığını, borçlunun kusurunun derecesini göz önünde tutması gerektiği ve bununla beraber, ceza koşulunun, borçluyu borcunu yerine getirmeye psikolojik bakımdan zorlamak üzere kararlaştırılmış olduğunu gözden kaçırmaması gerektiği ifade edilerek, ceza koşulunun aşırılık değerlendirmesinde hangi ölçütlerin göz önünde tutulması ve ceza koşulunun ifaya zorlama işlevinin göz ardı edilmemesi gerektiğine işaret edilmiştir. Yargıtay Özel Dairelerince⁵²¹de, ceza koşulunun aşırı olup olmadığının hangi ölçütlerin göz önünde tutulması gerektiği birçok içtihatlarla belirlenmiştir. Ancak bu ölçütlerin ne şekilde ele alınması gerektiğine dair bir metot, Yargıtay kararlarında işaret edilmemektedir.

Doktrinde de, Yargıtay' la aynı doğrultuda; ceza koşulunun aşırı olup olmadığının değerlendirilmesinde, öncelikle alacaklının asıl borcun yerine getirilmesiyle elde edeceği yarar ile ceza koşulu meblağı arasındaki oran, tarafların ekonomik durumu, borçlunun ödeme gücü, borca aykırılığının ağırlığı, borçlunun borcunu yerine getirmemesiyle sağladığı menfaat, borçlunun kusurunun ağırlığı, borca aykırı davranılması sonucu alacaklının uğradığı zarar, aradaki sözleşmenin türü ve süresi, tarafların tecrübeleri ve sözleşmeden doğan olası bağımlılıkları gibi somut olayın özelliklerini gösteren ölçütlerin göz önünde tutulması gerektiği belirtilmektedir⁵²².

Ancak, belirtmek gerekir ki; ceza koşulunun aşırı olup olmadığının değerlendirilmesinde, ceza koşulunun bağlı bulunduğu borç ilişkisinin ve taraflar üzerinde yarattığı etkiler gibi her olayın kendi özelliğine göre yer alan etkenlerin de göz

borçluya borcunu yerine getirmeye psikolojik bakımdan zorlamak üzere konulmuş olduğu gözden asla uzak tutulmamalıdır...” (www.kazanci.com.tr, E.T. : 04.05.2019).

⁵²¹ Yarg. 13. HD, T. 20.12.2018,11008/ 12485 : “...Ceza koşulunun fahiş olup olmadığı tarafların ekonomik durumu, özel olarak borçlunun ödeme kabiliyeti ile beraber borcunu yerine getirmemiş olması nedeniyle sağladığı menfaat, borçlunun kusur derecesi ve borca aykırı davranışının ağırlığı ölçü olarak alınarak tayin edilmeli ve hüküm altına alınacak ceza miktarı hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun olarak tespit edilmelidir.” (www.e-uyar.com, E.T. : 04.05.2019). Yarg. 3. HD, T.8.10.2018, 4453/ 9630 : “...Hâkim, bu hakkını ölçülü olarak kullanmalı, cezanın fahiş olup olmadığının tespitinde mahkemece sözleşmenin yerine getirilmemesinden dolayı davacının uğradığı zararın belirlenmesi gerekir. Davacı bu zarar ile mahkemece takdir edilecek ve müeyyide teşkil edecek bir miktarın eklenmesi suretiyle bulunacak bir tutardan ibaret olmalıdır. Hâkim; tarafların ekonomik durumu, borçlunun ödeme yeterliliği ile beraber borcunu yerine getirmemiş olması dolayısıyla sağladığı yarar, cezai şart talep edilen sürede davacıların kira konusunu kullanmaları karşılığı elde edebilecekleri kazanç, borçlunun kusur derecesi, borca aykırı davranışın ağırlığı, sözleşmeden beklenen yararın elde edilememesi ve akde aykırı davranılması yüzünden doğan zarar, cezai şartın tazmin ve ceza fonksiyonlarının dengeli olarak korunması gereği prensiplerini göz önünde bulundurmalı ve Hâkim kullandığı takdir hakkını Yargıtay'ın denetimine olanak vermeye elverişli objektif esaslara dayandırmalıdır.” (www.kazanci.com.tr, E.T.: 04.05.2019); Aynı yönde Bkz. Yarg. 6. HD, T. 4.10.2016, 2569/ 5645 (www.e-uyar.com, E.T.: 04.05.2019).

⁵²² KOCAĞA, s. 342; EREN, s. 1189; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 548; KILIÇOĞLU, s. 987; TERCİER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 432-433; CANSER/ ÖZEL, s. 732; GÜLSEVEN, s. 97; BİLGE, s. 121-123; ÇINAR, s. 106-107; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 385; YAĞCIOĞLU, s. 240 vd.

önünde bulundurulması gerekir. Bu bakımdan, ceza koşulunun aşırı olup olmadığına dair yapılacak değerlendirme bakımından kesin ölçütler vermek mümkün değildir⁵²³. Bu nedenle, borçlu ceza koşulu miktarının tamamından sorumlu olduğunda hakkaniyete ve adalete aykırı bir durumun ortaya çıkacağı, hâkim tarafından tespit edilebiliyorsa ceza koşulunun aşırı olduğunun tespitiyle, indirilmesi gerekmektedir⁵²⁴. Ancak, hâkim bu yetkisini kullanırken, Yargıtay kararlarında⁵²⁵ da istikrarlı olarak belirtildiği üzere, ceza koşulunun borçluyu ifaya zorlama amacı da göz önünde bulundurulmalı, borçlu üzerindeki borcunu ifa etmesi yönünde sağladığı manevi baskı göz ardı edilmemelidir⁵²⁶.

Ceza koşulunun aşırı olup olmadığının tespitinde kullanılacak ölçütler, ceza koşulunun aşırı olduğunun tespiti halinde yapılacak indirimin miktarının belirlenmesinde de kullanılacaktır⁵²⁷. Gerek ceza koşulunun aşırı olup olmadığının değerlendirilmesinde, gerekse de ceza koşulunun indirilmesinde kullanılacak bu ölçütler tek başına ele alınmamalı, somut olayın özelliklerine göre diğer ölçütlerle birlikte değerlendirme konusu yapılmalıdır⁵²⁸.

Ceza koşulunun aşırı olup olmadığının değerlendirmesinde esas alınacak başlıca ölçütler üzerinde durmakta yarar görmekteyiz.

a. Alacaklının Menfaati

Ceza koşulunun aşırı olup olmadığının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması gereken ölçütlerden birisi; alacaklının geniş anlamda menfaatleridir. Zira, ceza koşulu miktarının, borçlunun üzerinde ağır bir yük olacak şekilde adalet ve hakkaniyete aykırı olmaması gerektiği gibi, aşırılığı tespit edilen ceza koşulunun indirilmesi sonrasında kalan miktarın da alacaklı yönünden adalet ve hakkaniyete aykırı olmaması gerekir⁵²⁹. Bu sebeple, borcun ifa edilmesiyle alacaklının elde edeceği menfaat ile ceza koşulu meblağı arasındaki oranın adalet ve hakkaniyete uygun olması gerekmektedir. Alacaklı ve borçlunun her ikisinin de menfaat durumunun gözetilmesi

⁵²³ KOCAAĞA, s. 343; GÜLSEVEN, s. 95; YAĞCIOĞLU, s. 240.

⁵²⁴ KOCAAĞA, s. 343; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 548; EREN, s. 1189; YAĞCIOĞLU, s. 240.

⁵²⁵ Yarg. HGK, T. 29.11.2017, 3-998/ 1459; Yarg. 3. HD, T.8.10.2018, 4453/ 9630 (www.kazanci.com.tr, E.T.: 04.05.2019); Yarg. 6. HD, T. 4.10.2016, 2569/ 5645 (www.e-uyar.com, E.T.: 04.05.2019).

⁵²⁶ OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 548-549.

⁵²⁷ KOCAAĞA, s. 343

⁵²⁸ GÜLSEVEN, s. 98.

⁵²⁹ TUNÇOMAĞ, s. 146; KOCAAĞA, s. 344; GÜLSEVEN, s. 99; YAĞCIOĞLU, s. 241.

gerekmekle birlikte, hâkim öncelikle alacaklının menfaatlerini tespit etmeli ve değerlendirmelidir⁵³⁰.

Alacaklının menfaati olarak, başta alacaklının sözleşmenin ifa edilmesiyle elde edeceği menfaat belirlenmelidir. Ceza koşulu meblağının, borcun ihlaliyle uğranılan zarardan fazla olması, ceza koşulunun aşırı olduğuna tek başına bir delil olamaz⁵³¹.

Alacaklının menfaatlerinin belirlenmesinde, sadece maddi menfaatleri değil; manevi menfaatleri de göz önünde bulundurulmalıdır⁵³². Alacaklının maddi menfaatleri, konusu parayla ölçülebilen menfaatler olup, manevi menfaatleri ise bir şey üzerinde malvarlığı değeri bulunmayan fakat korunması gereken menfaatleridir. Ceza koşulunun bağlı olduğu ve ifası teminat altına alınma amacı güdülen asıl borç, değer olarak madden ölçülebilir bir borç olabileceği gibi manevi değeri olan bir borç da olabilir⁵³³. Böyle bir durumda, alacaklının manevi menfaatlerinin de değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak, manevi menfaatlerin paraya çevrilmesinde objektif bir ölçüt bulunmadığından, bu menfaatlere karşılık gelen parasal değer tahmini olarak hesaplanacaktır. Ceza koşulu meblağının, alacaklının meydana gelen zarar miktarıyla uyumlu olmasını sağlamak, indirimin amaçlarındandır. Bu nedenle, söz konusu yöntemin bir sakıncası bulunmamaktadır.⁵³⁴ Bunun yanında, asıl borcun ifası ile sağlanan manevi menfaatin alacaklıda yarattığı etki ile ceza koşulunun ifasının borçluda yaratacağı etkinin tahmini bir kıyaslama da başka bir metot olarak ileri sürülmektedir⁵³⁵.

Ceza koşulunun aşırı olup olmadığının belirlenmesinde, alacaklının asıl borcun ihlaliyle uğramış olduğu maddi zararları önem arz eder. Öyle ki; asıl borcun ihlaliyle alacaklı önemli ölçüde zarara uğramışsa, borçlunun indirim talebinin reddi gerekir⁵³⁶. Ceza koşulunun talep edilebilmesi için, alacaklının borcun ihlali neticesinde uğradığı zararı ispat etme zorunluluğu yoktur. Ceza koşulunun, alacaklıyı uğradığı zararı ispat külfetinden kurtarma işlevi, onu bu mükellefiyetten kurtarır⁵³⁷. Alacaklı herhangi bir zarara uğramasa da, ceza koşulunu talep edebilir. Ancak ceza koşulunun indirilmesi gündeme geldiğinde, alacaklının ceza koşulu ile elde etmek istediği menfaatin

⁵³⁰ BİLGE, s. 121; KOCAAĞA, s. 344; TUNÇOMAĞ, s. 146; GÜLSEVEN, s. 99; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 385; ÇINAR, s. 106.

⁵³¹ KOCAAĞA, s. 344; YAĞCIOĞLU, s. 242.

⁵³² TUNÇOMAĞ, s. 146; KOCAAĞA, s. 344; BİLGE, s. 121; ÇINAR, s. 107; GÜLSEVEN, s. 100; YAĞCIOĞLU, s. 242.

⁵³³ KOCAAĞA, s. 344; BİLGE, s. 121; ÇINAR, s. 107; YAĞCIOĞLU, s. 244.

⁵³⁴ TUNÇOMAĞ, s. 147; KOCAAĞA, s. 345.

⁵³⁵ YAĞCIOĞLU, s. 244 – 245.

⁵³⁶ TUNÇOMAĞ, s. 146; KOCAAĞA, s. 345.

⁵³⁷ TUNÇOMAĞ, s. 146; KOCAAĞA, s. 345;

belirlenmesi için, alacaklının uğradığı zarar ile ceza koşulu arasındaki ilişkinin incelenmesi gerekmektedir⁵³⁸.

Alacaklı hiç zarara uğramasa da ceza koşulunun ödenmesi gerektiğine dair TBK md. 180, f. 1 düzenlemesi karşısında; asıl borcun ihlaliyle uğranılan zararın, ceza koşulundan az olması, ceza koşulunda indirim yapılmasını gerektirmez⁵³⁹. Zira, bu konuda sadece mevcut zararların değil, muhtemel zararların da göz önünde bulundurulması gerekir⁵⁴⁰. Bununla birlikte, asıl borcun ihlali sonucunda, alacaklının hiç zarara uğramaması veya çok az miktarda zarara uğraması ise, ceza koşulunun indirilmesine etki edebilir⁵⁴¹.

Bununla beraber, alacaklının borcun ihlali sonucunda uğradığı zarar ile ceza koşulu meblağı arasındaki oranın, indirim bakımından değerlendirilmesinde bir ayrıma da gitmek gerekir. Şöyle ki; sürekli borç ilişkilerinde, borç bir kez ihlal edildiğinde ceza koşulunun bir kere ödeneceği kararlaştırılmış olabilir. Böyle bir durumda, bir defaya mahsus ödenmek üzere kararlaştırılan ceza koşulu, o an mevcut olmayan ve fakat ileride doğması muhtemel ve o an için ispatı güç zararları da teminat altına almak maksadıyla yüksek olarak kararlaştırılabilir. Böyle bir durumda, alacaklının meydana gelen zararına göre yüksek olmasından ötürü ceza koşulu meblağının her zaman aşırı olduğu sonucu çıkarılmamalıdır. Bu halde, alacaklının muhtemel zararları da göz önünde bulundurulmalı ve buna göre aşırılık değerlendirmesi ile ceza koşulunun indirilmesinin gerekip gerekmediğine karar verilmelidir.⁵⁴²

Diğer taraftan, sürekli borç ilişkilerinde her meydana gelen borç ihlaline karşılık ceza koşulu ödenmesi kararlaştırılmış ise; alacaklı, her borç ihlaliinde uğradığı zararı ispat külfetinden kurtulmuş olacaktır. Ancak, uğranılan zarar ile ceza koşulu meblağı arasında hakkaniyete aykırı şekilde bir oransızlığın bulunması halinde, her borç ihlaliinde ödenecek ceza koşulu meblağlarının toplamı borçlu bakımından tahammül edilemez boyutlara ulaşabilir. Böyle bir durumda ceza koşulunun indirilmesi yoluna gidilmelidir.⁵⁴³

⁵³⁸ BİLGE, s. 122; KOCAAĞA, s. 346; ÇINAR, s. 108.

⁵³⁹ BİLGE, s. 121-122; KOCAAĞA, s. 346; ÇINAR, s. 108; YAĞCIOĞLU, s. 242.

⁵⁴⁰ BİLGE, s. 121-122; KOCAAĞA, s. 346; ÇINAR, s. 108; YAĞCIOĞLU, s. 242 – 243. ÇINAR' a göre; "Cezaî şartın aşırı olduğunu borçlu ispat etmek zorunda olsa da, indirim miktarının belirlenmesi açısından, zararının miktarını alacaklı ispat etmelidir. Öyle ki, borçlunun, alacaklının uğradığı zararı ispat etmesi, özellikle alacaklının zararının olmadığı durumlarda mümkün olmayacaktır."(ÇINAR, s. 108).

⁵⁴¹ BİLGE, s. 110; KOCAAĞA, s. 346; GÜLSEVEN, s. 104; TUNÇOMAĞ, s. 146; YAĞCIOĞLU, s. 242.

⁵⁴² BİLGE, s. 122; KOCAAĞA, s. 346-347; ÇINAR, s. 108.

⁵⁴³ BİLGE, s. 122.

b. Borca Aykırılığın Ağırlığı

Borcun ihlalinin ağırlık derecesi, ceza koşulunun aşırı olup olmadığının belirlenmesine başvurulacak bir başka ölçüttür. Borçlunun, borcunu oluşturan edim taahhüdüne ne ölçüde uygun davrandığı, ceza koşulunun aşırılığının tespitinde önem arz eder⁵⁴⁴. Borca aykırılığın ağırlığının, kusur ve zarardan bağımsız bir ölçüt olarak ele alınmasının nedeni, borçlunun kusurunun ağır ve fakat borca aykırılığın hafif olması ya da kusurun hafif olmasına veya olmamasına rağmen meydana gelen zararlar yönünden borca aykırılığın ağır olduğu gibi ihtimalleri açıklamak içindir⁵⁴⁵.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu' nun, 29.11.2017 tarihli kararında⁵⁴⁶; bu ölçüt, "borca aykırılığın objektif ağırlığı" olarak tanımlanmıştır. Buna göre, borca aykırılığın ağır olduğu bir durumda, ya indirim söz konusu olmamalı ya da aykırılığa nispeten daha az bir indirim yapılmalıdır⁵⁴⁷. Örneğin, ceza koşuluna bağlanmış bir rekabet yasağı borcu altına girmiş borçlunun, rekabet yasağı borcuna konu olan işyerine çok yakın bir yerde işyeri açmasıyla borcunu ihlal etmesi, ağır bir borca aykırılık oluşturacak ve ceza koşulunun indirilmesi yoluna gidilemeyebilecektir⁵⁴⁸. Karşı ihtimalde, borçlunun borcunu ihlal etmesine dair davranışları, alacaklının korunmak istenen menfaatlerin tamamına oranla önemsiz veya hafif olması halinde, ceza koşulunun indirilmesi yoluna gidilmelidir⁵⁴⁹. Yine, ceza koşuluna bağlanmış rekabet yasağı borcuna dair örneği bu ihtimal bakımından verecek olur isek; borçlunun rekabet yasağı borcunu, sırf bir kimseye yardımda bulunmaktan ibaret eylemiyle ihlal etmesi veya tesadüfen borcunu ihlal etmesi halinde borca aykırılığının hafif sayılması ve ceza koşulunun indirilmesi gerekir⁵⁵⁰.

Birbirini izleyen farklı zamanlarda ifa edilmesi gereken borçların tümü için tek bir ceza koşulu kararlaştırıldığı durumlarda, bu borçların önemli bir kısmı ifa edilmiş ve fakat küçük bir kısmı ifa edilmemişse; ceza koşulu, borçların tamamına göre aşırı olmasa da, ifa edilmemiş olan borç kısmıyla ceza koşulu arasında hakkaniyete aykırı bir

⁵⁴⁴ TUNÇOMAĞ, s. 147; KOCAAĞA, s. 347; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 433; EREN, s. 1189; KILIÇOĞLU, s. 987; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 548; GÜLSEVEN, s. 105; YAĞCIOĞLU, s. 247.

⁵⁴⁵ YAĞCIOĞLU, s. 247.

⁵⁴⁶ Yarg. HGK, T. 29.11.2017, 3-998/1459; "...Hâkim cezai şartın indirilmesi hakkını kullanırken alacaklının menfaatlerini, tarafların iktisadi durumunu, borca aykırılığın objektif ağırlığını, borçlunun kusurunun derecesini göz önünde tutarak hareket etmelidir." (www.kazanci.com.tr, E.T.: 04.05.2019).

⁵⁴⁷ TUNÇOMAĞ, s. 147; KOCAAĞA, s. 347; GÜLSEVEN, s. 105.

⁵⁴⁸ TUNÇOMAĞ, s. 147; BİLGE, s. 123; KOCAAĞA, s. 347-348.

⁵⁴⁹ TUNÇOMAĞ, s. 147; KOCAAĞA, s. 348; GÜLSEVEN, s. 105.

⁵⁵⁰ TUNÇOMAĞ, s. 147; KOCAAĞA, s. 348.

oransızlık olduğunda, ceza koşulu indirilebilir⁵⁵¹. Yargıtay da, kısmi ifanın ceza koşulunun indirilmesini gerektiren haklı bir sebep olduğu kanaatindedir⁵⁵². Ancak kanaatimizce, burada esas alınması gereken nokta, ihlal edilen borç kısmının ifa edilen borç kısmına göre önem derecesidir⁵⁵³. Zira, birbirini izleyen farklı zamanlarda ifa edilmesi gereken borçlardan küçük bir kısmı, diğer ifası gerçekleşen borçlara nazaran daha önemli, hatta hepsinin toplamından çok daha önemli derecede olabilir. Ceza koşulunun aşırı olup olmadığına dair yapılacak değerlendirmede bu hususlar titizlikle incelenmelidir.

Birden çok borcun, tek bir ceza koşuluna bağlandığı durumlarda da; borçlunun bu borçlardan birini önemsiz derecede ihlal etmesi halinde, kararlaştırılan bu ceza koşulunun indirilmesi gerekir⁵⁵⁴.

c. Borçlunun Kusurunun Ağırılığı

Borçlunun, borcun ihlalinde kusuru olmadığını ispat ederek ceza koşulunun muaccel hale gelmesinin önüne geçebileceğine değinmiştik⁵⁵⁵. Sorumluluk hukukunda kusurun mevcudiyeti ve derecesi önem arz etmektedir. Öyle ki; haksız fiil sorumluluğunda tazminatın kapsam ve miktarının, durumun gereği ve özellikle kusurun ağırlığı göz önünde bulundurularak belirleneceğini düzenleyen TBK md. 51, f. 1 hükmü, TBK md. 114, f. 2 gereğince sözleşme sorumluluğunda da kıyasen uygulanmalıdır. Bu halde, borçlunun borcun ihlalinde kusurunun hafif olması veya ihlalin yardımcı kişinin eyleminden kaynaklanması ile borçlunun kasten hareket ederek borcun ihlaline sebep olmasının farklı bir değerlendirmeye tabi tutulması gerekir. Ceza koşulunun aşırılığının tespiti ve indirilmesinde de, borcun ihlalinde kusurun derecesinin önem arz etmesi doğaldır.⁵⁵⁶ Bu durumda, ceza koşulunun aşırı olup olmadığı ve bunun sonucu olarak indirilip indirilmeyeceğine dair yapılacak değerlendirmede, borçlunun

⁵⁵¹ TUNÇOMAĞ, s. 147-148; BİLGE, s. 123; KOCAAĞA, s. 348; GÜLSEVEN, s. 105; YAĞCIOĞLU, s. 247.

⁵⁵² Yarg. HGK, T. 08.03.1961, 4-2/ 10 : “Ceza şartının indirilmesinde hâkimin gözetmek zorunda olduğu bazı prensipler vardır; ... c - Borçlunun kusurunun derecesi ve borca aykırı davranışın ağırlık derecesi (ki arada borcun bir kısmının yerine getirilmiş olması hafifletici sebeplerden sayılır) de kullanılacak ölçülerdendir.” Aynı yönde Bkz. Yargıtay 19.HD, T. 21.4.2016, 14997/ 6984. (www.kazanci.com.tr, E.T. : 10.05.2019).; GÜNAY, s. 191-192; KOCAAĞA, s. 348.

GÜNAY, s. 191-192; KOCAAĞA, s. 348.

⁵⁵³ GÜLSEVEN, s. 105.

⁵⁵⁴ BİLGE, s. 122-123; KOCAAĞA, s. 348; GÜLSEVEN, s. 105; TUNÇOMAĞ, s. 147-148.

⁵⁵⁵ Bkz. Bölüm III, II, C ,2, b.,

⁵⁵⁶ TUNÇOMAĞ, s. 148; KOCAAĞA, s. 348-349; GÜLSEVEN, s. 107; YAĞCIOĞLU, s. 245.

borcun ihlalindeki kusur durumu da başvurulacak ölçütlerden olmalıdır⁵⁵⁷. Yargıtay kararlarında da, borçlunun kusurunun derecesinin ceza koşulunun aşırı olup olmadığına dair yapılacak değerlendirmede ele alınması gereken bir ölçüt olduğu belirtilmektedir⁵⁵⁸.

Borcun ihlalinde borçlunun kusuru yok ise; kural olarak ceza koşulu muaccel olmadığına ve borçlu ceza koşulunu ödeme külfetinden kurtulmaktadır. Bu durumda; ceza koşulunun aşırılık değerlendirmesinde borçlunun kusurunun etken olacağı haller; borçlunun kusursuz olduğu halde dahi ceza koşulu ödemeyi taahhüt ettiği, borcun ihlalinde kusursuz olsa da bunu ispat edemediği ya da borcun ihlalinde kusurunun olduğu durumlar olacaktır⁵⁵⁹. Diğer taraftan; borcun ihlalinde borçlunun kusurunun bulunmaması, ceza koşulunun muacceliyetine engel olarak borçluyu ceza koşulunu ödeme külfetinden kurtarması karşısında; borcun ihlal edilmesinde borçlunun kusurunun hafif olmasının da doğal olarak ceza koşulunun indirilmesini gerektirdiğini kabul etmek gerekir⁵⁶⁰. Ancak kusurun hafif olması her zaman ceza koşulunun indirimine sebep değildir. Zira, borçlunun kusuru hafif olsa da, karşılaştırılan ceza koşulu meblağı aşırı olarak nitelendirilmiyorsa indirim yoluna gidilmemelidir⁵⁶¹.

Borçlunun borcunu kasten ihlal ettiği, borcun ihlalinde ağır kusurunun olduğu hallerde; ceza koşulunun aşırı olduğundan bahisle indirilmemesi, başkaca indirim koşulları var ise de indirimin çok düşük oranlarda yapılması gerekmektedir⁵⁶². Yargıtay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta⁵⁶³, asgari süreli iş sözleşmelerinde karşılıklı prensibine uygun olarak karşılaştırılan ceza koşulunun, iş akdini fesih nedeninde haklı olmayan ve bu suretle sözleşmeye aykırılıkta kusurlu olan işçinin, bu

⁵⁵⁷ TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 433; EREN, s. 1189; KILIÇOĞLU, s. 987; CANSEL/ ÖZEL, s. 732; TUNÇOMAĞ, s. 148; BİLGE, s. 122; KOCAAĞA, s. 349; ÇINAR, s. 108; GÜLSEVEN, s. 107; YAĞCIOĞLU, s. 245.

⁵⁵⁸ Yarg.13.HD, T. 5.11.2018, 3146/ 10209 : "...Ceza koşulunun fahiş olup olmadığı, tarafların iktisadi durumu, özel olarak borçlunun ödeme kabiliyeti ile beraber, borçlunun borcunu yerine getirmemiş olması nedeniyle sağladığı menfaat, kusur derecesi ve borca aykırı davranışın ağırlığı ölçü alınarak tayin edilmeli..."(www.kazanci.com.tr, E.T. : 11.05.2019); YAĞCIOĞLU, s. 245, dpn. 883' de yer alan içtihatlar.

⁵⁵⁹ TUNÇOMAĞ, s. 148-149; KOCAAĞA, s. 349; YAĞCIOĞLU, s. 246.

⁵⁶⁰ BİLGE, s. 123; KOCAAĞA, s. 349; GÜLSEVEN, s. 107; YAĞCIOĞLU, s. 245 – 246.

⁵⁶¹ TUNÇOMAĞ, s. 149; GÜLSEVEN s. 107; KOCAAĞA, s. 349-350.

⁵⁶² TUNÇOMAĞ, s. 149; KOCAAĞA, s. 350; GÜLSEVEN, s. 108. ÇINAR' a göre, "Borçlu tarafından sözleşmenin ifası mümkün iken ifa edilmemişse, borçlu alacaklıyı zarara uğratmak kastıyla hareket etmişse, cezaî şartın indirilmemesi gerekir"(ÇINAR, s. 109).

⁵⁶³ Yarg. 22.HD, T. 7.1.2019, 17071/ 21 : "...Dosya içeriğinden, sözleşmedeki düzenlemenin karşılıklı prensibine uygun olduğu, davalı işçinin işten ayrılış dilekçesinde haklı sebebe dayanmadığı, yargılama aşamasında da bu yönde bir iddiada ve ispatta bulunmadığı anlaşılmaktadır. Mahkemece, cezaî şarta ilişkin düzenlemenin geçerli olduğu yönündeki tespit ve cezaî şart miktarının belirlenmesinde oranlama yapılması isabetli ise de, mülga 818 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 161. maddesinin son fıkrası gereği indirim yapılması isabetli olmamıştır. Mahkemece takdiri indirim yapılmak sureti yazılı şekilde karar verilmesi bozma sebebidir..."(www.kazanci.com.tr, E.T. : 11.5.2019)

sebeple ödemekle yükümlü olduğu ceza koşulunun indirilmesinin söz konusu olmayacağı belirtilmiştir.

Borçlunun kusuru ile birlikte alacaklının ortak (müterafik) kusurunun varlığı halinde de, ceza koşulunun indirim sebepleri arasında sayılabilir⁵⁶⁴. Esasen bu durum, borçlunun borcun ihlalindeki kusur derecesinin ne kadar olduğunun, ceza koşulunun aşırı olup olmadığı ve indirilmesinin gerekip gerekmediğine dair yapılacak değerlendirmede göz önünde bulundurulacak olmasının bir yansımasıdır. Zira, alacaklının borcun ihlalindeki kusur oranına göre, borçlunun kusuru azalacak ve bu da ceza koşulunun indirimine neden olabilecektir.

d. Tarafların Ekonomik Durumu ve Borçlunun Menfaati

Ceza koşulunun aşırılığının belirlenmesi ve buna bağlı olarak aşırı ceza koşulunun indirilmesinde, tarafların ekonomik durumlarının, özellikle borçlunun ekonomik durumunun ve ödeme kabiliyetinin göz önünde bulundurulması gerekir⁵⁶⁵. Özellikle, ekonomik bakımından eşit olmayan taraflardan güçlü olan alacaklının, kendisinden daha zayıf olan borçluyu istismar etmesinin, hatta zayıf olan tarafın ekonomik yıkımının önüne geçmek de ceza koşulunun indirilmesi müessesinin bir amacı olduğuna göre, ceza koşulunun miktarı ile borçlunun ödeme gücü arasında tespit edilecek açık bir oransızlık, ceza koşulunun aşırı olduğu sonucunu verebilecektir⁵⁶⁶. Ceza koşulunu, içinde bulunduğu ekonomik durum icabı, aşırı olduğu halde mecburen kabul eden borçlunun adil olmayan bir sonuçla karşı karşıya bırakmamak ve ceza koşulunu aşırı olmasına rağmen tamamıyla ödemeye mahkûm etmemek gerekir⁵⁶⁷. Ekonomik yönden herkesin eşit olması beklenemeyeceğinden, ekonomik yönden eşit olanlar ile eşit olmayanlar arasında kararlaştırılmış ceza koşulunun aşırı olup

⁵⁶⁴ BİLGE, s. 123; TUNÇOMAĞ, s. 149; KOCAAĞA, s. 350; ÇINAR, s. 109; GÜLSEVEN, s. 107; YAĞCIOĞLU, s. 246.

⁵⁶⁵ TUNÇOMAĞ, s. 149; BİLGE, s. 123; KOCAAĞA, s. 350; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 433; EREN, s. 1189; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 548; KILIÇOĞLU, s. 987; CANSEL/ ÖZEL, s. 732; ÇINAR, s. 109; YAĞCIOĞLU, s. 248.

⁵⁶⁶ TUNÇOMAĞ, s. 149; BİLGE, s. 123; KOCAAĞA, s. 350-351; YAĞCIOĞLU, s. 248. ÇINAR' a göre: "Borçlu, ödemek zorunda kaldığı cezaî şart yüzünden, büyük ekonomik sıkıntılara düşecekse, ceza miktarı borçlunun ödeme gücü oranında belirlenmelidir. Burada da, Borçlar Kanununun 98. maddesinin ikinci fıkrasında yapılan yollama göz önünde tutularak, aynı Kanunun 44. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen hükümden yararlanılabilir. Söz konusu hükme göre, "Eğer zarar kasden veya ağır bir ihmâl veya tedbirsizlikle yapılmamış olduğu ve tazmini de borçluyu müzayakaya maruz bıraktığı takdirde hâkim, hakkaniyete tevfikân zarar ve ziyânı tenkis edebilir". Buna göre, yukarıda incelediğimiz üzere, borçlu sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinde hafif kusurlu ise, ekonomik açıdan cezaî şartı ödeme gücü de yoksa bu durumda ceza miktarı uygun oranda indirilebilecektir."(ÇINAR, s. 109).

⁵⁶⁷ TUNÇOMAĞ, s. 149.

olmadığının tespiti farklı olacaktır⁵⁶⁸. Öyle ki, iki tarafı da aynı veya yakın ekonomik güce sahip iki şirket arasındaki bir sözleşmeye bağlı olarak kararlaştırılan ceza koşulu, bu taraflar arasında aşırı görülmediği halde, ekonomik yönden daha zayıf, örneğin bir elektrik ustası tarafından taahhüt edildiğinde aşırı görülebilir⁵⁶⁹.

Ancak, tarafların ekonomik durumlarının, borçlunun ceza koşulunun bağlandığı borç ilişkisinden elde ettiği menfaatle yine borcu ihlal etmesiyle elde ettiği menfaatten bağımsız olarak değerlendirilmemesi gerekir⁵⁷⁰. Ceza koşulunun bağlı olduğu asıl borcu ihlal etmekle önemli bir menfaat elde eden veya elde edecek olan borçlunun, bu menfaat karşısında miktarı yüksek olan ceza koşulunu ödemesi hakkaniyete ve adalete aykırılık teşkil etmeyecek, ceza koşulunun indirilmesi söz konusu olmayacaktır. Öte yandan, borçlunun asıl borcunu ihlal etmekle elde ettiği veya edeceği menfaatin az olması veyahut herhangi bir menfaat elde etmesinin söz konusu olmadığı durumlarda, diğer ölçütlerin de değerlendirilmesiyle ceza koşulunun aşırı olduğunun tespitiyle, indirilmesini gerektirebilir.⁵⁷¹

Yargıtay'ın yerleşik kararlarında da, tarafların ekonomik durumları, ceza koşulunun aşırılığının tespiti ve indirilmesinin değerlendirmesinde göz önünde bulundurulacak ölçütler arasında sayılmaktadır. Tarafların ekonomik durumlarıyla birlikte özellikle borçlunun ödeme gücü ile beraber borçlunun borcunu ihlal etmiş olması nedeniyle sağladığı menfaatin ölçüt olarak değerlendirilmesi gerektiği söz konusu kararlar da vurgulanmaktadır⁵⁷².

E. BORÇLUNUN TACİR OLMAMASI

Aşırı ceza koşulunun indirilmesine dair TBK'nın md. 182, f. 3 düzenlemesine TTK'nın 22. maddesiyle bir istisna getirilmiş ve tacir sıfatına sahip borçlunun aşırı ceza koşulunun indirilmesini talep edemeyeceği düzenlenmiştir. Esasen, tacire basiretli bir işadamı gibi hareket etme yükümlülüğü getiren TTK'nın 18. maddesinin 2. fıkrası

⁵⁶⁸ BİLGE, s. 123; KOCAAĞA, s. 350.

⁵⁶⁹ TUNÇOMAĞ, s. 149; KOCAAĞA, s. 350-351.

⁵⁷⁰ BİLGE, s. 123; KOCAAĞA, s. 351; GÜLSEVEN, s. 110; YAĞCIOĞLU, s. 249.

⁵⁷¹ BİLGE, s. 123; KOCAAĞA, s. 351; GÜLSEVEN, s. 111; YAĞCIOĞLU, s. 249 – 250.

⁵⁷² Yarg. 13.HD, T. 5.11.2018, 3146/ 10209 : "...Ceza koşulunun fahiş olup olmadığı, tarafların iktisadi durumu, özel olarak borçlunun ödeme kabiliyeti ile beraber, borçlunun borcunu yerine getirmemiş olması nedeniyle sağladığı menfaat, kusur derecesi ve borca aykırı davranışın ağırlığı ölçü alınarak tayin edilmeli ve hüküm altına alınan ceza miktarı, hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun olarak tespit edilmelidir..." Aynı yönde Bkz. Yarg. 13.HD, T. 8.10.2018, 3115/ 9089; Yarg. 13. HD, T. 23.2.2016, 504 / 5643; Yarg. HGK, T. 19.9.2018, 13-683 / 1337; Yarg. 19. HD, T. 10.10.2017, 7973/ 6774(www.kazanci.com.tr, E.T. : 11.05.2019).

hükmünün bir yansıması olan TTK md. 22 düzenlemesiyle, tacir olan borçlunun bir hukukî ilişkiye girerken, edindiği borcu ihlal etmesi halinde ne gibi sonuçları olacağını iyi hesap ederek hareket etmesi gerektiği ve bu değerlendirmeyi yaparak borcu edinmesi halinde, bu borcu ihlal etmesinin sonuçlarına katlanması gerektiği özel olarak bir kez daha vurgulanmış, tacirin başlangıçta kabul ettiği ceza koşulu miktarının aşırı olduğunu artık ileri süremeyeceği hükmü getirilmiştir⁵⁷³.

Hemen belirtelim ki; TTK md.22 hükmünün mutlak bir kural olmayıp; borçlunun tacir sıfatına sahip olması, kendisinin ekonomik yıkımına neden olacak derecede aşırı olması nedeniyle ahlaka veya kişilik haklarına aykırı olan ceza koşullarını, TBK' nın 27. maddesi hükmünden hareketle tamamen veya kısmen geçersizliğini talep edebilecektir⁵⁷⁴.

Çalışmamızın konusu bakımından önemi ve çalışma planımız açısından, bu konu üzerinde üçüncü bölümde ayrıntılı olarak durulacağından, bu bölümde konuyla ilgili bu kadar açıklama yapmakla yetiniyoruz.

IV. CEZA KOŞULUNUN İNDİRİLMESİNE DAİR USULİ İŞLEMLER

A. İNDİRİM TALEBİNE DAİR BAŞVURU

TBK md.182, f. 3 hükmünde, aşırı ceza koşulunun hâkim tarafından kendiliğinden indirilmesi öngörüldüğünden, aşırı ceza koşulunun indirilmesi için borçlunun talebi gerekmez. Hâkim, önüne gelen uyuşmazlıkta, ceza koşulunun aşırı olup olmadığı ve indirilmesinin gerekip gerekmediğine dair değerlendirmeyi kendiliğinden yapacaktır. Hatta, bu uyuşmazlık ceza koşulunun yer aldığı sözleşmenin başka bir hükmüyle ilgili olsa da, hâkim ceza koşulunun aşırı olup olmadığını değerlendirerek indirilmesine karar verebilir⁵⁷⁵. Ancak bu durum, borçlunun ceza

⁵⁷³ KILIÇOĞLU, s. 987; KOCAAĞA, s. 377; BOZER, Ali/ GÖLE, Celal; Ticarî İşletme Hukuku Ders Kitabı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, Ankara 2017, s. 91; ŞENER, Oruç Hami; Ticarî İşletme Hukuku, Seçin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 232; AYHAN, Rıza/ ÇAĞLAR, Hayrettin; Ticarî İşletme Hukuku Genel Esaslar, Yetkin Yayınları, Tamamen Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 10. Bası, Ankara 2017, s. 243.

⁵⁷⁴ KILIÇOĞLU, s. 988; TERCİER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 432; AYHAN, Rıza; Ticarî İş Kavramı ve Tacir Sıfatına Bağlanan Ücret ve Sözleşme Cezalarının İndirilmesini İsteyememe, Prof. Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL' a Armağan, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.17, Y.2013, S. 1-2, s. 311-312; EREN, s. 1189-1190; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 385-386; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 550; GÜLSEVEN, s. 118; CANSEL/ ÖZEL, s. 733; TUNÇOMAĞ, s. 174; AYHAN/ ÇAĞLAR, s. 243; BOZER/ GÖLE, s. 92; ŞENER, s. 234-235; YAĞCIOĞLU, s. 263.

⁵⁷⁵ KOCAAĞA, s. 357; YAĞCIOĞLU, s.256.

koşulunun aşırı olduğu iddiasını ve indirim talebini bir dava yoluyla ileri sürmesine engel değildir. Borçlu ayrı bir dava ile ceza koşulun aşırı olduğunu ileri sürerek, indirim talep edebileceği gibi; bu iddia ve indirim talebini görülmekte olan bir davada, karşı dava veya itiraz yoluyla da ileri sürebilir. Böyle bir durumda, ceza koşulunun aşırı olup olmadığı ve indiriminin gerekip gerekmediğine dair değerlendirmeyi yukarıda değindiğimiz ölçütlere göre yapmak hâkimin yetkisindedir. Hâkimin aşırı bulduğu ceza koşulunu indirilmesi ise kendisine yüklenen bir görevdir. Yeniden belirtmek gerekirse, hâkimin ceza koşulunun aşırı olup olmadığına dair değerlendirme yapması için, bir başvuruya veya talebe ihtiyaç bulunmayıp, bu değerlendirmeyi ve aşırı bulduğu ceza koşulunda indirimi kendiliğinden yapmak, kanunun kendisine verdiği yetki ve görev gereğidir.⁵⁷⁶

B. İNDİRİMDE YETKİLİ VE GÖREVLİ MAHKEME

Yukarıda da değindiğimiz üzere, ceza koşulunun aşırı olup olmadığını ve indirimin gerekli olup olmadığını değerlendirmek, hâkimin kendiliğinden yapacağı bir iştir. Borçlunun ceza koşulunun aşırı olduğunu ileri sürerek, indirilmesi için ayrı bir dava açması ihtimali için, kanun koyucu ceza koşulunun indirilmesi bakımından ayrı bir mahkeme belirlememiştir. Bu nedenle, borçlunun ayrı bir dava olarak açacağı indirim davasında hangi mahkemenin yetkili olduğu genel hükümlere göre belirlenecektir⁵⁷⁷. Bu halde, ceza koşulunun aşırı olduğuna dair iddiayla borçlu tarafından, indirim için açılacak bağımsız bir davada yetkili mahkeme, genel yetki kuralları⁵⁷⁸ uyarınca; davalı gerçek veya tüzel kişinin, davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemeleridir. Ancak davalının Türkiye’ de yerleşim yeri bulunmuyorsa, yetkili mahkeme 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu(HMK) md.9 gereği, Türkiye’ de mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesi olacaktır.

Tüzel kişi bakımından yerleşim yeri, TMK md. 51 gereği; kuruluş belgelerinde aksine bir düzenleme bulunmadıkça işlerinin yönetildiği yerdir. Ticaret şirketleri ile kooperatiflerin ana sözleşmelerine, derneklerin tüzüklerine; şirket, kooperatif veya dernek merkezinin yazılması zorunludur⁵⁷⁹. Bunlarla beraber vakıf senedinde de, vakfin

⁵⁷⁶ YAĞCIOĞLU, s. 256; KOCAAĞA, s. 356 – 357.

⁵⁷⁷ KOCAAĞA, s. 364; GÜLSEVEN, s. 123-124; TUNÇOMAĞ, s. 160; YAĞCIOĞLU, s. 253.

⁵⁷⁸ Bkz. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) md. 6.

⁵⁷⁹ Bkz. TTK md.213/I-c, 305, 339/2-a, 567, 576/1-a; 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu md. 4, f.1-1; 5253 sayılı Dernekler Kanunu md.8, f. 1.

yerleşim yerinin gösterilmesi gerekmektedir⁵⁸⁰. Dernek, vakıf, ticaret şirketi ve kooperatiflere karşı açılacak indirim davalarını, bu tüzel kişilerin tüzüklerine, vakıf senetlerine veya şirket ana sözleşmelerine bakarak yerleşim yerleri sayılan merkezlerinin bulunduğu yer mahkemeleri olan yetkili mahkemelerinde⁵⁸¹ açmak gerekmektedir⁵⁸².

İç ilişkilerinde ve örgütlenmesinde ticarî işletme merkezine bağlı, kendi çevresi ve yetki alanı içindeki dış ilişki ve faaliyetlerinde ise bağımsız olan; ticarî işletme merkezi ile aynı ticaret unvanı ve aynı faaliyet alanına sahip, merkezi olan ticarî işletmeyle birlikte aynı gerçek veya tüzel kişi tacire ait olan bağımsız işyeri teşkil eden birim işyerlerine şube denilmektedir⁵⁸³. Tanımdan da anlaşıldığı üzere, şube dış ilişkilerinde kendi başına işlem yapabilirse de bu işlemlerden doğan hak ve borçlar merkeze ait olacaktır⁵⁸⁴. Şubeye yapılan bir işlem dolayısıyla şubeye karşı ceza koşulu ödemeyi taahhüt etmiş olan borçlu, bu ceza koşulunun aşırı olduğu iddiasıyla açacağı indirim davasını; şubenin bağlı olduğu merkezin bulunduğu yer mahkemesinde açabileceği gibi, HMK md.14, f.1 hükmü gereği, şubenin bulunduğu yer mahkemesinde de açabilir. HMK md.14, f.1 hükmüyle şubeye işlem yapanlar açısından bir kolaylık sağlanmış olmakla, şubeye karşı ceza koşulu ödeme taahhüdünde bulunan kişi de bu kolaylıktan faydalanabilecektir.

Ceza koşulu uygulamada çoğunlukla sözleşmesel ilişkiye bağlı olarak kararlaştırılmaktadır. Bu anlamda sözleşmeden doğan davalarda yetki konusunu düzenleyen HMK md.10 hükmünün de ceza koşulunun indirimi için açılacak dava bakımından ele alınması gerektiği ileri sürülmektedir⁵⁸⁵. Kanaatimizce, HMK md.10 hükmünün ceza koşulunun indirimi için açılacak olan bağımsız davalarda uygulanması, sadece ceza koşulunun sözleşmeyle kararlaştırılan bir borca bağlı olarak

⁵⁸⁰ Bkz. TMK md.106.

⁵⁸¹ Bkz. HMK md. 6. Bunun yanında, HMK md. 14, f. 2' ye göre; "Özel hukuk tüzel kişilerinin, ortaklık veya üyelik ilişkileriyle sınırlı olmak kaydıyla, bir ortağına veya üyesine karşı veya bir ortağın yahut üyenin bu sıfatla diğerlerine karşı açacakları davalar için, ilgili tüzel kişinin merkezinin bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir."

⁵⁸² KOCAAĞA, s. 364; GÜLSEVEN, s. 124.

⁵⁸³ BOZER/ GÖLE, s. 16; MİMAROĞLU, Sait Kemal; Ticaret Hukuku – İşletme Hukuku, Cilt 1, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Sevinç Matbaası, 2. Baskı, Ankara 1978, s. 209(BOZER/ GÖLE, s. 16, dpn. 24' ten naklen). Ticaret Sicili Yönetmeliği' nin 118. maddesinin 1. fıkrasıyla, 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu' nun 9. maddesinin 2. fıkrasında şubenin tanımları yapılmış ve yine 5411 sayılı Bankacılık Kanunu' nun 3. maddesinde banka şubesinin tanımı yapılmıştır. Şubenin kanun ve yönetmeliklerle, doktrinde yer alan tanımları, unsurları ve önemi konusunda ayrıntılı açıklamalar için ayrıca Bkz. ŞENER, s. 10-18; AYHAN/ ÇAĞLAR, s. 99-105; BOZER/ GÖLE, s. 14-19.

⁵⁸⁴ AYHAN/ ÇAĞLAR, s. 101; KOCAAĞA, s. 365.

⁵⁸⁵ GÜLSEVEN, s. 125.

kararlaştırılması durumu ile sınırlı değildir. Zira; ceza koşulunun zorunlu unsurlarından birisi de, bağlandığı asıl borç her ne ilişkiden doğarsa doğsun, ceza koşulunun bir sözleşmeyle kararlaştırılmasıdır. O halde, HMK md. 10' un ceza koşulunun indirimi davaları bakımından da uygulanması gerekmektedir. Zira, söz konusu dava da sözleşmeden doğan bir dava olup, sözleşme konusu ceza koşulu miktarının aşırı olduğu iddiasıyla indirime ilişkindir. Bu halde, ceza koşulunun ifa edileceği yer mahkemesinin de, HMK md. 10 hükmü uyarınca ceza koşulunun aşırı olduğu iddiasıyla indirimi için açılacak olan bağımsız davada yetkili mahkeme olması gerekir.

