

T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

TÜRK HUKUKUNDA AŞIRI CEZANIN İNDİRİLMESİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Gizem KARA

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Mehmet ERDEM

OCAK 2019

T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

TÜRK HUKUKUNDA AŞIRI CEZANIN İNDİRİLMESİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Gizem KARA

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Mehmet ERDEM

OCAK 2019

ÖNSÖZ

Bilgi ve deneyimiyle bana yol gösteren tez danışmanım Sayın Prof. Dr. Mehmet ERDEM'e ve bana koşulsuz destek olan aileme teşekkür ederim.



İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	ii
İÇİNDEKİLER.....	iii
KISALTMALAR.....	vii
RESUME.....	viii
ABSTRACT.....	xii
ÖZET.....	xvi
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM CEZA KOŞULU KAVRAMI

I. CEZA KOŞULUNUN TANIMI.....	2
II. CEZA KOŞULUNUN AMACI.....	4
A. Genel Olarak.....	4
B. Borçluyu İfaya Zorlama.....	6
C. Tazminatı Önceden Tespit.....	7
D. Borçluyu Sorumluluktan Kurtarma.....	8
E. Borçluyu Her Türlü Zarardan Sorumlu Tutma Gayesi.....	9

III. CEZA KOŞULUNUN UNSURLARI.....	9
A. Asıl Borcun Bulunması.....	9
B. Asıl Borcun Geçerli Olması.....	13
C. Asıl Borç Yanında Ayrı ve Bağımsız Bir Edimin Bulunması.....	16
D. Asıl Borç ile Ceza Arasında Asli Feri Borç İlişkisinin Bulunması.....	18
E. Ayrı ve Bağımsız Edimi Doğuran İşlemin Hükümlerini Sağlıkta Doğurması.....	20

IV. CEZA KOŞULUNUN TÜRLERİ ve DÖNME CEZASI.....	21
A. İfa Yerine İstenebilecek Ceza.....	21
B. İfayla Birlikte İstenebilecek Ceza.....	24
C. Dönme Cezası (Dönme Tazminatı).....	26

İKİNCİ BÖLÜM

AŞIRI CEZANIN İNDİRİLME AMACI, İNDİRİMİN NİTELİĞİ VE İNDİRİLME KOŞULLARI

I. AŞIRI CEZANIN İNDİRİLME AMACI VE NİTELİĞİ.....	30
A. İndirimin Amacı.....	30
B. İndirimin Hukuki Niteliği.....	32
II. AŞIRI CEZANIN İNDİRİLME KOŞULLARI.....	39
A. Geçerli ve Gerçek Bir Ceza Koşulunun Bulunması.....	40
1. Genel Olarak.....	40
2. İndirimin Kıyas Yoluyla Uygulanacağı Haller.....	43
B. Ceza Ödeme Borcunun Muaccel Olması.....	45
C. Ceza Ediminin İfa Edilmemiş Olması.....	50

D. Cezanın Aşırı Derecede Yüksek Olması.....	55
1. Aşırı Ceza Kavramı.....	55
2. İş Sözleşmelerinde Cezanın İndirilmesi ve Kullanılan Ölçütler...56	
3. Aşırılığın Tespitinde Kullanılan Başlıca Ölçütler.....	59
a. Alacaklının Menfaatleri.....	62
b. Borcun İhlalinin Ağırlığı.....	65
c. Kusurun Ağırlığı.....	66
d. Tarafların Ekonomik Durumları.....	67
4. Aşırılığın Tespitinde Dikkate Alınacak An.....	69
E. Borçlunun Talepte Bulunması.....	71
III. AŞIRI CEZANIN İNDİRİLMESİ YÖNTEMİ.....	75
A. İndirim İçin Yetkili Mercii.....	75
1. Mahkeme.....	75
2. Tahkim.....	77
B. İndirimin Yargılamada Dikkate Alınma Şekli.....	78
IV. HAKİMİN İNDİRİM TARZI.....	79
A. Bölünebilir Edimler Bakımından İndirim.....	79
B. Bölünmez Edimler Bakımından İndirim.....	81
V. İNDİRİMİN MİKTARININ ÖLÇÜSÜ.....	83
VI. İNDİRİM KARARI.....	85
A. Niteliği.....	85
B. Hüküm ve Sonuçları.....	88