Tüm bu açıklamalarımız ceza koşulunun aşırı olduğu iddiasıyla bağımsız olarak açılacak olan ceza koşulunun indirilmesi davasına ilişkindir. Ceza koşulunun aşırı olduğu ileri sürölerek indirim yapılması talebi, alacaklının ceza koşulunun ifasına yönelik olarak açacağı davaya karşı, aynı mahkemede⁵⁸⁶ cevap süresi içerisinde açılacak karşı davayla da bulunulabilir⁵⁸⁷. Kanaatimizce; alacaklının ceza koşulunun ifası için açacağı davada, borçlunun ceza koşulunun aşırı olduğunu ileri sürerek indirilmesini talep etmesi için karşı dava açmasına lüzum yoktur. Zira, TBK' nın 182.maddesinin 3.fıkrasında, ceza koşulunun aşırı olup olmadığını değerlendirme ve aşırılığın tespiti halinde aşırı ceza koşulunun indirilmesi konusunda hâkime takdir yetkisi ve görevi verilmiştir. O halde, indirim için borçlunun talebine lüzum olmadığına göre, borçlunun kendisine karşı ceza koşulunun ifasına yönelik olarak açılan davada, ceza koşulunun aşırı olduğunu ve bu sebeple indirilmesini, sadece beyan veya itiraz yoluyla ileri sürmesi yeterlidir. Zira, borçlunun buradaki eylemi; TBK md.182, f.3 ile hâkime verilen görevi hatırlatmaktan ibaret olacaktır. Aşırılık değerlendirmesi ve bunun sonucuna göre indirim yapmak, kanunun emredici hükmü karşısında zaten hâkimin görevidir. Bu durumda, karşı dava açma süresi içerisinde, ceza koşulunun aşırı olduğunu ileri sürerek indirilmesi talepli olarak karşı dava açmayan borçlu herhangi bir hak kaybına uğramayacak, yargılamanın her aşamasında hâkime ceza koşulunun aşırı olup olmadığı ve aşırı olduğunun tespiti halinde indirilmesi konusunda itiraz ve talepte bulunabilecektir.

Borçlu tarafından, ceza koşulunun aşırı olduğu iddiasıyla indirilmesi talebine yönelik açacağı bağımsız davada hangi mahkemenin görevli olacağı sorusuna cevabı HMK md.2 düzenlemesine göre vermek gerekir. Söz konusu maddenin 1. fıkrasında,

⁵⁸⁶ HMK md.13 : “Kesin yetkinin söz konusu olmadığı hâllerde, asıl davaya bakan mahkeme, karşı davaya bakmaya da yetkilidir”

⁵⁸⁷ HMK md.133 : “Karşı dava, cevap dilekçesiyle veya esasa cevap süresi içinde ayrı bir dilekçe vermek suretiyle açılır.”.

dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarda, aksine bir düzenleme olmadıkça asliye hukuk mahkemelerinin görevli olduğu düzenlenmiştir. Maddenin 2. fıkrasında ise; aksine kanuni bir düzenleme olmadıkça, asliye hukuk mahkemelerinin diğer dava ve işlerde de görevli olduğu düzenlenmiştir. HMK md. 4' de sulh hukuk mahkemelerinin görevli olduğu dava ve işler özel olarak düzenlenmiş ve sayılmış olup, ceza koşuluna ilişkin herhangi bir dava bu sayılan dava ve işler arasında yer almamaktadır. Bu halde, borçlu tarafından, aşırı ceza koşulunun indirilmesi talebini içerir bağımsız olarak açılacak davada görevli mahkeme asliye hukuk mahkemeleridir⁵⁸⁸.

Dava olunan şeyin değeri veya tutarına bakılmaksızın, ticarî davaları bakmakla görevli mahkeme TTK md. 5 gereği, asliye ticaret mahkemeleridir. TTK md.4' te hangi davaların ticarî dava olduğu sayılmış olup, burada mutlak ve nispi ticarî davalar ayrımı söz konusudur. Mutlak ticarî davalar, tarafların tacir olup olmadıklarına ve yine işlemin ticarî işletmeyle ilgili olup olmadığına bakılmaksızın, TTK' nında düzenlenen hususlardan doğan hukuk davaları ile ve TTK' nın düzenlenmeyip başka kanunlarda düzenlense de, TTK md. 4, f. 1' de özel olarak sayılan düzenlemelerden doğan hukuk davaları ve işlerdir⁵⁸⁹. Buna karşın, nispi ticarî davalar ise, her iki tarafın da ticarî işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ile duruma göre sadece bir tarafın ticarî işletmesiyle ilgili husustan doğan davalar olmak üzere kendi içinde iki gruptan oluşan davalardır⁵⁹⁰.

Aşırı ceza koşulunun indirilmesi konusunda açılacak davalar bakımından, asliye ticaret mahkemelerinin görevli olup olmayacağının değerlendirmesini, borçlunun tacir olmadığı durumlar bakımından yapabiliriz. Zira, TTK md. 22 gereği, tacir bakımından ceza koşulunun aşırı olduğundan bahisle indirilmesini talep yasağı bulunmaktadır. Bu halde, tacir olmayan borçlunun, ceza koşulunun aşırı olduğu iddiasına dayalı olarak açacağı indirim davası, ancak mutlak ticarî davalara giren hususlardan kaynaklanan ceza koşulu bakımından veya ceza koşulunun alacaklısının tacir olup da, TTK md.4, f. 1, son cümlede sayılan sözleşme ve haklardan kaynaklanan ceza koşulları bakımından asliye ticaret mahkemelerinde görülecektir⁵⁹¹.

⁵⁸⁸ KOCAAĞA, s. 365; GÜLSEVEN, s. 125.

⁵⁸⁹ ŞENER, s. 120; AYHAN/ ÇAĞLAR, s. 62.

⁵⁹⁰ ŞENER, s. 131; AYHAN/ ÇAĞLAR, s. 71-72.

⁵⁹¹ Nispi ticarî davaların türlerinden, taraflardan birinin ticarî işletmesini ilgilendirdiği için ticarî sayılan hukuk davaları bakımından ayrıntılı açıklama için Bkz. AYHAN/ ÇAĞLAR, s. 72-73; ŞENER, s. 131-135.

C. İNDİRİMİN YAPILIŞ YÖNTEMİ VE İNDİRİM MİKTARININ BELİRLENMESİ

1. İNDİRİMİN YAPILIŞ YÖNTEMİ

Ceza koşulu konusunun para olması konusunda bir zorunluluk bulunmadığından, ceza koşulunun konusu paradan başka bir şey de olabilir⁵⁹². Konusu para olan ceza koşulunun aşırı olması halinde, indirim basitçe ceza koşuluna konu olan paranın azaltılmasından ibaret olacaktır. Konusu para dışında bir edim olan ceza koşulunun aşırı olması halinde indirilmesi ise, ceza koşulunun konusunun bölünebilir ya da bölünemez bir edim olmasına göre yöntem bakımından ayrılacaktır.

a. Konusu Bölünebilir Bir Edim Olan Ceza Koşulu Bakımından

Konusu bölünebilir bir edim olan ceza koşulunun indirilmesinde herhangi bir sorun yaşanmayacaktır. Bölünebilir edim, edimin konusu olan şeyin niteliğinde herhangi bir değişiklik olmaksızın veya değerinde esaslı bir azalma olmaksızın parçalara ayrılması mümkün olan edimdir⁵⁹³. Sayı, ölçü, ağırlık ile miktarı belirlenebilir konusu olan, biri diğeri yerine konulabilen misli şeyler ile para bölünebilir edimlerdir⁵⁹⁴. Bölünebilir edimde, bölünmüş parçaların bütünden farklılık göstermeleri, nitelik yönünden değil, sadece miktar yönündedir⁵⁹⁵. Edimin türü ve konusunun taşıdığı özelliğe göre bölünme şekilleri vardır. Para gibi, miktar itibarıyla eşit parçalara bölünebilen bütün edimler bölünebilir sayılır⁵⁹⁶. Bir edimin bölünebilir olup olmadığını, hukukî ilişki ve edimin tamamını göz önünde bulundurarak belirlemek gerekir⁵⁹⁷. 2 ton mısırın, 50.000 TL paranın verilmesi gibi, konusu bir şey verme olan edimler, çoğunlukla bölünebilen edimlerden⁵⁹⁸. Bunun yanında, konusu aynı olan birden çok edime bölünmesiyle, niteliğinde önemli değişim veya değerinde önemli bir azalma meydana gelen edimleri bölünebilir edim olarak saymamak gerekir⁵⁹⁹.

⁵⁹² EREN, s. 1188; YAĞCIOĞLU, s. 136.

⁵⁹³ EREN, s. 109; KILIÇOĞLU, s. 9.

⁵⁹⁴ EREN, s. 109; KILIÇOĞLU, s. 9.

⁵⁹⁵ TUNÇOMAĞ, s. 170; KOCAAĞA, s. 367; GÜLSEVEN, s. 128-129.

⁵⁹⁶ TUNÇOMAĞ, s. 170;

⁵⁹⁷ EREN, s. 109.

⁵⁹⁸ EREN, s. 109.

⁵⁹⁹ KOCAAĞA, s. 367.

Konusu yapma veya yapmama olan sürekli edimler bakımından ise, edimin yerine getirilme süresinin edimin esaslı unsurunu oluşturmaması şartıyla, zaman yönünden bölünebilecekleri kabul edilmektedir. Yine rekabet yasağını konu edinen yapmama edimlerinde gibi edimlerin, yer bakımından bir genişlik gösterilmek şartıyla yer yönünden bölünebilecektir⁶⁰⁰.

Ceza koşulunun konusu, yukarıda açıklanan herhangi bir şekilde bölünebilir bir edim olduğunda; bölünme, edimin şekline ve özelliğine göre, miktarı, yerine getirilme süresi veya yeri yönünden yapılabileceği gibi; sayılan bütün yönlerden birlikte indirim yapılması da mümkündür⁶⁰¹.

b. Konusu Bölünemez Bir Edim Olan Ceza Koşulu Bakımından

Bölünemez edimler, konusu aynı olan birden çok kısmi edime bölündüğünde, niteliğinde önemli bir değişim veya değerinde önemli bir azalma meydana gelen edimlerdir⁶⁰². Kiralanan şeyin iadesi gibi bir şey yapma veya rekabet yasağı yükümlülüğüne girme gibi yapmama edimleri genelde bölünemez edimlerdir⁶⁰³. Bununla beraber, tablo, bilgisayar, hayvan, konut teslimi gibi parça borçlarında⁶⁰⁴ da edimin bölünmesi mümkün olmadığı için konusu parça borçları olan edimler de bölünemez edimlerdir⁶⁰⁵.

Bölünemez edimleri konu edinen ceza koşulunun indirilmesinin mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Konusu bölünemez nitelikte bir edim olan ceza koşulunun gerçek anlamda indirimi mümkün olmasa da; ceza koşulunun indirilmesi müessesesi, aşırılığın herhangi bir şekilde giderilmesi aracı olarak düşünüldüğünde konusu bölünemez bir edim olan ceza koşulunun indirilmesinin mümkün olduğunun kabulü gerektiği görüşünde olan yazarlar, böyle bir durumda indirimin iki şekilde yapılabileceğini düşünmektedirler⁶⁰⁶.

Bu indirim şekillerinden biri, ceza koşulunun konusunu oluşturan bölünemez edimin yerine bu edimin karşılığı olan paranın indirilmesiyle belirlenen miktarda borçlu tarafından ödenmesidir. Esasen, hâkimin aşırı ceza koşulunu indirmekten ibaret yetkisi

⁶⁰⁰ TUNÇOMAĞ, s. 170; KOCAAĞA, s. 367; GÜLSEVEN, s. 129.

⁶⁰¹ TUNÇOMAĞ, s. 171; KOCAAĞA, s. 367.

⁶⁰² EREN, s. 109; KOCAAĞA, s. 367.

⁶⁰³ EREN, s. 109.

⁶⁰⁴ Parça borçları konusunda ayrıntılı bilgi için Bkz. EREN, s. 110-111; OĞUZMAN/ ÖZ (I), s. 7-9; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 229-231.

⁶⁰⁵ EREN, s. 109; KILIÇOĞLU, s. 9.

⁶⁰⁶ TUNÇOMAĞ, s. 171; KOCAAĞA, s. 368; GÜNAY, s. 212; YAĞCIOĞLU, s. 260.

ve görevi, ceza koşulunun konusu olan edimi değiştirmeyi kapsamamaktadır. Ancak; ceza koşuluna konu edimin, bir şeyin verilmesi veya yapılması gibi bir bölünmez edimi içerdiği hallerde, ceza koşulu miktarının aşırı olduğu kanaatine varılması halinde, bunun hâkim tarafından münasip miktarda paraya çevrilebileceği kabul edilmektedir⁶⁰⁷. Bu indirim şekline getirilen eleştiri, ceza koşulunun konusu olan edimin değiştirilemeyeceği yönündendir. Buna göre, hâkim konusu bir miktar paranın ödenmesi olan ceza koşulunu, bir malın veya hizmetin görülmesi şeklinde değiştiremeyeceği gibi, konusu bir malın verilmesi veya hizmetin görülmesi şeklinde olan ceza koşulunu da başka bir malın verilmesi, hizmetin görülmesi veya bir miktar paranın verilmesi şeklinde değiştirememesi gerekir⁶⁰⁸. Bunun yanında, alacaklı için para değil de, borçlunun ceza koşulu edimi olarak taahhüt ettiği belirli bir malın verilmesi önemli olabilir. Böyle bir durumda; alacaklı, hâkimin edimi paraya çevirmesi ile kendisine bir miktar paranın ödenmesini kabullenmek durumunda kalacak, bu nedenle de söz konusu indirim şekli alacaklının lehine olmayacaktır. Bu indirim şekline getirilen diğer eleştiri de bu yöndedir⁶⁰⁹.

Konusu bölünmez bir edim olan ceza koşulunun aşırı olduğu halde, indirilmesine dair öngörülen ikinci şekil ise; hâkimin, alacaklının kabul ettiği bir miktar parayı borçluya, borçlunun ceza koşulunu alacaklıya ifa etmesi karşılığında, karşılıklı ve aynı anda olmak üzere ödemesine karar vermesidir⁶¹⁰. Öngörülen bu ikinci indirim şekli ise, alacaklının, ceza koşulunun muaccel olmasıyla elde ettiği bağımsız alacak hakkının ifasının, kanunun hâkime böyle bir yetki tanımamasına rağmen, borçluya ödeyeceği bir karşı edime bağlanması ve bu suretle hâkimin indirim yetkisinin önemli bir ölçüde aşıldığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bununla birlikte, söz konusu indirim şeklinde getirilen bir başka eleştiri ise, ceza koşulu ediminin parasal karşılığının çok yüksek olması ihtimalinde alacaklıya aşırılığı gidermek için ödeme külfeti yüklenen paranın; o şeyin alacaklı için tüm değerini kaybettirecek derecede yüksek olabileceği ve alacaklının bu durumu istemeyebileceği noktasındadır.⁶¹¹

⁶⁰⁷ OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 549; KOCAAĞA, s. 368; GÜLSEVEN, s. 58, 129; GÜNAY, s. 212; YAĞCIOĞLU, s. 260.

⁶⁰⁸ GÜLSEVEN, s. 129; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 549; YAĞCIOĞLU, s. 260.

⁶⁰⁹ TUNÇOMAĞ, s. 171; KOCAAĞA, s. 368; GÜNAY, s. 212; GÜLSEVEN, s. 129-130; YAĞCIOĞLU, s. 260.

⁶¹⁰ TUNÇOMAĞ, s. 171; KOCAAĞA, s. 368-369; GÜLSEVEN, s. 130; GÜNAY, s. 212; YAĞCIOĞLU, s. 260.

⁶¹¹ TUNÇOMAĞ, s. 171; KOCAAĞA, s. 369; GÜLSEVEN, s. 130; GÜNAY, s. 212; YAĞCIOĞLU, s. 260.

Hâkime aşırı ceza koşulunun indirimi konusunda yetki veren kanun koyucu, hâkimin indirim yetkisini hangi şekilde kullanacağına dair bir hüküm getirmemiştir. Bu halde, konusu bölünemez bir edim olan aşırı ceza koşulunun hangi şekilde indirileceği hâkimin takdir yetkisinde olup, hâkim bu şekillerden birisini öncelikle alacaklının menfaatlerinin korunmasını gözeterek seçecek ve uygun olan indirim şeklini uygulayacaktır⁶¹². Borçlu, sadece aşırı ceza koşulunun indirilmesini talep edecek olup, indirim şekillerinden hangisini uygulanacağına hâkim karar verecektir⁶¹³.

Kanaatimizce, konusu bölünemez bir edim olan ceza koşulunun aşırılığı halinde; ilk önce alacaklının menfaatlerinin gözetilerek, onun menfaatlerine en uygun olan indirim şeklinin tercih edilmesi gerekir. Zira, sırf ceza koşuluna konu edimin bölünemez olması nedeniyle ceza koşulunun indirilmesinden kaçınılması, aşırı ceza koşulu kararlaştırılmak suretiyle borçlunun sömürülmesinin önüne geçmek için özel bir düzenleme getiren kanun koyucunun amacıyla ters düşer. Ceza koşulunun aşırı olması her zaman ahlaka aykırı sayılmayacağına⁶¹⁴ ve bu nedenle TBK md.27’ de düzenlenen kesin hükümsüzlük yaptırımı her aşırı olan ceza koşulu için uygulanamayacağına göre, TBK md. 182, f. 3 hükmüyle getirilen indirim müessesesinin, konusu bölünemez bir edim olan aşırı ceza koşulları bakımından da uygulanacağını kabulü gerekir. İndirim için yukarıda açıklanan her iki şeklin de eleştirildiği yönler var ise de, bir yanda alacaklının menfaatleri diğer yanda borçlunun sömürülmesinin önüne geçilmesi amacı gözetilerek, olaya uygun indirim şeklinin hâkim tarafından tercih edilerek, konusu bölünemez bir edim olan aşırı ceza koşulunun da aşırı olduğu halde indirilmesi gerekir.

2. İNDİRİM MİKTARININ BELİRLENMESİ

Ceza koşulunun aşırı olup olmadığını belirlemede takdir yetkisi bulunan hâkim, ceza koşulunun aşırı olduğu kanaatine varırsa, yapacağı indirimin ne miktarda olacağını da belirlemede yetkilidir. Ceza koşulunun aşırı olduğunu tespit eden hâkim, aşırı ceza koşulunu uygun olan seviyeye çekecektir. TBK md.182, f.3 ile hâkime sözleşmeye müdahale etmek konusunda tanınan istisnai yetki, hâkim tarafından ölçülü kullanılmalı, yapılacak indirimin miktarı belli ölçütlere göre, adalet ve hakkaniyet çerçevesinde belirlenmelidir. Ceza koşulunun bir yandan alacaklının haklı menfaatlerinin tamamını

⁶¹² TUNÇOMAĞ, s. 171; KOCAAĞA, s. 369; GÜLSEVEN, s. 130; GÜNAY, s. 212; YAĞCIOĞLU, s. 260.

⁶¹³ TUNÇOMAĞ, s. 171; KOCAAĞA, s. 369; GÜNAY, s. 212.

⁶¹⁴ EREN, s. 1189.

karşılması sağlanmalı, diğer yandan ise borçlunun ceza koşulu vasıtasıyla istismar edilmesinin önüne geçilmelidir⁶¹⁵.

Aşırı olduğu tespit edilen ceza koşulunun indirileceği uygun miktar belirlenirken, hâkim ilk önce ceza koşulunun amacını göz önünde bulundurmalıdır⁶¹⁶. Zira, ceza koşulunun ifaya zorlama, borçlu üzerinde psikolojik baskı yapma, asıl borcun ihlali halinde uğranılacak zarara yönelik tazminatın önceden götürü olarak belirlenmesi, borcun ifasını teminat altına alma gibi amaçları olup; bunlardan hangisinin ceza koşulunun öncelikli amacı olduğu sorusunun cevabına göre ceza koşulunda tespit edilen aşırılığın derecesi değişecek, buna dayalı olarak yapılacak indirim miktarı da farklılık gösterecektir⁶¹⁷. Kanaatimizce, ceza koşulunun başlıca konuluş amacı çoğunlukla, borçluyu asıl borcunu ifaya zorlamak olduğundan, hâkim tarafından yapılacak indirimde ceza koşulunun bu amacının hiçbir zaman dikkatten kaçırılmaması gerekmektedir⁶¹⁸. Nitekim Yargıtay kararlarında da, indirim yapılırken ceza koşulunun bu amacının gözetilmesi gerektiği vurgulanmaktadır⁶¹⁹.

Ceza koşulu tutarının, sadece alacaklının uğradığı zarardan fazla olması nedeniyle aşırı olduğundan bahsedilemez, indirim sebebi sayılamaz⁶²⁰. Ceza koşulu miktarının, alacaklının uğradığı zarar miktarıyla dengelemeye çalışmak, alacaklının ceza koşulunun kararlaştırılmasında güttüğü amaçla ters düşecektir⁶²¹. Bu halde, ceza koşulu miktarının, borcun ihlaliyle alacaklının uğradığı zarar miktarına kadar indirilmesi veya alacaklının herhangi bir zararı yoksa, ceza koşulunun tamamen ortadan kaldırılması mümkün değildir. Aşırı ceza koşulunun indirilmesi müessesesi, ceza koşulu miktarının, alacaklının uğradığı zarar miktarına dengelenmesi maksadıyla değil, ceza koşulu müessesesi kullanılarak borçlunun istismar edilmesinin, bu nedenle oluşacak adalete ve hakkaniyete aykırı durumların ortadan kaldırılması için getirilmiştir⁶²². Nitekim, ceza koşulunun aşırı olup olmadığının değerlendirilmesinde, tek başına

⁶¹⁵ KOCAAĞA, s. 369-370; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 548; GÜLSEVEN, s. 130; TUNÇOMAĞ, s. 157.

⁶¹⁶ KOCAAĞA, s. 370; TUNÇOMAĞ, s. 157; GÜLSEVEN, s. 130; YAĞCIOĞLU, s. 251.

⁶¹⁷ GÜLSEVEN, s. 130-131; KOCAAĞA, s. 370; TUNÇOMAĞ, s. 157

⁶¹⁸ OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 548-549; KOCAAĞA, s. 370

⁶¹⁹ Yarg. HGK, T. 29.11.2017, 3-998/ 1459 : “...Hâkim cezai şartın indirilmesi hakkını kullanırken alacaklının menfaatlerini, tarafların iktisadi durumunu, borca aykırılığın objektif ağırlığını, borçlunun kusurunun derecesini göz önünde tutarak hareket etmelidir. Bu değerlendirme yapılırken ceza şartının borçluya borcunu yerine getirmeye psikolojik bakımdan zorlamak üzere konulmuş olduğu gözden asla uzak tutulmamalıdır...”(www.kazanci.com.tr , E.T.:14.05.2019). Aynı yönde Bkz. Yarg. HGK, T. 27.03.2013, 13-821/ 409(GÜLSEVEN, s. 113-114); Yarg. 13. HD, T. 22.12.2016, 32576/ 24049(www.kazanci.com.tr, E.T.: 14.05.2019). Aynı yönde kararlar için Bkz. YAĞCIOĞLU, s. 251, dpn. 904.

⁶²⁰ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 549; KOCAAĞA, s. 370.

⁶²¹ TUNÇOMAĞ, s. 157; KOCAAĞA, s. 370; GÜLSEVEN, s. 131; YAĞCIOĞLU, s. 251.

⁶²² TUNÇOMAĞ, s. 158; KOCAAĞA, s. 370; GÜLSEVEN, s. 131;

alacaklının uğradığı zarar ölçütü kullanılmamakta, diğer ölçütlerle birlikte değerlendirmeye alınmakta, sırf bu ölçüt nedeniyle ceza koşulunun aşırı olduğunun tespiti yapılamamaktadır⁶²³.

Diğer taraftan; TBK md. 180, f. 1 hükmü gereğince, alacaklının herhangi bir zararı olmasa da, kararlaştırılan ceza koşulunun ödenmesi gerekir. Bu halde, zarar olmasa da ceza koşulunun ifasının yapılacağı olmasının karşısında, zarar olmayınca ceza koşulunun tamamının ortadan kaldırılmasından söz etmek mümkün değildir⁶²⁴.

Ceza koşulunun kısmi olarak dava edilmesi halinde, ceza koşulunun aşırı olduğuna kanaat getirildiğinde, indirimin nasıl yapılacağına üzerinde durmak gerekir. Bu konuda, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi' nin 04.06.2014 tarihinde verdiği bir kararında⁶²⁵; ceza koşuluna dair kısmi taleple dava açıldığında, ceza koşulunun toplam miktarı üzerinden aşırılık değerlendirmesinin yapılacağını, aşırılık tespit edildiğinde de toplam miktar üzerinden indirim yapılarak uygun seviyeye getirilen ceza koşulu meblağı, davada talep edilen meblağı aştığı halde, taleple bağlı kalınarak, talep edilen kısım üzerinden hüküm kurulması gerektiği isabetli olarak belirtilmiştir⁶²⁶.

Bunun yanında, ceza koşulu kısmi olarak dava edilse ve dava edilen bu meblağ aşırı olarak görülme de, hâkimin aşırı ceza koşulunun tamamı üzerinden aşırılık değerlendirmesini yapması gerekir. Hatta ceza koşulunun tamamı bakımından yapılacak değerlendirmede aşırılık tespiti yapılır ise, ceza koşulunun indirilmesi de gerekir. Ancak, taleple bağlı kalarak hüküm kurulması gerekir.⁶²⁷

⁶²³ YAĞCIOĞLU, s. 251.

⁶²⁴ TUNÇOMAĞ, s. 158; KOCAAĞA, s. 371; GÜLSEVEN, s. 131; BİLGE, s. 122-123; EREN, s. 1186; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 546-547; KILIÇOĞLU, s. 982-983; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 433-434.; AYHAN, s. 308; ÇINAR, s. 108.

⁶²⁵ Yarg. 19 HD., T. 4.6.2014, 5336/ 10484 : “...Mahkemece alınan bilirkişi raporunda; davacının somut olayda 198.825 TL. cezai şart talep edebileceği, ancak bu miktarın davalının ekonomik yönden yıkımına sebep olabileceği gerekçesiyle cezai şart miktarından % 86,68 oranında indirim yapılması gerektiği belirtilmiştir. Sözü edilen bilirkişi raporu hükme esas alınmış ve kısmi davaya konu edilen 5.000 TL.den % 86,68 oranında indirim yapılarak hüküm oluşturulmuştur. Oysa indirimin 198.825 TL. miktarındaki toplam cezai şart bedelinden yapılması ve buna göre belirlenecek miktarın talebi aşması sebebiyle taleple bağlı kalınarak hüküm kurulması gerekmektedir...”(www.kazanci.com.tr, E.T. : 17.11.2019). Aynı yönde Bkz. Yarg.19.HD, T. 15.12.2015, 3689/ 16904 (www.kazanci.com.tr, E.T. : 17.11.2019).

⁶²⁶ Aynı yönde Bkz. YAĞCIOĞLU, s. 261.

⁶²⁷ Yarg.23.HD, T. 5.5.2014, 867/ 3441 : “Mahkemece, dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan BK'nın 161/son maddesinin tenkis görevini hâkime yüklemiş olduğu ve tarafların tacir olmadığı gözetilerek, cezai şartın fahiş olup olmadığının mutlaka tartışılması ve gerektiğinde indirim yapılması ve taleple bağlı kalınarak hüküm kurulması gerekirken, tenkis hususunun somut olayda taleple bağlı kalınması gerektiğinden bahisle tartışılmaması doğru olmamış...”(www.kazanci.com.tr., E.T. : 17.11.2019)

D. MAHKEMENİN İNDİRİM KARARI

1. İNDİRİM KARARININ HUKUKÎ NİTELİĞİ

Mahkemeden talep edilen hukukî korumaya göre davalar; eda davaları, tespit davaları ve inşaî davalar olmak üzere sınıflandırılmaktadır. Bunlardan eda davaları; davacının, mahkemeden davalının bir şey yapmaya, vermeye veya bir şeyi yapmamaya mahkûm edilmesini istediği davalardır⁶²⁸. Eda davasının açılmasıyla, mahkeme öncelikle dava konusu edilen hakkın mevcut olup olmadığını inceleyecek, hakkın varlığını tespit etmesi halinde davalıyı o hakka ilişkin edimi ifa etmeye ya da bir şeyi yapmamaya mahkûm edecektir⁶²⁹. Mahkemenin, talebin reddine karar vermesi halinde verilen bu karar, iddia edilen hakkın mevcut olmadığına dair bir tespit hükmü olacaktır⁶³⁰. Eda davasının kabulü halinde verilecek hüküm ise eda hükmü olacaktır⁶³¹.

Tespit davalarında ise, bir hukukî ilişkinin veya hakkın varlığı ya da yokluğunun tespiti talep edilir. Hukukî ilişkinin içeriği konusunda tereddüt olduğunda da, içeriğin ne olduğuna dair de tespit davası açılabilir⁶³². Tespit davasının sonunda, davanın kabulüne veya reddine dair verilecek hüküm, bir tespit hükmüdür⁶³³.

Son olarak inşaî davaları tanımlamak gerekirse; inşaî davalar, mahkemeden yeni bir hukukî durumun yaratılması veya halihazırdaki bir hukukî kurumun içeriğinin değiştirilmesi ya da ortadan kaldırılmasının talep edildiği davalardır. İnşaî davalar, inşaî bir hakka dayanılarak açılacak olduğundan, maddi hukukta açıkça inşaî bir hak olduğu öngörülmemiş bir hakka dayalı olarak açılmaz. İnşaî haklar kural olarak hak sahibinin tek taraflı olarak hakkını kullanmasıyla sonuç doğurmaktadır. Ancak, bazı durumlarda kanun koyucu, kamu düzeni ve hukukî durumun tereddüde mahal vermeyecek şekilde belirli durumda olması gibi sebeplerle; bazı inşaî hakların, tek taraflı irade beyanıyla kullanılması ve sonuç doğurmasını sakıncalı görerek, ancak mahkeme kararıyla sonuç doğurmasını, bu nedenle de bazı inşaî hakların ancak inşaî dava açılarak kullanılmasını ve sonuçlarını doğurmasını istemiştir⁶³⁴. HMK md.108, f.2 hükmüne göre, kural olarak

⁶²⁸ HMK md.105 : “Eda davası yoluyla mahkemeden, davalının, bir şeyi vermeye veya yapmaya yahut yapmamaya mahkûm edilmesi talep edilir.”

⁶²⁹ PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet; Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 14. Bası, Ankara 2013, s. 434; KOCAAĞA, s. 372.

⁶³⁰ PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 434; KOCAAĞA, s. 372, dpn.228.

⁶³¹ KOCAAĞA, s. 372.

⁶³² PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 435.

⁶³³ KOCAAĞA, s. 372-373; TUNÇOMAĞ, s. 164; PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 435.

⁶³⁴ PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 470; KOCAAĞA, s. 373.

ancak kanunda belirtilen durumlarda inşâî dava açılabilir olup, burada sınırlı sayı (numerus clausus) ilkesi geçerlidir⁶³⁵.

İnşâî dava sonucunda, davanın kabul edilmesi halinde verilecek hüküm inşâî hüküm olacaktır. Red kararı ise, iddia edilen inşâî hakkın var olmadığına dair bir tespit hükmü olacaktır.⁶³⁶ Davanın sonucunda, davanın kabulüne dair verilecek olan inşâî hüküm etkisini kendiliğinden doğurur, ayrıca ilamlı icra yoluna başvurmaya lüzum yoktur. Yine, HMK md.108, f. 3 gereği; inşâî hüküm kural olarak geçmişe etkili olmayıp, geleceğe etkilidir. Ancak bazı kanunlarda düzenlenen inşâî hükümler, kanuni düzenlemeden ötürü geçmişe etkili olmaktadır⁶³⁷.

Mahkeme kararlarının çeşitlere ayrıldığı bir başka yön ise, maddi hukukî durum üzerindeki etkileridir⁶³⁸. Somut bir hukukî durumun, karardan bağımsız olarak var olup olmadığının tespit edildiği mahkeme kararları “açıklayıcı (bildirici) kararlar” dır. Bu kararlar, hukukî durumda meydana gelen bir değişiklik söz konusu olmayıp, daha önceden dava dışında meydana gelen bir sonuç açıklanır. Eda hükümleri ve tespit hükümleri bu şekildedir. Bununla beraber, inşâî hükümler (yenilik doğuran hükümler), yeni bir hukukî durum meydana getirmekte, daha önce var olmayan veya önemsenmemiş bir hukukî sonuç doğurmaktadır. Bu sonuç ve etkiler kurucu, değiştirici veya bozucu şekillerde meydana gelir ve bu çeşit kararlar daha önceden var olanı değil, oluşanı gösterirler.⁶³⁹ İnşâî davalar ancak kanununda belirtilen hallerde açıldığından, mahkeme kararlarının çoğunluğu açıklayıcı kararlardır⁶⁴⁰.

Ceza koşulunun indirilmesine dair kararın hukukî niteliğine yönelik farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre; aşırı ceza koşulunun indirilmesine dair hüküm, tarafların hukukî durumlarında bir değişiklik yapmaz. Yapılan indirim, sadece ceza koşulunun kararlaştırıldığı zamandaki kapsam ve miktarını yeniden belirlemektir. Bunun için, ceza koşulunun indirilmesi için borçlunun talebine de ihtiyaç yoktur. Hâkim tarafından kendiliğinden aşırı ceza koşulunun kanuni görevi nedeniyle indirilecektir. Bu halde, alacaklının ceza koşulu talebinin ancak kanun tarafından belirlenen sınırlar içinde sonuçlanacaktır. Bu nedenle ceza koşulunun indirilmesi, ceza koşulunun başlangıçta

⁶³⁵ KOCAAĞA, s. 373; PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 470.

⁶³⁶ PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 470; KOCAAĞA, s. 373.

⁶³⁷ PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 470-471; KOCAAĞA, s. 375.

⁶³⁸ TUNÇOMAĞ, s. 165; KOCAAĞA, s. 373.

⁶³⁹ KOCAAĞA, s. 373.

⁶⁴⁰ TUNÇOMAĞ, s. 165; KOCAAĞA, s. 373-374.

zaten var olan miktar sınırını tespit etmekten ibarettir. Bu nedenle, aşırı ceza koşulunun indirilmesine dair hüküm, açıklayıcı nitelikte bir tespit hükmüdür.⁶⁴¹

Buna karşı, doktrinde hâkim görüş; bu kararın inşâî nitelikte, yani yenilik doğuran bir hüküm olduğudur⁶⁴². Kanaatimizce de, aşırı ceza koşulunun indirilmesine dair verilen hüküm, inşâî nitelikte yenilik doğuran bir hükmüdür. Çünkü, aşırı ceza koşulunun indirilmesinde, hâkime istisnai olarak tanınan bir sözleşmeye müdahale yetkisi söz konusudur. Başlangıçta, taraflar arasında serbest iradeleri ve sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kararlaştırılmış olan ceza koşulu miktarında değişiklik yapılarak taraflar açısından yeni bir hukukî durum yaratılmış olur. Zira, başlangıçta kararlaştırılan aşırı ceza koşulu, hâkim tarafından indirilmediği sürece geçerliliğini koruyacaktır.⁶⁴³ İnşâî hükümlerin özelliklerinden olan, kararın kesinleşmesiyle hukukî durumda değişikliğin kendiliğinden meydana gelmesi, ceza koşulunun indirilmesine dair hükümde de görülmektedir. Hükümle birlikte ceza koşulunun miktarı geçmişe etkili olarak, hâkim tarafından indirilen uygun seviyedeki miktar olacaktır⁶⁴⁴.

2. HÜKÜM VE SONUÇLARI

Aşırı ceza koşulunun indirilmesine dair inşâî hüküm, kesinleşmesiyle birlikte hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. İnşâî hükümlerin özelliğinden kaynaklı olarak; bu sonuç, kendiliğinden doğacak olup, ayrıca icra edilmesine lüzum olmadığı gibi böyle bir imkân da yoktur⁶⁴⁵. Diğer taraftan, birçok kez bahsettiğimiz üzere, inşâî hükümler kural olarak geçmişe etkili değil de geleceğe etkili olarak sonuçlarını doğursalar da⁶⁴⁶, aşırı ceza koşulunun indirilmesine dair hüküm bunun istisnalarından birisidir ve hükümlerini geçmişe etkili olarak doğuracaktır⁶⁴⁷. Hükümün geçmişe etkili olması, aşırı ceza koşulunun indirilmesi müessesesinin getirilme amacından ve niteliğinden kaynaklanmakta olup, aynı zamanda verilen hükmün amaca uygun şekilde etkin olması bakımından da işin doğası gereğidir. Böylece borçlunun, ceza koşuluna konu edimi,

⁶⁴¹ TUNÇOMAĞ, s. 166; GÜLSEVEN, s. 134-135; YAĞCIOĞLU, s. 262.

⁶⁴² HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 385; EREN, s. 1190; TUNÇOMAĞ, s. 167; KOCAAĞA, s. 374; GÜLSEVEN, s. 135; PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 471; YAĞCIOĞLU, s. 261.

⁶⁴³ KOCAAĞA, s. 374; TUNÇOMAĞ, s. 167; GÜLSEVEN, s. 135; YAĞCIOĞLU, s. 261 – 262.

⁶⁴⁴ EREN, s. 1190; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 385; KOCAAĞA, s. 374; TUNÇOMAĞ, s. 167; GÜLSEVEN, s. 135; YAĞCIOĞLU, s. 261 – 262.

⁶⁴⁵ PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 471; TUNÇOMAĞ, s. 169; KOCAAĞA, s. 375; GÜLSEVEN, s. 135.

⁶⁴⁶ PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 470-471; KOCAAĞA, s. 375.

⁶⁴⁷ EREN, s. 1190; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 385; KOCAAĞA, s. 375-376; TUNÇOMAĞ, s. 169; GÜLSEVEN, s. 135; YAĞCIOĞLU, s. 261 – 262.

ceza koşulunun kararlaştırıldığı tarihten itibaren, hâkimin indirdiği miktarda borçlanmış gibi kabul edilecektir⁶⁴⁸.

Tüm bunlarla beraber, aşırı ceza koşulunun indirilmesini dair talebin mahkemece reddedilmesi durumunda, buna dair hüküm eda ve tespit davalarında verilen hükümler gibi bir tespit hükmüdür.

Yargıtay, ceza koşulunun aşırı olması nedeniyle indirilmesine karar verilmesi nedeniyle, alacaklı aleyhine vekalet ücreti ve yargılama giderine hükmedilmemesi gerektiğine dair verdiği isabetli kararlarda; hâkimin ceza koşulundan indirim yapılmasına ilişkin takdir yetkisinin kullanılıp kullanılmayacağını, dava açılırken alacaklı tarafından bilinmesinin mümkün olmadığı gerekçelerini isabetli olarak sunmaktadır.⁶⁴⁹ Bu gerekçelere ek olarak, hâkimin takdir hakkını kullanması nedeniyle yaptığı indirim, ceza koşulunun ifasını dava yoluyla talep eden davacının, ceza koşulundan indirim yapılan kısım yönünden haksız olduğu sonucunu doğurmayacağı da, alacaklı aleyhine vekalet ücreti ve yargılama gideri hükmedilmemesine gerekçe olarak gösterilmektedir⁶⁵⁰.

⁶⁴⁸ KOCAĞA, s. 375; TUNÇOMAĞ, s. 169; EREN, s. 1190; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 385; YAĞCIOĞLU, s. 262.

⁶⁴⁹ Yarg. 13.HD, T. 22.11.2018, 6178/11099; “...Cezai şarttan indirim yapılmasını davacının önceden takdir etmesi düşünülemez. Cezai şarttan indirim yapılması tamamen hâkimin takdirine ait olduğundan indirilen miktardan dolayı davacı taraf aleyhine avukatlık ücretine hükmedilemez....”(www.kazanci.com.tr, E.T : 16.5.2019). Aynı yönde TAMER, s. 746. Aksi yönde YAĞCIOĞLU, s. 262.

⁶⁵⁰ Yarg. 3.HD, T. 7.11.2018, 4264/ 11140 : “...Her ne kadar mahkemece, hakkaniyet indirimi yapılması sebebiyle davalılar yararına vekalet ücreti takdir edilmiş ise de; hâkimin takdir hakkını kullanması nedeniyle yaptığı indirim davacının indirim yapılan kısım yönünden haksız olduğu sonucunu doğurmayacağı gibi, davacının davanın açıldığı sırada cezai şarttan indirim yapılması hususunda hâkimin takdir hakkını kullanıp kullanmayacağını ve indirim yapılacaksa bunun miktarının ne olacağı hususunda öngörüde bulunması kendisinden beklenemeyeceğinden, yapılan takdiri indirim nedeniyle davalı taraf lehine vekalet ücretine hükmedilemeyeceği gözetilerek bir karar verilmesi gerekirken, takdiri indirim nedeniyle reddedilen kısım için davalı taraf lehine vekalet ücretine hükmedilmesi de doğru görülmemiştir...”(www.kazanci.com.tr; E.T : 16.5.2019)

BÖLÜM IV

BORÇLUNUN TACİR OLMASI HALİNDE CEZA KOŞULUNUN HÜKÜM VE SONUÇLARI

I. TACİRLER BAKIMINDAN CEZA KOŞULUNUN İNDİRİLMESİ YASAĞI

A. GENEL OLARAK

TBK' nın 182. maddesiyle getirilen aşırı ceza koşulunun indirimine dair düzenlemede, tacirlerin bu indirim hakkından yararlanamayacağına dair bir hüküm yer almamaktadır. Ancak TTK' nın, “ücret ve sözleşme cezasının⁶⁵¹ indirilmesi” başlığı altında düzenlenen 22. maddesinde, tacirin aşırı ceza koşulu kararlaştırıldığı iddiasıyla, ceza koşulunun indirilmesini talep edemeyeceği düzenlenmiştir. Bu hükümle, TBK' nın hâkime aşırı ceza koşulunun indirilmesine dair yetki ve görev veren md.182, f. 3 hükmüne istisna getirilmiş; tacir sıfatına sahip borçlunun, ceza koşulunun aşırı olduğu iddiasıyla indirilmesini talep etmesine yasak getirilerek TBK md. 182, f. 3 hükmünün tacirler bakımından uygulanmasının önüne geçilmiştir. 6762 sayılı eTTK' nın 24. maddesinde de yer alan düzenleme, 6102 sayılı TTK' nın 22. maddesine, madde gerekçesinde⁶⁵² de belirtildiği üzere değişiklik yapılmadan aynen alınmıştır. O halde, maddenin aynen alındığı eTTK' nın 24. maddesinin gerekçesine bakılarak, maddenin konuluş amacı daha iyi tahlil edilebilecektir. eTTK' nın 24. maddesinin gerekçesinde; *“Borçlar Kanunu’ nun bazı maddelerine göre fahiş bir ücret veya fahiş cezai şart yargı tarafından indirilebilir. Halbuki Ticaret Kanunu’ nun (647) nci maddesine göre, cezai şart fahiş olsa bile indirilemez. Ticaret hukuku ile adî hukuk arasında bu farkı olduğu gibi bırakmak doğru addedilmiştir. Çünkü ticaret sahasında merhamet ve insaf ne gösterilir, ne beklenir. Küçük tacir mefhumu da kaldırıldıktan sonra; tacir sıfatını haiz olan borçluyu, olağan hallerde fahiş addedilebilen bir tellallık ücretinin veya cezai şartın indirilmesini talep etmek hakkından, şimdiye kadar olduğu gibi ileride de mahrum bırakmak, ticaretin icabındandır.”*⁶⁵³

⁶⁵¹ TTK' nda “ceza koşulu” terimi yerine “sözleşme cezası” terimi kullanılmıştır.

⁶⁵² 6102 sayılı TTK' nın 22. Maddesine dair gerekçede : “6762 sayılı Kanunun 24 üncü maddesini karşılayan bu hükümde bir değişiklik yapılmamıştır.” denilmiştir.(www.sinerjimevzuat.com, E.T : 16.5.2019)

⁶⁵³ AYHAN, s. 307’ den naklen.

Kanun koyucu, tacir sıfatına sahip olmanın külfetleri arasında ceza koşulunun aşırı olduğu iddiasıyla indirilmesi talebinde bulunamamaya da yer vererek; tacirin ceza koşulu kararlaştırılırken, ticaretle uğraşmayan normal bir kişiye oranla daha dikkatli ve öngörülü davranmasını istemiştir. Taciri, kararlaştırılan ceza koşulu miktarı aşırı olsa da indirilmesini talep yasağına tabi tutarak, dikkat ve özen mükellefiyetini yerine getirmemesi halinde, aşırı ceza koşulunu indirilmeksizin ödemek durumunda kalma sonucuyla karşı karşıya bırakarak, bu dikkat ve öngörülü davranma zorunluluğunu bir nev’i yaptırıma bağlamıştır.

Esasen, TTK md. 22 düzenlemesi, TTK md.18, f. 2 ile getirilen tacirin basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğünün bir sonucudur⁶⁵⁴. TTK md. 18, f. 2 düzenlemesine göre, ticaretine ait tüm faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi davranmak, yapacağı tüm iş ve faaliyetleri sonuçlarını öngörerek yapmak külfeti altında olan tacirlerin bazı koruyucu kanuni hükümlerden yararlanmalarının da önüne geçilmiştir⁶⁵⁵. İşte, tacirlerin yararlanamayacağı koruyucu hükümlerden birisi de TBK’ nın 182. maddesinin, 3. fıkrasında düzenlenen aşırı ceza koşulunun indirilmesine dair hükümdür. TTK md.22 düzenlemesi ile, TBK’ nın md. 182, f. 3 düzenlemesine bir istisna getirilerek, basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü altında olan tacirin, bu TBK’ nın md. 182, f. 3’ ten yararlanamayacağı hüküm altına alınmıştır.

B. TACİRİN BASİRETİ İŞ ADAMI GİBİ DAVRANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

TTK’ nın 18. Maddesinin 2. fıkrasıyla düzenlenen; basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğüyle, tacirin ticarî işlerinde göstermesi gereken özen bakımından objektif bir ölçüt getirilmiştir⁶⁵⁶. Buna göre, tacir; ticarî işletmesiyle ilgili yapacağı işlemlerde, aynı ticaret alanında faaliyet gösteren tedbirli ve öngörülü bir tacirden beklenen özeni göstermek külfeti altındadır⁶⁵⁷. Tacirin göstermesi gereken özenin değerlendirilmesinde esas alınacak ölçüt; sübjektif olarak kendisinin yetenek ve imkânlarına göre kendisinden beklenecek özen değil, aynı ticaret alanında tedbirli ve öngörülü bir tacirin göstereceği özen olmalıdır⁶⁵⁸. Ancak; gösterilmesi gereken özen

⁶⁵⁴ BOZER/ GÖLE, s. 91; ŞENER, s. 228; ARKAN, s. 159; AYHAN, s. 309; TAMER, s. 749-750. KOCAAĞA, s. 377.

⁶⁵⁵ KOCAAĞA, s. 377; ARKAN, s. 156.

⁶⁵⁶ ARKAN, s. 151; ŞENER, s. 191; AYHAN/ ÇAĞLAR, s. 240

⁶⁵⁷ ARKAN, s. 151; ŞENER, s. 191; AYHAN/ ÇAĞLAR, s. 240

⁶⁵⁸ ARKAN, s. 151; ŞENER, s. 191; KOCAAĞA, s. 377;

belirlenirken ele alınacak ölçütün objektif olması, tacirin yapmış olduğu iş veya sözleşmenin özelliklerinin göz önünde bulundurulmasına engel değildir⁶⁵⁹.

Tacirin basiretli bir işadamı gibi hareket etme yükümlülüğü, kanun metninden de anlaşıldığı üzere sadece kendi ticaretine ait faaliyetleriyle sınırlıdır. Bu halde, tacirin, ticarî faaliyet ve ticarî işletmesiyle ilgili olmayan işlerinde, basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü bulunmamaktadır⁶⁶⁰. Tacirin adı nitelikteki işleri olarak da tanımlayabileceğimiz ticarî olmayan işlerinde, kendisinden bu özen yükümlülüğüyle hareket etmesi kendisinden istenmemeli ve beklenmemelidir⁶⁶¹. Tüzel kişi tacirlerin, ticarî faaliyet alanlarında olmayan bir işleri olmadığı için, onlar için böyle bir ayırım söz konusu olmayıp, tüzel kişi tacirler tüm işlerinde basiretli bir işadamı gibi hareket etme külfetinde olacaklardır⁶⁶². O halde, tacirin adı işlerinden sadece gerçek kişi tacir bakımından söz edilebilir. Belirtmek gerekir ki; gerek gerçek kişi, gerekse de tüzel kişi tacir bakımından, basiretli bir işadamı gibi hareket etme yükümlülüğü, faaliyet gösterdikleri alan bakımından geçerli olmalıdır⁶⁶³. Örnek vermek gerekirse, faaliyet alanı inşaat olan bir müteahhit tacirin, kırtasiye malzemeleri ticaretine dair önemli ayrıntıları bilmesi beklenemez. Yine tacir, faaliyet alanı içerisindeki ticarî faaliyetlerini, ifa yardımcısı aracılığıyla kullanabilir. Böyle bir durumda, ifa yardımcısı, tacir adına onun ticarî faaliyetlerinin kapsamındaki faaliyetleri bakımından basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü bulunmaktadır⁶⁶⁴.

TTK md. 18, f.2 düzenlemesiyle getirilen basiretli iş adamı gibi hareket etme ölçütündeki özne olan “basiretli iş adamı”⁶⁶⁵ndan kastedilen deneyimli ve öngörülü, düşünceli hareket eden iş adamıdır. Bu halde, basiret sahibi bir insandan işte çalıştığı konularda deneyimsiz ve düşüncesiz olması beklenemez.

Kanun koyucunun, TTK md. 18, f. 2 düzenlemesi ile getirdiği basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün bir sonucu olarak; tacir, bazı kanun hükümleriyle getirilen kural ve başvuru imkânlarından faydalanamayacaktır. Buna verilecek

⁶⁵⁹ AYHAN/ ÇAĞLAR, s. 240.

⁶⁶⁰ AYHAN/ ÇAĞLAR, s. 240; BOZER/ GÖLE, s. 88; ŞENER, s. 196.

⁶⁶¹ BOZER/ GÖLE, s. 88.

⁶⁶² BOZER/ GÖLE, s. 88.

⁶⁶³ ARKAN, s. 151, dñn. 1.

⁶⁶⁴ ŞENER, s. 196.

⁶⁶⁵ “Basiret: Gerçekleri yanılmadan görebilme yeteneği, uzağı görüş, sezış, anlayış, kavrayış, sađđörü, vizyon”; “Basiretli: Gerçeği görebilen, uzağı görebilen, basireti olan, sađđörölü” (Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr>, E.T : 17.05.2019).

örneklerden birisi; tacirin, TBK m. 28’ de düzenlenen aşırı yararlanma hükümlerinden kısmen yararlanamayacak olmasıdır.

Buna göre, tacir TBK md. 28 hükümlerinden sınırlı olarak yararlanabilir. Zira, basiretli bir işadamından kendi ticarî alan ve faaliyetleri kapsamında düşüncesiz davranmasından veya deneyimsiz olmasından bahsedilemez.⁶⁶⁶ Aşırı yararlanma hükümlerinin uygulanmasının objektif unsuru olan edimler arası açık oransızlığın yanında, subjektif unsurları da vardır. Subjektif unsurlardan olan; “kişinin deneyimsizliğinden veya düşüncesizliğinden yararlanma” şartının, tacir kişi bakımından gerçekleşmesinin kabulü, TTK md. 18, f. 2 hükmü karşısında mümkün değildir. Tacirin, “düşüncesizlik” ve “deneyimsizlik” durumlarından biri içerisinde bulunduğu ve bu halinden faydalanılarak edimler arası oransızlık yaratıldığı sebeplerine dayanarak yapacağı başvuru dinlenemez. TTK md. 18, f.2 düzenlemesiyle getirilen basiretli iş adamı gibi hareket etme ölçütündeki özne olan “basiretli iş adamı” ndan kastedilen zaten deneyimli ve öngörülü, düşünceli hareket eden iş adamıdır. Bu halde, basiret sahibi bir insandan işgal ettiği konulara, deneyimsiz ve düşüncesiz olması beklenemez.

Ancak, TBK md. 28’ de aşırı yararlanmanın subjektif unsurları sadece kişinin düşüncesizliği veya deneyimsizliğinden yararlanılması olarak öngörülmemiştir. Bunların yanında kişinin zor durumda kalmasından yararlanılması da subjektif unsurlardan olup, kişinin zor durumda olmasından faydalanılarak aşırı yararlanmanın gerçekleşmesi halinde de aşırı yararlanmaya ilişkin yaptırımların uygulanması talep edilebilecek ve şartların oluştuğuna kanaat getirildiğinde talep edilen yaptırımlar uygulanabilecektir. Tacirin düşüncesizlik ve deneyimsizliğinden söz edilemese de zor durumda kalması ve bundan faydalanılması söz konusu olabilir. Böyle bir durumda, tacirin zor durumda kalmasından faydalanılarak edimler arası oransızlık yaratılmak suretiyle aşırı yararlanma (gabin) durumu doğduğunda, tacir TBK md.28 hükümlerine başvurabilir⁶⁶⁷.

Basiretli davranma külfeti altında bulunan tacirin TBK md. 138’ de düzenlenen, aşırı ifa güçlüğü hükümlerinden faydalanıp faydalanamayacağı hususuna da değinmek gerekir. TBK md. 138 hükmüyle; taraflarca sözleşme yapıldığı anda öngörülmeyen ve öngörülmesi imkânı da bulunmayan olağanüstü bir durumun; borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkarak, sözleşmenin yapıldığı sırada var olan şartları değiştirmesiyle oluşan yeni şartlar karşısında, borçludan üzerine düşen ediminin

⁶⁶⁶ ARKAN, s. 152-153; ŞENER, s. 195.

⁶⁶⁷ ŞENER, s. 195; ARKAN, s. 152-153, 159;

ifasının beklenmesi dürüstlük kurallarına aykırı olacak şekilde güçleştiği durumda, borçlunun hâkimden sözleşmenin yeni şartlara uyarlanmasını talep edebileceği ve bu olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir⁶⁶⁸. Maddede belirtilen sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü durumun meydana gelmesi, borçlunun kusurundan kaynaklanmamalıdır⁶⁶⁹. Yine, ifa güçlüğü, öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü durumun, edimler arasındaki eşitlik ve dengeyi önemli derecede bozulmasından kaynaklanması gerekmektedir⁶⁷⁰. Edimler arası böyle bir eşitsizlik ve dengesizliğin yarattığı ağır oransızlık, işlem temelinin çökmesi olarak da kabul edilmektedir⁶⁷¹. Bununla birlikte, öngörülme ve öngörülmesi beklenen her durum değil, olağanüstü durumların bu edimler arasındaki eşitlik ve dengeyi bozması ve bunun sonucunda borçludan ediminin ifa etmesinin beklenmesi dürüstlük kuralına aykırı olmalıdır⁶⁷².

Aşırı ifa güçlüğüne sebep olan olağanüstü durumların, borçlu tarafından öngörülemeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen durum olup olmadığının belirlenmesinde; diğer ölçütlerle⁶⁷³ birlikte, borçlunun sosyal statü, eğitim ve düşünsel

⁶⁶⁸ Kanun koyucu, aşırı ifa güçlüğü halinde sözleşmenin uyarlanması veya sözleşmeden dönmeye ilişkin TBK' nın 138. maddesinde yaptığı genel düzenleme yanında, TBK' nın 480. Maddesinin 2. Fıkrasıyla, bedelin götürü olarak belirlendiği eser sözleşmelerine ilişkin özel bir düzenleme de yapmıştır. TBK md.138 düzenlemesinden farklı olarak, TBK md. 480, f.2 düzenlemesi ile, başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülüp de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar ele almıştır. Bu durumda, TBK md. 480, f. 2 düzenlemesinde, taraflarca öngörülse de göz önünde tutulmayan durumlardan ileri gelen ifa güçlüklerinin de uyarlama nedeni sayılması, TBK md. 138 düzenlemesinde uyarlama için getirilen şartlardan, aşırı ifa güçlüğüne neden olan olağanüstü durumun taraflarca öngörülmemesi ve öngörülmesinin de beklenmemesi şartına istisna teşkil etmektedir. Bkz. **EREN**, s. 485; **KILIÇOĞLU**, s. 338-339. Sözleşmenin uyarlanmasının TBK' da özel olarak düzenlendiği iki durum daha bulunmaktadır. Bunlar; TBK md. 296' da düzenlenen "Bağışlama Sözü Vermenin Geri Alınması ve İfadan Kaçınılması", TBK' nın 363.maddesinde düzenlenen ürün kirasında kiracının "Olağanüstü Durumlarda Kira Bedelinden İndirim" hakkıdır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz. **KILIÇOĞLU**, s. 338

⁶⁶⁹ **EREN**, s. 485-486; **OĞUZMAN/ ÖZ (I)**, s. 569; **KILIÇOĞLU**, s. 344; **TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU**, s. 312. **BAYSAL**; TBK md. 138' de, sözleşmende durum değişikliğinin, "borçludan kaynaklanmayan bir sebeple" meydana gelmesinin ifade edildiğini, "kusur" kavramının kullanılmadığını; esasen bu tercihin de, kusurdan daha geniş bir kavram olan borçlunun etki alanından kaynaklanmamasının arandığı için yapıldığını; burada kusurdan değil, kusuru da içerisinde barındıran "isnat edilebilirlik" ögesinden bahsedilmesi gerektiğini ifade etmektedir(**BAYSAL**, Başak : Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü, 2. Baskı, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 260 – 262). Benzer yönde Bkz. **AKMAN(TEKİNAY/ BURCUOĞLU/ ALTOP)**, s. 1007.

⁶⁷⁰ **EREN**, s. 486; **OĞUZMAN/ ÖZ (I)**, s. 568; **TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU**, s. 311.

⁶⁷¹ **OĞUZMAN/ ÖZ (I)**, s. 568; **HATEMİ/ GÖKYAYLA**, s. 336; **TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU**, s. 311. Yasa gerekçesinde de, düzenlenen aşırı ifa güçlüğü, sözleşmeye bağlılık (ahde vefa) ilkesinin bir istisnası olan "işlem temelinin çökmesi" ne ilişkin olduğu belirtilmiştir(Bkz. **KILIÇOĞLU**, s. 342). Buna karşılık **EREN**; uyarlamaya neden olan edimler arasındaki dengeyi bozulmasıyla oluşan aşırı ifa güçlüğü; işlem temelinin çökmesi veya önemli derecede bozulması olarak değil, işlem temelinin çökmesinden daha hafif bir durum olarak tanımlamaktadır(**EREN**, s. 486).

⁶⁷² **KILIÇOĞLU**, s. 343;

⁶⁷³ **BAYSAL**, s. 245 vd.

kapasitesi gibi öznel özelliklerinin ele alınması gerekir. Bu bağlamda, borçlunun mesleği, sözleşme konusu iş bakımından uzmanlığı ve konumu da göz önünde bulundurulmalıdır.⁶⁷⁴ Zira, ifasını güçleştiren olağanüstü durumları öngöremediğini iddia eden kişinin, ifa konusu işle aynı konularla sürekli uğraşması ve bu konularda uzman olması halinde, bu iddiaları inandırıcı olmayacaktır.⁶⁷⁵ İşte bu nedenledir ki; basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğünde bulunan tacirin, TBK md. 138’ de düzenlenen aşırı ifa güçlüğü hükümlerinden yararlanması çok güçtür. Zira, basiretli bir tacir, sözleşme yaparken, meydana gelebilecek tüm olayları öngörmeli ve koşulları değiştirecek tüm etkenleri sezmeli, göz önünde bulundurmalı ve yapacağı sözleşmeyi buna göre yapmalıdır. Tacir böyle bir fizibilite çalışması yapmaksızın sözleşmeyi akdettiği takdirde, TTK md. 18, f. 2 gereği, ortaya çıkacak tüm gelişmeleri öngörmüş sayılacak ve buna göre tüm rizikoları göze almış kabul edilerek, sonradan ortaya çıkan tüm durumların yarattığı sonuçlara da katlanacaktır⁶⁷⁶.

Buradan hareketle, tacirin TBK md. 138’ de düzenlenen aşırı ifa güçlüğü hükümlerine dayanarak sözleşmenin uyarlanmasını talep edemeyeceği doktrinde ileri sürülse⁶⁷⁷ de, kanaatimizce borçlunun tacir sıfatına haiz olması tek başına TBK md. 138 hükümlerine göre uyarlama talebinde bulunmasını engellememelidir. Tacir sıfatı, meydana gelen olağanüstü durumun öngörülebilirliği bakımından yapılacak değerlendirmede göz önünde bulundurulmalı ve tacirin basiretli davranma yükümlülüğü altında olması, normal borçlulara göre öngörülebilirlik değerlendirmesinde daha sıkı bir denetime tabi olması sonucunu doğurmalıdır⁶⁷⁸. Bunun haricinde, sırf tacir sıfatına haiz olmasıyla borçlunun sonradan meydana gelen bütün durumları öngördüğünü veya öngörebilir olmasını kabul etmek, hakkaniyete ve adalete aykırı olacaktır⁶⁷⁹. Bu halde, tacirin uzmanlık alanı olan bir işte; kendisiyle aynı düzeyde, makul ve tedbirli bir tacirin de öngöremeyeceği bir durum değişikliği söz konusu ise, TBK md. 138’ e dayanan uyarlama talebinin reddedilmemesi gerekir⁶⁸⁰.

⁶⁷⁴ BAYSAL, s. 255.

⁶⁷⁵ KILIÇOĞLU, s. 343.

⁶⁷⁶ KILIÇOĞLU, s. 344; ŞENER, s. 193.

⁶⁷⁷ ŞENER, s. 193-194.

⁶⁷⁸ BAYSAL, s. 257 – 258; KILIÇOĞLU, s. 344; BİNGÖL, Muhammet Emin; Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Yükümlülüğü: Özellikle Tacirin Ücret ve Cezai Şartın İndirilmesini İsteyememesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 89.

⁶⁷⁹ DOĞAN, Gülmelahat; “Aşırı İfa Güçlüğü Nedeniyle Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 26, S. 111 (Mart–Nisan 2014), s. 21 - 22(<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2014-111-1358>, E.T. : 19.05.2019).

⁶⁸⁰ BAYSAL, s. 257 – 258; BİNGÖL, s. 89.

Bunlara karşılık, basiretli iş adamı gibi davranma külfeti altında bulunan tacirin, mücbir sebep savunmasına başvurması mümkündür⁶⁸¹. Mücbir sebep, olağanüstü durumdan farklı olup; gerçekleşme şekli ve yoğunluğu bakımından olağanüstü durumu açıkça aşan ve borçlunun faaliyet ve hukuk alanıyla ilgisi olmayan, dışarıdan bir etken ile meydana gelen, borçlunun öngöremediği ve mutlak olarak kaçınamayacak olduğu olaylardır⁶⁸². Anlaşıldığı üzere, mücbir sebep teşkil eden olay, olağanüstü durum olarak nitelendirilen olaydan şiddet olarak daha ağır ve hiçbir şekilde kaçınılmazdır. Söz kaçınılmazlık ve objektif olarak öngörülemezlik, tacir sıfatına sahip borçlu bakımından farklılık arz etmez. Zira, tacir olmayan borçlunun öngöremediği ve fakat tacir sıfatına sahip borçlunun öngördüğü bir durumdan mücbir sebep olarak bahsedilemez.⁶⁸³

Tacirin basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün, borçlunun iyiniyet savunmasında bulunmasına, irade sakatlığı nedenlerinden yanılma, aldatma gibi sebeplere dayanmasına engel olup olmadığı da, TTK md. 18, f. 2 ile tacire getirilen yükümlülüğünün yansıması olan sonuçlardır⁶⁸⁴.

Tacire TTK, md. 18, f. 2 ile getirilen yükümlülüğün bu yansımalarının yanında; kanun koyucu, tacirin basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğün sonucu olarak, bazı kanuni imkânlardan faydalanamamasını bizzat yine kanun hükmüyle düzenlemiştir⁶⁸⁵. TTK' nın 22. maddesiyle, tacirin simsarlık sözleşmesinde aşırı ücret kararlaştırıldığı iddiasıyla TBK md. 525 hükmüne dayanarak hâkimden simsarlık sözleşmesinin indirilmesini talep edemeyeceği; TBK' nın 121. maddesinin, 1. Fıkrasına aykırı olarak anlaşma yapılmasıyla, TBK md. 121, f. 2 gereği ceza koşulu hükümlerine tabi olan temerrüt faizine ilişkin anlaşmalara ilişkin indirim talep edemeyeceği düzenlenmiştir. TTK md. 22 düzenlemesi içerisinde, tacirin ceza koşulunun aşırı olduğu iddiasıyla hâkimden indirim talep etmesine yasak getirmiştir. Bu yasağın uygulanma şartları aşağıda incelenecektir.

⁶⁸¹ ARKAN, s. 152, dpn. 2; ŞENER, s. 193; BİNGÖL, s. 100; POROY, Reha/ YASAMAN, Hamdi; Ticarî İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 15. Bası, İstanbul 2015, s. 158.

⁶⁸² EREN, s. 557; OĞUZMAN/ ÖZ (I), s. 407-408; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 139; KILIÇOĞLU, s. 403.

⁶⁸³ BİNGÖL, s. 100; POROY/ YASAMAN, s. 158; ARKAN, s. 152, dpn. 2; ŞENER, s. 193.

⁶⁸⁴ Bu konularda ayrıntılı açıklamalar için Bkz. ŞENER, s. 191 – 199; BİNGÖL, s. 51 – 100;

⁶⁸⁵ BOZER/ GÖLE, s. 91; ARKAN, s. 156; AYHAN/ ÇAĞLAR, s. 243; ŞENER, s. 228; AYHAN, s. 309; KILIÇOĞLU, s. 987; TAMER, s. 749; GÜLSEVEN, s. 70; KOCAĞA, s. 377.

C. YASAĞININ UYGULANMA KOŞULLARI

1. BORÇLUNUN TACİR OLMASI

TBK' nın 182. maddesinin 3. fıkrasıyla düzenlenen, aşırı ceza koşulunun indirimi, hâkim tarafından kendiliğinden yapılacak olmakla birlikte, bu konuda borçlu tarafından bir talepte bulunulmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. TTK md. 22 hükmüyle getirilen tacirin indirimi talep edemeyeceğine dair düzenleme ile; TBK md. 182, f. 3 hükmünün, ister talep üzerine isterse hâkim tarafından kendiliğinden tacir bakımından uygulanmasına dair yasak getirilmiş bulunmaktadır. Bu halde, yasağın uygulanmasının ilk şartı ceza koşulu borçlusunun tacir sıfatına haiz olmasıdır.

TTK' da gerçek kişi ve tüzel kişiler için tacir sıfatı ayrı ayrı düzenlenmiş olup; gerçek kişi tacir, TTK' nın 12. maddesinin 1. fıkrasında tanımlanmıştır. Aynı maddenin 2. fıkrasında, 1. fıkarda düzenlenen unsurlara bağlı olmaksızın⁶⁸⁶ tacir sayılan gerçek kişi ve 3. fıkrasında ise tacir gibi sorumlu olan gerçek kişi tanımlanmıştır. Bunun yanında, küçük ve kısıtlıların tacir sayılması ve yetkili temsilcilerinin sorumlulukları TTK' nın 13. maddesinde, ticaret yapmaktan menedilenlerin tacir sayılmaları ise 14. maddede düzenlenmiştir.

Tüzel kişi tacirler ise, TTK' nın 16. maddesinde düzenlenmiş, 17. maddede ise tüzel kişiliğe sahip olmayan donatma iştirakine⁶⁸⁷, tacire ilişkin hükümlerin aynen uygulanacağı hükmü getirilmiştir.

Donatma iştirakinin tüzel kişiliği bulunmamakla beraber, TTK md. 17 gereği, tacirler hakkındaki hükümler donatma iştiraki hakkında da uygulanır⁶⁸⁸. Bu bakımdan

⁶⁸⁶ **AYHAN/ÇAĞLAR**, s. 222.

⁶⁸⁷ Donatma iştiraki, TTK' nın 1064' üncü maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır : “Birden çok kişinin paylı mülkiyet şeklinde malik oldukları bir gemiyi, menfaat sağlamak amacıyla aralarında yapmış oldukları sözleşme gereğince, hepsi adına ve hesabına suda kullanmaları hâlinde donatma iştiraki vardır.”

⁶⁸⁸ Doktrinde, tacirler hakkındaki hükümlerin donatma iştirakine uygulanmasına dair TTK md. 17 hükmü nedeniyle, müşterek donatanların tacir sıfatına sahip olmayacağı belirtilmekle birlikte(**ARKAN**, s. 141; **ŞENER**, s. 172); bu görüşün aksine donatma iştirakinin bir ticarî işletme olduğu ve adî şirket hükümlerinin kıyasen donatma iştiraki bakımından da uygulanacağı ve dolayısıyla müşterek donatanların her biri bakımından, bu ticarî işletmeyi kısmen işletmeleri söz konusu olduğundan tacir sıfatına sahip oldukları da ileri sürülmektedir(**AYHAN/ÇAĞLAR**, s. 236). Kanaatimizce de donatma iştirakine, tacir hakkındaki hükümlerin uygulanacağına dair TTK md. 17 hükmü karşısında müşterek donatanların, tacir sıfatına sahip olduklarından söz edilemez. Bu halde, müşterek donatanların değil, donatma iştirakinin iflasına karar verilebilir **ARKAN**, s. 141; **ŞENER**, s. 172; **ÖZBAY**, İbrahim; “Donatma İştirakinin İflası”, **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XII, S. 1-2(2008), s. 191). Donatma iştiraki hakkında iflasın açılmasıyla iştirakin sona ereceğine dair TTK md. 1084 hükmü de bunu doğrulamaktadır(**ŞENER**, s. 172, dpn. 241).

donatma iştiraki, sanki bir tüzel kişi gibi işlem görmektedir⁶⁸⁹. Donatma iştirakinin de ticaret siciline tescil olunması gerekir. Diğer taraftan, bir gemiye tek başına bir ticaret şirketinin ya da diğer tüzel kişilerce sahip olunması veya işletilmesi halinde donatma iştirakiyle ilgili TTK hükümleri bunlara uygulanmayacaktır⁶⁹⁰.

Aşırı ceza koşulunun indirim yasağı tacirlere getirilen bir külfet olduğundan; tacir sıfatına sahip olma ve bu sıfatın kazanılması ve kaybedilmesi anları ile yine tacir sıfatına bağlanan külfetlere tabi olmaları nedeniyle tacir sayılanlar ve tacir gibi sorumlu olanlar, yasağın uygulanması açısından büyük önem arz edecektir. Öyle ki; ceza koşulu taahhüt ettiği anda tacir sıfatına sahip olanlar ya da tacir sayılan veya tacir gibi sorumlu olan şahıslar, indirim yasağına tabi olacaklardır. Bu nedenle, çalışmamızın bu bölümünde, gerçek kişi ve tüzel kişi bakımından tacir sıfatının kazanılması ve şartları, tacir gibi sorumlu olma ve tacir sayılma kavramları incelenecektir.

a. Gerçek Kişi Bakımından Tacir Sıfatının Kazanılması

Gerçek kişi tacir, TTK' nın 12. maddesinin 1. fıkrasında tanımlanmış olup, buna göre; *“Bir ticarî işletmeyi, kısmen de olsa, kendi adına işleten kişiye tacir denir.”* Düzenlemeye göre tacirlik sıfatının kazanılması için ilk önce bir ticarî işletmenin varlığı gerekmektedir. Ticarî işletmenin varlığı ile birlikte bir gerçek kişi, bu işletmeyi kısmen de olsa kendi adına işletiyorsa, tacir sıfatını kazanır. Bu halde, gerçek kişi bakımından tacirlik sıfatının kazanılmasının iki şartı vardır. Bunlar; bir ticarî işletmenin varlığı ve bu işletmenin kısmen de olsa bu gerçek kişi adına işletilmesidir.

Gerçek kişinin TTK md. 12, f. 1' de yer alan şartların gerçekleşmesi sonucu tacir sıfatını kazanması, ticarî işletmenin ticaret sicilinde tescil edilmesine bağlı değildir. TTK' nın 18. Maddesinde düzenlenen, tacirin ticarî işletmesini ticaret siciline tescil ettirme yükümlülüğünü yerine getirip getirmemesi tacir sıfatının kazanılması veya kaybedilmesinde bir önem arz etmez⁶⁹¹. Ticarî işletmenin ticaret siciline tescili, TTK' nın 12. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen tacir sayılma ve tacir olmanın hüküm ve sonuçları bakımından önem arz etmektedir⁶⁹². Bu nedenle, yapılacak tescil, tacir sıfatının kazanılması bakımından kurucu değil, bildirici etkidir.

⁶⁸⁹ ARKAN, s. 141; ŞENER, s. 172.

⁶⁹⁰ TTK md. 1064, f. 2 : “Tek başına bir geminin maliki veya işletme hakkına sahip olan ticaret şirketleri veya diğer tüzel kişiler hakkında donatma iştirakine ilişkin hükümler uygulanmaz.”

⁶⁹¹ AYHAN/ ÇAĞLAR, s. 224; ARKAN, s. 129;

⁶⁹² AYHAN/ ÇAĞLAR, s. 224; ARKAN, s. 129.

i. Ticarî İşletmenin İşletilmesi Suretiyle

Bir gerçek kişinin tacir sıfatını kazanabilmesi için, ilk önce bir ticarî işletmenin varlığı gerekir. TTK' nın 11. maddesinde ticarî işletme tanımlanmıştır. Buna göre; *“Ticarî işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir.”*

Tanımlamaya göre, ticarî işletmenin unsurlarını; bir işletmenin varlığı, bu işletmenin faaliyetlerinin sürekli ve yine bağımsız olarak yürütülmesi, işletmenin esnaf işletmesi için öngörülen düzeyde gelir sağlamayı hedef tutması şeklinde dört ana unsur olarak sayabiliriz.

Bir ticarî işletmenin varlığından bahsedebilmek için her şeyden önce bir işletmenin varlığı gerekmektedir. İşletmenin varlığından söz edebilmek için, insan emeği ve malvarlığının bir organizasyon dahilinde bir araya getirilmesi gerekir⁶⁹³. Kanun koyucunun TTK' nın 11. madde de yapmış olduğu düzenlemeye göre; soyut şekilde devam eden bir faaliyet, ticarî işletme olarak kabul edilemeyeceği gibi; salt malvarlığı mevcudiyeti de işletme olarak tanımlanamayacaktır. Bu halde, malvarlığının ve insan emeğine dayanan faaliyetlerin, gelir sağlama amacına ulaşmak için belirli bir organizasyon dahilinde bir araya getirilmesini işletme olarak tanımlayabiliriz⁶⁹⁴.

Yine, bir işletmenin, ticarî işletme sayılması için faaliyetlerinin devamlı olması gerekir. Bu sebeple, tesadüfen veya tek sefere mahsus olmak üzere yapılan faaliyetler, devamlı olmadığından ticarî işletmeye vücut vermezler⁶⁹⁵. Faaliyetin devamlı olup olmadığı konusunda yapılacak belirlemede, faaliyetin yürütülmesinde devamlılık kastı ve amacının aranması gerekir⁶⁹⁶. Bu nedenle, faaliyetin niteliğinden ötürü zaman zaman kesintiye uğraması, devamlılık unsurunun bulunmadığı sonucunu vermeyecektir⁶⁹⁷.

Bir işletmenin, ticarî işletme olarak tanımlanması için, aranacak bir diğer unsur ise işletmenin bağımsız olarak faaliyette bulunmasıdır. Bağımsızlık; hem işletmenin iç

⁶⁹³ **BOZER/ GÖLE**, s. 8; **ŞENER**, s. 4. Örneğin; bir gerçek kişinin borsada devamlı faaliyette bulunarak yatırımlarından gelir elde etmesi, gelir sağlama amacı olmasına rağmen, organizasyon içerisinde yapılan bir faaliyet olmadığından, ticarî işletme olarak tanımlanamaz(**ŞENER**, s. 4; **BOZER/ GÖLE**, s. 8).

⁶⁹⁴ **AYHAN/ ÇAĞLAR**, s. 90-91; **ŞENER**, s. 4; **BOZER/ GÖLE**, s. 8; **ARKAN**, s. 26, 27, 31.

⁶⁹⁵ **ARKAN**, s. 31; **ŞENER**, s. 4. Örneğin, bir defaya mahsus olmak üzere; gerçek kişinin, bir otomobil alım satımına aracılık etme faaliyetinin ticarî işletmenin varlığını göstermeyecektir.

⁶⁹⁶ **ARKAN**, s. 31; **ŞENER**, s. 4; **AYHAN/ ÇAĞLAR**, s. 92.

⁶⁹⁷ Sadece kış mevsiminde faaliyet gösteren kayak merkezi işletmesi, okulların tatil olmasıyla faaliyetine ara veren okul kantin işletmesi, faaliyetlerini tekrar eden her mevsim veya dönemde yapmalarından ve bu kast ve amaçta olduklarından devamlılık unsuruna sahiptirler(**BOZER/ GÖLE**, s. 9; **ARKAN**, s. 31; **ŞENER**, s. 4-5; **AYHAN/ ÇAĞLAR**, s. 92).

yönetiminde idari bakımından yürütülen karar alma ve işlem yapma gibi faaliyetlerinde, hem de dış ilişkilerinde yaptığı işlemlerde başka bir ticarî işletmenin iradesine ve işlemlerine tabi olmamayı ifade eder⁶⁹⁸. Bu nedenle, faaliyetlerinde merkezine tabi olan ve bağımsız olarak faaliyette bulunamayan şubenin, ticarî işletme olmasından söz edilemez⁶⁹⁹. Bunun gibi, bir ticarî işletmenin ticarî temsilcisinin, vekilinin yürüttüğü faaliyetlerde bir ticarî işletmenin faaliyetleri olarak tanımlamaz. Zira, bu gerçek kişiler, bağlı oldukları işletme sahibi tacire tabi olarak faaliyet yürütmektedirler. Bu bakımdan, bağımsızlık unsuru hem ticarî işletme hem de ticarî işletme sahibi açısından aranacaktır.⁷⁰⁰ Bununla beraber, bir ticarî işletmenin faaliyet alanında olan işlemlerde, sözleşmelerde aracılık etmeyi veya o işletme adına bu işlemleri, sözleşmeleri yapmayı meslek edinen acentelerin yürüttüğü faaliyetler bağımsız olduğundan, bunların bu faaliyetlerini yürütmek amacıyla sahip oldukları işletmeleri de diğer unsurlarında varlığı halinde ticarî işletme olarak kabul etmek gerekir⁷⁰¹.

İşletmenin bir gelir sağlama amacının olması gerekmekte olup; kanun koyucu, ticarî işletme için hedef tutulan gelir düzeyini TTK md.11, f. 1 hükmüyle belirlemiştir. Buna göre; bir işletme, esnaf işletmesi⁷⁰² için öngörülen gelir düzeyini aşan düzeyde bir gelir sağlamayı hedef tuttuğu halde ve yukarıda değinilen diğer şartları da sağladığı takdirde ticarî işletme sayılacaktır⁷⁰³. Bir kez daha belirtmek gerekirse, işletmenin, esnaf işletmesi için öngörülen gelir düzeyi sınırını fiilen aşması, ticarî işletme sıfatına sahip

⁶⁹⁸ AYHAN/ ÇAĞLAR, s. 95.

⁶⁹⁹ BOZER/ GÖLE, s. 9; ARKAN, s. 31; ŞENER, s. 5; AYHAN/ ÇAĞLAR, s. 95.

⁷⁰⁰ AYHAN/ ÇAĞLAR, s. 95.

⁷⁰¹ ARKAN, s. 31; AYHAN/ ÇAĞLAR, s. 95 : Yine, franchising, tek satıcılık sözleşmeleri gibi sözleşmelerde taraf olan, tek satıcı veya franshise alan işletmelerin; hukukî bağımsızlığını etkilemeyen, satış ve pazarlama yöntemleriyle ilgili direktiflere uyma gibi bağımlılıkları, ticarî işletme olma için aranan bağımsızlık unsurunun varlığını etkilemeyeceğinden bu işletmeler de ticarî işletme olarak tanımlanacaktır.

⁷⁰² TTK' nın 15. maddesinde, esnafın tanımı yapılmış olup; sermayesinden fazla emeğine dayanan ekonomik faaliyetini, ister gezici bir şekilde, ister dükkan veya belirli bir alanda sabit bir yerde sürdürerek sanat veya ticaretle uğraşan kişinin, bu faaliyetinden elde ettiği geliri, kanunun 11. maddesinin 2. fıkrasına göre çıkarılacak kararnameyle belirlenen sınırı aşmadığı halde esnaf olduğu düzenlenmiştir.

⁷⁰³ TTK' nın 11. maddesinin 2. fıkrasında, esnaf işletmesi için öngörülen ve ticarî işletmenin varlığının kabulü için aşılması gereken gelir düzeyi sınırının Cumhurbaşkanı kararıyla belirleneceği düzenlenmiştir. Önceden, bu sınırın Bakanlar Kurulunca çıkarılacak kararnamede gösterileceğine dair düzenleme, değiştirilmiş ve sınırın Cumhurbaşkanı kararıyla belirleneceği düzenlenmiştir. Kanun değiştirilmesinden bu yana bu konuda herhangi bir Bakanlar Kurulu' nca bir karar verilmediği gibi, sınırın Cumhurbaşkanı kararıyla belirleneceğine dair değişiklikten sonra da bu konuda herhangi bir Cumhurbaşkanı kararı düzenlenmemiştir. 6103 sayılı Türk Ticaret Kanunu' nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunun 10. Maddesine göre, TTK' nın 11. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen düzenleme yürürlüğe girinceye kadar yürürlükte olan düzenlemelerin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Bu halde, 6762 sayılı sayılı TTK' nın yürürlükte olduğu dönemde, 1463. maddesinin 2. fıkrasında verilen yetkiyle Bakanlar Kurulu' nca hazırlanan 2007/ 12362 sayılı "Esnaf ve Sanatkar ile Tacir ve Sanayicinin Ayrımına İlişkin Karar" uyarınca esnaf işletmesi ve ticaret işletmesi arasındaki ayırım yapılacaktır. 2007/ 12362 sayılı "Esnaf ve Sanatkar ile Tacir ve Sanayicinin Ayrımına İlişkin Bakanlar Kurulu Kararı için Bkz. RG. 21.07.2007, S. 26589.

olması açısından önemli olmayıp, bu gelir düzeyini aşacak şekilde gelir elde etme hedeflemesi yeterlidir⁷⁰⁴.

Yine; TTK' nın 12. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen ve dört unsur olarak açıkladığımız şartların birlikte gerçekleşmesi halinde, işletme kendiliğinden ticarî işletme özelliğine sahip olacak olup; ayrıca ticaret siciline, ticaret odasına kaydedilmesi, vergi dairesine bildirim yapılması gerekmemektedir⁷⁰⁵.

Ticarî işletmenin varlığının yanında, tacir sıfatının kazanılması için bu ticarî işletmenin kısmen dahi olsa, tacir sıfatını kazanacak gerçek kişi adına işletilmesi gerekir. Kişinin ticarî işletmeyi kendi adına işletmesi, işletmenin faaliyetlerinin sonuçlarına katlanmasını ifade eder⁷⁰⁶.

Ticarî işletmenin işletilmesinden bahsetmek için, ticarî işletmenin işletilmesine yönelik faaliyetlere girişilmesi, tacirin müşteri çevresiyle ilişkiye girmesi gerekmektedir⁷⁰⁷. Ticarî işletmenin kurulmasının ve işletilmesinin alt yapısını oluşturan işlemleri de ticarî işletmenin işletilmesine yönelik faaliyetler olarak saymak gerekir⁷⁰⁸. Ticarî işletme faaliyetinin yürütüleceği dükkanın kiralanması, işletmeye yönelik tesis yapılması için işlemlere girişilmesi gibi ticarî işletmeyle ilgili tüm faaliyetler, ticarî işletmenin işletilmesi anlamına gelir ve tacir sıfatını sahip olunmasına neden olur.

Tacir sıfatının kazanılması bakımından, işletmenin kısmen de olsa tacir olacak olan kişinin adına işletilmesi gerekse de, fiilen bu kişi tarafından işletilmesi gerekmemektedir. Kişi, bu işletmeyi vekil aracılığıyla da işletebilir ve bu halde tacir sıfatı vekiline değil, kendisine ait olur⁷⁰⁹. Bunun gibi, tüzel kişiliğe sahip bir şirket adına ticarî işletme işleten şirket müdürünün de tacir sıfatına sahip olmasına olanak yoktur. Zira, şirket müdürü olan gerçek kişi, ticarî işletmeyi müdürü olduğu şirket adına işletmekte ve bu işletme faaliyetlerinin sonuçları doğrudan doğruya adına hareket ettiği şirketin hukukî alanında doğmakta, kendisi bu sonuçlardan etkilenmemektedir.⁷¹⁰ Bu halde, gerçek kişinin ticarî işletmeyi hukuken kendi adına işletmesi önemlidir. Şirket

⁷⁰⁴ ARKAN, s. 27; ŞENER, s. 6.

⁷⁰⁵ ŞENER, s. 7; AYHAN/ ÇAĞLAR, s. 94;

⁷⁰⁶ AYHAN/ ÇAĞLAR, s. 222; ŞENER, s. 155.

⁷⁰⁷ ARKAN, s. 127, 129; ŞENER, s. 155, 157.

⁷⁰⁸ ARKAN, s. 127 ve burada yer alan dpn. 1; TAMER, s. 740; BOZER/ GÖLE, s. 65.

⁷⁰⁹ ARKAN, s. 127; ŞENER, s. 155.

⁷¹⁰ AYHAN/ ÇAĞLAR, s. 222; ŞENER, s. 155; BOZER/ GÖLE, s. 65; ARKAN, s. 128.

tüzel kişiliği adına işletilen ticarî işletme söz konusu olduğunda; şirketin sahibi, ortağı veya müdürü tacir sıfatını kazanamazlar⁷¹¹.

Kanun metninden de anlaşıldığı üzere, tacir sıfatının kazanılması için, işletmenin tamamının tacir olacak kişi adına işletilmesi gerekmemekte olup, ticarî işletmenin kısmen, tacir olacak gerçek kişi adına işletilmesi, kişinin tacir sıfatına sahip olması bakımından yeterlidir⁷¹². Esasen, madde metnindeki bu “*kısmen de olsa*” ifadesine, ticarî işletme işletmek için oluşturulan adı şirketlerin ortaklarının durumuna açıklık getirmek için yer verilmiştir⁷¹³. Zira, adı şirket, tüzel kişiliğe sahip değildir. Adı şirket adına işletilen bir ticarî işletmenin işletme faaliyetlerinin sonuçları ise, adı şirketin hukukî alanı olmadığından ortaklarının hukukî alanlarında doğacaktır. Bu nedenle, bir ticarî işletmeyi işletmek üzere adı şirket altında bir araya gelen tüm gerçek kişi ortaklar, işletme her biri için kısmen kendi adlarına işletildiğinden, tacir sıfatına sahip olacaklardır⁷¹⁴.

Gerçek kişinin, tacir sıfatını kazanabilmesi için, kendi adına işlettiği ticarî işletmenin maliki olması şart değildir. Ürün kirasına⁷¹⁵ konu ticarî işletmeler bu duruma örnek teşkil etmekte olup, bu gibi bir durumda işletme malik değil, kiracı adına yapıldığından; ürün kirasına konu ticarî işletmenin maliki değil, kiracısı tacir sıfatını kazanacaktır⁷¹⁶.

ii. Tacir Sayılan Kişiler

Kural olarak, tacir sıfatının kazanılabilmesi için ticarî işletmenin işletilmesine yönelik faaliyetlere girişilmesi, tacirin müşteri çevresiyle ilişkiye girmesi

⁷¹¹ BOZER/ GÖLE, ARKAN, s. 128.

⁷¹² AYHAN/ ÇAĞLAR, s. 222-223; ARKAN, s. 127.

⁷¹³ BOZER/ GÖLE, s. 66; ŞENER, s. 155.

⁷¹⁴ ARKAN, s. 127; AYHAN/ ÇAĞLAR, s. 223; BOZER/ GÖLE, s. 66; ŞENER, s. 155-156. Söz konusu adı şirketin ticarî işletme faaliyetlerini ortaklardan sadece birinin yürütüyor olması, bütün ortakların tacir sıfatına sahip olmalarına engel değildir. Zira, yönetici ortak, kısmen de olsa ticarî işletmeyi kendi adına fiilen işlettiğinden onun tacir sıfatını kazanmasında zaten bir sorun bulunmamaktadır. Yine bu gerçek kişi yönetici ortak, ticarî işletmenin tamamı bakımından faaliyet gösterdiğinden diğer ortakların adına da ticarî işletmeyi işletme faaliyetlerinde bulunmaktadır. Yönetici olmayan diğer ortakların da kendi adlarına kısmen bir ticarî işletme işletildiğinden, fiilen işletme faaliyetinde bulunmayan diğer adı şirket ortakları da tacir sıfatına sahip olmaktadır(BOZER/ GÖLE, s. 66; ŞENER, s. 156; ARKAN, s. 127).

⁷¹⁵ TBK’ nın 357 vd. maddelerinde düzenlenen ürün kirası, 357. maddenin 1.fıkrasında tanımlanmış olup, buna göre; “Ürün kirası kiraya verenin, kiracıya, ürün veren bir şeyin veya hakkın kullanılmasını ve ürünlerin devşirilmesini bedel karşılığında bırakmayı üstlendiği sözleşmedir.” Buna göre, ürün kirası sözleşmesine konu edilen ticarî işletmenin, işletilmesinden elde edilen kar ve zarar kiracıya aittir.

⁷¹⁶ ARKAN, s. 127; ŞENER, s. 155; AYHAN/ ÇAĞLAR, s. 223.

gerekmektedir⁷¹⁷. Ancak TTK' nın 12. maddesinin 2. fıkrasında bu kurala bir istisna getirilmiş ve bir gerçek kişinin ticarî işletme kurup açtığını, sirküler, gazete, radyo, televizyon ve diğer ilan araçlarıyla halka bildirmiş veya işletmesini ticaret siciline tescil ettirerek durumu ilan etmiş olması durumunda, söz konusu işletmeyi fiilen işletmeye başlamamış olsa bile tacir sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Hükümün uygulanması bakımından, fiilen işletilmese de bir ticarî işletmenin varlığı gerekmektedir. Ticarî işletmenin mevcut olmaması halinde; yani bir ticarî işletme kurulmadan, mevcudiyeti bulunmadan, kurulduğu, sirküler, gazete, radyo, televizyon ve diğer ilan araçlarıyla halka bildirmiş veya işletme ticaret siciline tescil ettirilmiş ise bu durumda, TTK' nın 12. maddesinin 3. fıkrasının uygulanması gerekir⁷¹⁸. Doktrinde, TTK' nın 12. maddesinin 2. fıkrasının uygulanması için ticarî işletmenin varlığının gerekmediğine dair aksi görüşler mevcut olsa da⁷¹⁹, söz konusu hükmün lafzından da, kurulmuş bir ticarî işletmenin fiilen işletilmemesi haline yönelik bir düzenleme yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle kanaatimizce de, TTK' nın 12. maddesinin 2. fıkrasının uygulanması bakımından, fiilen işletilmeye başlanılmamış olsa da bir ticarî işletmenin varlığı gerekmektedir.

Hemen belirtelim ki, TTK md.12, f.2' nin uygulanması için gereken tescil ve ilanların, ticarî işletme sahibi tarafından yapılması veya onun bilgisiyle yapılması gerekmektedir. Ticarî işletme sahibinin bilgisi olmaksızın başkası tarafından yapılan ilan veya tesciller sonucunda TTK md. 12, f. 2 bakımından, ticarî işletme sahibinin tacir sıfatını kazanması söz konusu olmaz⁷²⁰.

TTK' da tacir gibi sayılan kişiler ile ilgili bir başka düzenleme 14. Maddede ticaretten menedilenler ile ilgili yapılmıştır. Hükme göre; normalde ticarî işletme işletmekle tacir sıfatına sahip olacak olan gerçek kişilerin, kişisel durumları, yaptığı işlerin niteliği ya da meslek ve görevleri dolayısıyla kurdukları ticarî işletmenin iştigal konusu işi yapmaya kanuni veya yargı kararıyla yasaklı olmalarına veya bu iştigal konusu işi yapmaları bir kişinin veya resmi bir makamın iznine veya onayına tabi olup, bu izin ve onayın mevcut olmamasına rağmen, ticarî işletme işleten kişi de tacir sayılacaktır. Söz konusu madde hükmüne göre, tacir sayılmak için yine ticarî işletme

⁷¹⁷ ARKAN, s. 127, 129; ŞENER, s. 155, 157.

⁷¹⁸ ARKAN, s. 129; ŞENER, s. 158.

⁷¹⁹ Aksi yöndeki görüşler için Bkz. ŞENER, s. 158, dnp. 223.

⁷²⁰ ŞENER, s. 158.

işletilmelidir. Bu bakımdan, ticarî işletmenin işletilmesi ile ilgili yukarıda yapılan açıklamalar, bu maddenin uygulanabilirliği açısından da geçerlidir.⁷²¹

Tacir sıfatına sahip olmak için gereken başlıca şart olan gerçek kişinin kısmen de olsa kendi adına ticarî işletme işletmesi şartına, TTK md. 195, f. 5 hükmüyle bir istisna getirilmiştir. Buna göre; hâkim ve bağlı şirketlerin oluşturduğu şirketler topluluğu hâkiminin bir teşebbüs olabileceği ve bu teşebbüsün tacir sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Maddenin, şirketler topluluğuna dair hükümlerin uygulanmasında "yönetim kurulu" teriminin, limited şirketlerde müdürleri, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler ile şahıs şirketlerinde yöneticileri, diğer tüzel kişilerde yönetim organını ve gerçek kişilerde gerçek kişinin kendisini ifade edeceğine dair 6. fıkrası hükmünden, hâkim teşebbüsün bir gerçek kişi de olabileceği anlaşılmaktadır⁷²². Bu durumda, hâkim teşebbüsün gerçek kişi olması halinde; bu kişi kendi adına ticarî işletme işletmesine gerek olmaksızın tacir sıfatına sahip olacaktır.

iii. Tacir Gibi Sorumlu Olan Kişiler

Gerçek kişi için tacirlik sıfatının doğumu için gereken şartlar incelenmiş ve bu şartların başında bir ticarî işletmenin mevcut olması gerektiğine değinmiştik. Yine, gerçek kişilerin tacir sayıldığı hallerin düzenlendiği TTK md. 12, f.2 hükmünün uygulanması için, fiilen işletilmese de bir ticarî işletmenin mevcut olmasının gerekir.

⁷²¹ Madde metninde düzenlenen bu hallere örnekleme yapacak olur isek; kişisel durumu nedeniyle yapılan işi yasaklama haline, sadece Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının yapabilecekleri işler bakımından yabancı uyruklu kişilerin bu işler bakımından yasaklı olmasını örnek gösterebiliriz. 815 sayılı Türkiye Sahillerinde Nakliyatı Bahriye (Kabotaj) ve Limanlarla Kara Suları Dahilinde İcrayı Sanat ve Ticaret Hakkında Kanunun 2. maddesine göre; Türk karasularında, ticaret amacıyla gemi işletmek sadece Türk vatandaşlarına tanınmış bir haktır. Bu halde, Türk vatandaşı olmayan bir kişinin Türk karasularında söz konusu ticareti yapmak üzere ticarî işletme işletmesi halinde, bu kişi TTK md. 14 gereğince tacir sayılacaktır. Yine, bir mahkeme kararıyla belirli bir işi yapması yasaklanan bir gerçek kişinin bu yasaklı işi faaliyet konusu yapan bir ticarî işletme işletmesi halinde de aynı durum söz konusu olacak, kişi bu yapmakla yasaklı olduğu bu işle ilgili ticarî işletme işletmesinden dolayı TTK md. 14 gereğince tacir sayılacaktır. Yine, bazı işlerin yapılması resmi kurumlardan izin ve ruhsat alınmasına bağlıdır. Bir lokanta işletmesinin işletilmesi belediyeden ruhsat alınmasına bağlıdır(Bkz. 5393 sayılı Belediye Kanunu md.15, f. 1, c bendi.). Bunun gibi eczane açılabilmesi ve işletilmesi de İl Sağlık Müdürlüğü'nce düzenlenen ve Valilik tarafından onaylanan ruhsata tabidir(Bkz. 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun md. 5, f. 1). Açılması, yukarıda örnekleri verilen bir resmi kurumdan alınma ruhsata tabi olan işletme açan ve işleten gerçek kişi de TTK md.14, f.1 gereğince tacir sayılacaktır. Ancak bu kişiler hakkındaki cezai ve hukukî hükümler, TTK md.14, f. 2 gereğince saklı olacaktır. Yine bazı kanunlarımızda, bazı meslek ve görevlerin ticaretle bağdaşmayacağı düzenlenmiş olup, bu kişiler ticarî işletme işletemezler(Örneğin Bkz. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu md. 11; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu md. 28). İşte kanunlarla ticarî işletme işletmesi yasaklanmış olan bir gerçek kişinin; bu yasağa rağmen ticarî işletme işletmesi sonucunda, hakkında cezai ve hukukî yaptırımlarla, disiplin hükümleri uygulanacak olmakla birlikte, bu durum onun TTK md. 14, f. 1 gereğince tacir sayılmasına engel olmayacaktır. Örnekler ve ayrıntılı açıklamalar için Bkz. **AYHAN/ ÇAĞLAR**, s. 226; **BOZER/ GÖLE**, s. 67 – 68; **ŞENER**, s. 162, 163.