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
TACİRLER AÇISINDAN AŞIRI CEZA

I. GENEL OLARAK.....	90
II. KOŞULLARI.....	91
A. Borçlunun Tacir Sıfatını Haiz Olması.....	91
B. Cezanın Tacirin Ticari İşletmesiyle İlgili Bir Borç İçin Taahhüt Edilmiş Olması.....	94
III. CEZA KOŞULUNUN AHLAKA AYKIRI OLMASI HALİNDE AŞIRI CEZA MİKTARINDA İNDİRİM.....	98
SONUÇ.....	112
KAYNAKÇA	117
ÖZGEÇMİŞ	125

KISALTMALAR

AD	: Adalet Dergisi
a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
Batider	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGE	: İsviçre Federal Mahkemesi Kararları
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
Dn	: Dipnotu
E.	: Esas
eBK	: Eski Borçlar Kanunu
eTK	: Eski Türk Ticaret Kanunu
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
K.	: Karar
Karş	: Karşılaştırınız
m.	: Madde
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı

RESUME

La réduction de la peine extrême faisant l'objet de notre thèse, se manifeste comme une institution établie par le législateur afin d'empêcher l'exploitation de la partie faible et de fonder une balance équitable entre les patrimoines des parties comme la quantité de peine constaté via la condition de pénalité utilisée dans la pratique est trop haut et donc incompatible à la justice et l'équité.

Comme il est connu le redevable, qui n'exécute pas sa dette ou qui ne dûment exécute pas selon l'article 112 de Droit des Obligations Turc, a l'obligation d'indemniser le dommage de créancier. Le Créancier peut avoir le besoin de renforcer sa créance contre la possibilité que le redevable n'exécute pas ou ne dûment exécute pas sa dette. En pratique il est possible de rencontrer à la condition de pénalité presque dans tous les contrats. Il est possible de qualifier la condition de pénalité en bref comme le contrat selon la disposition pénale duquel le redevable accepte de payer à créancier, dans le cas où ce premier n'exécute pas totalement ou dûment sa dette.

La condition de pénalité a deux objectifs principaux au fondement comme obliger le redevable à l'exécution et constater à forfait et par avance le dommage à naître dans le cas de non exécution de la dette. En ce sens il est possible de composer les fonctions de la condition de possibilité et de dire que le système composé est accepté. La détermination de l'objectif de la condition de pénalité par des caractéristiques de fait concret et tout en prenant en compte la volonté des parties importe gravement en particulière au point de réduction de la peine.

Un des objectifs principaux de la condition de pénalité étant de garantir la dette principal, il faut d'abord qu'il y ait une dette principale garantie. Le premier élément de la condition de pénalité est l'existence d'une dette principale. Il faut que cette dette ait une valeur financière. Le fait que si les ressources de dette hors de contrat seront liées à la condition de pénalité étant contradictoire, l'opinion dominante dans la doctrine est au sens de lier les dettes hors contrat à la condition de pénalité. En plus pour que la condition de pénalité soit valable, il faut que la dette principale soit aussi valable.