⁷²² **BOZER/ GÖLE**, s. 78.

Yine, yukarıda değinilen TTK md. 195, f. 5 ile getirilen istisna dışında⁷²³, TTK md. 14 hükmünün uygulanması bakımından da bir ticarî işletmenin mevcut olması gerekmektedir.

İşte, tacir sıfatının kazanılması için gereken, bir ticarî işletmenin varlığı şartına, TTK md. 12, f. 3 hükmüyle bir istisna getirmiştir. Buna göre, bir gerçek kişi ticarî işletme açmamasına ve ortada bir ticarî işletme bulunmamasına rağmen, böyle bir işletme varmışçasına işlemlerde bulunan gerçek kişinin, bu yaptığı işlemlerin muhatabı iyiniyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olacağı düzenlenmiştir.

Kanun koyucu, bu hükümle; tacir sıfatına sahip olmamasına rağmen, tacir gibi hareket ederek ve böyle bir görünüş ortaya koyarak iyiniyetli üçüncü kişilerle işlemlerde bulunan kişiyi, tacir gibi sorumlu tutmakta, tacir sıfatına sahip olmanın sadece külfetlerine katlanmasına hükmetmek suretiyle bu kişiyi adeta cezalandırmakta, iyiniyetli üçüncü kişileri ise korumaktadır⁷²⁴. Ancak hemen belirtelim ki; TTK md. 12, f. 3 hükmüne göre kişinin tacir gibi sorumlu olması sonucunun doğması için; üçüncü kişinin, kendisine açılmış gibi gösterilip aslında var olmayan ticarî işletmenin, olmayan adî şirketin ya da adına hareket edilen olmayan ticaret şirketinin, gerçekte olmadığını bilmemeli veya bilecek durumda olmamalıdır⁷²⁵.

Düzenlemede önemle dikkat edilmesi gereken nokta; olmayan bir ticarî işletmeyi açmış gibi hareket eden kişinin tacir sayılmasının değil, tacir gibi sorumlu olmasının hüküm altına alınmasıdır. Tacir gibi sorumlu olma, tacir sayılmadan farklı olarak tacirlere tanınan haklardan yararlanmayacaktır. Tacir gibi sorumlu olanlar; sadece iflasa tabi olma, aşırı ceza koşulunun indirimini talep edememe gibi tacir sıfatına sahip olmanın külfetlerine katlanırlar⁷²⁶.

iv. Küçük ve Kısıtlıların Durumu

Küçük ve kısıtlılara ait ticarî işletmeyi, bunların adına işleten yasal temsilcinin tacir sayılmayacağına dair düzenleme getiren TTK' nın 13. maddesinde tacir sıfatının temsil edilene ait olduğu belirtilmiştir. Esasen bu düzenleme, yukarıda da açıkladığımız,

⁷²³ Ancak Şirketler topluluğunda hâkim olan teşebbüsün gerçek kişi olması halinde ise gerçek kişi bir ticarî işletmeyi işletmese de tacir sayılacaktır. Ancak bu sıfat, hâkimi olduğu şirketler topluluğundan ötürü kazanılacak olduğundan, şirketler topluluğuna dahil ve işletilen muhakkak bir ticarî işletme de mevcut olacağından, burada ise bir ticarî işletmenin varlığı olsa da, bunun şirketler topluluğuna hâkim gerçek kişi tarafından bizzat, kendi adına işletilmesine lüzum bulunmamaktadır. Gerçek kişi, şirketler topluluğunun hâkimi olan teşebbüs olmakla, tacir sıfatına kendiliğinden sahip olur.

⁷²⁴ BOZER/ GÖLE, s. 64; ARKAN, s. 126; ŞENER, s. 153.

⁷²⁵ ARKAN, s. 126.

⁷²⁶ ARKAN, s. 126-127; ŞENER, s. 153-154; AYHAN/ ÇAĞLAR, s. 124; BOZER/ GÖLE, s. 64.

tacir sıfatının kazanılmasında; ticarî işletmenin kimin hesabına değil, kimin adına işletilmesinin önemli olduğu ve işletmenin hesabına işletilenin değil, kimin adına işletiliyorsa onun tacir sıfatına sahip olacağına dair kuralın doğal sonucudur. TTK' nda ticarî işletmeyi işletmek için medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olmak gibi özel bir şart öngörülmemesinin⁷²⁷ bir göstergesi olan bu düzenlemeyle, velayet altındaki küçüğün velisinin veya vesayet altındaki kısıtlının vasisinin ticarî işletmeyi küçük veya kısıtlı adına işletmesinden ötürü tacir sayılmayacağı hüküm altına alınmaktadır. Ancak küçük veya kısıtlı adına ticarî işletmeyi işleten yasal temsilcinin ceza hükümlerinin uygulanması bakımından tacir gibi sorumlu olacağı düzenlenmektedir. Bu hükümden, TTK' nın 12. maddesinin 3. fıkrasındaki gibi, yasal temsilcinin TTK' nın tacirin katlanması gereken yükümlülöklere katlanacağı anlaşılmamalıdır⁷²⁸. Yasal temsilci, ticarî işletmeyi işletmesinden kaynaklanan tacirler hakkındaki cezai yaptırımların sorumlusudur⁷²⁹.

Diğer taraftan, TTK md. 13 hükmü, yasal temsilcisi bulunan küçük veya kısıtlılar hakkında uygulanmalıdır. Yasal temsilcisi bulunmayan küçük veya kısıtlının, kanuna aykırı olarak bir ticarî işletmeyi kendi adına işletmesi halinde tacir sayılmaması gerekir⁷³⁰. Zira, bu gibi bir durumda, küçük veya kısıtlının yaptığı işlemlerin kendisini bağlaması da 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu' nun 15. ve 16. maddeleri karşısında mümkün değildir⁷³¹.

b. Tüzel Kişi Bakımından Tacir Sıfatının Kazanılması

Tüzel kişiler bakımından tacirlik sıfatı, TTK' nın 16. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Söz konusu hükümde; ticaret şirketlerinin tacir sayıldığı belirtildikten sonra, amacına varmak için ticarî bir işletme işleten vakıflar, dernekler ve kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticarî şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşların da tacir sayılacağı hüküm altına alınmıştır.

Bu düzenleme karşısında, tacir sayılan tüzel kişiler şunlardır :

⁷²⁷ AYHAN/ ÇAĞLAR, s. 224; ŞENER, s. 158-159.

⁷²⁸ ŞENER, s. 160.

⁷²⁹ ARKAN, s. 128; BOZER/ GÖLE, s. 66-67; AYHAN/ ÇAĞLAR, s. 225 ve aynı sayfada dpn. 315; ŞENER, s. 160 : Örneğin; tacir sıfatına sahip kısıtlı veya küçük hakkında alacaklıları iflas yoluyla takibe başvurabilir ve bunlar hakkında iflas kararı verilebilir ise de, yasal temsilcinin küçük veya kısıtlının malvarlığını kaçıracak, alacaklılarını zarara uğratması durumunda, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu' nun 311. maddesinde yer alan hileli iflas hallerinin mevcudiyeti durumunda, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu' nun 161. maddesinde düzenlenen hileli iflasa dair cezai yaptırımından yasal temsilci sorumlu olacaktır.

⁷³⁰ ARKAN, s. 128; ŞENER, s. 160.

⁷³¹ ARKAN, s. 128; ŞENER, s. 160.

i. Ticaret Şirketleri

TTK' nın 124. maddesinin 1. fıkrasında ticaret şirketlerinin türleri sayılmış olup, bunlar kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerdir. TTK' nın 125. maddesinin 1. fıkrasına göre ticaret şirketleri tüzel kişiliğe sahiptir. Aynı maddenin 2. fıkrasına göre ise; ticaret şirketleri, kanuni istisnalar saklı kalmak üzere Türk Medeni Kanunu' nun 48. maddesi çerçevesinde bütün haklardan yararlanabilecek ve borçları üstlenebilecektir.

Ticaret şirketleri, TTK' nın 16. maddesinin 1. fıkrası gereğince kurulmakla tacir sıfatını kazanmaktadırlar. Ticaret şirketlerinin kurulması ve tüzel kişilik kazanması ticaret siciline tescille olur⁷³². Bu halde, ticaret şirketleri bakımından, tüzel kişiliğin ve tacir sıfatının kazanılması bakımından tescil kurucu etkiye sahiptir.⁷³³ Doktrinde; kollektif ve adî komandit şirketleri, amaçları itibariyle ticaret şirketleri ve anonim, limited, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket ile kooperatiflere şekilleri nedeniyle ticaret şirketleri ise şekilleri itibariyle ticaret şirketleri olarak bir ayrıma tabi tutulmaktadır⁷³⁴.

Kooperatifler bakımından, diğer şekilleri itibariyle ticaret şirketleri olan sermaye ortaklıklarına göre ayrıksı bir durum söz konusudur. eTTK' nın yürürlük zamanında, gerek kooperatifin tanımı yapılırken “şirket” olduğundan açıkça söz edilmesi, gerekse de ticaret şirketleri arasında sayılmasına karşın; sonradan yürürlüğe giren 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu' nda kooperatifin tanımı yapılır iken şirket sözcüğünün kullanılmamıştır. Bu nedenle, doktrinde bazı yazarlarca; kooperatiflerin diğer sermaye şirketlerinden farklı olarak, amacının kar elde etmek ve bu karı ortakları arasında paylaşmaktan ziyade, ortaklarının ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek veya geçimlerine ait ihtiyaçlarını işgücü ve parasal katkılarıyla karşılıklı yardım, dayanışma

⁷³² Bkz. TTK md. 232, 317, 355, 588; 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu md. 7.

⁷³³ ŞENER, s. 165; ARKAN, s. 133 : Ticaret şirketi ana sözleşmesinin Ticaret Sicil Gazetesi'nde ilanı, tüzel kişiliğin ve tacir sıfatının kazanılması bakımından bir önemi bulunmamakta olup, ilanın etkisi bildirici niteliktedir.

⁷³⁴ Ticaret şirketlerinden kollektif ve adî komandit şirketler ancak bir ticarî işletme işletmek amacıyla kurulabilirken(TTK md. 211, f. 1; 304, f. 1.) anonim, limited, kooperatif ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler bakımından böyle bir zorunluluk yoktur. Bu nedenle bu ticaret şirketlerine amaçları nedeniyle ticaret şirketleri denilir(ARKAN, s. 132, ŞENER, s. 165.). Anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin; kanunen yasak olmayan her türlü ekonomik amaç ve konu için kurulmaları mümkündür(TTK md. 331; 573, f. 3; 565, f. 2, 331). Kooperatif şirketler bakımından ise, bir ticarî işletmeye sahip olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Kooperatifler, ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek veya geçimlerine ait ihtiyaçlarını, işgücü ve parasal katkılarıyla karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak amacıyla kurulmaktadırlar(1163 sayılı Kooperatifler Kanunu md.1). Bu nedenle anonim, limited, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket ile kooperatiflere şekilleri nedeniyle ticaret şirketleri denilmektedir(ARKAN, s. 132; ŞENER, s. 166.).

ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak olduğu ileri sürülmüş ve bu yönüyle ticarî niteliklerinin vurgulanmaması nedeniyle ticaret şirketi sayılamayacağı savunulmuştur⁷³⁵. Bu görüşe karşı ise ileri sürülen diğer görüş ise⁷³⁶, kooperatifin kanunda belirtilen amacının onu şirkete yakınlaştırdığı, eTTK' nda ticaret şirketleri arasında sayılması ve sonradan yürürlüğe giren Kooperatifler Kanunu' nun eTTK' nın bahsi geçen hükümlerinde herhangi bir değişiklik yapmamasından dolayı kooperatifin ticaret şirketi olduğunu savunmaktaydı.⁷³⁷ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi ise, eTTK' nın yürürlükte olduğu dönemde verdiği bir kararda⁷³⁸; kooperatiflerin tacir olmadıkları varsayımdan hareket etmiştir⁷³⁹. 2004 yılında Kooperatifler Kanunu'nun 1. maddesinde yapılan değişiklikle, maddedeki teşekkül kelimesi yerine ortaklıklar kelimesi kullanılarak kooperatiflerin şirket niteliğine vurgu yapılmış, TTK' nın 124. maddesinin 1. fıkrasıyla kooperatifin ticaret şirketleri arasında sayılmasıyla kooperatifin ticaret şirketi olduğu belirtilmiştir.⁷⁴⁰ Ancak, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi' nin, bu kanuni değişikliklerin ve söz konusu 124. madde hükmünü getiren TTK' nın yürürlüğe girmiş olduğu dönemde vermiş olduğu bir kararda; kooperatiflerin ticaret şirketi olmadıklarına ve tacir sıfatına sahip olmadıklarına, eTTK' nın yürürlük dönemine ve bu dönemdeki Yargıtay uygulamalarına da atıf yapılarak hükmedilmiştir⁷⁴¹.

⁷³⁵ Doktrinde bu yönde ileri sürülen görüşler için Bkz. **ARKAN**, s. 132, dpn. 4' te yer alan yazarlar; **BOZER/ GÖLE**, s. 69, dpn. 16' da yer verilen yazarlar.

⁷³⁶ Bu yöndeki görüşler için Bkz. **BOZER/ GÖLE**, s. 69, dpn. 6' da yer alan yazarlar; **ARKAN**, s. 133, dpn. 2' de yer alan yazarlar.

⁷³⁷ Bu konuda ayrıntılı açıklamalar ve doktrinde ileri sürülen görüşler için Bkz. **ARKAN**, s. 132-133; **BOZER/ GÖLE**, s. 69-71.

⁷³⁸ Yarg. 11. HD, T. 21.10.1997, 4804/ 7552(**BOZER/ GÖLE**, s. 70, dpn. 17)

⁷³⁹ **BOZER/ GÖLE**, s. 70.

⁷⁴⁰ **ARKAN**, s. 133; **BOZER/ GÖLE**, s. 71.

⁷⁴¹ Yarg. 15. HD, T. 23.06.2014, 3693/ 4334 : ““1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 1. maddesinde, kooperatifler "Tüzel kişiliği haiz olmak üzere ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek veya geçimlerine ait ihtiyaçlarını iş gücü ve parasal katkılarıyla karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak amacıyla gerçek ve tüzel kişiler tarafından kurulan değişir ortaklı ve değişir sermayeli ortaklıklar" olarak tarif edilmiştir. Maddede, kooperatifin ortaklık (şirket) olduğu belirtilmiş ise de, bu ortaklığın "ticarî nitelikte bir ortaklık" olduğu yönünde bir açıklama ve belirleme yapılmamıştır.

Kooperatifler Kanunu'nun 1. maddesinde gösterilen bu tanımdan açıkça anlaşılacağı üzere kooperatiflerde amaç, diğer ticaret şirketlerinden farklı olarak kazanç elde etmek ve bunu ortakları arasında paylaşmak olmayıp, ortakların ekonomik menfaatlerini, özellikle meslek veya geçimlerine ait ihtiyaçlarını iş gücü ve parasal katkılarıyla karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak ve gidermektir. Kooperatifler, kar - zarar amacından ziyade sosyal yönü ağır basan ortaklıklardır. Bu tanım ve amaç 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 171. maddesinde "Devlet, milli ekonominin yararlarını dikkate alarak, öncelikle üretimin artırılmasını ve tüketicinin korunmasını amaçlayan kooperatifçiliğin gelişmesini sağlayacak tedbirleri alır." şeklinde anlamını bulmuştur. Bu tanım ve düzenlemelere göre, yapı kooperatiflerini tacir kabul edip, tacir sıfatının sonuçlarıyla sorumlu tutmak mümkün değildir. Aksi bir kabul, kooperatiflerin ticarî kazanç elde etme amacına yönelik hareket etmeleri sonucunu doğurur ki, bu durumun Anayasada dahi kendisine yer verilen kooperatifçiliğin amacına uygun düşmeyeceği açıktır.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi' nin vermiş olduğu karar doktrinde eleştirilmiş ve bu yerleşik içtihatlarından dönülmesi gerektiği ifade edilmiştir⁷⁴². Yargıtay 15. Hukuk Dairesi' nin bu kararının kooperatifçiliğin ticarî kazanç sağlamak ve ortaklarına dağıtmak amacıyla olan ortaklık olmaktan ziyade sosyal yönü ağır basan ve Anayasamızın 171. maddesinde, Devlete yüklenen kooperatifçiliğin geliştirilmesi görevinden yola çıkarak, bu ortaklıkların tacir sıfatına sahip olduğunun kabulü ile tacir gibi sorumlu tutmanın Anayasa' nın 171. maddesiyle de ifade edilen kooperatifçiliğin amacıyla uygun düşmeyeceğine dair gerekçelerine katılmakla beraber, Kooperatifler Kanunu' nun 1. maddesinde yer alan “ortaklıklar” ın ticaret şirketi anlamına gelmeyeceğine dair yorumlara ve yine TTK md. 124, f.1' de kooperatiflerin ticaret şirketleri arasında sayılmasına rağmen, 2. fıkrada yapılan şahıs ve sermaye şirketleri sınıflandırmasında her iki şirket türü arasında sayılmadığından bahisle, TTK md. 124, f.1 hükmünün yok sayılıp kooperatiflerin ticaret şirketi sayılmayacağına dair kanunun açık düzenlemesine aykırı yorumlara dayalı gerekçelerine katılmamaktayız. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi' nin kooperatiflerin amaçlarından yola çıkarak ve Anayasa' nın 171. maddesine dayanarak yaptığı tespitler her ne kadar yerinde olsa da, bunlar Anayasa' ya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi' nin önüne götürülmeli ve Anayasa' ya aykırı olup olmadığı konusunda Anayasa Mahkemesi' nin kararı bu konuda belirleyici olmalıdır. Bunun dışında, kanunun açık düzenlemeleri karşısında kooperatifleri ticaret şirketi ve tacir saymamak kanaatimizce mümkün değildir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 124/1 maddesinde "Kooperatifler" ticaret şirketleri arasında sayılmış ise de, aynı maddenin 2. bendinde kooperatifler "Şahıs şirketleri" ve "Sermaye şirketleri" arasında gösterilmemiştir. TTK' nın 124. maddesinin 1 ve 2. bentleri ile 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 1. maddesi birlikte değerlendirildiğinde yapı kooperatiflerinin "ticaret şirketi" olmadığı, sosyal niteliği ağır basan kendine özgü bir ortaklık olduğu anlaşılmaktadır. Kaldı ki, bu düzenlemelere benzer hükümler, 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu'nda da bulunmasına rağmen (md 18,136), Yargıtay'ın istikrar kazanan uygulamasında, yapı kooperatifleri tacir olarak kabul edilmemiştir. Esasen, yıllardır süregelen Yargıtay uygulamasını (Dairemizin 09.06.2008 tarih ve 2007/2726 esas, 2008/3798 karar ile yine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 07.02.1996 tarih ve 1995/956 esas, 1996/45 karar sayılı kararları) ortadan kaldıracak bir yenilik de bulunmamaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, davalı yapı kooperatifi olup tacir niteliği taşımadığından, dava konusu da kanunda özel olarak düzenlenen hallere girmediğinden 6102 sayılı TTK' nın 4/1 maddesi hükmünce davayı ticarî dava saymak ve Asliye Ticaret Mahkemesi'ni görevli kabul etmek mümkün değildir.” (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T.: 25.05.2019).

⁷⁴² ARKAN, s. BOZER/ GÖLE, s. 71; KIRCA, İsmail : “Kooperatiflerin Tacir Niteliği Hakkında Yargıtay'ın Tutumu: Kanuna Aykırı Yorum Mu Yoksa Örtülü Boşluk Doldurma Gayreti Mi?”, BATİDER, Y.2017 C. 33, S. 2, s. 25.

ii. Diğer Tüzel Kişi Tacirler

Ticaret şirketleri dışında tacir sayılan tüzel kişi tacirler, TTK' nın 16. maddesinde sayılmıştır. Buna göre, amacına varmak için ticarî bir işletme işleten vakıflar, dernekler ve kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticarî şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar da tacir sayılırlar.

Dernekler, kazanç paylaşma amacı olmayan; amaçları, kanunla yasaklanmamış ve genel olarak manevi nitelikte idealler olan, amaçlarını gerçekleştirmek için kurulan tüzel kişiliklerdir⁷⁴³. Derneklerin bu amaçlarını yerine getirmelerinde gelire ihtiyaç duymaları halinde, bu geliri temin amacıyla ticarî işletme işletmeleri mümkündür. Örneğin, İstanbul ilinde öğrenim gören Adanalı öğrencilerin barınma ihtiyacını gidermek için kurulan bir dernek, bu amacını gerçekleştirmek için bir lokanta veya başkaca bir ticarî işletme kurabilir ve bunu işletebilir. Böyle bir durumda, amacını gerçekleştirmek için kısmen de olsa bir ticarî işletme işleten dernek, TTK md. 16, f.1 hükmü gereğince tacir sayılacaktır⁷⁴⁴. Derneğin tacir sayılması, sadece amacına varmak için işlettiği ticarî işletme faaliyetlerinden ötürü olup, ticarî işletme ile ilgili faaliyetleri dışında kalan diğer faaliyetleri bakımından tacir sayılması söz konusu değildir⁷⁴⁵. Diğer taraftan, derneklerin kazanç paylaşma dışında, kanunun yasaklamadığı herhangi bir amacı gerçekleştirmek için kurulabileceğini belirtmiş idik. Bu kapsamda, kazanç paylaşma dışında başka bir ekonomik amacı gerçekleştirmek için de dernek kurulabilir. Dernekler Kanunu' nun 12. maddesinde buna cevaz verilmektedir. Bu hüküm kapsamında, sağladığı kazancı üyelerine paylaştırmayı değil de üyelerinin yiyecek, giyecek gibi zaruri ihtiyaç maddelerini ve diğer mal ve hizmetlerini veya kısa vadeli kredi ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla kurulan dernekte, bu amaç doğrultusunda kurulan sandık, ticarî işletme boyutunda ise, dernek tacir sıfatına sahip olacaktır⁷⁴⁶. Aksi durumda, sağladığı geliri üyelerine paylaştırmak amacıyla kurulan bir birlik, dernek değil ortaklık olarak tanımlanacaktır⁷⁴⁷.

⁷⁴³ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu md. 56.;5253 sayılı Dernekler Kanunu md. 2, f. 1, a bendi.

⁷⁴⁴ Ticaret siciline derneğin kendisi değil, derneğin amacına varmak için açmış olduğu ticarî işletme tescil ettirilecek olup, derneğin bilgileri ise ticarî işletmenin tescili sırasında sicile geçirilecektir(Ticaret Sicil Yönetmeliği md. 52).

⁷⁴⁵ AYHAN/ ÇAĞLAR, s. 230.

⁷⁴⁶ ARKAN, s. 134.

⁷⁴⁷ ŞENER, s. 166.

Dernek, şirketler topluluğunda hâkim teşebbüs de olabilir. Bu durumda, dernek bir ticarî işletme işletmesine bağlı olmaksızın; TTK md. 195, f.5 gereğince hâkim teşebbüs olmasından ötürü tacir sayılacaktır⁷⁴⁸.

TTK' nın 16. maddesinin 2. fıkrasında kamu yararına çalışan dernekler için farklı bir düzenleme getirilmiş olup, kamu yararına çalışan derneklerin ister kendileri bizzat, isterse de kamu hukuku hükümlerine göre yönetilen ve işletilen bir tüzel kişi eliyle ticarî işletme işletmeleri halinde, bu kamu yararına dernekler tacir sayılmayacaktır⁷⁴⁹.

TTK md. 16, f. 1' de tacir sayılan bir diğer tüzel kişi, amacına varmak için ticarî bir işletme işleten vakıflardır. Buna göre, amacını gerçekleştirmeye yardımcı olmak için ticarî işletme kuran ve işleten vakıflar, TTK md. 16, f. 1 gereğince tacir sayılırlar. Anlaşıldığı üzere, bu durumda vakıf, amacına varmak için bir ticaret işletmeyi kısmen dahi olsa adına işletmesinden ötürü tacir sıfatına sahip olmaktadır. Bunun bir sonucu olarak, amacına varmak için ticarî işletme kuran ve işleten vakıflar, TTK' nın 40. maddesinin 1. fıkrası hükmü gereği, bunu ticaret siciline tescil ettirmekle yükümlüdürler. Dernekler bakımından da ifade ettiğimiz gibi, vakıflar da bir şirketler topluluğunun hâkim teşebbüsü ise, bir ticarî işletme işletmeseler de tacir sıfatına sahip olacaklardır⁷⁵⁰. Yine, vakıf sadece amacına varmak için işlettiği ticarî işletmesinin faaliyetlerinden ötürü tacir sayılacak olup, ticaret işletmesi dışındaki diğer faaliyetleri bakımından tacir sayılmaz⁷⁵¹.

TTK' nın 16. maddesinin 2. fıkrasına göre; *“...gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıflar, bir ticarî işletmeyi, ister doğrudan*

⁷⁴⁸ AYHAN/ ÇAĞLAR, s. 230.

⁷⁴⁹ AYHAN/ ÇAĞLAR; burada kanun koyucunun kamu yararına çalışan derneğin tacir sıfatını reddetmediğini, bir ticarî işletmeyi kısmen de olsa kendi adına işleten kamu yararına çalışan derneğin tacir sıfatına sahip olacağını, kanun koyucunun, sadece kamu yararına çalışan derneğin, tacir olmanın iflas gibi bazı hukukî sonuçlarına tabi olmadığını kabul ettiği görüşündedir (AYHAN/ ÇAĞLAR, s. 230). Yazarlar, TTK md. 195, f. 5 gereği, şirketler topluluğunda hâkim teşebbüs durumunda olan kamu yararına çalışan derneklerin bu durumlarından ötürü tacir sayılmaları gerekse de, TTK md. 16, f. 2 gereği tacir sayılmamalarının da; aynı şekilde tacir sıfatına bağlanan iflas gibi bazı hukukî sonuçlarına tabi olmayacakları şeklinde anlaşılması gerektiğini ifade etmektedirler (AYHAN/ ÇAĞLAR, s. 231). ARKAN ise; böyle bir durumda kamu yararına çalışan derneğin tacir sayılmayacağını, ancak işlettiği ticarî işletmenin ticaret siciline tescil ettirilmesi gerektiğini, bu durumda tüzel kişiliği olmasa da kamu yararına çalışan derneğin ticarî işletmesinin tacir sayılacağını, böylece ortaya tüzel kişiliği olmayan ve bu nedenle taraf ehliyeti de bulunmayan bir tacir grubunun ortaya çıktığını, bu tacir sayılan ticarî işletmenin aleyhine tüzel kişiliği olmamasından ötürü taraf ehliyeti bulunmadığından iflas yoluyla takibe geçilemez ise de, bunları kuran ve tacir sayılmayan kamuya yararlı dernek aleyhine haciz yoluyla takip yapılabileceğini ifade etmektedir (ARKAN, s. 134, 135 ve s. 135, dpn. 1; Aynı yönde ŞENER, s. 167, 168).

⁷⁵⁰ AYHAN/ ÇAĞLAR, s. 229.

⁷⁵¹ AYHAN/ ÇAĞLAR, s. 229.

doğruya ister kamu hukuku hükümlerine göre yönetilen ve işletilen bir tüzel kişi eliyle işletsinler, kendileri tacir sayılmazlar.” Bu durumda olan vakıflar tacir sayılmasalar da, işlettikleri ticarî işletmeleri ticaret siciline kaydettirmeleri gerekmektedir⁷⁵².

Yine TTK md. 16, f. 1 düzenlemesinde tacir sayılan bir başka tüzelkişi; kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticarî şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlardır⁷⁵³. Maddede düzenlenen kamu tüzel kişileri tarafından kurulan ve tacir sayılan kurum ve kuruluşlara kamu iktisadî teşebbüsleri örnek verilebilir⁷⁵⁴.

TTK’ nın 16. maddesinin 2. fıkrasında; devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri ile kamu yararına çalışan dernekler ve gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıfların; bir ticarî işletmeyi doğrudan doğruya da işletseler, kamu hukuku hükümlerine göre yönetilen ve işletilen bir tüzel kişi eliyle de işletseler, kendilerinin tacir sayılmayacağı düzenlenmiştir⁷⁵⁵.

TTK’ nın 16. maddesinin 1. fıkrasında tacir sayılacağı belirtilen bu tüzel kişiler de, tacir sıfatına sahip olmanın külfetine katlanacaklar ve dolayısıyla TTK md. 22’ de tacir sıfatına bağlanan, aşırı ceza koşulunun indirimini talep yasağına tabi olacaklardır.

⁷⁵² Burada da kamuya yararlı dernekler bakımından yukarıda yaptığımız açıklamalarda dile getirildiği üzere, doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüş, gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıfların tacir sayılmamalarına dair hükmün, onları iflas gibi tacir olmanın bazı hukukî sonuçlarından korumak maksadıyla getirildiğini ve gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakfın tacir sayılmayacak olması ile birlikte işlettiği ticarî işletmelerin tüzel kişiliğe sahip olmasa da tacir sıfatına sahip olduğu yönündeki görüş için Bkz. **ŞENER**, s. 168. Buna karşılık, gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıfların tacir sayılmayacağına dair TTK md. 16, f. 2’ de yer alan hükümde vakfın tacir sıfatının reddedilmediği, sadece iflas gibi tacir sıfatına bağlanan bazı hukukî sonuçlara bu nitelikteki vakfın tabi olmayacağı, ancak esasen ticarî işletmenin tescilinin tacir tarafından istenebileceği kuralı(TTK md. 40, f. 1) karşısında vakfın tacir sıfatına sahip olduğu yönündeki görüş için Bkz. **AYHAN/ ÇAĞLAR**, s. 229-230.

⁷⁵³ **ARKAN**, s. 136; **ŞENER**, s. 169 : Madde metninde, kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşların tacir sıfatına sahip olması için özel hukuk hükümlerine yönetilmesine vurgu yapılmış olduğundan, kamu tüzel kişileri tarafından kurulan ve kamu hukuku hükümlerine göre yönetilen kurum ve kuruluşlar, tacir sayılmazlar.

⁷⁵⁴ 233 sayılı Kamu İktisadî Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname(KHK) (RG.18.06.1984, No.18435) de düzenlenen kamu iktisadî teşebbüsleri; iktisadî devlet teşekkülleri ve kamu iktisadî kuruluşlarının ortak adıdır(233 sayılı KHK md. 2, f.1).

⁷⁵⁵ Maddenin getirdiği açık düzenleme karşısında; örneğin bir belediye, ekmek fabrikası işletmesi veya otobüs işletmesi halinde tacir sayılmayacaktır. Bunu gibi, bir üniversitenin basımevi kurması halinde de, üniversite tacir sayılmayacaktır. Böyle bir durumda, işletilen işletmenin tüzel kişiliğe sahip olup olmadığına bakılmaksızın, işletmenin tacir sayılması gerekmekte ve ticaret siciline bu işletmelerin tescil edilmesi gerekmektedir(**ARKAN**, s. 139). Bu konuda doktrinde, **AYHAN/ ÇAĞLAR** tarafından; tüzel kişiliğe sahip olmayan işletmenin tacir sıfatına sahip olamayacağı ve bu sebeple tacir sıfatının bu ticarî işletmeyi işleten kamu tüzel kişisine ait olacağı, TTK md. 16, f. 2 hükmünün tacir sıfatına sahip olacak bu kamu tüzel kişilerinin, tacir olmanın özellikle iflas gibi bazı hukukî sonuçlarına tabi olmaması amacıyla getirildiği ileri sürülmektedir(**AYHAN/ ÇAĞLAR**, s. 232-233).

c. Tacir Sifatının Sona Ermesi

Tacir sıfatının sona ermesi, gerçek ve tüzel kişiler bakımından farklılık arz etmektedir. Gerçek kişiler bakımından tacir sıfatı, bu sıfatı kazanma şartlarından birinin yitirilmesi ile sona erer⁷⁵⁶. Buna göre; ticarî işletmenin varlığının sona ermesi ya da tacir sıfatına sahip gerçek kişinin bu ticarî işletmeyi işletme faaliyetini sona erdirmesi, tacir sıfatının kaybı sonucunu doğurur. Uygulamada, gerçek kişi bakımından tacir sıfatının sona ermesi, genellikle tacir gerçek kişinin ticareti terk etmesiyle gerçekleşmektedir. Tacirin ticareti terk etmesi, genelde ya ticarî işletmeyi kapatması ya da ticarî işletmeyi devretmesiyle gerçekleşmektedir. Bununla beraber, ticaret siciline tescil edilmiş bir tacirin, ticareti terk ettiğini, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürmesi için, ticareti terk ettiğini ve tacir sıfatının sona erdiğini ticaret siciline bildirmesi ve sicildeki kaydın terkinini talep etmesi ya da üçüncü kişinin bu durumu bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat etmesi gerekmektedir.⁷⁵⁷ Ticaret sicilinden terkin işlemi, gerçek kişilerin tacir sıfatlarının sona ermesi bakımından açıklayıcı nitelikte olup, salt ticaret sicilinden terkin işlemi, gerçek kişinin tacir sıfatının sona ermesine yol açmayacağı gibi⁷⁵⁸, tacir sıfatının sona ermesine rağmen ticaret sicilinde terkin işleminin yapılmaması bu tacir sıfatının sona ermesini önlemeyip, yukarıda da değindiğimiz üzere sadece iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesine engel teşkil eder⁷⁵⁹.

Tüzel kişiler bakımından tacir sıfatının kaybı, tüzel kişiliğin sona ermesiyle gerçekleşir. Fakat tüzel kişiliği sona erdiren nedenin gerçekleşmesi, tüzel kişiliği hemen sona erdirmez. Zira, tüzel kişiliği sona erdiren nedenin gerçekleşmesi sonrasında başlayacak tasfiye sürecinde tüzel kişilik ve dolayısıyla tacir sıfatı, tasfiye amacıyla sınırlı olmak üzere devam edecek olup, tasfiye işlemlerinin sona ermesiyle birlikte

⁷⁵⁶ ŞENER, s. 178; ARKAN, s. 141; BOZER/ GÖLE, s. 79; AYHAN/ ÇAĞLAR, s. 227.

⁷⁵⁷ AYHAN/ ÇAĞLAR, s. 227; BOZER/ GÖLE, s. 79; ARKAN, s. 141,142; ŞENER, s. 176, 177.

⁷⁵⁸ ŞENER, s. 176.

⁷⁵⁹ 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu(İİK)' nun 44. maddesinde, ticareti terk eden tacirin bu durumu, onbeş gün içinde kayıtlı bulunduğu ticaret siciline bildirmeye ve bütün aktif ve pasifi ile alacaklılarının isim ve adreslerini gösteren bir mal beyanında bulunmaya mecbur olduğu ve tacirin ticareti terk iradesinin ticaret sicili memurluğunca ticaret sicili ilanlarının yayınlandığı gazetede ve alacaklıların bulunduğu yerlerde de mutat ve münasip vasıtalarla ilan olunacağı düzenlenmiş, müteakip fıkralarda buna bağlı sonuçlar ve ticaret sicil memurluğunca yapılacak işlemler düzenlenmiştir. İİK md. 44' de düzenlenen bu yükümlülüğünü yerine getirmeyen tacir için İİK md. 337A' da cezai yaptırım getirilmiştir.

ticaret sicilinden terkin ile tüzel kişilik son bulur⁷⁶⁰. Bu durum, ticaret şirketleri olan anonim ve kollektif şirketler bakımından TTK' nın 269, 303, 545. maddelerinde açıkça, limited, komandit ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler bakımından da bu maddelerin uygulanacağına dair atıflarla⁷⁶¹ düzenlenmiştir. Diğer tüzel kişiler bakımından da bu hükümler kıyasen uygulanmalı, tacir sıfatı tüzel kişinin tasfiye sürecinin tamamlanmasına kadar sürmelidir⁷⁶². Şu hususu da belirtmek gerekir ki; amacına varmak için ticarî işletme işleten vakıf ve derneklerin kendi tüzel kişiliğini devam ettirerek, işlettiği ticarî işletmeyi kapatması, devretmesi gibi durumlarda, gerçek kişilerin tacir sıfatını kaybetmesine benzer bir durum söz konusu olur ve vakıf veya dernek tüzel kişiliğini devam ettirmekle beraber tacir sıfatları sona erer⁷⁶³.

Donatma iştirakinin tacir sıfatını kaybetmesi ise, iştirakin sona ermesiyle gerçekleşecektir⁷⁶⁴. TTK' nın 1082 vd. maddelerinde düzenlenen donatma iştirakinin sona erme nedenlerinden herhangi birinin gerçekleşmesi halinde donatma iştiraki hemen sona ermeyip, tasfiye sürecine girecek ve iştirak tasfiye tamamlanana kadar sürecektir. Bu süreç boyunca, donatma iştirakine tacirlere ilişkin hükümler uygulanmaya devam edecektir.⁷⁶⁵

Tacir sıfatının kazanılması ve kaybedilmesi, TTK md. 22 ile getirilen tacirin aşırı ceza koşulunu indirimini talep etme yasağının uygulanması bakımından önem taşımaktadır. Aşırı ceza koşulunun indirimini talep etme yasağı bakımından ceza koşulu borçlusunun, ceza koşulunun kararlaştırıldığı anda⁷⁶⁶ tacir sıfatına sahip olması gerektiğinden, ceza koşulunun kararlaştırıldığı anda borçlunun tacir sıfatına sahip olup olmadığının veyahut yukarıda incelenen tacir sayılan ya da tacir gibi sorumlu olan konumunda olup olmadığının, yasağın uygulanması bakımından belirlenmesi gerekmektedir. Kişinin tacir sıfatına sahip olduğuna veyahut tacir sayılan kişiler arasında ya da tacir gibi sorumlu olan kişiler arasında bulunduğuna dair bir anlaşmazlık söz konusu olduğunda, bunu ispat yükü alacaklıya ait olmakla birlikte, borçlunun TTK'

⁷⁶⁰ **ARKAN**, s. 142; **ŞENER**, s. 178. Ticaret şirketlerinde tüzel kişilik ve tacir sıfatı, şirketin tasfiyesinin tamamlanarak ticaret sicilinden silinmesi ve şirketin tasfiye edilecek malvarlığı değerinin bulunmaması unsurlarının birlikte gerçekleşmesi halinde son bulacaktır(**ŞENER**, s. 177).

⁷⁶¹ TTK md. 328; TTK md. 565; TTK md. 636, f. 5, 643.

⁷⁶² **ARKAN**, s. 142; **ŞENER**, s. 177. Vakfında ister kendiliğinden dağılmış ister mahkeme kararıyla dağıtılmış olması halinde, dağılma veya dağıtılmış olma anına tüzel kişiliğini kaybetmeyeceği, tasfiye sürecinde tasfiye amacıyla sınırlı olarak tüzel kişiliğini devam ettireceğine dair ayrıntılı açıklamalar için Bkz. **İŞERİ**, Ahmet / **AKÜNAL**, Teoman/ **TEZ**, Adnan; Türkiye'de Medeni Kanuna Göre Kurulmuş Vakıflar ve Sorunları, Vehbi Koç Vakfı Yayınları, Ankara 1975, s. 220.

⁷⁶³ **ŞENER**, s. 178.

⁷⁶⁴ **ARKAN**, s. 143; **ŞENER**, s. 179.

⁷⁶⁵ **ARKAN**, s. 143; **ŞENER**, s. 179.

⁷⁶⁶ **TUNÇOMAĞ**, s. 176; **KOCAAĞA**, s. 381; **GÜLSEVEN**, s. 71

nın 15. maddesinde düzenlenen istisnai hükme dayanması durumunda, ispat yükü borçluda olacaktır⁷⁶⁷. Genel olarak, ispat yükü omuzlarında olan alacaklı, borçlunun tacir sıfatına sahip olduğunu her türlü delille ispatlayabilir⁷⁶⁸. Hâkim, kanunda yer alan şartların mevcudiyetini araştırarak, kişinin tacir sıfatına sahip olup olmadığını veya tacir sayılan durumda olup olmadığını ya da tacir gibi sorumlu olan kişiler arasında olup olmadığını belirleyecektir⁷⁶⁹. Yukarıda gerek gerçek kişiler gerekse de tüzel kişiler bakımından ticaret siciline tescil ile ilan, tacir sıfatının kazanılması ve kaybedilmesindeki etkilerine değinmiş olduğumuzdan bu bölümde tekrar bu konuda açıklama yapmayacak olmakla birlikte, şu hususu tekrar belirtmek gerekirse, tescil tacir sıfatının varlığının ve kaybedilmesinde tek başına bir delil teşkil etmeyip, bu konuda sadece aksi kanıtlanabilir bir karineye vücut verecektir⁷⁷⁰.

Belirttiğimiz üzere, tacir için aşırı ceza koşulunun indirimini talep yasağının uygulanması için gereken şartlardan olan, borçlunun tacir sıfatına sahip olup olmadığına ilişkin yapılacak incelemede; borçlunun tacir sıfatına sahipliğinin aranacağı an, ceza koşulunun muaccel olduğu değil, ceza koşulunun kararlaştırıldığı andır⁷⁷¹. Ceza koşulu borçlusunun, ceza koşulunun kararlaştırıldığı anda, tacir sıfatına sahip olmaması veyahut tacir sayılanlardan ya da tacir gibi sorumlu olan kişilerden olmaması halinde, aşırı ceza koşulunun indirimini talep edebileceğini; ceza koşulunun kararlaştırıldığı andan daha sonra tacir sıfatına sahip olması, tacir sayılması veya tacir gibi sorumlu olan kişi olmasının bu durumu değiştirmeyeceğini belirtmek gerekir⁷⁷². Bunun yanında, ceza koşulunun kararlaştırıldığı anda tacir sıfatına sahip olup, daha sonraki aşamada bu sıfatının kaybetmesi halinde ise, ceza koşulu borçlusunun ceza koşulunun aşırı olduğu iddiasıyla indirim talep etmesi söz konusu olamaz⁷⁷³.

Tacir kişinin ceza koşulu borcunun, tacir olmayan bir kişi tarafından TBK md. 196, f.1 hükümlerine göre üstlenilmesi halinde, borcu üstlenen tacir olmayan kişinin ceza koşulunun aşırı olduğunu ileri sürerek indirimini talep edip edemeyeceği konusunda ise doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bir kısım yazarlar⁷⁷⁴, bu halde;

⁷⁶⁷ TUNÇOMAĞ, s. 177; KOCAAĞA, s. 382; GÜLSEVEN, s. 71.

⁷⁶⁸ ŞENER, s. 179.

⁷⁶⁹ ŞENER, s. 179.

⁷⁷⁰ ŞENER, s. 179.

⁷⁷¹ TUNÇOMAĞ, s. 176; KOCAAĞA, s. 381; GÜLSEVEN, s. 71; TAMER, s. 752. Alman hukukunda da, aşırı ceza koşulunun indirilmesini talep yasağının söz konusu olup olmadığının belirlenmesinde, kişinin ceza koşulunun kararlaştırıldığı anda tacir sıfatına sahip olup olmadığına bakılması gerektiği belirtilmektedir (ARKAN, s. 158, dpn. 4).

⁷⁷² TUNÇOMAĞ, s. 177; KOCAAĞA, s. 381; GÜLSEVEN, s. 71.

⁷⁷³ TUNÇOMAĞ, s. 177; ARKAN, s. 158; KOCAAĞA, s. 381; GÜLSEVEN, s. 71; TAMER, s. 752.

⁷⁷⁴ KOCAAĞA, s. 381-382; ARKAN, s. 158.

ceza koşulu borcunu üstlenen tacir olmayan kişinin, aşırı ceza koşulunu indirim hakkından yararlanacağını savunmakta iken, bir kısım yazarlar⁷⁷⁵ ise böyle bir durumda da tacir olmayan kişinin borcu üstlenmesi halinde de durumun değişmeyeceği ve aşırı ceza koşulunun indiriminin talep edilmeyeceğini, aksinin kabulü halinde kanun hükmünü dolanmak suretiyle, kötünietli kişilerin TTK md. 22' de getirilen yasağı ihlal etme yolunun açılacağını savunmaktadırlar.

Kanaatimizce bu son görüşe katılmak mümkün değildir. Ceza koşulu borcu muaccel olduğunda fer' ilik niteliğini kaybeder ve bağımsız bir borç niteliği kazanır. Bu halde, ceza koşulu borcunun tacir olmayan kişi tarafından üstlenilmesi, TBK md. 196 hükmü gereğince borcu üstlenen ile alacaklı arasında yapılacak bir sözleşmeyle olur. Bu halde; borçlusu tacir olan ve bu nedenle aşırı olduğu halde indirilmesini talep yasağına tabi bir ceza koşulu borcunu, sırf bu indirilmesini talep yasağını etkisiz bırakmak için tacir olmayan bir borçlunun üstlenmesine, alacaklının borcun üstlenilmesini kabul etmemek suretiyle engel olma imkânı vardır. Bu halde, kötünietli kişilerin TTK md. 22 hükmüyle getirilen yasağı ihlal edebileceğine dair görüşe katılmak mümkün değildir⁷⁷⁶. Bu nedenle, bizde ceza koşulu borcunu üstlenen tacir olmayan kişinin, ceza koşulunun aşırı olduğunu ileri sürerek indirimini talep edebileceği veya hâkimin kendiliğinden ceza koşulunun indirilmesi hükümlerini uygulayabileceği kanaatindeyiz.

TTK md. 22 hükmünde düzenlenen yasak, ticarî iş ölçütü değil tacir sıfatının özelliği dikkate alınarak ve doğrudan bu sığata bağılı olarak getirildiğinden, bu düzenlemenin zıt kavramından aradaki işlem kendisi bakımından ticarî iş niteliğinde de olsa, tacir sıfatına sahip olmayan borçlunun, aşırı ceza koşulunun her zaman indirilmesini talep edebileceğini ifade etmek gerekir⁷⁷⁷.

2. CEZA KOŞULUNUN BORÇLUNUN TİCARİ İŞLETMESİYLE İLGİLİ BİR BORCA İLİŞKİN OLMASI

Tacirin aşırı ceza koşulunun indirilmesini talep etme yasağının, tacirin genel olarak tüm borçları için mi yoksa sadece ticarî işletmesiyle ilgili faaliyetleri kapsamında üstlendiği bir borçtan ötürü taahhüt ettiğı ceza koşulları bakımından mı uygulanacağı doktrinde tartışmalıdır. TTK md. 22' de bu konuda açık bir düzenleme yer almamakla

⁷⁷⁵ GÜLSEVEN, s. 71; TUNÇOMAĞ, s. 177.

⁷⁷⁶ BİNGÖL, s. 106-107.

⁷⁷⁷ OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 550; CANSEL/ ÖZEL, s. 732, 733, TUNÇOMAĞ, s. 177; BİLGE, s. 126; ARKAN, s. 158; BOZER/ GÖLE, s. 92, 93; KOCAĞA, s. 382; GÜLSEVEN, s. 71-72; BİNGÖL, s. 107; TAMER, s. 751.

birlikte tacirler için getirilen bu yasağın, tacirin ticarî işletmesinin faaliyetleriyle ilgili işlem ve sözleşmelerden ötürü üstlendiği ceza koşulları bakımından uygulanması gerekir⁷⁷⁸.

Zira, daha önce de belirttiğimiz üzere, TTK md. 22 ile tacir sıfatı esas alınarak getirilen bu yasak, onun basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün bir sonucudur. Tacirin basiretli davranmasının beklendiği konular, uzmanlık ve deneyim sahibi olduğu ticarî işletmesinin faaliyet alanlarındaki konulardır. Bu halde, tacirin ticarî işletmesinin faaliyet alanı dışındaki bir konuda basiretli, uzman ve deneyim sahibi olduğu alanda olduğu ölçüde öngörülü olması beklenemez⁷⁷⁹. Bundan dolayı, her ne kadar TTK md. 22’ de bu konuda açıkça bir düzenleme yapılmasa da, aşırı ceza koşulunun indirimini talep yasağının, tacirin ticarî işletmesinin faaliyetinden ötürü yaptığı işlem ve sözleşmelerdeki borçlarına bağlı olarak üstlendiği ceza koşulları bakımından uygulanması gerekir.

Bununla beraber, TTK’ nın 19. maddesinin 1. fıkrasıyla getirilen ticarî iş karinesinin, TTK md. 22 ile getirilen yasağın uygulanıp uygulanmayacağını belirlemede de değerlendirilmesi gerekir. Buna göre, gerçek kişi tacir işlem yaptığı anda, yaptığı işlemin ticarî işletmesiyle ilgili olmadığını bildirmez veya yapılan işin adı olmadığı durumun gereğinden anlaşıyorsa yapılan işlem ticarî iş ve bu iş nedeniyle taahhüt edilen borç ticarî olacaktır. Bu halde, eğer bu borca bağlı olarak tacir tarafından ceza koşulu ödenmesi taahhüt edilmişse de, bu ceza koşulunun aşırı olduğundan bahisle indirilmesi tacir tarafından talep edilemeyecek ve indirilemeyecektir⁷⁸⁰.

Tüzel kişiler bakımından ise, TTK md. 19, f. 1 hükmünün uygulanması madde lafzından da anlaşılacağı üzere söz konusu değildir. Tüzel kişi tacirlerin faaliyet alanlarında adı iş olmayıp, her türlü işleri ticarîdir. Bu nedenle, TTK md. 22 hükmüyle getirilen aşırı ceza koşulunun indirilmesini talep yasağı, tüzel kişi tacirler bakımından

⁷⁷⁸ ARKAN, s. 159; BOZER/ GÖLE, s. 88; AYHAN, s. 310; ŞENER, s. 228; TUNÇOMAĞ, s. 177; KOCAAĞA, s. 382, 383; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 550; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 385; GÜLSEVEN, s. 74. Karşı görüş için Bkz. KARAYALÇIN, Yaşar; Ticaret Hukuku, I. Giriş-Ticarî İşletme Hukuku, Güzel İstanbul Matbaası, 3.Baskı, Ankara 1968, s. 221. Tacirin sadece kendi ticarî işletmesinin faaliyetiyle ilgili konular bakımından değil, tüm ticarî işlerinden dolayı taahhüt ettiği ceza koşulunun aşırı olduğunu ileri sürerek indirim talep edemeyeceğine dair görüş için Bkz. BİNGÖL, s. 108. Yine, ticarî işletmeyle ilgili olmasa da TTK’ nın da düzenlendiği için ticarî sayılan işler bakımından tacirin taahhüt ettiği ceza koşulunun bakımından da, TTK md. 22’ de düzenlenen indirim yasağının uygulanması gerektiğine dair görüş için Bkz. TUNÇOMAĞ, s. 178; KOCAAĞA, s. 384,385; GÜLSEVEN, s. 75.

⁷⁷⁹ ARKAN, s. 159; KOCAAĞA, s. 383; ŞENER, s. 228, 229; AYHAN, s. 310; TUNÇOMAĞ, s. 177, 178; GÜLSEVEN, s. 74.

⁷⁸⁰ ARKAN, s. 159; AYHAN, s. 310; KOCAAĞA, s. 383, 384; TUNÇOMAĞ, s. 178; GÜLSEVEN, s. 74, 75.

mutlak olarak uygulanır⁷⁸¹. Buna karşılık, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu' nun 15.10.1997 tarihinde vermiş olduğu bir kararda⁷⁸²; tüzel kişi tacir işveren ile işçi arasındaki ilişkinin TTK md. 3 anlamında ticarî iş niteliğinde olmadığı, işçi işveren ilişkilerinin kamu düzeniyle de ilgisinin olduğu, iş sözleşmesinin İş Kanunu⁷⁸³, na tabi kendine özgü nitelikleri olan bir sözleşme olduğu ve iş hukukunun temel ilkelerinden olan tarafların dengeli tutulması ilkesinin de bu durumu doğruladığı, bu nedenle taraflar arasındaki sözleşmede işe almama karşılığı bir yaptırım olarak kararlaştırılan ceza koşulunun, TTK hükümlerinin öngördüğü bir ticarî ilişkiden kaynaklanmadığı, tüzel kişi şirket işverenin tacir sıfatının, taraflar arasındaki ilişkinin kendine özgü niteliği karşısında TTK md. 22' nin uygulanmasını gerektirmeyeceği belirtilerek, mesele sadece TTK md. 3 bakımından ele alınmış, TTK' nın 19. maddesine aykırı bir şekilde, tüzel kişi tacirin bütün işlemlerinin ticarî olması ve TTK md.19, f. 1 hükmünün tüzel kişi tacirler bakımından mutlak uygulanacağına dair kural görmezden gelinerek tüzel kişi tacirin ceza koşulunun aşırı olduğunu ileri sürerek indirimini talep edebileceğine dair hüküm kurulmuştur. Bu karar doktrinde çokça eleştiriye⁷⁸⁴ maruz kalmasına rağmen, Yargıtay' ın sonraki tarihli kararlarında da; tacir olan işverenle işçi arasındaki iş sözleşmesinin TTK md. 3 hükmüne göre ticarî iş sayılmayacağından hareketle, tacir işveren aleyhine iş sözleşmelerinde kararlaştırılan ceza koşullarının TTK md. 22' de düzenlenen yasağa tabi olmayacağı ve aşırı ceza koşullarının tacir işveren bakımından da indirilmesinin talep edilebileceği veya hâkim tarafından kendiliğinden indirilebileceği yönünde kararlar verilmiştir⁷⁸⁵.

⁷⁸¹ **AYHAN**, s. 310; **ARKAN**, s. 74; **ÜLGEN**, Hüseyin/ **HELVACI**, Mehmet/ **KENDİGELEN**, Abuzer/ **KAYA**, Arslan/ **NOMER ERTAN**, Füsün; Ticarî İşletme Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, 5. Bası, İstanbul 2015, s. 274; **KOCAAĞA**, s. 383; 384, dpn. 274.

⁷⁸² Yarg. HGK, T. 15.10.1997, 9-486/ 822 (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. : 28.05.2019).

⁷⁸³ Kararda 1475 sayılı mülga İş Kanunu' ndan söz edilmektedir.

⁷⁸⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu' nun söz konusu 15.10.1997 tarihli kararına ve bu doğrultudaki kararlarına karşı eleştiriler için Bkz. **BATTAL**, Ahmet; Karar İncelemesi "Tacirin İş Kanunu' na Tabi Bir Sözleşmeden Doğan Cezai Şart Borcuna TK. 24 (İndirim Yasağı) Uygulanabilir mi?", **BATİDER**, C. 20, S. 2, Y. 1999, s. 21 vd.; **AYHAN**, s. 297-298, 310-311; **ÜLGEN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN**, s. 274; **ARKAN**, s. 157, dpn.4.; **BOZER/ GÖLE**, s. 92-93; **KARAGÖZ**, s. 59.

⁷⁸⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu' nun 25.01.2017 güncel tarihli kararında eleştiri konusu olan 15.10.1997 tarihli bu kararına atıf yapılarak; *"....Bu tespitlere ve tüm dosya içeriğine göre, davada talep edilen ceza koşulunun sözleşmenin 13/2. fıkrasında düzenlenen iş akdinin haklı nedenle feshine bağlanan ceza koşulu olduğu, ceza koşulu borçlusu işveren tacir olsa bile iş sözleşmesinde düzenlenen ceza koşulu bakımından Türk Ticaret Kanununun 24. maddesinin işveren hakkında uygulanmayacağı ve Borçlar Kanununun 161/3. maddesindeki emredici düzenleme nedeniyle hâkimin fahiş gördüğü takdirde ceza koşulundan re'sen indirim yapmasının zorunlu olduğu Kurul çoğunluğunca kabul edilmiştir.*

O halde, mahkemece Borçlar Kanununun 161/3. maddesindeki emredici hüküm nedeniyle ceza koşulundan indirim yapıp yapılmayacağı hususu değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi

Yargıtay' ın bu kararlarında yer alan gerekçelere katılmak bizce de mümkün değildir. Zira, iş sözleşmesi TTK' nda düzenlenmese de, tacir bakımından ticarî işletmesinin faaliyetleri kapsamında olan bir işlemdir. Yargıtay HGK' ca ticarî işin belirlenmesinde TTK md. 3' te düzenlenen hangi işlerin ticarî iş olacağına dair kriterlerden sadece TTK' nda düzenlenmiş olan işlerden olma kriterini alınıp, ticarî işletmeyi ilgilendiren tüm işlem ve eylemlerin ticarî iş olacağına dair kriterin göz ardı edilmesine anlam vermek kanunun açık düzenlemesi karşısında mümkün değildir.

Diğer taraftan, tüzel kişi tacir bakımından TTK md. 19, f.1' de düzenlenen ticarî iş karinesi mutlak uygulanacak olup, tüzel kişi tacirlerin adî faaliyet alanları bulunmamaktadır. Bu nedenle, tüzel kişi tacir işverenin işçisiyle yapmış olduğu iş sözleşmesini ticarî iş olduğunu kabul etmek gerekir. Zira, TTK md. 3' ün uygulanması bakımından iş sözleşmelerine bir istisna tanıyan bir hüküm de bulunmamaktadır. Kaldı ki, TTK md. 22 hükmüyle getirilen aşırı ceza koşulunun indirilmesini talep yasağı, tacir sıfatına bağlanan ve bu sıfatın getirdiği basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün bir uzantısı olarak getirilmiştir. Tacirin, bu indirim yasağına tabi olmaması, ceza koşulunun bağlandığı borcun ticarî işletmenin faaliyet alanı ile ilgili olmayan bir adî iş alanında olmasına bağlıdır. Bu durum ise, az önce belirttiğimiz üzere tüzel kişi tacirler bakımından mümkün değildir. Öte yandan, Yargıtay HGK' nın TTK md. 3' te yer alan, ticarî işletmeyi ilgilendiren tüm işlem ve eylemlerin ticarî iş olacağına dair kriterini göz ardı etmesine, TTK' nın 22. maddesiyle getirilen yasağın uygulanmasında, ceza koşulu borçlusunun tacir sıfatına sahip olmasını esas almamasına ve yine TTK md. 19, f.1' de düzenlenen karinenin tüzel kişi tacirler bakımından mutlak olarak uygulanacağını göz ardı etmesine gerekçe olarak; iş sözleşmesinin ve işverenle işçi arasındaki ilişkinin kendine özgü olmasını ve İş Kanunu' nun kendine özgü niteliklerini göstermesi de isabetsiz olmuştur. Zira, iş hukukunun temel prensiplerinden bir tanesi de işçiyi koruma ve işçi lehine yorum ilkesidir. Gerekçede bahsedilen,

gerekirken, yazılı gerekçelerle direnme kararı verilmesi isabetsizdir..." hükmüne varılmışsa da, kurulun çoğunluğu tarafından kabul edilmeyen, diğer üyelerin ileri sürdüğü görüşü de şu şekildedir:

"...Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında, Türk Ticaret Kanununun 3. maddesindeki "Bu Kanunda düzenlenen hususlarla bir ticarî işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticarî işlerdendir" şeklindeki düzenleme karşısında, kanun koyucunun ticarî iş sayılma noktasında iş ilişkileri bakımından herhangi bir istisna getirmediği, dolayısıyla tacir işverenin ticarî işletmesinde istihdam edeceği işçisi ile yaptığı iş sözleşmesinin ticarî işletmesiyle ilgili bir işlem olduğu, böyle olunca da ticarî iş sayılması gerektiği, bu doğrultuda tacir işverenin Türk Ticaret Kanununun 24. maddesi gereğince bu iş sözleşmesinde öngörülen aşırı ceza koşulunun indirilmesini talep edemeyeceği görüşü dile getirilmiş ise de çoğunluk tarafından bu görüş benimsenmemiştir..." (Bkz. Yarg. HGK. T. 25.01.2017, 330/ 132; www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. : 28.05.2019). Benzer yönde diğer Yargıtay kararları için Bkz. **AYHAN**, s. 311, dpn.39; **KARAGÖZ**, s. 59, dpn. 199; **BİNGÖL**, s. 111, dpn. 27; **ÇINAR**, s.103, dpn. 37.

tarafların dengede tutulması ilkesinin iş hukukuna yansması esasen zayıf olan işçinin işveren karşısında korunması şeklinde olmalıdır. Bu halde, tacir olan işveren bakımından ceza koşulunun aşırı olduğundan bahisle indirimin yapılması, işçiyi koruma ve işçi lehine yorum ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir. Bu yönlerden Yargıtay HGK' nun tacir işverenin tarafı olduğu iş sözleşmelerinde kararlaştırılan ceza koşulları bakımından TTK md. 22' de düzenlenen aşırı ceza koşulunun indirilmesini talep yasağının uygulanmayacağına dair kararına ve gerekçelerine katılmamaktayız.

II. TACİRİN CEZA KOŞULUNUN HÜKÜMSÜZLÜĞÜNÜ İLERİ SÜREBİLECEĞİ HALLER

A. GENEL OLARAK

Her sözleşme gibi ceza koşuluna dair yapılan sözleşmede, sözleşme özgürlüğü prensibi çerçevesinde serbestçe yapılabilir ve ceza koşulu miktarı da taraflarca serbestçe kararlaştırılabilir. TBK md. 26' da hükmünü bulan sözleşme serbestliğinin sınırları, yine aynı maddede belirtilmiş ve serbestliğin kanunun öngördüğü sınırlar dahilinde kullanılacağı belirtilmiştir. TBK md. 27' de ise, bahsi geçen sınırlar çizilmiş ve 1. fıkrasında sözleşmenin kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olduğu halde, kesin olarak hükümsüz olacağı belirtilerek, bu sınırların ihlali halinde uygulanacak yaptırım da gösterilmiştir.

Kısmi hükümsüzlük halinin düzenlendiği maddenin 2. fıkrasında ise, sözleşme hükümlerinden bir kısmının hükümsüz olmasının, diğerlerinin geçerliliğini etkilemeyeceği ve fakat bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılamayacağının açıkça anlaşılması halinde ise sözleşmenin tamamının hükümsüz olacağı düzenlenmiştir. Ceza koşuluna hükümsüzlük yaptırımının ne şekilde uygulanacağı, TBK md. 27, f. 2 hükmünün meblağ itibariyle ahlaka aykırı olan ceza koşullarına uygulanıp uygulanmayacağı ayrıca incelenecektir.

B. TBK MD. 27 HÜKMÜNE GÖRE, CEZA KOŞULUNUN HÜKÜMSÜZLÜK SEBEPLERİ

1. EMREDİCİ HÜKÜMLERE AYKIRILIK

Sözleşmenin kanunun emredici hükümlerine aykırı olması, TBK' nın 27. maddesinde hükümsüzlük hallerinden birisi olarak düzenlenmiştir. Emredici hükümlerden kasıt, sadece Türk Borçlar Kanunu' nun da yer alan düzenlemeler değil, hukuk sistemimizde yer alan ve emredici hükümler içeren başta Anayasa olmak üzere, tüm kanuni düzenlemeler ile kanun haricinde yer alan tüm mevzuattır⁷⁸⁶. Kanun koyucu, hukukun üstün ilkelerine dayanan asgari korumayı sağlamak amacıyla, emredici hükümlere uyulmasını şart koşturmuştur⁷⁸⁷. Bir hükmün, emredici olup olmadığının belirlenmesi için öncelikle düzenlemenin lafzına bakmak gerekir⁷⁸⁸. Düzenleme metninde, düzenleme ile getirilen kuralın emredici olduğu; aksine anlaşma yapılamayacağı, hükmün aksine bir sözleşmesel düzenleme yapıldığında geçerli olmayacağı şeklindeki sonuç ifadeleriyle açıkça belirtilmiş olabilir⁷⁸⁹. Bununla beraber, aksine düzenleme yapılabileceğine dair ifadelerle yer verilen hükümler emredici nitelikte olmayacaktır⁷⁹⁰. Bu hükümler, düzenleyici hükümler olup, aksi yönlerinde her zaman sözleşme yapılabilir⁷⁹¹.

Hükmün lafzında, emredici olduğunun açıkça ifade edilmediği ve anlaşılamadığı durumlarda ise; hükmün içeriğine bakılarak yorumlanması ve bu suretle emredici nitelikte olup olmadığının belirlenmesi gerekir⁷⁹². Bu halde, hükmün konulma amacı ve bununla birlikte dayanak noktalarına bakmak gerekir⁷⁹³. Hükmün içeriği; genel ahlak kurallarının ihlalini engellemeye yönelikse veya kişilik haklarını ve kamu düzenini,

⁷⁸⁶ OĞUZMAN/ ÖZ (I), s. 82; KILIÇOĞLU, s. 134-135; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 227; EREN, s. 318.

⁷⁸⁷ TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 225.

⁷⁸⁸ HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 75.

⁷⁸⁹ OĞUZMAN/ ÖZ (I), s. 82; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 227; EREN, s. 319. Bu tip, emredici kural içerdiği hüküm metninde açıkça ifade edilen düzenlemelere örnek olarak; zamanaşımı sürelerinin sözleşmeyle değiştirilemeyeceğine dair TBK' nın 148. maddesi düzenlemesi, TBK' nın 42. maddesinin 2. fıkrasıyla getirilen temsil olunanın hukukî işleminden doğan temsil yetkisini her zaman sınırlandırabilme ve geri alma hakkından önceden feragat edemeyeceğine dair düzenleme, yine TBK md. 115, f. 1' de yer alan borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına dair taraflar arasında yapılan sorumsuzluk anlaşmalarının kesin olarak hükümsüz olacağına dair düzenleme verilebilir.

⁷⁹⁰ OĞUZMAN/ ÖZ (I), s. 82; EREN, s. 319. TBK md. 170, f. 2' de yer alan düzenleme bu duruma örnektir.

⁷⁹¹ EREN, s. 321.

⁷⁹² HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 75; EREN, s. 319; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 82.

⁷⁹³ OĞUZMAN/ ÖZ (I), s. 82; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 227; EREN, s. 319.

zayıf olan sözleşme tarafını koruma amacı taşımaktaysa söz konusu hükmün emredici nitelikte olduğunu kabul etmek gerekir⁷⁹⁴. Tek bir tarafı koruyucu olan emredici hükümlerde, korunan tarafın aleyhine olarak söz konusu emredici kuralın aksine bir sözleşme yapılamayacak ise de korunan tarafın lehine değişikliklerin yapılması mümkündür⁷⁹⁵. Bu gibi sözleşmenin zayıf tarafının korunması amacını güden emredici kurallar, çoğunlukla kamu düzeninin ve ahlakın korunmasıyla da ilgilidirler⁷⁹⁶. Hükmün getirilmesinde ahlaka aykırılığı önleme amacı söz konusu olduğunda, korunması amaç edinilen ahlak kuralı ister yazılı ister yazılı olmasın, TBK md. 27, f. 1' in ahlak kurallarına aykırılığı da ele alarak, bu kurallara atfı gereği emredici hale gelerek, konu edildiği düzenlemeye de emredici bir hüküm niteliği kazandırır⁷⁹⁷. Yine kişilik haklarının korunması amacı güden bir düzenleme de, TBK md. 23 gereği esasen emredici hukuk kuralıdır⁷⁹⁸. Kişilik haklarını koruyan düzenlemeler emredici olduklarından ve yine kişilik haklarına aykırılık aynı zamanda ahlaka aykırılık da oluşturacağından, bu hükümlere aykırı sözleşmelerin hükümsüz sayılması sonucu zaten ortaya çıkacaktır. TBK md. 27, f. 1' de sözleşmelerin hükümsüz sayılma halleri arasında kişilik haklarına aykırılığa ayrıca yer verilmesi, kanun koyucunun bu haklara verdiği önemi göstermektedir⁷⁹⁹. Emredici kurallar; bizzat sözleşmenin yapılmasını yasaklayacağı gibi, sözleşmede üstlenilen edimi veya sözleşmenin yapılış amacını da yasaklamış olabilir⁸⁰⁰.

Bununla beraber, emredici bir hukuk kuralının yasakladığı sözleşme veya sözleşme konusu edim sonucunun, başka bir hukukî düzenlemeden yararlanılarak

⁷⁹⁴ HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 75; OĞUZMAN/ ÖZ (I), s. 82; EREN, s. 319; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 227.

⁷⁹⁵ EREN, s. 319; OĞUZMAN/ ÖZ (I), s. 83; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 227.

⁷⁹⁶ OĞUZMAN/ ÖZ (I), s. 83; EREN, s. 319.

⁷⁹⁷ HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 77.

⁷⁹⁸ EREN, s. 320; OĞUZMAN/ ÖZ (I), s. 84; KILIÇOĞLU, s. 136-137.

⁷⁹⁹ HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 75; KILIÇOĞLU, s. 136-137; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 83; EREN, s. 320-321.

⁸⁰⁰ Taşınmaz rehninde, rehine konu borcun ödenmemesi hâlinde rehinli taşınmazın mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine ilişkin sözleşme hükmünün geçersiz olacağına dair TMK md. 873, f. 2 hükmü ile yine taşınır rehini bakımından da bu tür sözleşme yapılmasını yasaklayan TMK md. 949 hükümleri, emredici kuralların bizzat sözleşmenin kendisinin yapılmasını yasakladığı duruma örnektir. Sözleşme konusu edimin, Türk Ceza Kanunu' nda suç olarak tanımlanan bir eylem olması halinde de, emredici kurallarla sözleşme konusu edimin yasaklanması söz konusu olacaktır. Sözleşmenin amacının yasaklanmasına ise, memura rüşvet verilmek üzere borç para verilmesi veya insan kaçakçılığı yapmak üzere taşıma sözleşmesinin yapılması örnek verilebilir. Ancak, hemen belirtelim ki; amacı yasaklanan sözleşmeye hükümsüzlük yaptırımının uygulanabilmesi için, söz konusu amacın her iki tarafça bilinmesi, istenilmesi ve bu amaç doğrultusunda hareket edilmesi gerekir. Aksi durumda, taraflardan birisinin bu hukuka aykırı amacı istemesi ve bu doğrultuda hareket etmesine rağmen sözleşmenin diğer tarafı bu amaçtan habersizse, sözleşmenin geçersizliği söz konusu olmayacaktır. Ayrıntılı bilgi için Bkz. EREN, s. 321-323.

hayata geçirilmesi ve bu şekilde kanunun yasakladığı sözleşme veya edimle istenilen amacın hedeflenmesi ya da aynı sonuca varılmasının olduğu durumlarda kanuna karşı hile söz konusu olmaktadır. Böyle bir durumda; emredici hukuk kurallarına aykırılık, kanuna karşı hile teşkil eden sözleşme veya edim bakımından da söz konusu olacak ve yine bu şekildeki sözleşme veya edime hükümsüzlük yaptırımını uygulanacaktır⁸⁰¹.

Kanun koyucunun belirli bir şekilde yapılmasını istediği sözleşmelere dair şekil kurallarına ilişkin hükümler de emredici hükümlerdir⁸⁰². Bu hükümlere riayet edilmeksizin yapılan sözleşmeler de, şekil kurallarına ilişkin kanunun emredici hükümlerine aykırı olmalarından ötürü hükümsüz olacaklardır(TBK md. 12, f. 2).

Nihayet, Anayasayla getirilen kurallarda çoğunlukla emredici hükümlerdir. Örneğin, temel hak ve hürriyetlerin düzenlendiği Anayasal hükümlere aykırı bir sözleşme de TBK md. 27 gereği emredici hükümlere aykırı olmasından ötürü hükümsüzlük yaptırımına maruz kalacaktır. Anayasanın getirdiği bu hükümler, kişi hak ve özgürlükleriyle ve kamu düzeni ile de ilgilidir. Yine aynı zamanda bir ahlak kuralı olarak da sayılabilecek Anayasal hükümlerin de olduğunu gözden kaçırmamak gerekir.

Ceza koşulunun emredici hukuk kurallarına aykırı olarak kararlaştırılması halinde, borçlusu tacir olsun olmasın, ceza koşulunun maruz kalacağı yaptırım hükümsüzlük olacaktır. Zira daha önce de değindiğimiz üzere, ceza koşulunun borçlusunun tacir olması, TBK md. 27, f. 1’ de düzenlenen sözleşme özgürlüğünün sınırlarına tabi olmasına engel değildir⁸⁰³. Ceza koşulunun, emredici hukuk kurallarına aykırı olması değişik hallerde görülebilir.

Kanun koyucunun, bizzat ceza koşulunun düzenlenmesini yasakladığı, kanunun lafzından açıkça anlaşıldığında, emredici hükümle getirilen yasağa rağmen kararlaştırılan ceza koşulu hükümsüz olacaktır. Bazı özel hukuk ilişkileriyle ilgili ceza koşulu kararlaştırılmasının kanun koyucu tarafından açıkça yasaklandığı durumlara örnek olarak; konut ve çatılı işyerlerine ilişkin kira sözleşmeleriyle ilgili TBK’ nın 346. maddesinde yer alan kira bedelinin zamanında ödenmemesi hâli için kararlaştırılan ceza

⁸⁰¹ EREN, s. 323; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 420-422, 424 ; OĞUZMAN/ ÖZ (I), s. 82; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 236; TOPÇUOĞLU, s. 7. Kanuna karşı hile, TMK md. 2’ de hükmünü bulan hakkın açıkça kötüye kullanılması yasağına aykırılığın yaptırımına tabidir(TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 235).

⁸⁰² Örneğin TMK md. 706, f. 1 hükmüne göre; Taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmî şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlıdır.”

⁸⁰³ TBK’ nın 646. maddesinde, TBK’ nın TMK’ nın Beşinci Kitabı ve onun tamamlayıcısı olduğu düzenlenmiş; TTK’ nın 1. maddesinin 1.fikrasında ise, TTK’ nın TMK’ nın ayrılmaz bir parçası olduğu düzenlenmiştir. TMK’ nın 5. maddesinde ise, TMK ve TBK’ nın genel nitelikteki hükümlerinin uygun düşüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Bu nedenle, TBK md. 27 hükmü tacirler bakımından da uygulanması gereken genel bir hükümdür.

koşullarının geçersiz olacağına dair düzenleme verilebilir. Kanunun bu emredici hükmü karşısında, konut ve çatılı işyerlerine ilişkin kira sözleşmelerinde kira bedelinin zamanında ödenmemesi için kararlaştırılan ceza koşulu hükümsüz olacaktır. Yine; TBK' nın 589. maddesinin 4. fıkrasında yer alan kefilin asıl borç ilişkisinin hükümsüz duruma gelmesinden kaynaklanan zarardan ve ceza koşulundan sorumlu olacağına dair anlaşmalara kesin hükümsüzlük yaptırımının uygulanacağına dair düzenleme de, ceza koşulu bakımından emredici bir hükümle getirilen yasağa örnek gösterilebilir.

Bununla birlikte, ceza koşulunun konusu olan edim miktarı bakımından getirilen sınırlamalar da kanunun emredici hükümleridir. Bu miktar sınırlamalarına riayet edilmemesi halinde; ceza koşulu miktarının sınırı aşan kısmı, emredici hükme aykırılıktan hükümsüz olacaktır. Taksitle satım sözleşmelerinde, alıcının peşinatı ödemede temerrüde düştüğü durumlar için kararlaştırılan ceza koşulunun, satım konusu malın devrinden önce satıcının sözleşmeden dönmesi halinde satım konusu malın peşin değerinin yüzde onunu aşamayacağına dair TBK' nın md. 260, f. 2 düzenlemesi de ceza koşuluna miktar bakımından sınırlama getiren emredici hükümlerdendir.

Ceza koşulu düzenlemesi emredici kurallar ile yasaklanmış olabileceği gibi; ceza koşulu konusu edimde emredici hükümlerle yasaklanmış olabilir⁸⁰⁴. Emredici hükümlerle yasaklanmış edimlere örnek olarak, Türk Ceza Kanunu' nda suç olarak tanımlanan rüşvet verme, kasten yaralama, dolandırıcılık, hırsızlık, haksız kazanç sağlama, bedelsiz senedi tahsile koyma gibi eylemleri verebileceğimiz gibi; kişilik haklarına aykırı veya bu hakları sınırlayan, vazgeçme anlamına gelen, birisiyle evlenmenin taahhüt edilmesi, borcun ihlali halinde faaliyet gösterilen ticarî alanda bir daha faaliyette bulunmama gibi edimleri de gösterebiliriz. Bu anlamda, aşağıda ceza koşulunun kişilik haklarına ve yine ahlaka aykırılığı başlıkları altında incelenecek olan; ceza koşulu miktarının tacirin ekonomik geleceğini sona erdirecek veya ekonomik mahvına sebep olacak ya da önemli derecede tehlikeye düşürecek nitelikte olması durumunda; söz konusu ceza koşulu, kişisel özgürlüklerin ahlaka aykırı olarak sınırlandırılmasını ve kişilik haklarından vazgeçilmesini yasaklayan emredici hüküm olan TMK md.23, f. 2' ye aykırı olması sebebiyle aynı zamanda emredici hükümlere aykırılık nedeniyle de hükümsüz olacağını belirtmek gerekir⁸⁰⁵.

⁸⁰⁴ OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 535; TUNÇOMAĞ, s. 84; KOCAAGA, s. 114-117;

⁸⁰⁵ HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 75-76; OĞUZMAN/ ÖZ (I), s. 83; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 550; EREN, s. 320-321, 1189; KILIÇOĞLU, s. 136-137; TERCİER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 232, 432.

Ceza koşulunun konulmasındaki amacın emredici kurallara aykırı olması nedeniyle de hükümsüzlüğü söz konusu olabilir. Uyuşturucu ticareti yapılmasına ilişkin taraflar arasındaki sözleşmede, uyuşturucunun zamanında teslim edilmemesi halinde ödenmesi kararlaştırılan ceza koşulunun hükümsüz olması bu duruma örnek gösterilebilir.

Emredici hukuk kurallarının yasakladığı bir sözleşmeden veya edimden elde edilecek sonucun, ceza koşulu kararlaştırılması yoluyla elde edilmesi halinde ise kanuna karşı hile söz konusu olacaktır. Kanuna karşı hilede kullanılan ceza koşuluna, bertaraf edilmeye çalışılan emredici hukuk kuralına aykırı bir sözleşmenin veya edimin maruz kalacağı yaptırım uygulanacak ve söz konusu ceza koşulu TBK md. 27, f. 2 gereği kesin olarak hükümsüz olacaktır⁸⁰⁶. Bu halde, TBK md. 182, f. 2, son cümle gereği, ceza koşulunun bu şekilde geçersiz olması, asıl borcun geçerliliğini etkilemeyecektir. Ceza koşulunun kanuna karşı hileye araç olmasına örnek olarak; bileşik faiz uygulamasına dair yasağı aşmak ve bileşik faiz uygulandığında elde edilecek faiz miktarına ulaşmak amacıyla ceza koşulu kararlaştırılması verilebilir. Bilindiği üzere; gerek adî işlerde gerekse de TTK md. 8, f. 2’ de düzenlenen iki istisnai durum hariç olmak üzere ticarî işlerde bileşik faiz uygulaması yasaktır(3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunu, md. 3; TBK md., 388, f. 3). Tarafların, bileşik faiz uygulamasına dair yasağı aşmak ve bileşik faiz uygulandığında elde edilecek faiz miktarına ulaşmak amacıyla ceza koşulu anlaşmasını devreye sokmaları halinde, ceza koşulu anlaşması kanuna karşı hile oluşturacak ve bileşik faize dair anlaşmaya uygulanacak yaptırım, ceza koşuluna da uygulanacaktır⁸⁰⁷. Ticarî işlerde TTK md. 8, f. 2’ de belirtilen hal dışında kararlaştırılan bileşik faiz yine aynı maddenin 4. fıkrası gereğince yok sayılmaktadır. Ticarî olmayan işler bakımından ise TBK md. 388’ de özellikle bir yaptırımdan bahsedilmeyip, “kararlaştırılmaz” ifadesine yer verildiğinden, bileşik faiz uygulanmasına dair anlaşmalara TBK md. 27, f. 1 hükmü gereği kanunun emredici hükümlerine aykırılıktan hükümsüzlük yaptırımı uygulanacaktır. Bu halde, kanunun bu emredici hükmünü bertaraf etmek için kararlaştırılan ceza koşulunun da hükümsüzlük yaptırımına maruz kalması gerekir.

⁸⁰⁶ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 424; OĞUZMAN/ ÖZ (I), s. 82; TOPÇUOĞLU, s. 294- 295; EREN, s. 323.

⁸⁰⁷ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 424; OĞUZMAN/ ÖZ (I), s. 82; TOPÇUOĞLU, s. 294- 295; EREN, s. 323.

Her ne kadar, ticarî faizler bakımından uygulanıp uygulanmayacağı doktrinde tartışmalı⁸⁰⁸ ve Yargıtay’ ın farklı dairelerince verilen kararlarda görüş ayrılığı olsa da⁸⁰⁹; ana para faizine sınırlama getiren TBK’ ın 88. maddesi ile temerrüt faizine sınırlama getiren TBK’ ın 120. maddesindeki bu sınırlamaların, faiz borçlusunun tacir olduğu ticarî işler bakımından uygulanacağı kabul edildiğinde; bu faiz sınırlamalarını aşmak amacıyla ceza koşulu kararlaştırılması durumunda, ceza koşulu kanuna karşı hile aracı olarak düzenlenmiş olacaktır. Şöyle ki; TBK’ ın 88. maddesinin 1. fıkrasında, tarafların sözleşmede faiz ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranını kararlaştırmamaları halinde; uygulanacak yıllık faiz oranının, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükteki mevzuat hükümlerine göre belirleneceği düzenlenmiştir. Hükümün, 2. fıkrasında ise sözleşme ile kararlaştırılacak faiz oranının, birinci fıkra uyarınca

⁸⁰⁸ Doktrinde, bir görüşe göre; TBK 88 ve 120. maddelerinin 2. fıkralarında yer alan düzenlemelerin, gerekçelerinden yola çıkıldığında, tacir olan veya olmayan borçlular bakımından herhangi bir ayırım yapmaksızın, tüm borçluları korumayı hedeflediği ve bu bakımdan ticarî faizler bakımından da TBK md.88, f.2 ve TBK md. 120, f. 2 ile getirilen sınırlamaların geçerli olacağı; TTK md. 9’ daki, “Ticarî işlerde; kanuni, ana para ve temerrüt faizi hakkında, ilgili mevzuat hükümleri uygulanır” düzenlemesinde atıf yapılan ilgili mevzuat içerisinde TBK hükümleri de düşünüldüğünde, tacirler bakımından da TBK 88 ve 120. maddelerindeki sınırlamaların uygulanacağı savunulmaktadır (AYDOĞDU, Murat; “6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda Faiz İle İlgili Düzenlemeler”, **DEÜHFD**, C. 12, S. 1, 2010, (2011), s. 95 – 97; **ÖZ**, Turgut; “Borçlar Kanunu Tasarısı Paneli”, **Hukukî Perspektifler Dergisi**, S. 4, Ağustos 2005, s. 74; **YAVUZ**, s. 353 - 354). Bununla birlikte, doktrinde hâkim olan görüşe göre; TTK’ ın 8. maddesinin 1. fıkrasıyla getirilen; “Ticarî işlerde faiz oranı serbestçe belirlenir” düzenlemesi, TBK 88 ve 120. maddeleri karşısında özel hüküm niteliğindedir. Söz konusu maddenin gerekçesinde, ticarî işlerde faiz oranının serbestçe belirleneceğinin, TTK’ ın temel bir ilkesi olarak düzenlendiği de anlaşılmaktadır. Diğer taraftan, TTK md. 9’ da atıf yapılan “ilgili mevzuat” ın kapsamına TBK hükümleri girmemekte olup, madde gerekçesi de nazara alındığında yapılan atfın 3095 sayılı kanuna olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenlerle, tacirler bakımından TBK md.88, f. 2 ile md. 120, f. 2 ile getirilen sınırlamalar geçerli olmayıp, TTK md. 8, f. 1 gereğince ticarî işlerde faiz oranı serbestçe belirlenecektir (**KILIÇOĞLU**, s. 783, 791; **ARKAN**, s. 82; **AYHAN/ÇAĞLAR**, s. 37, 39; **ORBAY ORTAÇ**, Nurdan; “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticarî İşlerde Faiz”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 72, S : 2014/2, s. 124 – 127; **YAĞCI**, Kürşat; “Anapara Faizi Ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren TBK m. 88 ve TBK m. 120 Hükümlerinin Ticarî Faizler (TTK m. 8 ve TTK m. 9) Bakımından Uygulanabilirliği”, **İÜHFMD** C. 71, S. 2 (2013), s. 432 – 433; **YÜCESOY YILMAZ**, Yasemin; “Ticarî İşlerde Faiz Ve Yargıtay Uygulaması”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 140 (Ocak – Şubat 2019), s. 318).

⁸⁰⁹ Konu hakkında Yargıtay’ ın farklı dairelerince verilen kararlarda görüş birliği bulunmamaktadır. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi’ nce verilen kararlarda TBK md. 88, f. 2 ve md. 120, f. 2 düzenlemelerinin emredici niteliğinin ticarî işler bakımından da geçerli olduğu ve taraflarca ileri sürülmesi de re’ sen gözetilmesi gerektiği belirtilerek, anapara faizi bakımından TBK md. 88, f. 2, temerrüt faizi bakımından ise TBK md. 120, f. 2’ de getirilen sınırlamaların ticarî işlerde kararlaştırılan faizler için de geçerli olduğu ve faizin bu sınırlamalara göre belirlenmesi gerektiği belirtilmiştir (Yarg. 13. HD, T. 16.4.2014, 30975/ 11935; Yarg. 13. HD, T. 22.11.2012, 17865/ 26319 (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E.T. : 03.08.2019). Aynı yönde Bkz. Yarg. 13 HD. T.19.01.2015, 8892/ 426 (**YÜCESOY YILMAZ**, s. 316, dpn. 50)). Buna karşılık Hukuk Genel Kurulu, 8., 11., 12. ve 19. Hukuk Dairelerince verilen kararlarda ise, TBK md. 88, f. 2 ile md. 120, f. 2 ile getirilen sınırlamaların ticarî işlerde kararlaştırılan faiz oranları için geçerli olmadığı ve TTK md. 8 ve md. 9’ un ticarî işler bakımından özel hükümler olduğu ve bu hükümlerin uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Yarg. 8. HD, T. 17.1.2019, 15669/ 511 (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. : 03.08.2019); Yarg. 11. HD, T. 09.06.2014, 18074/ 10977 (**YÜCESOY YILMAZ**, s. 317, dpn. 51); Yarg. 12. HD, T. 21.3.2019, 12482/ 5006 (www.kazanci.com.tr, E.T. : 03.08.2019); Yarg. 19. HD, T. 21.6.2018, 1272/ 3485 (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. : 03.08.2019); Yarg. HGK, T. 15.05.2015, 6-2249 /1362 (**YÜCESOY YILMAZ**, s. 317 – 318, dpn. 50)

belirlenen yıllık faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamayacağı kuralı getirilmiştir. Yine TBK' nın temerrüt faizine ilişkin 120. madde düzenlemesinin 1. fıkrasında tarafların sözleşmede uygulanacak yıllık temerrüt faiz oranını kararlaştırmamaları halinde; uygulanacak yıllık temerrüt faiz oranının, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte bulunan mevzuat hükümlerine göre belirleneceği, 2. fıkrasında ise sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faiz oranının, birinci fıkra uyarınca belirlenecek yıllık temerrüt faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamayacağı düzenlenmiştir. Ticarî olmayan işlerde uygulanacak faiz oranları bakımından uygulanmasında tartışma bulunmayan TBK md. 88 ve TBK md. 120 hükümlerinin; tacirler açısından da uygulanacağına dair görüş kabul edildiğinde; ticarî bir borca ilişkin tarafların kararlaştıracığı temerrüt faiz oranı, TBK md. 120, f. 2 hükmüyle getirilen sınırı aşamayacaktır. İşte tarafların, bu emredici hükümleri aşarak, kanunla getirilen sınırın üzerinde bir temerrüt faiz oranına işlerlik kazandırmayı amaçla yapmış oldukları ceza koşulu anlaşması kanuna karşı hile meydana getirecektir⁸¹⁰. Bu durumda, emredici kuralı bertaraf etme amacına hizmet eden ve kanuna karşı hile oluşturan ceza koşulu da, emredici hükümlere aykırılığın yaptırımına maruz kalarak, TBK md. 27 gereğince hükümsüz olacaktır.

2. CEZA KOŞULUNUN AHLAKA AYKIRILIĞI

TBK' nın 27. maddesinde sayılan hükümsüzlük yaptırımına tabi hallerden birisi de sözleşme konusunun ahlaka aykırı olmasıdır⁸¹¹. Hükümsüzlük yaptırımının

⁸¹⁰ **KOCAAĞA**, s. 72. Yargıtay' ın para borçlarının ödenmemesi halinde yalnız faiz ödenmesinin gerektiği gerekçesiyle cevaz vermediği ve yine temerrüdün sonucu olan zarar ve ziyanın temerrüt faizinden ibaret olması nedeniyle, temerrüt faizine getirilen sınırlamadan fazla bir meblağa tekabül edecek şekilde kararlaştırılan ceza koşulunun kanuna karşı hilenin meydana geleceği ve bu nedenle ceza koşulunun hükümsüz olacağına, para borçlarında ceza koşulunun ancak temerrüt faizini aştığı oranda hükümsüz olacağına dair kararları için Bkz. ve bunların eleştirileri ile yine bu kararın aksine para borçları için de ceza koşulunun kararlaştırılabileceğine dair kararlar için Bkz. Yarg. 4.HD, T. 7.12.1965, 9146/6973(**TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s. 343, dpn.3); Yarg. 4. HD, T.12.01.1965, 1042/85(**KOCAAĞA**, s. 69, dpn.24). Kararlara karşı eleştiriler ve para borçlarının ifa edilmemesi hali için de ceza koşulu kararlaştırılmasının mümkün olduğuna dair görüşler ve açıklamalar için Bkz. **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s. 343-344; **TUNÇOMAĞ**, s. 8; **BİLGE**, s. 64-67; **KOCAAĞA**, s. 68-71. Yargıtay son dönemde vermiş olduğu kararlarında, para borcunun ifa edilmemesi hali için de ceza koşulu kararlaştırılabileceğine dair kararlar vermektedir. Bu yönde Bkz. Yarg. 13.HD, T.20.04.1995, 3643/ 3986(**GÜNAY**, s. 13); Yarg. 13.HD, T. 18.04.1996, 3746/ 3964(**EKİNCİ**, s. 83); Yarg.13. HD, T. 30.05.1995, 5223/ 5284 : “...Ayrıca para borcunun ödenmemesi veya eksik veya geç ödenmesi halleri için caza koşulu yanında ayrıca temerrüt faizi ödenmesi de öngörülebilir. Bu nitelikte bir sözleşmenin yapılmasına engel bir hükümde yasalarımızda bulunmamaktadır.”(www.kazanci.com.tr.tr, E.T.: 06.06.2019)

⁸¹¹ eBK döneminde, “butlan” başlığı altındaki; “Bir akdin mevzuu gayri mümkün veya gayri muhik yahut ahlaka (adaba) mugayir olursa o akid batıldır.” şeklindeki 20. madde düzenlemesinde sözleşmenin konusunun(mevzuunun) ahlaka aykırı olmasından bahsediliyorsa da, Türk doktrininde ahlaka aykırılığın sadece sözleşmenin konusu değil, amacının ahlaka aykırı olduğu halde de hükümsüzlük yaptırımına

bağlandığı ahlaka aykırılık halinin tespitinde esas alınacak olan ahlak ve ahlak kurallarını tanımlamak gerekir. Buna göre, ahlak; belirli bir toplumda, belirli bir zaman diliminde, sadece bir birey bakımından değil, toplumdaki makul, orta zeka seviyesine sahip, dürüst ve vicdanlı, orta düzeyde yaşamı değerlendirebilen kişilerin çoğunlukla ortak noktada kesiştiği ve toplum tarafından da genel kabul gören düşünce ve değerlendirmelerinin bütününi teşkil eden değer yargılarının oluşturduğu kurallardır⁸¹². Ahlak kurallarının, kanun veya diğer mevzuat düzenlemelerine konu edilmeleri söz konusu olabilir. Bu halde, mevzuata konu edilmiş bu ahlak kurallarına aykırılık, emredici hukuk kurallarına da aykırılık teşkil edecektir⁸¹³. Ancak kanun koyucunun, bütün ahlaki kuralları emredici bir hukuk kuralı ile hükümsüzlük yaptırımına bağlaması, daha doğrusu bütün bu kuralları eksiksiz olarak düzenlemesi mümkün değildir. Bu nedenle; ahlaka aykırılık hali, emredici hukuk kurallarına aykırılıkla eşdeğer tutularak, hükümsüzlük yaptırımına tabi kılınmıştır⁸¹⁴. Bu suretle, kanun koyucu ahlaka aykırı sözleşmelerin yapılmasını yasaklayarak, toplumun ortak değerlerini korumakta, ahlaka aykırı olan sözleşmelerin yürürlüğünü engelleyerek ahlaki kuralların anlamsızlaşmasını önlemekte ve bireyleri ahlaka aykırı sözleşme yapmaktan uzaklaştırmaktadır⁸¹⁵.

Ahlak kuralları, toplumlar arasında farklılık gösterdiği gibi zamanla değişebilir ve coğrafi konuma göre başkalaşabilir⁸¹⁶. Hâkim, sözleşmenin ahlaka aykırı olup olmadığını tespit ederken; sözleşme içeriğinde, içinde bulunulan toplumda genel olarak kabul gören değer yargılarına aykırılık ve çelişkinin olup olmadığına bakması gerekir⁸¹⁷. Hâkim bu değerlendirmeyi sözleşmenin yapıldığı ana göre yapmalı, tarafların veya kendisinin subjektif ahlak anlayışı ve değer yargısını değil, objektif ölçütlere göre

maruz kalacağı belirtilmekte ve madde bu şekilde yorumlanmaktaydı. Bkz. **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s. 399; **HATEMİ**, s. 83 vd. **OĞUZMAN/ ÖZ (I)**, s. 85. TBK' nın 27. maddesinin yürürlüğe girmesiyle, sadece sözleşmenin konusunun ahlaka aykırı olmasını lafzeden metin düzeltilerek sözleşmenin ahlaka aykırı olması hükümsüzlük sebebi olarak belirtilmiştir. Bk. **OĞUZMAN/ ÖZ (I)**, s. 85.

⁸¹² **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s. 398; **EREN**, s. 323; **OĞUZMAN/ ÖZ (I)**, s. 85; **HATEMİ**, s.83 vd.; s. 126 vd.; **TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU**, s. 230; **KILIÇOĞLU**, s. 139, 141.

⁸¹³ **OĞUZMAN/ ÖZ (I)**, s. 85; **HATEMİ/ GÖKYAYLA**, s. 76-77; **HATEMİ**, s. 83 vd.; s. 126 vd.

⁸¹⁴ **TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU**, s. 229.

⁸¹⁵ **EREN**, s. 324; **TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU**, s. 229.