Que la performance arrêtée comme la condition de pénalité soit une performance différente de la dette principale est un autre point. La recherche de l'existence d'une performance différente de la dette principale donne naissance à la nomination des droits reconnus présents selon la législation dans la relation de dette principale comme la condition de pénalité. Il faut déterminer le fait qu'il est une nécessité au sens de réaliser l'objectif de la condition de pénalité visant à obliger le redevable à l'exécution, malgré des opinions différents étant présent sur le sujet, que la condition ait une valeur pécuniaire même s'il ne s'agit pas d'une nécessité pour la dette principale, garantie par la condition de pénalité, d'avoir une valeur financière. L'existence juridique et le destin de la condition de pénalité étant liés à l'existence juridique et destin de la dette principale, existence d'une relation de dette principale-accessoire entre la dette et punition principale est un autre point. L'opération juridique

selon laquelle la punition est établie doit être une opération entre les personnes survivantes.

Selon l'article 179 du Droit des Obligations Turc on a établi la pénalité pouvant être demandée au lieu d'exécution, la pénalité pouvant être demandée avec l'exécution et la pénalité de retour. Si on a arrêté une pénalité pour le cas de non exécution ou de non exécution dûment d'un contrat, le créancier peut demander l'exécution de dette ou de la pénalité, sauf indication contraire par le contrat. Ici il s'agit de la pénalité à demander au lieu de l'exécution. Pour la pénalité à demander au lieu de l'exécution, le créancier peut demander, en règle générale, soit la dette soit la pénalité.

En vertu de la pénalité pouvant être demandé avec l'exécution établie selon l'article 179/2 de Droit des Obligations Turc, si la pénalité est arrêtée pour la non exécution de la dette en temps et sur le lieu constaté, le créancier peut demander soit l'exécution en retard ou l'exécution sur le lieu constaté par le contrat soit le règlement de la pénalité.

La pénalité de retour est une pénalité payée dans le cas où on retourne arbitrairement, sans aucune raison dans le contrat. Malgré la pénalité de retour est établi au sein de l'institution de condition de pénalité dans le systématique de la loi, elle n'est pas une condition de pénalité au sens réel. D'ailleurs au contraire l'objectif de renforcer l'exécution de la dette principale, la pénalité de retour a un rôle affaiblissant l'exécution de la dette.

L'objectif de réduction de la condition de pénalité est de protéger l'intérêt des parties, d'empêcher l'exploitation. Ici le juge est donné le pouvoir et la mission d'intervenir au contrat conformément à l'article 182/3 de Droit des Obligations Turc. Comme le jugement est ordonnant il n'est pas possible pour les parties d'arrêter au contraire, ou de renoncer préalablement à ce droit. La nature juridique de l'institution de réduction est passablement discutée dans la doctrine. Au sein de doctrine la nature juridique de la réduction est essayée d'être expliquée par la nullité absolue, l'annulation, l'enrichissement sans cause, sanction moyenne, droit donnant naissance à l'innovation juridictionnelle et la nullité partielle modifiée.

Pour la réduction de la pénalité il y a quelques conditions recherchées, certains entre eux étant contradictoire dans la doctrine. Il faut d'abord qu'une condition de pénalité réelle et valable soit arrêtée entre les parties. Si la condition de pénalité est caduque ou comme la condition de pénalité sera caduque aussi si la dette principale est caduque, il ne sera s'agit de réduction de la performance de pénalité extrême. Toutefois au point de vue de pénalité de retour l'opinion dominante est en direction du fait que la pénalité de retour, n'étant pas une pénalité au sens réel, ne pourra pas être réduite. Il y a des cas où le jugement, relatif à la réduction à la condition de pénalité même s'il n'y a pas la condition de pénalité, est appliqué par comparaison. En premier l'article 181 de Droit des Obligations Turc prévoit que les dispositions relatives à la condition de pénalité seront appliquées aussi pour les contrats prévoyant que la partie exécutée en cas de retour. Le deuxième cas pour lequel l'application par comparaison est accepté, est que le redevable, mise en demeure au paiement de l'intérêt ou des rentes ou encore de monnaie donnée, s'engage à payer l'intérêt mise en demeure même avant le recours à l'exécution ou au tribunal. Il est généralement accepté que la disposition relative à la réduction de la pénalité soit appliquée par comparaison aux conditions de pénalité indépendantes (irrélles) et soit soumise à la réduction, même s'il n'est pas établi par la loi.