⁸¹⁶ **EREN**, s. 324; **TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU**, s. 229; **KILIÇOĞLU**, s. 139; **HATEMİ/ GÖKYAYLA**, s. 77; **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s. 399.

⁸¹⁷ **KILIÇOĞLU**, s. 141. **HATEMİ**; emredici bir kurala bağlanmayan ahlaki kuralların hâkim tarafından belirlenmesinde, evrensel hukuk ilkelerine uygun olmak durumunda olan Anayasa temel ilkelerine başvurulmalıdır. Zira, Anayasa md. 11' e göre, Anayasa hükümleri herkesi ve her kurumu bağlayan temel kurallardır(Bkz. **HATEMİ/ GÖKYAYLA**, s. 77-78). Ahlak kurallarının belirlenmesine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için Bkz. **HATEMİ/ GÖKYAYLA**, s. 77-79.

belirleyeceği ahlak anlayışını ve toplum tarafından baskın olarak kabul edilen değer yargılarını esas almalıdır⁸¹⁸.

Ahlaka aykırılık, sözleşmenin kurulmasında, içeriğinde olabileceği gibi sözleşmenin yapılma amacında da olabilir⁸¹⁹. Sözleşmenin yapılmasındaki amaç, ahlaka aykırı olduğundan sözleşmenin hükümsüzlük yaptırımına maruz kalması için ahlaka aykırı amacın sözleşmenin her iki tarafınca ortak olarak hedeflenmesi, taraflardan biri tarafından bu ahlaka aykırı amaç güdülüyorsa diğeri tarafından en azından bu amacın bilinmesi gerekir⁸²⁰.

Sözleşmede üstlenilen edim ahlaka aykırı olduğunda sözleşmede ahlaka aykırı olacaktır. Bununla birlikte, özellikle sözleşmede üstlenilen edimin miktarı, süresi ve içeriği de sözleşmenin ahlaka aykırı olarak nitelendirilmesine yol açabilir⁸²¹. Özellikle, Yargıtay'ın geliştirdiği içtihatlarında, borçlunun ekonomik özgürlüğünü sınırlandıracak, yok edecek veya ekonomik geleceğini önemli derecede tehlikeye düşürecek nitelikte miktar bakımından aşırı olan veya uzun süren ya da süresiz olan edim yükümlülükleri, bağlı oldukları sözleşmelerin ahlaka aykırı sayılmalarına sebebiyet vereceği kabul edilmektedir⁸²². Bunun gibi, sözleşmenin bir tarafını diğerrinin keyfi davranışına tabi bırakan ya da aşırı süre bağıllık yaratan sözleşmelerde ahlaka aykırı olmaları sebebiyle hükümsüz olacaktır. Esasen bu sözleşmeler, kişilik haklarına da aykırılık teşkil etmektedir⁸²³.

Sözleşmede taraflardan birinin aleyhine olmak üzere diğerr tarafa oldukça fazla yarar sağlayan, edimler arasında açık ve önemli derecede bir oransızlığın olduğu durumda da ahlaka aykırılık söz konusudur. Aşırı yararlanmayla ilgili TBK'nın 28. madde hükmünün uygulanma şartları var iken, sözleşmenin hükümsüz olması söz konusu olmayacaktır. Ancak, aşırı yararlanma ölçüsünü aşan ve özellikle sözleşmenin yapılması aşamasında; taraflardan birinin, sözleşme konusuyla ilgili olarak tek

⁸¹⁸, s. 324; KILIÇOĞLU, s. 141.

⁸¹⁹ TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 230; OĞUZMAN/ ÖZ (I), s. 85-86; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 399-400; EREN, s. 325; KILIÇOĞLU, s. 140, 141.

⁸²⁰ EREN, s. 326; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 86. Sözleşmenin yapılmasındaki amacın, taraflardan sadece biri tarafından güdülmesi halinde; diğerr tarafın sadece bu amacı bilmesinin sözleşmenin hükümsüz sayılması için yeterli olmayacağı, söz konusu ahlaka aykırı amacın bir tarafça güdülürken, diğerr tarafça da en azından bu sözleşmenin yapılmasına ikna edici davranışlarda bulunmasının, sözleşmenin ahlaka aykırı olması bakımından gerekli olduğuna dair görüş için Bkz. TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 400 – 401.

⁸²¹ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 401; KILIÇOĞLU, s. 141; OĞUZMAN/ ÖZ (I), s. 87; EREN, s. 325, 326.

⁸²² TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 401; OĞUZMAN/ ÖZ (I), s. 87; EREN, s. 325, 326; KOCAĞA, s. 386; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 231.

⁸²³ OĞUZMAN/ ÖZ (I), s. 87; EREN, s. 325 – 326; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 231.

konumundan veya başka bir yolla elde ettiği güçlü ve baskın durumundan faydalanarak diğer tarafa kabul ettirdiği şartlarla, edimleri arasında aşırı bir oransızlık olan bir sözleşmeye sebebiyet vermesi durumunda, TBK md. 28 hükmünden ayrı olarak sözleşmenin ahlaka aykırı olmasından ötürü hükümsüz kılınması gerekmektedir⁸²⁴.

Emredici hukuk kurallarına aykırılıkta olduğu gibi; ceza koşulu, gerek içerik, gerek amaç, gerekse de ceza koşulu olarak kararlaştırılan edimin süresi ve miktarı yönlerinden ahlaka aykırıysa, TBK md. 27 gereğince hükümsüzlük yaptırımına maruz kalacaktır. TTK md. 22 hükmüyle tacirlere ceza koşulunun aşırı olmasından ötürü indirim yasağı getirilmiş ise de; ceza koşulu borçlusunun tacir sıfatına sahip olması, ceza koşulu bakımından TBK md. 27 hükmünün uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir⁸²⁵. Zira, TBK md. 27’ de belirtilen hükümsüzlük halleri, bütün sözleşmeler için getirilmiş genel bir kural ve sözleşme özgürlüğüne herkes bakımından getirilen sınırlamalardır.

Yukarıda, ahlaka aykırılıkla ilgili genel açıklamamızda da belirttiğimiz sözleşmenin ahlaka aykırı olması halleri, ceza koşulu bakımından da geçerlidir. Buna göre, ceza koşulunun kararlaştırılma amacında ahlaka aykırılık söz konusu olabileceği gibi, ceza koşuluna konu edim de ahlaka aykırı olabilir. Ceza koşulunun bağlandığı asıl borcun ihlali durumunda, borçlunun müstehcen pozlar verip kamusal alanda dağıtacağı, birine küfür edeceği gibi edimlerin kararlaştırılması halinde söz konusu ceza koşulu edimleri ahlaka aykırı olduklarından ceza koşulunu hükümsüz kılacaklardır. Ancak, ceza koşulunun hükümsüzlüğü, asıl borçta herhangi bir geçersizlik hali yok ise asıl borca sirayet etmeyecek, asıl borç ve asıl borcun kararlaştırıldığı sözleşme geçerliliğini koruyacaktır.

Ceza koşulunun kararlaştırılma amacında da ahlaka aykırılık söz konusu olabileceğini belirtmiş idik. Bu halde de ceza koşulu ahlaka aykırı olması sebebiyle hükümsüz olacaktır. Ceza koşullu bakımından uygulamada sıkça rastlanan ahlaka aykırılık halleri olan; borçlunun ekonomik özgürlüğünü sınırlayan, yok eden veya ekonomik geleceğini önemli derecede tehlikeye düşüren miktarda edim içeren veya

⁸²⁴ **TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU**, s. 231; **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s. 401 ve aynı sayfada dpn. 11; **EREN**, s. 327 ve aynı sayfada dpn. 129.

⁸²⁵ **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s. 358; **KILIÇOĞLU**, s. 988; **ÜLGEN/KENDİGELEN/ HELVACI/ NOMER ERTAN**, s. 273; **AYHAN**, Ticarî İşletme, s. 211, 212; **AYHAN**, s. 311-312; **ARKAN**, s. 160; **ŞENER**, s. 234; **BOZER/ GÖLE**, s. 92; **KOCAAĞA**, s.385; **GÜLSEVEN**, s. 75.

uzun süreli ya da süresiz edim yükümlülükleri ihtiva eden ceza koşulları da ahlaka aykırı sayılacaktır⁸²⁶.

Ceza koşulunun ahlaka aykırılığı, ilk olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu' nun 20.03.1974 tarihinde verdiği karara⁸²⁷ konu olmuş, bu karar dayanak alınarak ceza koşulunun ahlaka aykırılığı ile ilgili Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve Özel Dairelerince birçok karar verilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu' nun verdiği bu karar, uygulamada ceza koşulunun ahlaka aykırılığı hakkında verilen ilk karar olması ve ahlaka aykırılığın tespitinde ele alınacak ölçütleri ortaya koyması nedeniyle önemlidir. Söz konusu kararda, TTK md. 22 hükmünün sözleşme özgürlüğünün sınırlarını belirleyen TBK md. 27 hükmünün uygulanmasına bir etkisinin olmayacağı vurgulanmıştır. Yine kararda; ceza koşulunun miktar itibarıyla ne zaman ahlaka aykırı sayılacağına dair genel ilkeler konulmuştur.

Söz konusu karar ile, tacirin ceza koşulu ödeme taahhüdünde bulunduğu andaki ekonomik durumuna göre, ceza koşulunu ödemesiyle ekonomik özgürlüğünün kabul edilemeyecek derecede sınırlanıp sınırlanmadığı, ekonomik varlığının büyük bir tehlike altına girmesine veya yıkılmasına sebebiyet verip vermediğinin, doğru ve makul tacirin ortalama görüşlerine göre belirlenmesinin gerektiği ve eğer bu sayılan sonuçlara sebebiyet vermesi halinde ceza koşulunun ahlaka aykırı olduğunun kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Kararda; tacirin, taahhüt ettiği ceza koşulu meblağını ödemesi nedeniyle hayatını başka yolda düzenlemek zorunda kalmasının, özellikle masraflarını azaltmak, bazı ihtiyaçlarından vazgeçmek zorunluluğunda olmasının, ceza koşulunun

⁸²⁶ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 401; OĞUZMAN/ ÖZ (I), s. 87; EREN, s. 325, 326; KOCAĞA, s. 386; TERCİER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 231.

⁸²⁷ Yarg. HGK, T. 20.03.1974, 1053/ 222 : "...Cezai şart borçlunun iktisaden mahvını mucip olacak derecede ağır ve yüksek ise adap ve ahlaka aykırı sayılarak tamamen veya kısmen iptal edilmesi gerekir. Borçlu tacir olsa dahi böyle bir durumda ceza iptal edilebilir. Çünkü ahlak ve adaba aykırılık dolayısıyla şartın bullanı genel bir hükmüdür. T.K.' nun 24. maddesi hükmünün bu genel müeyyidenin uygulanmasına engel sayılacağı düşünülmez... Ticaret Kanunu'nun 24. maddesi, Borçlar Kanunu'nun 161. maddesinin son fıkrasına yaptığı yollamadan da anlaşılacağı gibi, yalnız "fahiş olsa dahi cezai şartın indirilemeyeceği" esasını kabul etmiştir. Yoksa ahlak ve adaba ve emredici hükümlerinin koyduğu kurallara aykırı olan cezai şartın geçerli olmasını kabul etmemiştir, maddede bu sonucu veren bir hüküm yoktur. Fahiş cezai şartın tenkisini önleyen bir hüküm ister bulunsun, isterse bulunmasın cezai şartın ahlaka ve adaba, emredici hükümlere aykırılığı sebebiyle iptal edilmesine bu durumun bir etkisi olmaz...bu meblağın kabulünün, o tarihteki durumu itibarıyla borçlu müteahhidin iktisadî hürriyetini kabul edilmez derecede tazyik edip etmediği, iktisadî mevcudiyetinin büyük bir tehlike altına girmesine veya yıkılmasını mucip olup olmadığı, doğru ve makul tacirlerin vasati görüşleri açısından tayin ve takdir edilmelidir... Mücerret tacirin hayatını başka yolda düzenlemek, özellikle masraflarını azaltmak ve bazı ihtiyaçlarından vazgeçmek mecburiyetinde kalması, ahlak ve adaba aykırılığın kabulü için yeterli değildir. Mahkeme, ahlak ve adaba aykırılığın tayin ve takdir edebilmek için taahhüt olunan işin değerini, tarafların ve özellikle borçlunun cezai şartın kabul edildiği tarihteki iktisadî durumun yetenekli bilirkişiler aracılığı ile tesbit etmeli, ahlak ve adaba aykırılığı takdir ederken, tarafları ahlaka aykırı muamelelerden sakınmaya sevk etmek ve aynı zamanda fena misal ve numunelerin ahlaki bozmasına engel olmak amacını, dikkate almalıdır."(www.kazanci.com.tr, E.T. : 09.06.2019)

ahlaka aykırı olmasına sebebiyet vermeyeceği de vurgulanmıştır. Ceza koşulunun ahlaka aykırı olup olmadığının belirlenmesi için, taahhüt olunan işin değerinin, tarafların ve özellikle borçlunun ceza koşulunu taahhüt ettiği tarihteki ekonomik durumunun tespit edilmesi ve buna göre değerlendirme yapılması gerektiği belirtilmiştir.

Yine, Yargıtay' ın yakın tarihli vermiş olduğu bir kararında da⁸²⁸; ceza koşulunun ahlaka aykırılığının belirlenmesi için, işin değeri, ceza koşulunun taahhüt edildiği tarihteki borçlunun ekonomik durumunun araştırılıp, ceza koşulunun tacir sıfatına sahip borçlusunun varsa ticaret sicil dosyalarının istenilerek toplam sermaye miktarının tespit edilmesi ve söz konusu ceza koşulunun tacir borçludan tahsil edilmesi halinde, borçlunun ticarî hayatını eskisi gibi sürdürüp sürdüremeyeceği, sürdüremeyecek ise bu durumun onun ekonomik mahvına neden olup olmayacağı hususlarında uzman bilirkişi kuruluna inceleme yaptırılması gerektiği belirtilmiştir.

Anlaşıyor ki; sadece meblağının aşırı yüksek olması, ceza koşulunun ahlaka aykırı sayılması için yeterli değildir⁸²⁹. Ceza koşulunun aşırı olması ile ahlaka aykırı olması kavramlarını birbirinden ayırt etmek gerekir. Bu nedenledir ki, gerek doktrin gerekse de yargı uygulamasında, ceza koşulunun ahlaka aykırı sayılması için meblağının yüksek olmasıyla beraber borçlunun ekonomik mahvına neden olmasının gerektiği kabul edilmektedir. Diğer taraftan, her iki kavrama bağlanan yaptırımlar da birbirinden farklılık göstermekte, ahlaka aykırılık bakımından hükümsüzlük yaptırımı söz konusu olacak iken, ceza koşulunun aşırı olması hali için indirim yaptırımı uygulanacaktır⁸³⁰.

Doktrinde, isabetli olarak ileri sürülen bir görüşe göre; ceza koşulunun taahhüt edildiği tarihte ahlaka aykırı olacak derecede yüksek olmasına rağmen, alacaklı tarafından ödemenin istendiği tarihte enflasyon sebebiyle böyle bir durum söz konusu olmadığında, borçlunun ceza koşulunun ahlaka aykırı olduğundan bahisle ceza

⁸²⁸ Yarg. 23. HD, T. 10.05.2018, 9886/ 3074 : “...Ahlak ve adaba aykırılığın tayin ve tespiti için, işin değeri cezai şartın kabul edildiği tarihteki borçlunun iktisadî durumu araştırılıp, davalıların varsa ticaret sicil dosyaları celp edilip toplam sermaye miktarı tespit edilerek söz konusu cezai şartın tahsili yoluna gidilmesi halinde borçlunun eskisi gibi ticarî hayatını sürdürmesinin mümkün olup olmayacağı, mümkün olmayacak ise bu durumun onun iktisaden mahvına neden olup olmayacağı hususlarında uzman bilirkişi kuruluna inceleme yaptırılması gerekir...”(www.kazanci.com.tr.tr, E.T. : 9.6.2019). Aynı yönde Bkz. Yarg. 6.HD, T. 16.3.2016, 6867/ 2080; Yarg. 13. HD, T. 3.11.2011, 9412/ 15956 (www.kazanci.com.tr.tr, E.T. : 9.6.2019).

⁸²⁹ EREN, s. 1189; AYHAN, s. 311;

⁸³⁰ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 357; EREN, s. 1189; AYHAN, s. 311-312; KOCAAĞA, s.386; BİNGÖL, s. 124-125.

koşulunun hükümsüzlüğü yönündeki talebinin kabul edilmemesi gerekir⁸³¹. Kanaatimizce; böyle bir durumda, borçlunun ceza koşulunun indirimi veya hükümsüzlüğüne dair talebi TMK md. 2' de düzenlenen dürüstlük kuralı ve hakkın açıkça kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil eder.

Öte yandan, Yargıtay' ın bahsedilen içtihatları ve aynı yöndeki birçok içtihadında, ceza koşulunun ahlaka aykırı olup olmadığının belirlenmesinde ölçüt olarak, sadece borçlunun ödemek zorunda olduğu ceza koşulu meblağı nedeniyle ekonomik özgürlüğünün sınırlandırılıp sınırlandırılmadığı, yok olup olmayacağı veyahut önemli ölçüde tehlikeye düşüp düşmediğini esas alındığını görmekteyiz. Ancak belirtmek gerekir ki; ceza koşulunun ahlaka aykırı olup olmadığının belirlenmesinde; sadece bu ölçütlerin esas alınması, ceza koşulunun başkaca ahlaka aykırı olma hallerini kapsamaması nedeniyle yeterli değildir⁸³². Zira, her ne kadar kişinin ekonomik mahvına neden olacak meblağıdaki ceza koşulları ahlaka aykırı olacak ise de; ahlaka aykırılık, bu ölçütle sınırlandırılmayacak, başkaca ölçütlerle de değerlendirilmesi gereken daha geniş bir kavramdır⁸³³. Bu başlık altında, ceza koşulunun ahlaka aykırılığında Yargıtay'ca ele alınan ve doktrince de benimsenen ölçütün yetersizliğini bu şekilde ifade etmekle beraber, değerlendirmede esas alınan bu ölçütler aslında TMK md. 23, f. 2 anlamında kişisel özgürlüklerden ekonomik özgürlüğün ahlaka aykırı olarak sınırlandırılmasıyla ilişkilidir.

Her ne kadar, Yargıtay' ın esas aldığı “ekonomik mahv” ölçütü esasen TMK md. 23, f. 2 hükmüyle ilişkili olup, TMK md. 23, f. 2 hükmüne aykırı bir ceza koşulu, aynı zamanda ahlaka da aykırı ve TBK md. 27 gereğince hükümsüz olsa da; kanaatimizce ahlaka aykırılık, sadece TMK md. 23, f. 2 hükmüne aykırılık hali ve bu hükme dayanan kişinin ekonomik yönden mahvolması ölçütüyle sınırlandırılmaz⁸³⁴.

Yargıtay kararlarında, borçlunun ödemek durumunda kaldığı ceza koşulu meblağı nedeniyle ekonomik yönden mahvolup olmayacağının belirlenmesinde, taahhüt olunan işin değerinin, tarafların ve özellikle borçlunun ceza koşulunu taahhüt ettiği tarihteki ekonomik durumunun tespit edilmesinin gerektiği ve buna göre ceza koşulunun tacir borçludan tahsil edilmesi halinde, ticarî hayatını eskisi gibi sürdürüp sürdüremeyeceği, sürdüremeyecek ise bu durumun onun ekonomik mahvına neden olup

⁸³¹ ARKAN, s. 160, dpn. 3; KOCAAĞA, s. 389; TAMER, s. 757, 758.

⁸³² OĞUZMAN/ ÖZ (I), s. 87; GÜLSEVEN, s. 81 - 82, 120; BİNGÖL, s. 133, 136; KARABAĞ BULUT, s. 201,202,203, 261 vd.

⁸³³ OĞUZMAN/ ÖZ (I), s. 87; TERCİER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 432 - 433; EREN, s. 325-327; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 398 – 402;

⁸³⁴ BİNGÖL, s. 133; GÜLSEVEN, s. 120;

olmayacağını belirlenerek, borçlunun ekonomik yönden mahvı söz konusu olacak ise ahlaka aykırı bir ceza koşulunun varlığının kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir⁸³⁵ ise de; doktrinde ileri sürülen, bizim de katıldığımız görüşe göre; ahlaka aykırılığın tespiti bakımından tek başına veya diğer ölçütlerin yanında olmazsa olmaz bir ölçüt olarak; “borçlunun ödemek zorunda kaldığı ceza koşulu meblağı nedeniyle ekonomik yönden mahvolması” esas alındığında; yapılan işin değeri, sözleşmeyle elde edilmek istenen menfaatler, asıl borcun ihlaliyle oluşan zarar, borcun ihlalindeki kusurun derecesi gibi faktörler karşısında, meblağı itibariyle ceza koşulu ne kadar adalete ve hakkaniyete aykırı ve toplumsal etik değerlere göre kabul edilemez olursa olsun, taahhüt edildiği tarihte tacirin bu ceza koşulu meblağını ödeme gücü olduğu ve ekonomik bakımdan mahvına neden olmadığı sürece, ahlaka aykırı olmayacağı sonucu çıkacaktır⁸³⁶. Bu durumda, asıl sözleşmeden beklenen yarar veya sözleşmenin ihlaliyle oluşan zarara oranla oldukça fazla olan ceza koşulu, toplumsal etik değerler bakımından kabul edilmezse de, bu meblağı ödeyebilen tacir bakımından ahlaka aykırı sayılmayıp geçerli olacak iken, böyle bir ceza koşulunu ödemesi ekonomik yönden mahvına neden olacak olan tacir bakımından ise ahlaka aykırılık nedeniyle hükümsüz olacaktır⁸³⁷. Bu durumda, hukukun temel prensiplerinden ve Anayasa’ mızın 10. maddesinde hükmünü bulan eşitlik ilkesine ve yine TMK md. 8, f. 2 düzenlemesiyle hak ve borçlara ehil olmada eşit olma ilkesine⁸³⁸ aykırı bir durum ortaya çıkacak, objektif değil subjektif kriterlere ve kişinin durumuna göre ahlaka aykırılık belirlenmiş olacaktır⁸³⁹.

Belirtmek gerekir ki; TBK md. 27 ile korunan genel ahlak kuralları, kişisel değerleri de korumakla birlikte, aynı zamanda toplumsal değerleri de

⁸³⁵ Yarg. 23. HD, T. 10.05.2018, 9886/ 3074; Yarg. 6.HD, T. 16.3.2016, 6867/ 2080; www.kazanci.com.tr.tr, E.T. : 9.6.2019; Yarg. 13. HD, T. 3.11.2011, 9412/ 15956 (www.kazanci.com.tr, E.T. : 9.6.2019).

⁸³⁶ KARABAĞ BULUT, s. 204, 205; GÜLSEVEN, s. 118, 120.

⁸³⁷ KARABAĞ BULUT, s. 204; GÜLSEVEN, s. 120;

⁸³⁸ TMK md. 8’ de belirtilen genellik ve eşitlik ilkesi, kanunu uygulayacak olanlara bir direktif niteliğinde olup, Anayasa’ nın 10. maddesi ise aynı direktifi, hem kanun koyucuya hem de kanunu uygulayacak olanlara, sadece hak ehliyeti bakımından değil, kanun önünde eşitlik bakımından da vermiş olduğundan, TMK md. 8 hükmünü sadece hak ehliyeti bakımından değil, hukuk önünde genellik ve eşitliği düzenlediği şeklinde yorumlamak Anayasa md. 10 hükmüne uygun düşer (DURAL/ ÖĞÜZ, s. 40). Kanaatimizce, ahlak kuralları bakımından da, herkesin ahlak kuralları karşısında eşit olduğunun kabulü, AY md. 10 ve TMK md. 8’ de düzenlenen eşitlik ilkesinin bir gereğidir.

⁸³⁹ KARABAĞ BULUT, s. 204; GÜLSEVEN, s. 118, 120. BİNGÖL’ e göre; burada hukuk düzeni tarafından korunmak istenen; ekonomik olarak yetersiz, sömürülmek suretiyle ticarî hayattan silinmek istenen tacir olup, onun sömürülerek ticarî hayattan silinmesi engellenmek istenmektedir. Bu durumda, malvarlığı farklı olan tacirler bakımından eşit uygulamanın tercih edilmesi durumunda şekli bir eşitlik yaratılmış olacaktır da maddi eşitlikten söz edilemeyecek, adil olmayan sonuçlar ortaya çıkacaktır. Bu nedenle, tacirin kararlaştırılan ceza koşulunu ödedikten sonra ticarî hayatı sona ermiyorsa, ceza koşulunun ahlaka aykırı olduğunu ileri sürememesi gerekir(BİNGÖL, s. 133).

korunmaktadır⁸⁴⁰. Genel ahlak kurallarına aykırılığın önlenmek istendiği TBK md. 27 hükmü ile, kişisel özgürlüklerin korunmasından daha geniş bir koruma amacı edinilmiş olup, ahlak kurallarının ihlalini önlemek suretiyle bir yandan toplumsal değerler ve sosyal düzen, diğer yandan ise temel hak ve özgürlüklere dayanan kişisel değer ve özgürlükler korunmaktadır⁸⁴¹. Bu halde, kişinin ekonomik mahvına neden olmasa dahi, adalet ve hakkaniyet ölçüsünde etik değerler yönünden kabul edilemez, ahlaki değerleri zedeleyen, sözleşmenin bir tarafını sömürme gayesi güden, herhangi bir gayret göstermeksizin sözleşmeyle elde edilmek istenen menfaatten yüksek bir kazanç sağlanmasına neden olan ceza koşullarının da ahlaka aykırı olduğunun kabul edilmesi gerekir. Zira, bu tipteki ceza koşulları, toplumun etik değerlerini rahatsız edici ve ahlaki değerlerine tezat nitelikte olup, sosyal adalet duyguları ve hakkaniyetle bağdaşmamaktadır.⁸⁴² Bu bakımdan, TBK md. 27 gereği ahlaka aykırı olmaları sebebiyle hükümsüz sayılmalıdırlar.

Gerçekten, özellikle ülkemiz eğitim seviyesi de nazara alındığında; ticaret hayatına şahsı adına veya kolayca kurulabilen bir limited şirket sahibi ve yetkilisi olarak ticaret hayatına atılan kişiler, her ne kadar tacir sıfatını kazansalar ve basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğü altına girseler de; sözleşmesel ilişkiye girdikleri kişilere göre ekonomik yönden daha az imkâna sahip olmaları, yine tecrübesiz ve eğitimsizlik nedeniyle, sözleşmede bulundukları taahhütlerin sonucunu öngöremeyebilmekte ve bu anlamda basiret gösteremeyebilmektedirler. Bunun yanında, sözleşmesel ilişkiye girdiği karşı tarafın sahip olduğu distribütör, tek satıcılık, bayilik, acentelik veya başka bir sıfattan elde ettiği yetki veya tekel olmaktan kaynaklı elde ettiği hâkim konumunu ve az önce irdelediğimiz zayıflığını gösteren olumsuz niteliklerini kullanarak; kendisine müzakere şansı tanımadığı, adeta dayattığı sözleşmede yer alan taahhütleri kabul edebilmektedir⁸⁴³.

Kişinin, sözleşmesel ilişkiye girdiği tarafın, sözleşmedeki hâkim durumunu kullanarak, tek taraflı olarak dayattığı taahhütleri kabul etmesinde; içerisinde bulundukları finansal krizden çıkma, kredi almak için işletmelerinin sektörde ayakta ve faal olduğunu gösterme gibi maddi zorunluluklar ile yine bir takım manevi zorunluluklar etken olabilmektedir. Bunun yanında, özellikle taşıyon firmalarda

⁸⁴⁰ AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 359.; KARABAĞ BULUT, s. 204.

⁸⁴¹ AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 359; KARABAĞ BULUT, s. 204.

⁸⁴² KARABAĞ BULUT, s. 203;

⁸⁴³ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 401; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 211; AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 357.

görüldüğü üzere; bulundukları sektörde yürüttükleri faaliyet konuları, bazı hâkim firmaların taşeron olarak verdiği işleri yapmak olan ve bu nedenle sektörde sayılı olan bu firmalara faaliyet konusu bakımından bağımlı olan tüzel veya gerçek kişi tacirler; ekonomik yaşantılarına devam etmek ve yukarıda sayılı diğer maddi ve manevi gerekçelerle, kendilerine bir nev'i dayatılan sözleşmeleri kabul etmek zorunda kalmakta, kendisine müzakere şansı verilmeyen sözleşme içeriğindeki taahhütleri de kabul etmiş olmaktadır. Bu kabul etmek durumunda kalınan taahhütlerden en sık görülenlerden birisi de ceza koşulu taahhüdü olmaktadır. Bu halde, “ekonomik mahv” ölçütü esas alındığında; müzakere şansı tanınmayan sözleşme konusu asıl borcu bir şekilde ihlal eden tacir; karşı tarafın sözleşmeden elde edeceği menfaat, sözleşmenin ihlal edilen yükümlülüğün sözleşme bütünü içerisindeki rolü ve yükümlülüğün ihlalden doğan zarar unsurları göz önünde bulundurulduğunda, bu unsurlar karşısında oldukça fazla, adeta kendisini sömürmeye yönelik ve bir gayret sarf edilmeksizin sözleşmeden elde edilmesi beklenen menfaatten ve yine asıl borcun ihlalden doğan zarar meblağından oldukça fazla olarak hakkaniyete aykırı olarak kazanç elde etmeye yönelik ceza koşulunu ödemek durumunda kaldığında, ceza koşulu meblağını ödediğinde ekonomik geleceği tehlikeye düşmüyorsa, ekonomik mahvı söz konusu olmadığında, kendisini sömürmeye yönelik, adalet ve hakkaniyet ölçüsünde toplumsal etik değerlerin kabul edemeyeceği ceza koşulu, ahlaka aykırı olmayacak, ekonomik geleceği tehlikeye düşüyorsa veya ekonomik yönden mahvolma durumu söz konusu olduğunda ise ahlaka aykırı olacağı sonucuna varılacaktır. Bu ise, yukarıda da arz ettiğimiz üzere, bir yandan eşitlik ilkesine aykırı bir durum yaratacakken, bir yandan da ahlak kurallarının temelini oluşturan toplumun genel kabulünde olan adalet ve hakkaniyet duygularını rencide edecek ve yine toplumsal etik değerlerle bağdaşmayacaktır.

TBK md. 180, f. 1 gereği; ceza koşulunun talep edilebilmesi ve ifası için asıl borcun ihlalden bir zarar doğmasının gerekmemesi karşısında; ceza koşulunun ahlaka aykırı olup olmadığının değerlendirmesinde, asıl borcun ihlalden doğan zarar meblağıyla ceza koşulu meblağının karşılaştırılmaması gerektiği düşünülebilirse de; bu durumu *Karabağ – Bulut’ un* ileri sürdüğü gibi⁸⁴⁴; ceza koşulunun amaç ve işlevleriyle açıklamak gerekir. Ceza koşulunun; borçluya borcuna uygun davranması, ifa etmesi

⁸⁴⁴ KARABAĞ BULUT, s. 201, 202.

yönünde baskı uygulanması yönündeki işlevi⁸⁴⁵ yanında, borcun ihlali durumunda, alacaklıyı uğradığı zararı ispatlama ve zarar miktarını belirleme yükünden kurtararak, zararının tazminini kolaylaştırma gibi bir amacı da bulunmaktadır. Bu halde, ceza koşulu meblağının en az borcun ihlali durumunda ortaya çıkabilecek zarar kadar olması gerekir⁸⁴⁶. Diğer taraftan; ceza koşulunun borçluya borcuna uygun davranması, borcunu ifa etmesi yönünde baskı uygulama işlevi gereği de, ceza koşulu meblağının, asıl borcun ihlaliinde ortaya çıkması öngörülen zarar miktarından daha fazla olarak kararlaştırılması uygun olacaktır. Ancak; ceza koşulunu, amaç ve işlevlerinin gerektirdiği ölçü aşılarak ve bu işlevlerden uzaklaşarak, asıl borcunu ihlal eden borçluyu sömürmek suretiyle ondan herhangi bir gayret sarf etmeksizin, karşılıksız olarak haksız kazanç elde etme aracı haline dönüştürecek şekilde kararlaştırılmaması da gerekir. Bunun yanında, ceza koşulunun, asıl borcun ihlal edilmesi nedeniyle borçlunun, alacaklı tarafından fazlaca ekonomik zarara uğratmak suretiyle bir cezalandırma aracı olarak da kullanılmamalıdır.⁸⁴⁷ Özellikle, sözleşmeden elde edilmesi beklenen menfaatten oldukça yüksek meblağda kararlaştırılan ceza koşullarının, arz edilen ceza koşulunun amaç ve işlevlerinden uzaklaşarak, borçluyu sömürmek suretiyle haksız kazanç elde etme aracı haline getirildiğini belirtebiliriz.

Böyle bir durumda, ödemek durumunda kaldığı ceza koşulu meblağı nedeniyle borçlunun ekonomik geleceği tehlikeye düşmese veya ekonomik mahvı söz konusu olmasa dahi, bu şekildeki ceza koşullarını ahlaka aykırı saymak gerekir. Zira, yukarıda da arz ettiğimiz üzere, ahlak kuralları; ekonomik mahvolma ölçütünün asıl olarak dayandığı kişisel hak ve özgürlüklerden daha geniş ve kapsayıcıdır. Ahlak kurallarına aykırılığın tespitinde subjektif etkilerden çok objektif ölçütler belirleyicidir. Bu anlamda, ödemekte zorunda kaldığı meblağı nedeniyle ekonomik geleceğini tehlikeye düşüren, ekonomik yönden mahvına neden olan ceza koşulu, subjektif etkilerle öncelikle kişisel özgürlüklerden ekonomik özgürlüğü ahlaka aykırı olarak sınırlamasıyla TMK md. 23, f. 2 hükmüne aykırı olmakta, sınırlamanın ahlaka aykırı niteliğinden ötürü de ahlaka da aykırı olmaktadır. TBK md. 27 anlamında ahlaka aykırılık, kişisel hak ve özgürlüklerden vazgeçme ile hukuka ve ahlaka aykırı sınırlandırılması durumlarını kapsamakla birlikte; subjektif etkilerden hariç objektif ölçütlerle, kişisel durum ve şartlar gözetilmeksizin ve bu etkilerden uzak olarak, adalet ve hakkaniyete

⁸⁴⁵ **TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU**, s. 428.; **CANSEL/ ÖZEL**, s. 715.; **TAMER**, s. 734; **KOCAAĞA**, s. 34; **OĞUZMAN/ ÖZ**, s. 530; **GÜLSEVEN**, s. 26, 27; **TUNÇOMAĞ**, s. 49.

⁸⁴⁶ **KARABAĞ BULUT**, s. 202.

⁸⁴⁷ **KARABAĞ BULUT**, s. 202.

aykırı olan, toplumsal etik değerler ile sosyal adalet duygularının kabul etmeyeceği durumları da kapsamakta ve bu tip sözleşmeleri hükümsüz kılmaktadır. Bu nedenle; borcun ihlaliyle oluşan zarar ve bağlı bulunduğu sözleşmeden beklenen menfaatle orantısız, oldukça yüksek olarak kararlaştırılmış ceza koşulunun, borçlunun ekonomik yönden mahvına neden olmasa da, karşılıksız olarak haksız bir kazanç elde etme, yani sömürü aracı haline gelmesi nedeniyle ahlaka aykırı olduğunu kabulle, TBK md. 27 gereği hükümsüz saymak gerekir. Zira, söz konusu durumda, ceza koşulu borçlusunun kişisel durumuna, ekonomik geleceğine etkisinden öte; ceza koşulunun sosyal adalet duygusunu rencide etmesi ve toplumsal etik değerleri , toplum vicdanını sarsması nedeniyle oluşan ahlaka aykırı durum bertaraf edilecektir.

3. CEZA KOŞULUNUN KİŞİLİK HAKLARINA AYKIRILIĞI

a. Genel Olarak

Kişiliğin korunmasının düzenlendiği TMK' nın, 23. maddenin 1. fıkrasında, kimsenin hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen dahi olsa vazgeçemeyeceği belirtilmişken, 2. fıkrasında ise kişisel hakların bir unsuru olan özgürlüklerin bizzat kişi tarafından sınırlandırılabilirliği ve fakat bu sınırlandırmaların hukuka ve ahlaka aykırı olamayacağı hüküm altına alınmış⁸⁴⁸; kişilik haklarının hukuka ve ahlaka aykırı olarak sınırlandırılması bakımından kişi kendisinden korunmuştur⁸⁴⁹. Kişilik haklarının

⁸⁴⁸ **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s. 391; **ÖZTAN**, Bilge; Medeni Hukuk' un Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, 7. Bası, Ankara 2001, s. 258; **OĞUZMAN**, Kemal/ **SELİÇİ**, Özer/ **OKTAY ÖZDEMİR**, Saibe; Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Filiz Kitabevi, İstanbul 2018, s. 210; **KILIÇOĞLU**, s. 137; **AKİPEK**, Jale/ **AKINTÜRK**, Turgut/ **ATEŞ**, Derya; Türk Medeni Hukuku, Birinci Cilt, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., Yenilenmiş 14. Baskı, İstanbul 2018, s. 373; **DURAL/ ÖĞÜZ**, s. 148.

⁸⁴⁹ **HATEMİ**, Hüseyin; Kişiler Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, Güncellenmiş 7. Bası, İstanbul 2018, s. 66. TMK md. 23 hükmünün; kişiliğin, kişinin kendisinden bizzat korunmasına dair hüküm olduğuna dair görüşteki yazarlar için Bkz. **AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ**, s. 355, dpn.33; **DURAL/ ÖĞÜZ**' e göre; TMK md.23' ün kişiliği kişinin bizzat kendisine karşı koruyan (iç koruma), TMK md. 24' ün ise kişiliği başkalarının tecavüzüne karşı koruyan (dış koruma) hükümler içerdiğine dair son zamanlara kadar hâkim olan fikrin artık terk edildiği ve modern doktrinin hem TMK md.23 hem de TMK md. 24' ün kişiliğe karşı dıştan gelen tehlikelere karşı koruduğu ve aralarındaki farkın TMK md. 23' ün kişinin kendi rızasıyla yapılan hukukî işlem sonucunda gerçekleşen ihlali önlemeye yönelikken, TMK md. 24' ün kişinin rızası dışında oluşan tecavüzlere karşı koruma gerçekleştirmektedir(**DURAL/ ÖĞÜZ**, s. 146). Aynı görüşteki yazarlar için ayrıca Bkz. **DURAL/ ÖĞÜZ**, s. 146, dpn.440. **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR** ise; TMK md. 23' ü, kişiliği hukukî işlemle saldırıya karşı koruyan, TMK md. 24' ü ise, kişiliği haksız fiile karşı koruyan hükümler olarak tasnif etmiştir(**OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR**, s. 205; Aynı yönde Bkz. **KARABAĞ BULUT**, s. 435). **AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ**' e göre de; TMK md. 23 hükmüyle kişinin kendisine karşı değil, sözleşmede kendisinden maddi veya manevi yönden ve özellikle ekonomik olarak daha güçlü olan taraftan korunmasının söz konusu olduğu görüşündedirler(**AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ**, s. 354 – 355). Kanaatimizce, TMK md. 23 hükmüyle

içerisinde yer alan özgürlüklerin bizzat hak sahibi tarafından sınırlanması durumuna ilişkin getirilen bu hükümle; hukuka ve ahlaka aykırı olarak kişilerin özgürlüğünü sınırlaması halinde, üçüncü kişilerin bundan yararlanarak kişilik haklarına ve kişisel özgürlüklere yapacakları saldırıların önüne geçilmesi amaç edinilmiştir⁸⁵⁰. Kişisel özgürlüklerin hukuka ve ahlaka aykırı olarak sınırlanıp sınırlanmadığını belirlemek hâkimin takdir yetkisindedir. Yapılacak bu değerlendirmede; kişiliğin varlığı ve gelişmesi için gereken faaliyet ve karar verme serbestisinin tehlikeye sokulması veya ortadan kaldırılması, kişinin mutlak olarak karşı tarafın iradesine, keyfiyetine, egemenliğine bağlı kılınması hallerinin var olduğunun tespit edilmesi halinde, kişilik haklarının ahlaka aykırı olarak sınırlandırıldığının kabul edilmesi gerekir⁸⁵¹. Kişilik haklarının hukuka ve ahlaka aykırı olarak sınırlanması aynı zamanda başlı başına ahlaka aykırılık oluşturmaktadır⁸⁵².

Kişisel özgürlüklerden birisi de kişinin ekonomik özgürlüğüdür⁸⁵³. Ekonomik özgürlüğün hukukî ve ekonomi bilimi açısından çeşitli tanımlamaları⁸⁵⁴ yapılmaktadır.

kişiliğin bizzat hak sahibi kişiden korunması söz konusudur. Zira, kişi genelde hukukî işlemle kişilik haklarını ahlaka veya hukuka aykırı olarak sınırlamakta, bu işlem veya sözleşmeyi kendi iradesiyle gerçekleştirmekte ve hayata geçirmektedir. Her ne kadar; kişinin özgürlüklerini hukuka veya ahlaka aykırı olarak sınırlaması, sözleşmenin karşı tarafının üstün konumunun etkisiyle kendisine dayattığı sözleşme hükümlerini, sözleşmenin zayıf tarafı olmasından ötürü kabullenmek durumunda kalmasından kaynaklansa da; sonuç olarak kişi bu sözleşmeyi veya hukukî işlemi kendi iradesiyle yapmakta ve gerçekleştirmektedir. Kişinin özgürlüklerini ahlaka veya hukuka aykırı olarak sınırlandıran bu sözleşmeleri kabul etmesi veya hukukî işlemde bulunması, genelde fırsat olarak gördüğü sözleşme konusu işi yaparak para kazanma gayesinden kaynaklanmakta olup, bu nedenle risk olarak gördüğü bu hukuka ve ahlaka aykırı sınırlamaları kabullenmektedir. Ancak bu kabullenme, sözleşmenin karşı tarafın bir saldırısı olarak kabul edilmemesi gerekir. Kişinin özgürlüklerini sınırlayan bu hukukî işlemi veya sözleşmeyi kendi iradesine aykırı olarak, karşı tarafın etkisiyle yapması halinde zaten şartları var ise TBK md. 30 ila 39 arasında düzenlenen iradeyi sakatlayan nedenlerin varlığından bahsedilecek ve kişi bu sözleşme hükümlerinin iptalini isteyebilecektir. Yine şartları var ise; TBK md. 29' da düzenlenen aşırı yararlanma hükmünün uygulanması da söz konusu olabilir. Dikkat edilirse bu hükümler, kişinin dış etkiyle hukuka aykırı bir eyleme maruz kalması halinde uygulanacaktır. Bu halde, TMK md. 23 hükmünü, kişiliğin dıştan gelen etkenlere karşı, dıştan gelen etkiyle kişiliğinin ihlaline karşı koruma veya sözleşmenin üstün tarafına karşı korunması olarak değil; kişiliğin bizzat kendisinden korunmasına yönelik bir iç koruma hükmü olarak tanımlamak kanaatimizce de daha isabetlidir.

⁸⁵⁰ BİNGÖL, s. 129.

⁸⁵¹ AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 376; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 212; DURAL/ ÖĞÜZ, s. 148-149.

⁸⁵² EREN, s. 324; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 75; OĞUZMAN/ ÖZ (I), s. 84

⁸⁵³ DURAL/ ÖĞÜZ, s. 148-149; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 185; AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 341, 346, 373; BAŞPINAR, Veysel; “Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1 (1999), s. 17 – 34, s. 18; ERCOŞKUN ŞENOL, Kübra; “Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü Ve Bunun Genel Sınırı: TBK M. 27”, *İÜHFEM*, C.74, S. 2(2016), s.709-738, s. 730; EREN, s. 325-326; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 389; YAVUZ, s. 160-161.

⁸⁵⁴ ATEŞ' e göre; “*Ekonomik özgürlük, bir kişinin ekonomik faaliyetlere katılabilesine, bu faaliyetlere son verebilmesini, mesleki ve ticarî itibarı, kredisi ile surları üzerinde sahip olduğu her türlü haklarını ve yetkililerini ifade etmektedir*”(Bkz. ATEŞ, s. 251-252). Ekonomi bilimi açısından yapılan bir tanımlama ise şu şekildedir; “*Ekonomik özgürlükler bireylerin iktisadî faaliyetlerini baskı ve sınırlamalara maruz kalmadan özgürce gerçekleştirebildiği ve mülkiyet haklarının temin edildiği hak ve özgürlükler şeklinde*

Bu tanımlardan yola çıkarak bir tanımlama yapmak gerekirse; ekonomik özgürlük, kişinin serbestçe karar verme yetkisine sahip olarak, emek ve/veya sermayesini ortaya koyarak ekonomik kazanım elde edebilmesi için faaliyette bulunabilmesini, bu faaliyetleri sonucu elde ettiği ekonomik kazanımlarına aynı haklar vasıtasıyla sahip olabilmesi ve kullanabilmesiyle, ileride bu faaliyet ve haklarının sınırlandırılmayacağını öngörebilmesini ve dilediği zamanda bu faaliyetlerine son verebilmesini ifade etmektedir. Anayasa (AY)’nın 48. maddesinde, herkesin istediği alanda çalışma ve sözleşme özgürlüğüne sahip olduğu düzenlenerek, kişinin ekonomik özgürlüğü teminat altına alınmıştır. TMK md. 23’de vazgeçilmesi mümkün olmayan, hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlandırılmayacağı belirtilen kişisel özgürlüklerin neler olduğunun tespiti için başvurulacak en baştaki kaynak Anayasa olduğundan, gerek temel hak ve özgürlükleri tamamını güvence altına alan AY md. 12 hükmü, gerekse de AY md. 48 düzenlemesi karşısında, bu özgürlüklerden birinin de kişinin ekonomik özgürlüğü olduğunun kabulü gerekir⁸⁵⁵.

Bireylerin, sözleşmesel ilişkiye girmeleriyle üstlendikleri edimler ve yükümlülükler nedeniyle ekonomik özgürlükleri kısıtlanmakla birlikte, ekonomik özgürlüğün hukuka ve ahlaka aykırı olarak sınırlandırılması, TMK md.23, f. 2 ile yasaklanmıştır⁸⁵⁶. Kişinin ekonomik özgürlüğünü ahlaka ve hukuka aykırı sınırlaması söz konusu olduğu duruma ilişkin olarak, kanun koyucu TMK md. 23, f. 2 hükmü ile kişiyi kendisine karşı korumaktadır⁸⁵⁷. Ekonomik özgürlüğün ahlaka aykırı olarak

tanımlanabilir”(Bkz. ÖZTÜRK ÇETENAK, Özlem/ IŞIK, Mine; “Ekonomik Özgürlükler İle Ekonomik Büyüme Arasındaki Nedensellik İlişkisi: OECD Ülkeleri Üzerine Bir Uygulama”, **Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, C. 6, S. 1 (Ocak – Haziran 2016), s. 1-16, s.1(<https://dergipark.org.tr/download/issue-file/1812>; E.T. : 16.06.2019)); Ekonomi bilimi yapılan bir başka tanımlamada, ekonomik özgürlük; “*bireylerin serbestçe iktisadî faaliyetlerde bulunabilmelerini ve bu faaliyetler sonucunda elde ettikleri değerleri dışarıdan bir müdahale olmaksızın özgürce kullanabilmelerini ifade etmektedir*” şeklinde tanımlanmıştır. Bkz. AKTAN, Coşkun Can; “Özgürlük Felsefesi Üzerine”, **Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi**, C. 7, S. 2 (2015), s. 55- 71, s. 61(http://www.sobiad.org/ejournals/dergi_sbd/arsiv/2015-2/canaktan_ozgurluk.pdf, E.T. : 16.06.2019). İsviçre Federal Mahkemesi’ nin ekonomik özgürlükle ilgili, “*herkesin kamu düzeni sınırları içinde, varlığını sürdürebilmesi için gerekli olan ekonomik faaliyetlerde bulunma özgürlüğü vardır*” şeklindeki tanımlaması için Bkz. ATEŞ, s. 136, dpn. 368; ÜNAL, s. 126. Ekonomik özgürlükle ilgili diğer tanımlamalar için Bkz. ATEŞ, s. 136, dpn. 368; ÜNAL, Akın; Keleşçeleme Sözleşmeleri (Sözleşmelerdeki Hükümler Sebebiyle Kişinin Ekonomik Özgürlüğünün Aşırı Derecede Sınırlandırılması), Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 126.

⁸⁵⁵ DURAL/ ÖĞÜZ, s. 101, 142; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 185; AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 343;

⁸⁵⁶ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 391; KILIÇOĞLU, s. 137; BAŞPINAR, Keleşçeleme, s. 19; ATEŞ, s. 137, 239; BİNGÖL, s. 130; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s.210; DURAL/ ÖĞÜZ, s. 148 - 149; AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 374 – 375.

⁸⁵⁷ HATEMİ, s. 66 – 67. Doktrinde hâkim olan aksi görüş için Bkz. DURAL/ ÖĞÜZ, s. 146; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 205 vd.; AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 354- 355; KARABAĞ BULUT, s. 435.

sınırlanması; yapılan hukukî işlemle kişinin ekonomik olarak faaliyette bulunması imkânının ortadan kaldırılması, ekonomik geleceğine ilişkin karar verme özgürlüğünün elinden alınması, ekonomik özgürlüğünün devri anlamına gelen işlemlerde bulunması, karşı tarafın keyfiyeti ve tâbiyetine bağlı kılınması, ekonomik geleceğinin yüklendiği edimler nedeniyle yok olma tehlikesiyle karşı karşıya kalması veya yok olması şeklinde gerçekleşir⁸⁵⁸.

b. Kişilik Haklarına Aykırı Ceza Koşulu

Tüm hukukî işlemler gibi ceza koşulu da yukarıda açıklanan şekillerde, kişilik haklardan vazgeçme anlamına geldiği veya kişisel hak ve özgürlükleri ahlaka aykırı bir şekilde sınırladığı durumda TMK md. 23' e ve aynı zamanda TBK md. 27' ye aykırı olması nedeniyle geçersiz olacaktır. Ahlaka aykırı ceza koşulunu açıklarken de değinilen; Yargıtay' ın ceza koşulunun ahlaka aykırı olup olmadığının belirlenmesinde esas aldığı ödemek zorunda kalınan ceza koşulu meblağı nedeniyle kişinin ekonomik geleceğinin önemli derecede tehlikeye düşmesi, ekonomik yönden mahvı ölçütü ve bu ölçütün esas alınmasının açıkladığımız sonuçları, doktrinde bazı yazarlarca⁸⁵⁹ da dile getirildiği üzere esasen TMK md. 23, f. 2 hükmüyle ilişkilidir.

Zira, TMK md. 23, f. 2 ile; *“Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz”* hükmü getirilmiştir.

Yargıtay' ın ceza koşulunun ahlaka aykırı olup olmadığını belirlemede ölçüt olarak aldığı; kişinin ödemek zorunda kaldığı ceza koşulu meblağı nedeniyle, ekonomik özgürlüğünün aşırı derecede sınırlanması, ekonomik geleceğinin yok olma tehlikesiyle karşı karşıya kalması veya ekonomik yönden mahvına sebep olması ölçütü, esasen TMK md. 23, f. 2 hükmüyle yasaklanan, kişisel özgürlüklerin ahlaka aykırı olarak sınırlanması anlamına gelmektedir⁸⁶⁰. Kişisel özgürlükleri ahlaka aykırı olarak sınırlayan

⁸⁵⁸ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 186, 212; EREN, s. 321; DURAL/ ÖĞÜZ, s. 149; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 231.

⁸⁵⁹ EREN, s. 1189; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 550; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 432; KARABAĞ BULUT, s. 203; AYHAN, s. 311; ÜLGİN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN, s. 273; DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan; Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, 19. Baskı, İstanbul 2018, s.149; BİNGÖL, s. 133; GÜLSEVEN, s. 118.

⁸⁶⁰ BAŞPINAR, s. 139; DURAL/ ÖĞÜZ, s. 142, 148 – 149; AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 377; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 185 – 186, 211 – 212; ATEŞ, s. 239; KOCAĞA, s. 116 – 117; 387 – 388; KARABAĞ BULUT, s. 203; GÜLSEVEN, s. 118; BİNGÖL, s. 129; OĞUZMAN/ ÖZ (I), s. 87; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 550; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 432; TUNÇOMAĞ, s. 84. Tacirin ekonomik mahvına neden olacak derecede yüksek olan ceza koşulunun “ticarî kişilik hakkı” na aykırı olacağına dair Bkz. EREN, s. 1189; AYHAN, s. 311.

sözleşme ve/veya hukukî işlemler; genel ahlak kurallarının koruduğu değerlerin, kişisel hak ve özgürlükleri de kapsamından ötürü aynı zamanda ahlaka da aykırıdır⁸⁶¹. Yargıtay' ın geliştirdiği bahsi geçen ölçütün değerlendirilmesinden önce; TBK md. 27, f. 1 hükmünün, TMK md. 23, f. 2 hükmüyle ilişkisi ve bu kişisel özgürlüklerin ahlaka aykırı olarak sınırlanması halinde TMK md. 23, f. 2 ve TBK md. 27 hükümlerinin uygulanması konularına değinmek gerekir. Bu konuda doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmektedir.

c. Genel Olarak ve Ekonomik Özgürlüğün Ahlaka Aykırı Olarak Sınırlandırılması Bağlamında TMK md. 23 ile TBK md. 27 Hükümlerinin İlişkisi

i. Doktrinde İleri Sürülen Görüşler

Bu görüşlerden birine göre; TMK md. 23, f. 2 hükmü ile TBK md. 27 hükmü arasındaki ilişki, TMK md. 23 hükmünün amacı ve özelliğinden yola çıkılarak tespit edilmelidir. TMK md. 23, f. 2 hükmünün kişiliği hukukî işlemlere karşı korumayı amacı nazara alındığında emredici nitelikte olduğu tartışmasızdır⁸⁶². TMK md. 23, f. 2 hükmü, içeriği somutlaştırılması gereken genel bir hükümdür. Hükümün uygulama alanı ve şartları bakımından açık bir hukukî düzenleme olmadığından; hâkim, önüne gelen somut olaya göre sınırlamanın ahlaka aykırı olup olmadığı yönünde değerlendirme yaparak, TMK m. 23, f. 2 hükmündeki hüküm içi boşluğu doldurması gerekir. TMK md. 23, f. 2 hükmünde söz edilen ahlaka aykırılıkla TBK md. 27' de düzenlenen ahlaka aykırılık birbirlerinden farklı olmamakla birlikte, TMK md. 23, f. 2 hükmü bakımından ahlaka aykırılık, sözleşme ve/ veya başkaca bir hukukî işlemle kişiye yüklenen edimin, onun kişisel özgürlüklerine etkisi bakımından yapılacak değerlendirmede ölçüt olacaktır. Bu nedenle, TMK md. 23, f. 2 bakımından yapılacak incelemede, kişisel özgürlüklere ahlaka aykırı bir sınırlama getiren sözleşme ve/ veya hukukî işlemin ayrıca üçüncü kişilere veya topluma sağladığı yarar ya da verdiği zararlar dikkate

⁸⁶¹ HATEMİ/ GÖKYAYLA, s.75; EREN, s. 324; OĞUZMAN/ ÖZ (I), s. 84; AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 358 – 359; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 402. TBK md. 27' de emredici hükümlerden bahsedilmesinin yanında ayrıca kişilik hakkından söz edilmesinin bir anlamının olmadığı, zira kişilik hakkını koruyan hükümlerde bahsedilen kişilik hakkı kavramının içeriğinin hâkim tarafından somutlaştırılacak olan genel nitelikte bir kavram olduğundan, kişilik hakkını ihlal eden sözleşmenin herhalde aynı zamanda kanunun emredici hükmüne de aykırı olacağından hükümsüz olacağına dair görüş için Bkz. KARABAĞ BULUT, s.60; OĞUZMAN/ ÖZ (I), s. 84; KILIÇOĞLU, s. 136-137; EREN, s. 320.

⁸⁶² OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 216.

alınmayacaktır. Bu gibi sözleşme ve/ veya hukukî işlemin üçüncü kişiler ve toplum üzerindeki etkileri TBK md. 27 hükmü ile yapılacak değerlendirmede göz önünde bulundurulacaktır. Zira, TMK md. 23, f. 2’ de sadece kişiliğin korunması hedeflendiğinden, sözleşme ve/ veya hukukî işlemin kişiliği ahlaka aykırı derecede sınırlayıp sınırlamadığı belirleyicidir. TBK md. 27’ de ise, sözü edilen ahlak kuralları, bireyin yanında toplumun da menfaatlerini korumayı hedeflemektedir.⁸⁶³ Yine bu görüşe göre; TMK md. 23, f. 2 hükmünün uygulanmasına dair yapılacak değerlendirmede, sözleşme ve/ veya hukukî işlemin geçerliliği bakımından ahlak kurallarının ölçüt olarak ele alınması, hükmün hukuk ile olan bağlantısını kesmez. TMK md. 23, f. 2 hükmünde yer alan hüküm içi boşluğu doldurmak için başvurulacak ölçütlerden birinin ahlak kuralları olması, ihlal edilen normun emredici nitelikteki TMK md. 23 hükmü olması sonucunu değiştirmeyecektir⁸⁶⁴. Aynı görüşe göre, TMK md. 23, f. 2 hükmüyle sadece kişiliğin korunması hedeflendiğinden; hükümle korunmak istenen kişinin korunma yönünde bir talebi yoksa, kişisel özgürlüğü ahlaka aykırı olarak sınırlayan sözleşme ve/ veya hukukî işleme, tabi olacağı yaptırım uygulanmamalı; kişisel özgürlüğünün ahlaka aykırı olarak sınırlandığı hak sahibi tarafından ileri sürülmedikçe, sözleşmenin diğer tarafının buna dair iddia ve talebi dikkate alınmamalı ve hâkim de bu ahlaka aykırı sınırlamayı, muhatabı tarafından ileri sürülmedikçe, re’ sen dikkate almamalıdır⁸⁶⁵.

Doktrinde hâkim olan diğer görüşe göre ise; TMK md. 23, f. 2 hükmü, sözleşme özgürlüğüne dair TBK md. 26 hükmünü tamamlayıcı nitelikte olup; kişisel özgürlüklerin, bir hukukî işlemin ve/veya sözleşmenin konusu olup olamayacağı, sözleşmeyle veya hukukî işlemle nereye kadar sınırlanabileceği sorunlarının çözümlenmesi için getirilmiştir⁸⁶⁶. TMK md. 23, f. 2’ de ifade edilen ahlaka aykırılık, TBK md. 27 anlamında bir içerik sakatlığı sebebidir. Kişisel özgürlüklerle ilgili genel bir hüküm olan TMK md. 23, f. 2 ile getirilen kuralın ihlal edilmesinin, yine kişisel özgürlüklerden olan sözleşme özgürlüğünün sınırlarını koyan TBK md. 27 hükmünü ihlalden bir farkı olmadığı gibi, her iki hükümdeki hukuka ve ahlaka aykırılığın da

⁸⁶³ KARABAĞ BULUT, s. 109, 130 vd. ;BİNGÖL, s. 130; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 207, dpn.704 ve s. 208, dpn. 707.

⁸⁶⁴ KARABAĞ BULUT, s. 131. TUNÇOMAĞ da; ceza koşulunun kişisel hak ve özgürlüklerin korunmasına dair TMK md. 23 düzenlemesine aykırı olması durumuna, emredici hükme aykırılık başlığı altında yer vermiştir. Bkz. TUNÇOMAĞ, s. 84.

⁸⁶⁵ KARABAĞ BULUT, s. 435, 437.

⁸⁶⁶ AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 358;

birbirinden farkı yoktur⁸⁶⁷. Kişisel hak ve özgürlüklere yapılan ağır sınırlamalar, TMK md. 23 hükmüne aykırı düştükleri gibi genellikle ahlaka da aykırı olmaları nedeniyle TBK md. 27 hükmüne de aykırı olacaklardır. Zira; genel ahlak kurallarının koruduğu değerler, kişiliğin bünyesindeki menfaatleri de içerdiğinden ve ahlak kuralları, temelde kişisel hak ve özgürlükleri de kapsadığından, kişisel hak ve özgürlükler aslında genel ahlak kurallarının bir alt kavramıdır⁸⁶⁸. Bu halde, kişinin taraf olmasıyla ekonomik özgürlüğünü doğal olarak sınırlayacak olan sözleşmeler TMK md. 23, f. 2 hükmünün çizdiği sınırlar dahilinde kaldıkları oranda TBK md. 27' ye uygun ve geçerli olacaklardır. Bu anlamda, TBK md. 27 hükmü, kişilik haklarına aykırılık halini de hükümsüzlük nedeni sayarak TMK md. 23' e atıf yapmakta, TMK md. 23 hükmünü tamamlamaktadır⁸⁶⁹. TMK md. 23 anlamında kişisel hak ve özgürlüklere aykırı bir durum, açık kanuni bir hükmü ihlal etmedikçe genel ahlak kurallarının da koruması altındadır⁸⁷⁰. Bu görüş taraftarlarının bir kısmı⁸⁷¹, TMK md. 23, f. 2 hükmüyle getirilen kişisel özgürlüklerin ahlaka aykırı olarak sınırlandırılması halinde uygulanacak yaptırımın TBK md. 27, f. 1 gereği kesin hükümsüzlük olduğu ve TMK md. 23, f. 2 ile getirilen yasağın ihlal edildiğinin farkına varılması halinde, bunun hâkim tarafından re'sen dikkate alınması ve hükümsüzlük yaptırımının uygulanması gerektiğini ileri sürmektedirler.

Diğer bir kısım yazarlar⁸⁷² ise, TMK md. 23, f. 2' yle getirilen yasağa aykırı olarak, kişisel özgürlüklerinin ahlaka aykırı olarak sınırlandığı iddiasında olan kişi bu durumu ileri sürmedikçe, sözleşmenin geçerli olacağını ve sözleşmenin karşı tarafınca bu ahlaka aykırı sınırlamanın ileri sürülemeyeceğini, hâkim tarafından da TMK md. 23, f. 2 ile getirilen yasağın ihlal edildiğinin farkına varılsa bile bu durumu re' sen dikkate alınamayacağı görüşündedirler.

⁸⁶⁷ BAŞPINAR, s. 141; ATEŞ, s. 165, 168; BİNGÖL, s. 132;

⁸⁶⁸ AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 358 – 359; ATEŞ, s. 167; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 75; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 402; OĞUZMAN/ ÖZ (I), s. 84; EREN, s. 324.

⁸⁶⁹ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 393; AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 355; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 215; DURAL/ ÖĞÜZ, s. 149; EREN, s. 321; KILIÇOĞLU, s. 138; TUNÇOMAĞ, s. 84; ATEŞ, s. 166 – 167.

⁸⁷⁰ AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 359; ATEŞ, s. 167.

⁸⁷¹ EREN, s. 321; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 393, 402; AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 355, 359; KILIÇOĞLU, s. 138; DEVELİOĞLU (TERCIER/ PICHONNAZ), s. 168; OĞUZMAN/ ÖZ (I), s. 84; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 216; DURAL/ ÖĞÜZ, s. 149.

⁸⁷² BAŞPINAR, s. 141; ATEŞ, s. 168; TERCIER/ PICHONNAZ; aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, TMK md. 23, f. 2 hükmüne aykırılığın yaptırımının nisbi butlan (düzelebilir hükümsüzlük) olduğunu belirterek (TERCIER/ PICHONNAZ/ (DEVELİOĞLU), s. 168), hükümle getirilen yasağın, sözleşmenin bir tarafını koruma gayesinde olduğundan nisbi bir karakteri olduğunu ve bu nedenle sadece korunan tarafın hükümsüzlüğü ileri sürmesi gerektiğini ileri sürmektedirler (TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 231 – 232).

ii. Kanaatimiz

TBK md. 27 ile TMK md. 23, f.2 arasındaki ilişki konusunda doktrinde ileri sürülen bu görüşler karşısında, kanaatimizi belirtmek gerekirse; TBK md. 27 ve TMK md. 23 hükümleri, birbiriyle iç içe geçmiş ve birbirlerini tamamlayan hükümlerdir. TBK md. 27’ de kişilik haklarına aykırı sözleşmelerin kesin hükümsüz olacağı düzenlenerek, esasen TMK’ daki, kişisel haklar ve özgürlüklerle bunlarla ilgili yasak ve koruma düzenlemelerine atıf yapılmış bulunmaktadır. Aynı zamanda, hükümde emredici hükümlere aykırılık da kesin hükümsüzlük yaptırımının bir nedeni sayılmıştır. Kişisel özgürlüklerin ahlaka aykırı olarak sınırlandırılmasını yasaklayan TMK md. 23, f. 2 hükmünün emredici bir kanun hükmü olduğu tartışmasızdır⁸⁷³. Bu halde, TMK md. 23, f. 2 hükmüne aykırılığın kesin olarak hükümsüz olduğu sonucuna, gerek TBK md. 27’ de kişilik haklarına yapılan atıf, gerekse de emredici hükümlere aykırılığın hükümsüzlük nedeni olarak sayılmasından varılır.

Diğer taraftan, kişisel özgürlüklerin ahlaka aykırı olarak sınırlandırılması, bir yandan TMK md. 23, f. 2’ ye aykırılık teşkil ederken; diğer taraftan TMK md. 23, f. 2 ile yasaklanan sınırlamanın ahlaka aykırı niteliği, hukukî işlem ve/ veya sözleşmenin bizatihi ahlaka aykırı olmasına yol açar. Bu nedenle, doktrindeki kişisel özgürlüklerin ahlaka aykırı olarak sınırlandırılmasını yasaklayan TMK md. 23, f. 2 hükmüne göre yapılacak değerlendirmenin, TBK md. 27 hükmünden ayrı olarak yapılması gerektiği ve TMK md. 23, f. 2 hükmünün, koruduğu değerler yönünden TBK md. 27 karşısında özelleştirilerek, kişisel özgürlüklerin sınırlandırılmasıyla ilgili yapılacak değerlendirmede, ahlaka aykırılığın sadece kişiliğe olan etkisi bakımından dikkate alınacağına dair görüşe⁸⁷⁴ katılmıyoruz. Zira, her ne kadar, TMK md. 23, f. 2 hükmüyle; kişisel özgürlüklerin ahlaka aykırı olarak sınırlandırılmasını yasaklanıp, TBK md. 27’ ye nazaran özel olarak daha çok sözleşme ve/ veya hukukî işlemle getirilen sınırlamanın kişiliğe olan etkisi dikkate alınarak, kişisel hak ve özgürlüklerin korunması amaç ediniliyor ise de; hükümde kişisel özgürlüklerin ahlaka aykırı nitelikte sınırlandırılması yasaklanarak, bir yönüyle ahlaka aykırılığın bir görünümünün de önüne geçilmek istenmektedir. Bu anlamda, TMK md. 23, f. 2 hükmüyle yasaklanan özgürlüğün sınırlandırılmasında aranan nitelik olan ahlaka aykırılık, TBK md. 27

⁸⁷³ EREN, s. 320; OĞUZMAN/ ÖZ (I), s. 83, 84; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 216; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 75; KILIÇOĞLU, s. 136 – 137; HATEMİ, s. 67.

⁸⁷⁴ KARABAĞ BULUT, s. 127 – 131.

hükümündeki genel ahlaka aykırılığın kapsamında yer almaktadır⁸⁷⁵. Bu gerekçelerle, kişisel hak ve özgürlükleri ahlaka aykırı olarak sınırlandıran sözleşme ve/ veya hukukî işlemler, TMK md. 23, f. 2’ ye aykırılık teşkil etmeleri nedeniyle; hem emredici bir kanun hükmüne, hem kişilik haklarına ve hem de ahlaka aykırılık teşkil edeceği ve TBK md. 27 gereği kesin olarak hükümsüz olduğuna dair doktrindeki hâkim görüşe biz de katılıyoruz⁸⁷⁶.

Kişisel özgürlüklerin ahlaka aykırı olarak sınırlandırıldığının kim veya kimler tarafından ileri sürülebileceği ve hâkim tarafından re’ sen dikkate alınıp alınmayacağı konusunda ise, TMK md. 23, f. 2 hükmüyle getirilen yasağın ihlal edilmesi durumunda, bunun sadece kişisel hak ve özgürlükleri ahlaka aykırı olarak sınırlanan kişi tarafından ileri sürüldüğü takdirde yaptırımın uygulanabileceği, aksi durumda sözleşmenin karşı tarafınca ileri sürülemeyeceği ve hâkim tarafından re’ sen dikkate alınamayacağına dair, gerek hâkim görüş taraftarlarının bir kısmı tarafından⁸⁷⁷; gerekse de hâkim görüş karşısındaki görüş taraftarlarınca⁸⁷⁸ ileri sürülen bu görüş kanaatimizce isabetli değildir. Zira, TMK md. 23, f. 2 hükmünün TBK md. 27 ile olan ilişkisini açıklarken de belirttiğimiz üzere, TMK md.23, f. 2 hükmü emredici bir kanun hükmüdür. Bu hükümle yasaklanan, kişisel hak ve özgürlüklerin “ahlaka aykırı olarak” sınırlanmasıdır. TMK md. 23, f. 2 hükmüyle getirilen yasağın ihlal edilip edilmediğini belirlemede ele alınacak olan, sınırlamanın “ahlaka aykırı” nitelikte olup olmadığıdır. Sınırlamadaki ahlaka aykırı nitelik ise, sözleşme ve/ veya hukukî işlemi bizzatı ahlaka aykırı hale getirecektir. Diğer taraftan, TBK md. 27 hükmü, TMK md. 23, f. 2 hükmünü tamamlamakta, emredici kanun hükmüne, kişilik haklarına ve ahlaka aykırı sözleşmelerin hükümsüz olacağını düzenlemektedir. Bu halde, gerek TMK md. 23, f. 2 hükmünün emredici bir hüküm olması, gerekse de TBK md. 27 hükmünün getirdiği yaptırımın hükümsüzlük olması nedeniyle, TMK md. 23, f. 2 ile getirilen yasağın ihlali, hâkim tarafından re’ sen ele alınarak TBK md. 27’ de düzenlenen hükümsüzlük yaptırımını uygulaması gerekmektedir. Kişisel hak ve özgürlükleri ahlaka aykırı olarak sınırlananın iradesine üstünlük tanımak gerektiğinden bahisle, özgürlükleri ahlaka aykırı sınırlanan kişinin ahlaka aykırı sınırlamayı ileri sürmedikçe, söz konusu sözleşmenin

⁸⁷⁵ AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 359; BAŞPINAR, s. 141; ATEŞ, s. 167.

⁸⁷⁶ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 210; AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 359; DURAL/ ÖĞÜZ, s. 149; HATEMİ, s. 67; KILIÇOĞLU, s. 138; EREN, s. 320 – 321, 324; OĞUZMAN/ ÖZ (I), s. 84.

⁸⁷⁷ BAŞPINAR, s. 141; ATEŞ, s. 168.

⁸⁷⁸ KARABAĞ BULUT, s. 437; KILIÇOĞLU, s. 138, dpn. 112; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 215, dpn. 739’ da yer alan yazarlar.

geçerli olacağının kabulü⁸⁷⁹, TMK md. 23, f. 2 hükmünün amacına aykırılık teşkil etmektedir. Zira, TMK md. 23, f. 2 hükmü, yukarıda da belirttiğimiz üzere; kişiyi hukukî işlem ve/ veya sözleşme ilişkisine girmesiyle, kendi hak ve özgürlüklerini ahlaka aykırı olarak sınırlaması karşısında kendisine karşı korumaktadır⁸⁸⁰. Zira; kişi, hukukî işlem ve/ veya sözleşme ilişkisine girerken kişisel hak ve özgürlüklerini ahlaka aykırı olarak sınırladığının farkında olamayabileceği gibi, bir takım maddi ve manevi olguların içsel dünyasında oluşturduğu baskı neticesinde, kişisel özgürlüklerini ahlaka aykırı derecede sınırlayan hukukî işlemlerde bulunabilmekte ve/ veya sözleşmesel ilişkilere girebilmektedir. İşte kanun koyucu, kişinin kişisel özgürlüklerini ahlaka aykırı derecede sınırlayan hukukî işlem ve/ veya sözleşmeleri, kişinin rızasıyla ve iradesine uygun olarak yapılsa da yasaklamıştır. Söz konusu hukukî işlem ve/ veya sözleşmenin, kişinin kendi rızasıyla ve iradesine uygun olarak yapılmasında etken olan maddi ve manevi baskı unsurları, hukukî işlem ve/ veya sözleşmenin devamı süresince de devam edebileceğinden veya söz konusu hukukî işlem ve/ veya sözleşmenin ahlaka aykırı olarak özgürlüğünü sınırladığının farkında olmayan kişi, hukukî işlem ve/ veya sözleşmenin yürürlükte bulunduğu süre zarfında da bu farkındalığa varamayabileceğinden, TMK md. 23, f. 2 ile getirilen yasağın ihlal edildiğini de ileri süremeyebilecektir. O halde, TMK md. 23, f. 2 hükmü ile getirilen yasağın, özgürlükleri ahlaka aykırı olarak sınırlanan kişi tarafından ileri sürülmesi de, hâkim tarafından re’ sen dikkate alınması gerektiği gibi, ihlalin tespit edilmesi sırasında kişinin özgürlüklerinin ahlaka aykırı olarak sınırlanmasına rıza göstermesi halinde de kişinin bu iradesine üstünlük tanımamak gerekir. Zira, kişisel özgürlüklerin ahlaka aykırı olarak sınırlandırılması, daha önce de belirttiğimiz üzere aynı zamanda başlı başına bir ahlaka aykırılık nedenidir. İşte bu durumda, ahlaka aykırılığın re’ sen ele alınıp, kişi bakımından olduğu kadar toplum yönünden de ortadan kaldırılması, genel ahlakın korunmasının bir gereğidir. Kişiyi köleleştiren, diğer bir kişinin keyfiyetine tabi kılan, onu ticaretin veya hayatın bir alanında faaliyette bulunmasını men eden hukukî işlem ve/ veya sözleşmeler⁸⁸¹, kişinin kendisi rıza gösterse dahi toplum nezdinde kabul edilemez ve genel ahlak kurallarına aykırı olmaları nedeniyle geçerlilik tanınmaz. Bu nedenle de TMK md. 23, f. 2 ve TBK md. 27 gereğince hükümsüzdür.

⁸⁷⁹ KARABAĞ BULUT, s. 432 – 437.

⁸⁸⁰ HATEMİ, s. 66 - 67.

⁸⁸¹ Örneklendirmeler ve geniş açıklamalar için Bkz. AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 357; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 391, 392.

Bunun yanında, söz konusu sınırlamanın hâkim tarafından re'sen dikkate alınmasının doğal sonucu olarak; sözleşmeyle kişisel hak ve özgürlükleri ahlaka aykırı olarak sınırlanan kişi yanında, sözleşmenin karşı tarafınca da bu ihlalin ileri sürülmesinde bir engel bulunmamaktadır. Bu nedenle, kişisel özgürlükleri ahlaka aykırı olarak sınırlanan kişi, özgürlüğünü ahlaka aykırı olarak sınırlayan sözleşmeden rahatsızlık duymadığı halde; sözleşmenin diğer tarafının sözleşmeden başka gerekçelerle kurtulmak istemesinden ötürü, TMK md. 23, f. 2 hükmüne aykırılığı ileri sürerek sözleşmeyi sona erdirebileceği gerekçesiyle⁸⁸², TMK md. 23, f. 2 ile getirilen yasağın ihlalinin ancak kişisel hak ve özgürlükleri korunmak istenen kişi tarafından ileri sürülebileceği, sözleşmenin karşı tarafınca ileri sürülemeyeceğine dair görüşe⁸⁸³ katılmıyoruz. Zira, bu görüşe gerekçe olarak sunulan durumda, TMK md. 2 uyarınca dürüstlük kurallarına ve hakkın açıkça kötüye kullanılmasına başvurulabilir. Diğer taraftan, kişisel hak ve özgürlüklerinin ahlaka aykırı olarak sınırlanmasına neden olan sözleşmeden fazlaca gelir elde eden kişinin, başkaca bir işten böyle bir gelir elde edemeyeceği düşüncesiyle sözleşmenin devamı yönünde iradeye sahip olması karşısında; sözleşmenin karşı tarafı, sözleşmeden kendi menfaatine olan bir gayeyle kurtulmak amacıyla değil de, sözleşmeyle karşı tarafın kişisel özgürlüğün ahlaka aykırı olarak sınırlanmasından vicdanen rahatsızlık duyması veya başta kendisinin de farkına varmayıp, sonradan fark ettiği ahlaka aykırı sınırlandırmanın kendisinin ticarî ve toplum önündeki itibarını sarsması, imajını zedelemesi sebebiyle sözleşmeyi sona erdirmek isteyebilir. Bu halde, TMK md. 23, f. 2 hükmüyle getirilen yasağın ihlal edildiğini, özgürlüğü ahlaka aykırı sınırlanan kişi tarafından ileri sürülmeyip, sözleşmenin devamı yönünde irade ortaya koysa da sözleşmenin karşı tarafınca ileri sürülebilmesi gerekir.

d. Ceza Koşulunun, Borçlusunun Ekonomik Mahvına Sebep Olması - Ekonomik Geleceğini Tehlikeye Sokması Halinde Hükümsüzlüğünün İleri Sürülmesi ve Hükümsüzlük Yaptırımının Dayanağı

Tacir bakımından ceza koşulunun ahlaka aykırılığının değerlendirilmesinde Yargıtay tarafından kullanılan; tacirin ödemek zorunda olduğu ceza koşulu meblağı nedeniyle, ekonomik yönden mahva uğraması ölçütü, esasen TMK md. 23, f. 2 hükmüyle korunan kişisel özgürlükler içerisinde yer alan ekonomik özgürlüğün hukuka

⁸⁸² Gerekçe bakımından ayrıntılı açıklama ve örneklemeler için Bkz. KARABAĞ BULUT, s. 433.

⁸⁸³ BAŞPINAR, s. 142; ATEŞ, s. 168; KARABAĞ BULUT, s. 437.

veya ahlaka aykırı olarak sınırlanması anlamına gelmekte olduğunu belirtmiştik⁸⁸⁴. Bu halde, TMK md. 23, f. 2 hükmüyle getirilen yasağın ihlal edilmesi söz konusudur. TMK md. 23, f. 2 ile getirilen yasağa aykırılık, aynı zamanda TBK md. 27 hükmüne de aykırılık teşkil etmektedir. Zira, TMK md. 23, f. 2 hükmüyle getirilen yasağa aykırı olarak, kişisel özgürlüklerin kapsamında yer alan ekonomik özgürlüğün ahlaka aykırı olarak sınırlandırılması ile, TBK md. 27 anlamında emredici bir kanun hükmüne aykırılık da söz konusu olacaktır. Bunun gibi, ekonomik özgürlüğü ahlaka aykırı olarak sınırlandıran ceza koşulu; TMK md. 23, f. 2 anlamında kişisel bir özgürlüğü sınırlandırıp kişilik haklarına aykırı olduğu gibi, sınırlamanın ahlaka aykırı niteliği dolayısıyla sınırlamayı yapan işlem olması sebebiyle bizatihi ahlaka da aykırı olacak, TBK md. 27 gereğince hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır⁸⁸⁵. Bu nedenle, doktrinde, ekonomik özgürlüğün tehlikeye düşmesi veya tamamıyla yok olması ölçütünün esasen TMK md. 23, f. 2 hükmüyle ilişkili olduğuna ve bu özgürlüğün korunmasına hizmet edecek olan kanuni düzenlemenin TMK md. 23, f. 2 hükmü olduğu ve bu ölçütlerin TBK md. 27 hükmüne yabancı bir kriter olduğuna dair görüşe⁸⁸⁶ katılmamaktayız. Tacirin ekonomik özgürlüklerini ahlaka aykırı olarak sınırlandıran; somutlaştırarak belirtmek gerekirse, tacirin ödemek zorunda kaldığı ceza koşulu meblağı nedeniyle, ekonomik geleceğinin tehlikeye düşmesi, ekonomik yönden mahvolması durumlarında, söz konusu ceza koşulu TMK md. 23, f. 2 ve onu tamamlayan TBK md. 27 gereğince kesin olarak hükümsüz olacaktır⁸⁸⁷.

Bu halde, TMK md. 23, f. 2 ve TBK md. 27 hükümleri arasındaki ilişkiyi açıklarken, hükümsüzlüğün ileri sürülmesi konusunda yaptığımız açıklamalar kişisel

⁸⁸⁴ EREN, s. 1189; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 550; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 432; AYHAN, s. 311; ÜLGEN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN, s. 273; DURAL/ ÖĞÜZ, s. 149; GÜLSEVEN, s. 118

⁸⁸⁵ Bkz. yukarıda kişisel özgürlüklere getirilen sınırlamaların ahlaka aykırı niteliklerinin, sınırlamanın yapıldığı sözleşmeleri bizatihi ahlaka aykırı sayılmasına neden olacağıyla ilgili açıklamalar(s.).

⁸⁸⁶ KARABAĞ BULUT, s. 203 – 204. ; Yazara göre; gerek Yargıtay kararlarında gerekse de bilimsel eserlerde savunulan, ceza koşulunun ifasının borçlunun ekonomik özgürlüğünü tehlikeye düşürmesi veya tümüyle yok etmesi ölçütü, “ahlaka aykırılık” kavramına yabancı bir ölçüt olup, ekonomik özgürlüğün korunmasını sağlayacak olan düzenleme TMK md. 23, f. 2 hükmüdür. TMK md. 23, f. 2 hükmünde, kişisel özgürlüklere getirilen sınırlamalar, ahlaki değerleri ihlal ettiği sürece yaptırıma bağlanması amaçlanmakta iken; TBK md. 27, f. 1 hükmü ile ifade edilen ahlaka aykırılık, kişisel özgürlüklerin korunmasından daha geniş bir amaç edinmekte, ahlaki değerlerin ihlaline bağlanan yaptırımla hem toplumun hem de bireyin korunması hedeflenmektedir.

⁸⁸⁷ KOCAAĞA, s. 116 – 117; ATEŞ, s. 268, 271; BAŞPINAR, s. 140 – 141; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 432; AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 355, 359; BİNGÖL, s. 132 ve aynı sayfada dpn. 111; AYHAN, s. 311; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 210, 216; DURAL/ ÖĞÜZ, s. 149; KILIÇOĞLU, s. 138; EREN, s. 321, 324; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 390; OĞUZMAN/ ÖZ (I), s. 84. ; OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 550; BURCUOĞLU (TEKİNAY/ AKMAN/ ALTOP), s. 358.

özgürlükleri ahlaka aykırı olarak sınırlayan ve bu nedenle kişisel haklara ve ahlaka, aynı zamanda da emredici bir kanun hükmüne aykırı olan ceza koşulu bakımından da geçerli olup, bu nitelikteki ceza koşulunun hükümsüzlüğü, hâkim tarafından re' sen dikkate alınacağı gibi, ceza koşulu alacaklısı tarafınca da ileri sürülebilecektir⁸⁸⁸. Aşırı ceza koşulunun hâkim tarafından kendiliğinden indirilmesini düzenleyen TBK md. 182, f. 3 hükmü karşısında, ceza koşulunun aşırılığından farklı ve daha ağır bir yaptırım gerektiren, kişisel haklara ve ahlaka aykırı ceza koşuluna hükümsüzlük yaptırımının hâkim tarafından kendiliğinden uygulanmasının ve dolayısıyla ceza koşulu alacaklısı tarafından ileri sürülebilmesinin evleviyetle mümkün olması gerektiğini de ayrıca belirtmek gerekir.

Yargıtay her ne kadar başta ceza koşulu borçlusunun ekonomik geleceğinin tehlikeye düşmesi, ekonomik yönden mahvı gibi, kişinin ekonomik özgürlüklerinin ahlaka aykırı olarak sınırlandırılmasını sonucunu veren ve bu yönüyle TMK md. 23, f. 2 hükmüyle ilişkili ölçütlerle ceza koşulunun hükümsüzlüğüne ilişkin değerlendirmelerde bulunsa da; daha sonraki bazı kararlarında, tacirin ödemek zorunda kaldığı ceza koşulu meblağı nedeniyle ekonomik mahvı söz konusu olmasa da, ceza koşulunun ahlaka aykırı olduğuna karar vermiştir. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi' nin 11.5.2000 tarihinde verdiği kararında⁸⁸⁹; ceza koşulunun bağlı olduğu asıl borcun ihlalden doğan zarar ile sözleşmeden beklenen menfaatle ceza koşulu meblağı arasında bir kıyaslama yapılarak, ceza koşulu borçlusunun ekonomik mahvına neden olmasa da, toplumsal etik değerlere dayalı bir ahlaka aykırılık ile Anayasa' mızın 18. maddesinde düzenlenen angarya yasağına aykırılık çerçevesinde bir değerlendirmeye, ceza koşulunun hükümsüzlüğüne isabetli olarak karar verilmiştir.

⁸⁸⁸ DEVELİOĞLU (TERCIER/ PICHONNAZ), s. 168.

⁸⁸⁹ Yarg. 15. HD, T. 11.5.2000, 4655/ 2324 : "...Taraflar arasındaki 31.3.1995 tarihli sözleşmenin 8. maddesinde, inşaatın 30.6.1995 gününe kadar bitirilememesi halinde 380.000.000 liranın iki katı kadar bir tazminatın iş sahibine ödeneceği kararlaştırılmıştır. Bu tazminat, BK. nın 158/II. maddesinde düzenlenmiş bulunan "ifaya ekli ceza" niteliğindedir. Sözleşmeye göre de, işin bedeli, zaten 380.000.000 liradır. Daha açık bir anlatımla, yüklenici -ceza olarak- hem aldığı veya alacağı bedeli ve hem de bu bedelin bir mislini ödeyecek; iş sahibi de -durdugu, yerde- hem yapılan imalatı bedavaya getirecek ve hem de iş bedeli kadar bir para alacaktır. Gerçi geciken ifa nedeniyle iş sahibinin de zararı söz konusu olursa da, sözleşmedeki bu ceza hükmü, muhtemel zararın çok ötesinde, onu aşan, etik yönden toplumu rahatsız eden, adeta angaryayı meşru sayan bir hükümdür. Yüklenicinin iktisaden mahvına neden olmasa da, taşıdığı bu sakıncalarından dolayı Anayasa'nın 18. ve BK. nın 19.maddelerine aykırı olup, BK.nın 20/II. maddesi uyarınca butlan ile batıldır. Bu itibarla, reddi gereken ceza isteminin kabulü isabetli bulunmamış, kararın açıklanan nedenle de bozulması gerekmiştir."(www.kazanci.com.tr, E.T. : 27.07.2019).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu' nun 22.5.2013 tarihli bir kararında⁸⁹⁰ ise, Anayasamızın “Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti” ni düzenleyen 48. Maddesi çerçevesinde bir değerlendirme yaparak, Anayasa' nın 48. maddesinde düzenlenen “çalışma ve sözleşme hürriyetini” ahlaka aykırı olarak sınırladığı gerekçesiyle ceza koşulunun kesin olarak hükümsüzlüğüne karar vermiştir. Söz konusu kararda, esasen yine kişisel hak ve özgürlüklerden olan çalışma ve sözleşme hürriyetine ahlaka aykırı olarak bir sınırlama getirilmesi nedeniyle, ceza koşulunun hükümsüzlüğüne karar verilmiştir. Söz konusu kararda; Anayasa' nın 48. maddesinde hükmünü bulan çalışma ve sözleşme özgürlüğünün, ceza koşulu taahhüdü ile sınırlandığı belirtilmekle birlikte, önemli olan hususun bu sınırlamanın ahlaka aykırı olarak yapıp yapılmadığı vurgulanmıştır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi' nce yine ceza koşulu borçlusunun ödemek durumunda kaldığı ceza koşulu meblağı nedeniyle ekonomik mahvının gerçekleşip gerçekleşmediği yine ölçüt olarak ele alınmış iken, direnme kararı üzerine, uyuşmazlığın önüne gelmesiyle Hukuk Genel Kurulu; bu ölçüte değinmeksizin Anayasa' nın 48. maddesinde düzenlenen çalışma ve sözleşme özgürlüğüne ahlaka aykırı bir sınırlama getirildiği ve bu anlamda uyuşmazlık konusu ceza koşulunun bir kelepçeleme sözleşmesi olduğunu tespit ederek, ceza koşulunun hükümsüzlüğüne karar vermiştir.

⁸⁹⁰ Yarg HGK, T. 22.5.2013, 11 – 1601/ 752 : “...Somut olaydaki uyuşmazlık, taraflar arasında imzalanan “Taşeron Sözleşmesi” başlıklı sözleşmeden kaynaklanmaktadır. Bu sözleşmenin cezai şartı belirleyen 16. maddesinde “Bu sözleşmeyi imzalamış olan taşeron araç sahibi iş bu sözleşmenin sona ermesi ya da fesih edilmesini takip eden 2 (iki) yıl içerisinde, gerek ferdan gerek başka bir şirket unvanı altında “Ö...” adına taşıma işleri yaptığı şahıs veya firmaların taşıma işlerini üstlenemez. Taşeron araç sahibi herhangi bir şekilde bahse konu şahıs ve firmaların taşımasını üstlendiği takdirde, Ö...’ e 10.000,00 TL cezai şart ödemeyi şimdiden kayıtsız şartsız kabul ve taahhüt etmektedir. İşbu sözleşmenin süresinin bitimi veya tarafların sözleşmeyi fesh veya sona erme tarihinden itibaren 2 (iki) yıl müddetle geçerli ve tarafları bağlar” düzenlemesine yer verilmiştir. Bu şekildeki hükmün konulma amacının, yukarıda açıklandığı üzere, taraflardan birisinin (davalının) çalışma özgürlüğünü sınırlayan bir hüküm olduğunda tereddüt bulunmamaktadır. Bu nokta da tespiti gereken, bu sınırlamanın hukuka ve ahlaka aykırı olup olmadığıdır. Genel Kurul görüşmeler sırasında bir kısım üyelerce bu sözleşme hükmünün geçersiz sayılmasını gerektirir bir durumun bulunmadığı, sözleşmenin bu hükmü ile davalının sadece sınırlı süreli olarak belirli sayıdaki davacı müşterileri ile sözleşme yapmasının engellendiği ileri sürülmüş ise de; kurul çoğunluğu tarafından bu görüş kabul edilmemiş ve sözleşmenin bu hükmünün; davacı tarafın taşıma sözleşmesi yaptığı üçüncü kişilerin, sadece kendisi veya kendisinin izin verdiği alt taşıyıcılar tarafından taşınması, bu kişi ve kurumların başkaları ile sözleşme yapmalarının engellenmesi amacına hizmet ettiği, sözleşmenin bu haliyle iki yıllık bir süre için dahi olsa gelecek taşıma dönemlerindeki ihalelerde davacı taşıyıcının serbest piyasa koşulları içinde kendisine rakip olmasını engellemeye yönelik bir düzenleme olduğu, sözleşmenin bu haliyle taşıma piyasasının parsellenmesi sonucunu doğuracak şekilde davacı tarafın çalışma ve sözleşme hürriyetini ortadan kaldıran bir “kelepçeleme” düzenlemesi olduğu, yapılan işin niteliği gereği davacının ticarî sırrı olarak vasiylendirilabilecek bir durumun da bulunmadığı, sözleşmenin anılan hükmünün haksız rekabeti önlemeye yönelik bir düzenleme olarak kabulünün dahi mümkün bulunmadığı kabul edilmiştir. Bu itibarla, taraflar arasındaki taşıma sözleşmesinin 16. maddesinde düzenlenen cezai şart hükmünün geçersiz sayılması gerekir.” (www.kazanci.com.tr, E.T. : 27.07.2019).

Esasen, yukarıda ceza koşulunun ahlaka aykırılığının tespit edilmesinde ölçüt olarak ele alınan, borçlunun ekonomik geleceğinin tehlikeye atılması, ekonomik yönden mahvolması ölçütü, TMK md. 23, f. 2 ve bu anlamda kişisel özgürlüklerden ekonomik özgürlüğün ahlaka aykırı olarak sınırlanmasıyla ilişkili ise de; söz konusu ölçüt, ekonomik özgürlüğün ahlaka aykırı olarak sınırlandırılmasının görünümünden sadece bir tanesidir. Bu anlamda, ceza koşulu meblağını ödemek durumunda kalan borçlunun ekonomik mahvı gerçekleşmese de, kişisel özgürlüğü ahlaka aykırı olarak sınırlandırılmış olabilir. Bu nedenle, “ekonomik mahv” ölçütü olarak andığımız ölçüt, kişisel hak ve özgürlüklerin ve bilhassa ekonomik özgürlüklerin ahlaka aykırı olarak sınırlandırılmasını tespit bakımından da yetersizdir.

C. CEZA KOŞULUNA HÜKÜMSÜZLÜK YAPTIRIMININ UYGULANMASI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Miktarı itibariyle, kişilik haklarına, ahlaka aykırı olan ceza koşulunun tamamen geçersiz sayılabileceği gibi, makul düzeye indirilebileceği Yargıtay uygulamasında⁸⁹¹ ve doktrinde kabul edilmektedir⁸⁹². Ahlaka aykırı ceza koşulunda indirim imkânının olup olmadığı ve indirimin mümkün olduğu görüşüne göre yapılacak indirimin hukukî dayanağı noktasında doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir.

Bu görüşlerden birine göre, burada TBK md. 27, f. 2 hükmünde düzenlenen kısmi hükümsüzlük yaptırımının uygulanarak, indirim kısmi hükümsüzlük hükümlerine göre yapılacaktır⁸⁹³. Bu görüşe göre, ahlaka aykırı ceza koşulunun tamamı değil, ahlaka aykırılık teşkil eden kısmı hükümsüz sayılacaktır.

Baspinar, TBK md. 27, f. 2’ de ifade edilen sözleşmenin içerdiği bir kısmının hükümsüz olmasından kasıt, sözleşmeyi oluşturan anlaşma parçalarıdır. Ceza koşulu da bu anlaşmalardan bir tanesi olup, bu anlaşmalardan bir veya birkaçının hükümsüz olması halinde, geçersizlik yaptırımı olarak kısmi hükümsüzlüğün uygulanması gerekir.

⁸⁹¹ Yarg. HGK, T. 20.3.1974, 1053/ 222(www.kazanci.com.tr.tr, E.T. : 09.06.2019). Yargıtay daha sonraki kararları da bu içtihadı doğrultusundadır.

⁸⁹² EREN, s. 1190; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 385; BURCUOĞLU(TEKİNAY/ AKMAN/ ALTOP), s. 358; BOZER/ GÖLE, s. 92; AYHAN/ ÇAĞLAR, s. 243; ARKAN, s. 160; ŞENER, s. 235; AYHAN, s. 312. Buna karşın, BİLGİLİ/ DEMİRKAPI; tacirin ceza koşulunun indirilmesini isteyemese de, TBK md. 27 hükmünden faydalanarak ceza koşulunun ahlak ve adaba aykırılık nedeniyle, ceza koşulunun “tamamen” geçersizliğini isteyebileceğini belirtmiş, ahlak ve adaba aykırı olması sebebiyle ceza koşulunun indirilmesinden bahsetmemiştir(BİLGİLİ, Fatih/ DEMİRKAPI, Ertan; Ticarî İşletme Hukuku, Dora Basım Yayın, 8. Baskı, Bursa 2018, s. 96).

⁸⁹³ EREN, s. 1190; TEKELİOĞLU, Numan; “İnşaat Sözleşmelerinde Cezai Şart ve Götürü Tazminat”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Y. 2 S. 2 (2017), s. 171.

Bu nedenle, sözleşmenin bir kısmından, hem sözleşmede yer alan bölümleri, hem de sözleşme konusu edimin miktar olarak bir kısmının kastedildiği anlamını çıkarmak ve bu anlama dayalı olarak, sözleşme konusu edim miktarının bölünmesi suretiyle, edimin TBK md. 27, f. 2 hükmüne göre indirilmesi mümkün değildir.⁸⁹⁴

Ateş' e göre; tacirin ekonomik geleceğini tehlikeye maruz bırakan veya ekonomik mahvına yol açan ceza koşulunun indirimi TBK md. 27, f. 2 hükmünde düzenlenen basit kısmi butlana dayanmamaktadır. Zira, ceza koşulu bağlı bulunduğu sözleşmenin bir kısmı, bağımsız bir bölümü olduğundan, tacirin ekonomik özgürlüğünü ahlaka aykırı olarak sınırladığında, yok ettiğinde tamamen hükümsüz sayılmalıdır. Ancak, söz konusu ahlaka aykırı ceza koşulunun indirimi, TTK md. 1530, f. 1(eTTK, md. 1466) hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle, bir çeşit değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük yaptırımını ile yapılabilir. Ahlaka aykırı ceza koşulunun TBK md. 27, f. 2 hükmünün uygulanması ile indirimi sağlanamaz.⁸⁹⁵

Hatemi' ye göre ise; ahlaka aykırı ceza koşulunun indirilmesi söz konusu olduğunda TTK md. 22' de yer alan tacir bakımından engelleyici hükmünün TMK md. 2 karşısında düzeltilmesi yoluna gidilerek; gerçek olmayan bir boşluk olduğunun kabulüyle, TMK md. 1' e dayanılarak konulacak kuralla ceza koşulunun tamamının hükümsüz sayılmayıp, TTK md. 1530' a uygun olarak indirimine gidilmesi gerekmektedir.⁸⁹⁶

Oğuzman/ Öz ise; ceza koşulu ahlaka ve kişilik haklarına aykırılık teşkil edecek derecede ise, TBK md. 27, f. 2 hükmüne kıyasen, ceza koşulu anlaşmasının bağlı bulunduğu hukukî işlem ve/ veya sözleşmedeki durumuna göre, ceza koşulunun tamamen hükümsüzlüğüne veya ceza koşuluyla birlikte bütün işlemin hükümsüzlüğüne karar verilmesi gerektiğini ifade etmektedirler. Yazarlara göre, TBK md. 27, f. 2 hükmü ceza koşulunun indirilmesine değil, ceza koşulunun bütünüyle hükümsüzlüğüne veya ceza koşuluyla birlikte bütün işlemin hükümsüzlüğü sonucuna izin verir. Ancak, ceza koşulunun ahlaka aykırı olduğu halde, indirimi TTK md. 1530, f. 1 hükmünün kıyasen

⁸⁹⁴ BAŞPINAR, s. 61 – 62.

⁸⁹⁵ ATEŞ, s. 271; 292, dpn. 879. BİNGÖL' e göre de, ahlaka aykırı olan ceza koşulunun tamamen veya kısmen hükümsüzlüğüne hükmedilebilir. Fakat, kısmi hükümsüzlüğe hükmedilirken, değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük hali olan TTK md. 1530' un kıyasen uygulanması ve bu şekilde ceza koşulunun indirilmesi gerekir(BİNGÖL, s. 138 – 139).

⁸⁹⁶ HATEMİ, s. 221 vd., dpn. 113.

uygulanmasıyla yapılabilir⁸⁹⁷. Bu noktadaki hukukî çözüm, TBK md. 27, f. 2 hükmünün dürüstlük kuralının yardımıyla kısmen uygulanması yoluna da dayandırılabilir.⁸⁹⁸

Kırkbeşoğlu da benzer şekilde, tacirin ekonomik mahvına neden olacak ve bu nedenle ahlaka aykırı olan ceza koşulu meblağının TTK md. 1530 hükmünün uygulanarak indirilmesi gerektiğini, indirimde esas alınacak kriterler bakımından da TBK md. 182, f. 3 hükmünün kıyasen uygulanması gerektiği görüşündedir.⁸⁹⁹

Ünal; tacirin ekonomik mahvına neden olacak ceza koşulunun, TBK md. 27, f. 2 hükmünün katı yorumlanarak tamamen hükümsüz sayılmaması gerektiğini, zira bu durumda tacir olan borçluyla tacir olmayan borçlu arasında bir adaletsizlik olacağını ve kanun koyucunun amacını aşan bir uygulamanın söz konusu olacağını belirtmiş, tacirin ekonomik yönden mahvına neden olacak ceza koşulu meblağlarının değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük yoluyla indirilebileceğini, burada TBK md. 182, f. 3 hükmünün kıyasen uygulanmasıyla, aynı sonucun ortaya çıkacağını belirtmektedir. Yazara göre, TBK md. 182, f. 3 hükmü genel ahlak anlayışından hareketle getirilmiş olup, aynı kurum içerisinde birbirinden farklı sonuçlar ortaya çıkaran görüş ve uygulamaların hukuka olan güveni zedeleyeceğini ifade etmektedir. Bu nedenle, TBK md. 27, f. 2 hükmünün katı yorumlanarak ceza koşulunun tamamen hükümsüzlüğünün değil, değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük uygulanmak suretiyle indirilmesinin gerektiğini belirterek, tacirler için ahlaka aykırı ceza koşulu meblağının indirilmesine, TBK md. 182, f. 3 hükmünün kıyasen uygulanmasıyla değil, TBK md. 26, 27 çerçevesinde çözüm bulunması gerektiğini ifade etmekte ve bu gerekçelerle TTK md. 1530 hükmünün kıyasen uygulanması yolundaki çözüm önerilerini reddetmektedir.⁹⁰⁰

Tüm bu ileri sürülen görüşlerin karşısında, *Yağcıoğlu*' na göre⁹⁰¹; borçlusu tacir olan ceza koşulunun, hükümsüzlük nedenlerine dayalı olarak tamamen veya indirim suretiyle kısmen hükümsüz olacağı sonucuna varmak, TTK md. 22' de getirilen yasak karşısında doğru değildir. Zira, kanun koyucunun basiretli bir iş adamı gibi davranma mükellefieti bulunan tacire TTK md. 22 hükmüyle yasak getirmesinin amacı, tacirin ceza koşulunu kabul ederken dikkatli davranmasını ve sonuçlarını öngörmesini sağlamaktır. Ahde vefa ilkesi de bu edinilen amaca dayanak başka bir noktadır. Yazara göre, tacir bakımından ceza koşulunun indirimi yasaklanmış ise de; ekonomik yönden

⁸⁹⁷ OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 550 – 551. Aynı yönde Bkz. AYHAN, s. 312; DİRİCAN, s. 201; ÇINAR, s. 105; KOCAAĞA, Cezai Şart, s. 264.

⁸⁹⁸ OĞUZMAN/ ÖZ (II), s. 550 – 551; KOCAAĞA, Cezai Şart, s. 264.

⁸⁹⁹ KIRKBEŞOĞLU, s. 310 ve aynı sayfada dpn. 369.

⁹⁰⁰ ÜNAL, s. 212 – 213 ve dpn. 705.

⁹⁰¹ YAĞCIOĞLU, s. 272 – 275.

sözleşmenin karşı tarafına göre daha zayıf olan tacirin pazarlık imkânına sahip olmaması da ticarî yaşamın bir gerçeğidir. Bu halde, ahde vefa ilkesi ve basiretli bir iş adamı gibi davranma külfetinin, ceza koşulu ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olsa da tacir tarafından ödenmek zorunda olması olarak da yorumlanmamalıdır. Bu düşüncelerden hareketle, konuya çözüm bulmak bakımından, indirim yasağının yukarıda bahsedilen yöntemlerle dolanılarak, hak ve adalet düşüncesi yönünden uygun sonuçlara varılsa da, bu yaklaşımlar yürürlükteki düzenleme ve hukuk tekniği açısından yerinde değildir. Yazar, bu bakımından, kanun koyucunun Yargıtay' ın içtihatlarıyla uygulanmaz hale gelmiş TTK md. 22 hükmünün tamamen kaldırması ve TBK md. 182, f. 3 hükmünün tacir veya tacir olmayan borçlu bakımından ayırım yapılmaksızın herkese uygulaması gerektiğini ifade etmektedir. Yazar, ceza koşuluna tamamen veya kısmen hükümsüzlük uygulanmasına karşı olsa da, uygulamada kısmi hükümsüzlüğün kabulüne dair izlenen yolun da yerinde olmadığını, ceza koşuluna hükümsüzlüğün uygulanmasının kabulü halinde bunun kısmen değil tamamen uygulanması gerektiğini, TTK md. 1530 hükmünün kıyasen uygulanarak indirim yapılmasının da isabetli olmadığını, söz konusu hükümde yetkili makamlar veya kanunun koyduğu sınırlardan bahsedildiğini, ceza koşulu bakımından ise kanun veya yetkili makamlarca böyle bir sınırın getirilmediğini belirtmiştir⁹⁰².

Kanaatimizce, ceza koşulunun tacir olan borçlusunun ekonomik mahvına sebep olması nedeniyle ahlaka aykırı olduğu durumda, uygulanacak yaptırımı karşılayacak tam bir kanuni düzenleme mevcut değildir. Ahlaka aykırılık halinde uygulanacak olan TBK md. 27, f. 2 hükmü, sözleşmeyi oluşturan bağımsız bölümlerdeki anlaşmalara ilişkindir. Yoksa, sözleşme konusu edimin bölünebilir olduğu durumlarda miktarının azaltılması, TBK md. 27, f. 2 hükmünün miktarının indirilmesi suretiyle uygulanarak mümkün değildir. Bu halde, sözleşmeyi oluşturan anlaşma niteliğindeki bağımsız bir bölüm olan ceza koşulunun ahlaka aykırılığı söz konusu olduğunda, sözleşme bakımından ceza koşulu eğer sözleşmenin hâkim unsuru değil ise, TBK md. 27, f. 2 hükmü uyarınca ceza koşulu kesin olarak hükümsüz olacak, sözleşme bakımından kısmi hükümsüzlük yaptırımı uygulanacaktır. Salt ceza koşulunu ele aldığımızda ise, ceza

⁹⁰² YAĞCIOĞLU, s. 274. TAMER; ahlaka aykırı olması nedeniyle ceza koşulunun indiriminin söz konusu olamayacağını, böyle bir durumda, ceza koşulunun TBK md. 27, f. 1 gereğince tamamen hükümsüz olacağını, aksi durumda TBK md. 27, f. 1 hükmünün kıyasen uygulanmasının da, söz konusu kalmayacağını belirtmekte beraber; TTK md 1530 hükmünün kıyasen uygulanmasının da, söz konusu hükümde kanunun veya yetkili makamların koyduğu sınırlardan söz edilmesi, ancak ceza koşulu bakımından böyle bir kanuni veya yetkili makamların koyduğu sınırın bulunmaması şeklindeki YAĞCIOĞLU ile aynı olan gerekçelerle mümkün olmadığını ifade etmektedir(TAMER, s. 759).

koşuluna uygulanacak yaptırımın ise TBK md. 27, f. 1 hükmü olması gerekir. Zira, bahsettiğimiz üzere, ceza koşulu meblağının bölünebilir olmasından yola çıkılarak, meblağının indirilmesi suretiyle TBK md. 27, f. 2 hükmünün uygulanmasının imkânı bulunmamaktadır.

Ancak şu hususu da belirtmek gerekir ki; *Hatemi*'nin de bahsettiği üzere⁹⁰³, burada gerçek olmayan bir boşluk söz konusudur. Kanun koyucunun bu gibi durumlar için öngördüğü bir yaptırımın olmamasından bu durum anlaşılmaktadır. Ancak kanun koyucunun, borçlusunun tacir olduğu bu gibi ahlaka aykırılık oluşturacak derecede fahiş meblağ içeren ceza koşuluna ilişkin özel bir düzenleme getirmemesi, ceza koşulunun ahlaka aykırılık nedeniyle tamamen hükümsüz sayılmasını da gerektirmemektedir. Zira, tacir olmayan bir borçlu için indirim söz konusu iken, basiretli bir iş adamı gibi davranma külfeti bulunan tacir bakımından ceza koşulunun tamamen hükümsüz sayılması adil bir çözüm olmayacak, kanun koyucunun hedeflediği amaca da aykırılık teşkil edecektir. Bahsi geçen boşluğun mevcudiyeti, *Yağcıoğlu*'nun kanun koyucuya olan eleştirisinden ve farklı bir sonuca hizmet etse de uygulamada sorun yaratan TTK md. 22 hükmünün kaldırılmasına dair önerisinden de anlaşılmaktadır. Zira, tacir bakımından ahlaka aykırı olan ceza koşuluna uygulanacak yaptırım kanun koyucu tarafından düzenlenseydi, belki de adil bir çözüm gerçekleşmesi muhtemel olduğundan, böyle bir eleştiriye de lüzum kalmayacaktı. Bu halde, kanun koyucunun boşluk bıraktığı bu alan bakımından ; *Hatemi*'nin de ileri sürdüğü üzere⁹⁰⁴, TTK md. 22' nin engelleyici hükmü, TMK md. 2 hükmü karşısında düzeltilmeli ve TMK md. 1 hükmü gereği hâkim tarafından bu hususta bir kural koyulmalı, ceza koşulunun tamamen hükümsüzlüğüne değil de, TTK md. 1530 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük yaptırımının uygulanarak, ceza koşulunun ahlaka aykırılık oluşturacak meblağ kısmının indirilmesi yoluyla çözüme gidilmelidir. TTK md. 1530 hükmünde kanunda veya yetkili makamlarca konulan sınırlardan bahsedildiğinden ve ceza koşulu bakımından böyle bir sınır söz konusu olmadığından bahisle, hükmün kıyas yoluyla uygulanamayacağı ileri sürülse de; burada hükmün kıyasen uygulanarak hâkim tarafından bir hukuk yaratılması bu eleştiriye haksız çıkarmaktadır. Zira, ceza koşulunun ahlaka aykırılığını tayinde meblağ bakımından sınırı tespit edecek olan hâkimdir. Her somut olaya göre, değişecek olan bu sınırın kanunen veya yetkili bir makamca tayini zaten isabetli olmayacaktır. İndirim uygulanırken kullanılacak ölçütler bakımından ise,

⁹⁰³ **HATEMİ**, s. 221 vd., dpn. 113.

⁹⁰⁴ **HATEMİ**, s. 221 vd., dpn. 113.

TBK md. 182, f. 3 hükmü bakımından ele alınan ölçütler kıyasen uygulanmalı; ancak ahlaka aykırılık, ceza koşulunun aşırı olmasından farklı bir kavram olduğundan, aşırılıkta ele alınan subjektif ölçütlerden fazla, ahlak kurallarının baz alındığı objektif ölçütlerin daha fazla esas alınması gerektiğini düşünmekteyiz.

III. TACİRİN CEZA KOŞULUNUN İNDİRİLMESİNİ TALEP EDEBİLECEĞİ HALLER

Tacirin, ancak ticarî işletmesini ilgilendirmeyen borçlarına bağlı olarak taahhüt ettiği aşırı ceza koşulunun TBK md. 182, f. 3 hükümlerine göre indirilmesini talep edebilecektir⁹⁰⁵. Bunun haricinde, Yargıtay'ın⁹⁰⁶ iş sözleşmelerinde, işçi ile işveren konumundaki tacir arasındaki ilişkiyi ticarî bir iş saymayarak, işçi lehine kararlaştırılan ceza koşulunun işveren – tacir tarafından indirilmesinin talep edebileceği görüşünde olduğundan da söz etmiş idik⁹⁰⁷. Tekrara girmemesi açısından bu konularla ilgili daha önceki açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz.

Bunun haricinde, tacir bakımından ceza koşulunun indirilmesi TTK md. 22 ile yasaklanmış olsa da, kişilik haklarına, ahlaka, emredici hukuk kurallarına aykırı bir ceza koşulu hükümsüz olacaktır. Bu hükümsüzlük ceza koşulunun tamamı bakımından olabileceği gibi, meblağ itibarıyla bir kısmı bakımından da olabilir. İşte bu halde, TTK md. 1530 hükmünün kıyasen uygulanıp, hâkim tarafından hukuk yaratılacak ve ceza koşulunun hukuka ve ahlaka aykırılık oluşturan meblağ kısmı indirilerek söz konusu aykırılık giderilmiş olacaktır. Ancak, bahsi geçen indirim imkânı ceza koşulunun hükümsüzlük halinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, söz konusu indirim imkânı, çalışmanın ceza koşuluna hükümsüzlük yaptırımının uygulanması ve hukuki niteliği kısmında ayrıntılı olarak ele alınmıştır⁹⁰⁸.

Bunun dışında, ceza koşulu taahhüdünde bulunurken tacir borçlunun iradesini sakatlayan bir durumun bulunması da söz konusu olabilir. Bu halde; tacir, TBK 30 vd. maddelerindeki irade sakatlığı sebeplerine dayanarak ceza koşulunun iptalini talep edebilir. Ancak, basiretli bir iş adamı gibi davranma mükellefiyeti bulunan tacirin, irade

⁹⁰⁵ Bkz. Bölüm IV, I, C, 2.

⁹⁰⁶ Yarg. HGK, T. 15.10.1997, 9-486/ 822 (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. : 28.05.2019); Yarg. HGK, T. 25.01.2017, 330/ 132; www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. : 28.05.2019)

⁹⁰⁷ Bkz. Bölüm IV, I, C, 2.

⁹⁰⁸ Bkz. Bölüm IV, II, C.

sakatlığı sebeplerinden yanılma ve aldanmaya dayanıp dayanamayacağı doktrinde tartışmalıdır⁹⁰⁹.

Bununla birlikte, ceza koşulu bakımından aşırı yararlanma hükümlerinin uygulanması tartışmalı olduğu gibi, tacirler bakımından özellikle deneyimsizlik ve düşüncesizlik sebeplerine dayalı olarak TBK md. 28 hükümlerinin uygulanması da tartışmalıdır⁹¹⁰. Ancak, tacirin zor durumda kalması söz konusu olabilecektir. Bu durum, onun basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğüne aykırı bir durum değildir. Bu nedenle, tacirin zor durumda kalması halinde, onun bu zor durumundan yararlanılarak fahiş bir ceza koşulu taahhüdü altına sokulması ve sözleşmede kendisi aleyhine açık bir oransızlık yaratılması söz konusu olabilir. Böyle bir durumda da tacir, TBK md. 28 hükmüne başvurarak, ceza koşulu ediminin kendisine verilmesini veya açık oransızlığın giderilmesini isteyebilir⁹¹¹.

Yine doktrinde tartışmalı olsa da⁹¹², TBK 20 vd. maddelerinde düzenlenen genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin de tacir bakımından uygulanması gerekir. Bu halde, genel işlem koşulları içerisinde yer alan ceza koşulunun, TBK md. 20 vd. hükümlerine göre, yazılmamış sayılma yaptırımına tabi olması söz konusu olabilecektir.

Doktrindeki tartışmalar bir yana tacirin sayılan tüm bu hukukî kurumlardan yararlanabileceği kabul edilse dahi; söz konusu hukukî imkanlardan koşullarının oluşması halinde yararlanacaktır. Bu halde, tacirin taahhüt ettiği ceza koşulu açısından bu hükümlerin uygulanması da farklı bir özellik arz etmeyecek, ilgili hükümlerde yer alan koşulların varlığı genel hükümlere göre aranacaktır. Bu nedenle, tacirin taahhüt ettiği ceza koşulu bakımından bahsi geçen imkânlardan yararlanmayı talep etmesi ile söz konusu hükümlerin ceza koşulu bakımından uygulanma şartlarının değerlendirilmesi; söz konusu kurumların düzenlendiği genel hükümlere ve bu hükümlerin aradığı şartlara tâbi olduğundan, çalışmamızda özel ve ayrıntılı olarak incelenmemiştir.

⁹⁰⁹ Tartışmalar için bkz. **BİNGÖL**, s. 66 vd.

⁹¹⁰ EREN, ceza koşulunda karşı bir edim olmadığı için aşırı yararlanma hükümlerinin ceza koşulu bakımından uygulanamayacağını savunmaktadır (EREN, s. 1190). Aynı yönde Bkz. **OĞUZMAN/ ÖZ (II)**, s. 551; **YAĞCIOĞLU**, s. 135; **KOCAAĞA**, s. 395. Aksi yönde Bkz. **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s. 357; **ÇINAR**, s. 106.

⁹¹¹ **BİNGÖL**, s. 79 vd.

⁹¹² Bkz. **KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK**, s. 116 vd.

BÖLÜM V

SONUÇ

6098 sayılı TBK' nın 179 ila 182. maddeleri arasında düzenlenen ceza koşulu; asıl borcun hiç veya kısmen yerine getirilmediği ya da gecikmeli veya yerine getirme koşullarının aksine bir şekilde yerine getirildiği durumlarda, borçlunun alacaklıya karşı yerine getirmeyi, hukukî bir işlemle önceden taahhüt ettiği, ekonomik değere sahip, asıl borçtan ayrı bir edimi ifade eder. Ceza koşulunun amacı, bağlandığı asıl borcun kararlaştırıldığı üzere ifası konusunda borçluya baskı yapmak, ceza tehdidi altında onu ifaya teşvik etmek olduğu gibi, asıl borcun ihlalinde alacaklıyı da zarara uğradığını ve zarar miktarını ispat yükünden kurtarmak, önceden tazminat miktarının belirlenmesidir.

Tacirler bakımından ceza koşulunun indirilmesi ve geçersizliğini konu alan bu tezin giriş başlığı altındaki birinci bölümünde, tez çalışmasında incelenen konulara değinilmiştir.

Tezin ikinci bölümünde ise, ceza koşulu kavramının tanımı, tarihsel kökeni, hukukî niteliği, uygulama alanı, şekli ile ceza koşulunun unsurları, amacı, işlevi ve türleri incelenmiş; kusur ve zararlar olan ilişkisi ortaya konulmuştur.

Buna göre; ceza koşulunun varlığı asıl borcun varlığına bağlı olup, bu durum ceza koşuluna fer' i niteliğini kazandırır. Fer' i niteliğinin bir sonucu olarak, ceza koşulunun varlığı geçerli mevcut bir asıl borcun varlığına bağlıdır. Bu anlamda, ceza koşulunun şekli de bağlandığı asıl borcun şekline tabidir. Ceza koşulunun kararlaştırılacağı asıl borç, hukuken geçerli olmak durumundadır. Eksik borçlardan, zamanaşımına uğramış ve ahlaki görevin ifası niteliğindeki borç için ceza koşulu kararlaştırılabilirse de, kumar ve bahisten doğan borç için kararlaştırılması mümkün değildir. Ceza koşulunun sağlararası tek veya çift taraflı ya da dernek tüzüğü gibi çok taraflı hukukî işlemlerle kararlaştırılması gerekir. Ceza koşulunun konusu asıl borçtan bağımsız ve ayrı bir edim olmalıdır. Bu edim para olabileceği gibi, para dışında ekonomik değere sahip yapma, yapmama veya verme edimi de olabilir.

Kanun koyucunun, TBK md. 179' de yaptığı düzenleme esas alınarak, ceza koşulunun seçimlik ceza koşulu, ifaya eklenen ceza koşulu ve dönme cezası olarak üç türünden bahsedilse de; çalışmamız sonucunda, dönme cezasının bir ceza koşulu olmadığı kanaatine varılmış, ceza koşulunun seçimlik ceza koşulu ve ifaya eklenen ceza koşulu olmak üzere iki türünün olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Zira, ceza koşulunun en

önemli işlev ve amacı olan ifaya teşvik, ifaya zorlama, borçlu üzerinde borcun ödenmesi konusunda baskı yaratma amaçları, dönme cezası bakımından söz konusu değildir. Tam aksine, dönme cezası borçluya sözleşmede yerine getirmesi gereken edimlerden, dönme cezasını ödeyerek kurtulma, sözleşmesel sorumluluktan kaçma imkânı sunmaktadır.

Ceza koşulu, asıl borcun ihlaliyle muaccel hale gelir ve talep edilmesi için alacaklının zarara uğraması gerekmemektedir. Ceza koşulu muaccel olmakla, bağımsız bir borç halinde dönüşür ve fer' i niteliğini bırakır. Bu durumda, asıl borcun zamanaşımına uğraması gibi itiraza uğraması halinde ceza koşulu bundan etkilenmeyecektir. Yine bu halde, ceza koşulu bağımsız bir borç haline geldiğinden, asıl borçtan bağımsız olarak, devredilebilir ve borcun üstlenilmesine konu olabilir. Ancak ceza koşulu muaccel olmadan, borcun üstlenilmesine konu olması mümkün değildir.

Ceza koşulunun talep edilebilmesi için, asıl borcun ihlalinde borçlunun kusurlu olması gerekir. Ancak, asıl borcun ihlalinde borçlunun kusurlu olduğunu ispat külfeti alacaklıda olmayıp, borçlu borcun ihlalinde kusursuz olduğunu veya objektif sonraki imkânsızlık nedeniyle borcu ifa edemediğini ispatlayarak ceza koşulu ödemekten kurtulabilir. Ancak, ceza koşulu meblağını aşan zararın tazminini talep eden alacaklı, borçlunun kusurunu ispatla mükelleftir.

Tezin üçüncü bölümünde, aşırı ceza koşulunun hâkim tarafından kendiliğinden indirilmesi kurumu ayrıntılı olarak incelenmiştir. TBK md. 182, f. 3' te düzenlenen ve sözleşme özgürlüğünün bir istinası olan bu kurumda, hâkime aşırı gördüğü ceza koşulunu indirme yetkisi ve görevi verilmiştir. Ceza koşulunun aşırılığını tespitte kullanılacak ölçütler tezin bu bölümünde incelenmiş, aşırı ceza koşulunun indirilmesi için borçlunun talebine gerek olmadığı, indirimin yapılması için ceza koşulunun muaccel olması gerektiği hususlarına değinilmiştir.

Tezimizin dördüncü bölümünde ise, borçlunun tacir olması halinde ceza koşulunun hüküm ve sonuçları incelenmiştir. Bu kapsamında ilk olarak, tacirler için TTK md. 22' de getirilen aşırı ceza koşulunun indirilmesini talep yasağı ayrıntılı olarak incelenerek; TTK md. 22 ile tacire getirilen yasağın dayanağı olan tacirin basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü incelenmiş, bu çerçevede söz konusu yasağın uygulanma şartları açıklanmıştır. Bu kapsamda, tacir sıfatını kazanma şartları ve kaybı ile TTK md. 22 ile getirilen yasağın tacirin ticarî işletmesiyle ilgili borçlarına getirilmesi nedeniyle ticarî işletme kavramı açıklanarak, ticarî işletmeyle ilgili borç – ticarî iş konusu üzerinde durulmuştur. Buna göre, yasağın uygulanması tacir sıfatının kazanılmasına bağlıdır. Tacir sayılanlar ve tacir gibi sorumlu olanlar da TTK md. 22 ile

tacir için getirilen yasağa tabidirler. TTK md. 22 ile getirilen yasak, tacirin ticarî işletmesiyle ilgili borçlarına bağlı olarak taahhüt ettiği ceza koşullarına ilişkin olup, buna göre tacirin ticarî işletmesiyle ilgili olmayan borçlarına yönelik olarak taahhüt ettiği ceza koşullarının indirilmesi bakımından, TTK md. 22 hükmündeki yasak uygulanmayacaktır. Tüzel kişi şirketlerin adı sahası olmadığından, her türlü borçları ticarî işletmesiyle ilgili olup, tüzel kişi tacirler yönünden yasağın uygulanması yönünden böyle bir ayırım söz konusu değildir. Ancak, işveren tacirlerin işçileriyle olan ilişkilerinin de ticarî olmasına rağmen Yargıtay' ın bu ilişkilerde işçi lehine konulan ceza koşullarının indirilmesini işveren tacir sıfatına sahip olsa da talep edebileceklerine dair görüşüne de değinilmiştir. Kooperatifler açısından, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi' nce kooperatiflerin tacir sıfatına sahip olmadığı ve ceza koşulunun aşırı olduğundan indirilmesini talep hakkı olduğu hakkında kararlarına rağmen, kooperatiflerin TTK' nın açık hükümleri karşısında tacir sıfatına sahip olduğu ve TTK md. 22 hükmüyle getirilen yasağın kooperatifler bakımından da uygulanacağı sonucuna çalışmamız neticesinde varılmıştır.

Şu hususu da belirtmek gerekir ki; yasağın uygulanıp uygulanmayacağını tayin bakımından, borçlunun ceza koşulunu taahhüt ettiği anda tacir sıfatına sahip olup olmadığına bakmak gereklidir. Ceza koşulunu taahhüt ettiği anda tacir sıfatına sahip olmayıp, daha sonradan tacir sıfatına sahip olan bir kişi bakımından TTK md. 22 hükmüyle getirilen yasak uygulanmayacaktır. Öte yandan, ceza koşulunu taahhüt ettiği tarihte tacir sıfatına sahip olan bir kişinin, daha sonra bu sıfatını kaybetmesi durumunda ise, hakkındaki TTK md. 22 hükmüyle getirilen yasak devam edecektir. Doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, borçlusu tacir olan ceza koşulunun muaccel olmasından sonra, tacir olmayan bir şahıs tarafından üstlenilmesi halinde, aşırı olduğundan bahisle ceza koşulunun indirimini talep edeceği sonucuna ulaşılmıştır. Zira, borcun üstlenilmesi alacaklının kabulüne bağlı olup, sırf yasağın uygulanmasını bertaraf etmek için böyle bir üstlenmenin gerçekleştirildiğinden bahsedilemez. İfade edildiği gibi, söz konusu borcun üstlenilmesi alacaklının kabulüne bağlıdır.

Çalışmada, ceza koşulu borçlusunun tacir olması halinde, ceza koşulunun hükümsüzlüğü ve indirilmesi konuları incelenerek, bu anlamda TBK md. 27 gereği ceza koşulunun hükümsüz olması, ceza koşulunun emredici hükümlere ve ahlaka aykırılığı boyutunda incelenerek, başlı başına ahlaka aykırılık nedeni olan kişisel hak ve özgürlüklerin ahlaka aykırı olarak sınırlandırılmasına da değinilmiş, TMK md. 23, f. 2 ile

TBK md. 27 arasındaki ilişki, doktrinde yer alan görüşler, yüksek yargı kararları ışığında incelenmiştir.

Bu anlamda, Yargıtay' ın ceza koşulunun ahlaka aykırılığını belirlemede esas aldığı başlıca ve olmazsa ölçüt olan, borçlunun ödemek zorunda kaldığı ceza koşulu meblağı nedeniyle ekonomik geleceğinin tehlikeye düşmesi, yok olması, ekonomik yönden mahvının gerçekleşmesi ölçütleri, TMK md. 23, f. 2 anlamında kişisel özgürlüklerden ekonomik özgürlüğün ahlaka aykırı olarak sınırlandırılması ve yine TBK md. 27 anlamında ahlaka aykırılık teşkil etmesi boyutunda, doktrinde yer alan görüşler ve yüksek yargı kararları incelenerek tartışılmıştır.

Bahsi geçen ölçütlerin, ahlaka aykırılığın tespitinde gerekli ve fakat yetersiz kaldığı, bu ölçütlerin esasen TMK md. 23, f. 2 anlamında kişisel özgürlüğün ahlaka aykırı olarak sınırlandırılması anlamına geldiği, ahlaka aykırılığın daha geniş ve objektif kriterlere göre belirlenmesi gerektiği, TBK md. 27 anlamında ahlaka aykırılığın tespitinde subjektif etkilerden çok objektif ve toplumun geneli tarafından kabul gören etik değerler ve toplumsal kuralların baz alınması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Yargıtay' ın angarya yasağına aykırılık ile çalışma özgürlüğüne aykırılık nedeniyle, ceza koşulunun hükümsüzlüğüne dair verdiği kararlar, bu anlamda olumlu bir gelişme olsa da, halen ahlaka aykırılık tespitinde yerleşik olan ölçütlerin kullanıldığı, bu ölçütlerin kullanılmasıyla ekonomik yönden güçlü olan bakımından ahlaka aykırı olmayan ceza koşullarının, bu ceza koşullarını ödeme gücü olmayan ve ekonomik geleceğini sarsan kişiler bakımından ise ahlaka aykırı sayıldığı, bunun ise eşitlik ilkesine aykırı olduğu, bu nedenle borçlunun ekonomik yönden mahvına neden olmasa da, içerisinde bulunduğu sözleşme ilişkisinde toplumsal ve etik değerlerin kabul etmeyeceği derecede ve sözleşmeden edinilmesi beklenen menfaatten ve borcun ihlaliyle uğranılan zarar meblağından kat kat fazla olan, borçlunun sömürülmesine sebebiyet veren ceza koşullarının da ahlaka aykırı sayılması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Son olarak, ceza koşulunun ahlaka aykırı derecede fahiş meblağda olması halinde, uygulanacak yaptırımın ne olacağı ve indirim yapılıp, yapılamayacağı; indirim yapılabilir ise bu yaptırımın hukukî dayanağının ne olacağı konusunda, Yargıtay' ın görüşüyle, doktrinde ileri sürülen görüşlere yer verilmiş, bu görüşler tartışılarak, kanunda bu konuda gerçek dışı boşluk bulunduğu ve hâkimin TMK md. 2 karşısında, TMK md. 1 hükmüne dayanarak kural oluşturması gerektiği ve bu kuralın da TTK md. 1530 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle, değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük niteliğinde olan yaptırımının uygulanması gerektiği sonucuna varılmıştır.

KAYNAKÇA

- AKİPEK, Jale/** : Türk Medeni Hukuku, Birinci Cilt, Başlangıç
AKINTÜRK, Turgut/ Hükümleri Kişiler Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım
ATEŞ, Derya A.Ş., Yenilenmiş 14. Baskı, İstanbul 2018.
- AKKAYAN YILDIRIM, :** Cezai Şartın İşlevi, “Türk ve Amerikan Hukukları
 Ayça Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendime”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 61, S.1-2 (2003), s. 357 - 415.
- AKTAN, Coşkun Can** : “Özgürlük Felsefesi Üzerine”, **Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi**, C. 7, S. 2 (2015), s. 55 – 72.
- ARKAN, Sabih** : Ticarî İşletme Hukuku, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Son Değişikliklere Göre Hazırlanmış ve Genişletilmiş 24. Bası, Ankara 2018.
- ATEŞ, Derya** : Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.
- AYDOĞDU, Murat** : “6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda Faiz İle İlgili Düzenlemeler”, **DEÜHFD**, C. 12, S. 1 (2010), s. 85 – 137.
- AYHAN, Rıza** : Ticarî İş Kavramı ve Tacir Sifatına Bağlanan Ücret ve Sözleşme Cezalarının İndirilmesini İsteyememe, **Prof. Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL’ a Armağan**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.17, Y.2013, S. 1-2, s.291 – 314.
- AYHAN, Rıza/** : Ticarî İşletme Hukuku Genel Esaslar, Yetkin Yayınları,
ÇAĞLAR, Hayrettin Tamamen Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 10. Bası, Ankara 2017.
- BAŞPINAR, Veysel** : “Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 1 (1999), s. 17-35.(Kelepçeleme)

- BAŞPINAR**, Veysel : Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1998.
- BATTAL**, Ahmet : “Karar İncelemesi Tacirin İş Kanunu’ na Tabi Bir Sözleşmeden Doğan Cezai Şart Borcuna TK. 24 (İndirim Yasağı) Uygulanabilir mi?”, **BATİDER**, C. 20, S.2, Y.1999, s. 14 - 24.
- BAYSAL**, Başak : Güçlüğü, 2. Baskı, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- BERBEROĞLU** : Ticarî Davalar & Cezai Şart Yüksek Yargı Kararları, **YENİPINAR**, Filiz, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- BİLGE**, Necip : “Kefilin Mesuliyetinin Şümulu”, **AÜHF Dergisi**, C. 13, S. 1 (1956), s. 86 – 172. (Kefilin Mesuliyeti)
- BİLGE**, Necip : Cezai Şart,**Ahmet Esat Arsebük’ ün Aziz Hatırasına Armağan**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Yayın No : 124, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara 1958, s. 36 – 129.
- BİLGİLİ**,Fatih/ **DEMİRKAPI**, Ertan : Ticarî İşletme Hukuku, Dora Basım Yayın, 8. Baskı, Bursa 2018.
- BİNGÖL**, Muhammet : Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Yükümlülüğü: Özellikle Tacirin Ücret ve Cezai Şartın İndirilmesini İsteyememesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- BOZER**,Ali/ **GÖLE**,Celal: Ticarî İşletme Hukuku Ders Kitabı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, Ankara 2017.
- BUZ**, Vedat : Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.
- CANSEL**, Erol/ **ÖZEL**, : “Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu”, **Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, Özel Sayı(Armağan)** (2013), s. 713 – 734.

- ÇINAR, Ömer** : “Türk Borçlar Kanunu ve Alman Medeni Kanunu’ na Göre Cezai Şartın İndirilmesi”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 8, S.16 (Güz 2009), s. 91- 116.
- DİRİCAN, Gökhan** : Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Uygulaması, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007.
- DOĞAN, Gülmelihat** : “Aşırı İfa Güçlüğü Nedeniyle Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Y. 26, S. 111 (Mart–Nisan 2014), s. 9 – 37.
- DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan** : Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, 19. Baskı, İstanbul 2018
- EKİNCİ, Hüseyin** : Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015
- EMİROĞLU, Haluk** : “Roma Hukuku’ nun Bilgi Kaynaklarından Corpus Iuris Civilis ve Türkiye’ de Hukuk Resepsiyonu”, **AÜHFD**, C. 51, S. 3 (2002), s. 85 – 96.
- ERCOŞKUNŞENOL, Kübra** : “Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü Ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27”, **İÜHFM**, C.74, S. 2 (2016), s.709-737.
- ERDEM, Mehmet** : Pey Akçesi – Pişmanlık Akçesi – Dönme Tazminatı, **Prof.Dr. Hüseyin Hatemi’ ye Armağan**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 663 – 684.
- ERDEM, Mehmet** : “Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi”, **Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, Ankara 2009, s. 97 -124 (http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/sorumluluk/s_5.pdf) (Götürü Tazminat).
- EREN, Fikret** : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2014. (Özel Hükümler)

- EREN, Fikret** : Borçlar Hukuk Genel Hükümler 16.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014
- FEYZİOĞLU, Feyzi N.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1977.
- GÖKÇEOĞLU, Kamil** : Cezai Şart ve Güncel İçtihatlar, Kazancı Hukuk Haluk Yayınları, İstanbul 2007.
- GÜLSEVEN, Hilal** : Türk Özel Hukukunda Cezai Şartın İndirilmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper** : Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.
- GÜNAY, Cevdet İlhan** : Cezai Şart (BK md. 158 – 161), Turhan Kitabevi, Ankara 2002.
- GÜRAL, Jale** : Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanunu Sistemi, İstiklal Matbaacılık, Ankara 1953
- HATEMİ, Hüseyin/** : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4. Bası, Vedat
GÖKYAYLA, Emre : Kitapçılık, İstanbul 2017.
- HATEMİ, Hüseyin** : Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti yayını, İstanbul 1976.
- HATEMİ, Hüseyin** : Kişiler Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, Güncellenmiş 7. Bası, İstanbul 2018. (Kişiler Hukuku)
- İŞERİ, Ahmet /** : Türkiye’ de Medeni Kanuna Göre Kurulmuş Vakıflar
AKÜNAL, Teoman/ : ve Sorunları, Vehbi Koç Vakfı Yayınları, Ankara 1975.
TEZ, Adnan
- KABAKLIOĞLUARSL** : Ceza Koşulu Özellikle Zarar ve Tazminatla İlişkisi, On
ANYÜREK, Yasemin : iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.

- KAPANCI, Kadir Berk** : “Dönme Cezası (TBK m.179 f.3) ve Cayma Parası (TBK md. 178) Kavramları Arasında Kısa Bir Karşılaştırma”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 22, S. 2, s. 247-270.
- KARA KILIÇARSLAN, Seda** : “Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 13, S. 1 – 2 (2009), s. 43 – 59.
- KARA, Hacı** : “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Yeni Düzenlemeler”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Dönem 2013, S. 107, s. 353 – 388.
- KARABAĞ BULUT, Nil** : Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.
- KARAGÖZ, Veli** : İş Sözleşmesinde Cezai Şart, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.
- KARAYALÇIN, Yaşar** : Ticaret Hukuku, I. Giriş-Ticarî İşletme Hukuku, Güzel İstanbul Matbaası, 3.Baskı, Ankara 1968.
- KAYNAK, Sevgi** : “Roma Hukuku’ nda Cezai Şart”, **İÜHFİM**, C. 67, S. 1 (2006), s. 237 – 258.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 21.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2017.
- KIRCA, İsmail** : “Kooperatiflerin Tacir Niteliği Hakkında Yargıtay'ın Tutumu: Kanuna Aykırı Yorum Mu Yoksa Örtülü Boşluk Doldurma Gayreti Mi?”, **BATİDER**, Y.2017, C. 33, S. 2, s. 5 – 26.
- KIRKBEŞOĞLU, Nagehan** : Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.

- KOCAAĞA**, Köksal : Türk Özel Hukukunda Cezai Şart (BK m. 158-161), Yetkin Yayınları, Ankara 2003. (Cezai Şart)
- KOSCHAKER**, Paul/ **AYİTER**, Kudret : Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, AÜHF Yayınları No: 414, Ankara 1977.
- KUNTER**, Nurullah : “Ödendikten Sonra Azaltılabilmeleri Bakımından Fahiş Cezai Şartlar”, **Adliye Ceridesi**, Y. 3, S. 11 (1940) s. 971 – 983.
- MİMAROĞLU**, Sait : Ticaret Hukuku – İşletme Hukuku, Cilt 1, Banka ve Kemal Kemal Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Sevinç Matbaası, 2. Baskı, Ankara 1978.
- OĞUZMAN**, Kemal/ **ÖZ**, Turgut : Borçlar Hukuku Genel Hükümler 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’ na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 16. Bası Cilt 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018.(I)
- OĞUZMAN**, Kemal/ **ÖZ**, Turgut : Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’ na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.(II)
- OĞUZMAN**, Kemal/ **SELİÇİ**, Özer/ **OKTAY** – **ÖZDEMİR**, Saibe : Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Filiz Kitabevi, İstanbul 2018.
- ORBAY ORTAÇ**, Nurdan : “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticarî İşlerde Faiz”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 72, S. 2014/2, s. 124 – 127.
- OZANOĞLU**, Hasan : “İstisna Ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, S. 1 – 2 (Haziran Aralık 1999), s. 60 – 118.

- ÖZ, Turgut** : “Borçlar Kanunu Tasarısı Paneli”, **Hukukî Perspektifler Dergisi**, S. 4, Ağustos 2005, s. 74 vd.
- ÖZBAY, İbrahim** : “Donatma İştirakının İflası”, **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, S. 1-2 (2008), s. 157 – 198.
- ÖZDEMİR, Erdem** : “İş Hukukunda Cezai Şart”, **AÜEHFD**, C. 9, S. 3 – 4 (2005), s. 403 - 417.
- ÖZDEMİR, Erdem** : “İş Hukukunda Eğitim Karşılığı Öngörülen Cezai Şart”, **Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi**, S. 4 (2005/ 1), s. 143 – 156. (Eğitim)
- ÖZTAN, Bilge** : Medeni Hukuk’ un Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, 7. Bası, Ankara 2001.
- ÖZTÜRK ÇETENAK, Özlem/ IŞIK, Mine** : “Ekonomik Özgürlükler İle Ekonomik Büyüme Arasındaki Nedensellik İlişkisi: OECD Ülkeleri Üzerine Bir Uygulama”, **Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, C. 6, S. 1 (Ocak – Haziran 2016), s. 1 - 16.
- PARLAK BÖRÜ, Şafak** : “Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.129 (Mart 2017), s.195-228.
- PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet** : Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 14. Bası, Ankara 2013.
- POROY, Reha/ YASAMAN, Hamdi** : Ticarî İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 15. Bası, İstanbul 2015.
- PULAŞLI, Hasan** : Kıymetli Evrak Hukuku, Karahan Kitabevi, Yenilenmiş 7. Baskı, Adana 2005.
- REİCHEL, Hans** : Rechtskraft und ungerechtfertigte Bereicherung, in : Festch-rift für Adolf Wach, Leipzig 1913.

- REİSOĞLU, Seza** : Çek Hukuku, Cem Web Ofset San. Tic. Ltd. Şti basımı(Kıtap İsteme Adresi: Reisoğlu – Ensari - Doğrul Ortak Avukatlık Bürosu), Ankara 2011.
- SECRÉTAN, Roger** : Étude sur la clause pénale en droit suisse, Lausanne 1917.
- SEROZAN, Rona** : Sözleşmeden Dönme, Vedat Kitapçılık, 2. Bası, İstanbul 2007.
- SOSSNA, Ralf – Peter** : Die Geschichte der Begrenzung von Vertragsstrafen, Köln 1992.
- SÜZEK, Sarper** : İş Hukuku (Genel Esaslar – Bireysel İş Hukuku), Beta Yayınları, Yenilenmiş 9. Baskı, İstanbul 2013
- ŞENER, Oruç Hami** : Ticarî İşletme Hukuku, Seçin Yayıncılık, Ankara 2016.
- TAHİROĞLU, Bülent** : Roma Borçlar Hukuku, Der Yayınevi, İstanbul 2005.
- TAMER, Ahmet** : “Tacirler Bakımından Cezai Şart (Ceza Koşulu)”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 4, S. 14 (2013), s. 731 – 770.
- TEKELİOĞLU, Numan** : “İnşaat Sözleşmelerinde Cezai Şart ve Götürü Tazminat”, **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, Y. 2 S. 2 (2017), s. 159 – 186.
- TEKİNAY, Selahattin** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Sulhi/ **AKMAN, Sermet/** Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, Filiz Kitabevi, **BURCUOĞLU, Haluk/** İstanbul 1993.
- ALTOP, Atilla**
- TERCIER, Pierre/** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On iki Levha **PICHONNAZ, Pascal/** Yayıncılık, İstanbul 2016.
- DEVELİOĞLU, H. Murat**
- TOPÇUOĞLU, Hamide** : Kanuna Karşı Hile (Kanundan Kaçınma Yolları) Doktora Tezi Müdafaa Tarihi 23 Mayıs 1949, Selüloz Basımevi, İzmit 1950.

- TUNÇOMAĞ**, Kenan : Türk Hukukunda Cezai Şart, Baha Matbaası, İstanbul 1963.
- TUTAR** : Dönme Cezası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, T.C. Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2014.
- ÜLGEN**, Hüseyin/ **HELVACI**, Mehmet/ **KENDİGELEN**, Abuzer/ **KAYA**, Arslan/ **NOMER** **ERTAN**, Füsün : Ticarî İşletme Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, 5. Bası, İstanbul 2015.
- ÜNAL**, Akın : Kelepçeleme Sözleşmeleri (Sözleşmelerdeki Hükümler Sebebiyle Kişinin Ekonomik Özgürlüğünün Aşırı Derecede Sınırlandırılması), Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
- Von TUHR**, Andreas : Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı C.1-2., Çev. Cevat Edege, 2.Bası, Olgaç Matbaası, Ankara 1983.
- YAĞCI**, Kürşat : “Anapara Faizi Ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren TBK m. 88 ve TBK m. 120 Hükümlerinin Ticarî Faizler (TTK m. 8 Ve TTK m. 9) Bakımından Uygulanabilirliği”, **İÜHF**, C. 71, S. 2 (2013), s. 421 – 438.
- YAĞCIOĞLU**, Burcu : Türk ve İsviçre Hukukunda Ceza Koşulu (Cezai Şart), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- YAVUZ**, Nihat : Borçlar Hukuku El Kitabı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- YENER**, Mehmet Deniz : “Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı Ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu İle Yapılan Değişiklikler”, **Marmara Üniversitesi Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi**, C. 11, S. 20 (Ocak 2019), s. 105 - 115.

- YILMAZ, Lerzan** : Kambiyo Senetlerinde (Çek – Bono – Poliçe’ de) Def’iler, Aristo Yayınevi, 2. Bası, İstanbul 2017.
- YILMAZ, Merve** : “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 97. (2011), s.155 – 171.
- YÜCESOY YILMAZ, Yasemin** : “Ticarî İşlerde Faiz Ve Yargıtay Uygulaması”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 140 (Ocak – Şubat 2019), s. 303 – 331.

Yararlanılan İnternet Kaynakları :

www.kazanci.com

www.sinerjimevzuat.com.tr.

www.e-uyar.com

<http://www.tdk.gov.tr>.