Afin d'une pénalité soit demandable, elle doit être exigible. Sans que la dette de paiement de pénalité ne soit exigible, ni le redevable peut demander la réduction de pénalité ne le juge peut décider à la réduction. Il est accepté qu'il n'y ait aucun profit juridique comme il n'y aura une créance indépendante sans que la pénalité ne soit exigible.

Pour la réduction de pénalité certains auteurs expriment dans la doctrine que la performance de pénalité ne doit pas être exécutée. Les auteurs supportant cette opinion précisent qu'en cas d'acceptation de la réduction de pénalité à la suite de paiement, que le créancier sera tenu vivre avec l'incertitude, l'inquiétude de renvoi de la somme de pénalité jusqu'à l'accomplissement de délai de prescription, que la vie professionnelle n'était pas approprié pour cette acceptation ; que le paiement par assentiment de la pénalité montrait que la quantité de pénalité n'était pas extrême ; que la loi va prévoir un délai précis pour la demande de réduction comme dans les cas de lésion et de vice de volonté se cette première voulait permettre à cette réduction ; que l'exécution non seulement terminait la dette mais aussi elle voulait dire que le redevable renonçait à son droit de réduction. Et certains autres auteurs dans la doctrine expriment qu'il est possible de renvoyer la pénalité même après le règlement. Ces auteurs précisent que notamment la disposition de l'article 182/3 de Droit des Obligations Turc a un caractère ordonnant et qu'il n'y existe aucune disposition relatif au fait que le renvoi d'un règlement réalisé n'était pas possible mais qu'il faut apprécier d'une façon plus détaillée l'état économique de redevable au sujet de réduction de pénalité au point de vue de redevable payant la pénalité.

Il n'y a aucun critère au sujet de constat de l'extrémité dans la loi. Mais quand la doctrine et les jurisprudences judiciaires sont examinés, on peut énumérer parmi les critères à bénéficier lors de constat de l'extrémité les critères comme la nature et le délai de contrat, le fait de redevable, les dommages que le créancier subi à cause de violation de contrat, le fait commun de créancier, la balance d'intérêt entre les parties, le degré de fait, la priorité des parties dans le contrat, les états économiques des parties, l'influence de dette sur la liberté économique des parties, la situation dans laquelle se trouvent les parties lors de constat de condition de pénalité, l'intérêt à obtenir par la condition de pénalité soit la fonction de condition de pénalité sur le contrat. Le juge doit constater si la pénalité est extrême conformément aux principes de la justice et de l'équité. Il ne faut oublier que la règle principale en faisant la réduction est la liberté de contrat, le pouvoir extraordinaire relatif à la réduction doit être utilisé modérément par le juge.

Il faut considérer les conditions subjectives et objectives en constatant l'extrémité de pénalité ; dans le cas où la quantité soit objectivement haute en plus cette hauteur est incompatible de la justice et de l'équité au point de vue de l'état subjectif des parties, il faut réduire la pénalité extrême. Mais que la quantité de pénalité soit déterminée supérieur au dommage de créancier ne veut pas dire que la pénalité est extrême et qu'elle doit absolument être réduite. Donc que la balance entre la pénalité et le dommage soit en faveur de créancier ne causera pas à la réduction de pénalité dans la mesure où elle n'est pas extrême. Au sujet de moment à prendre en compte lors de constat de l'extrémité certains auteurs précisent qu'il faut prendre en compte le moment où la condition de pénalité est arrêtée pendant les autres pensent qu'il faut considérer le moment où la dette de paiement de pénalité est exigible. Une autre opinion sur le présent sujet offre prendre en base lors de constat de l'extrémité des temps divers en prenant en compte les caractéristiques du fait. Il y a aussi des auteurs

proposant qu'il faille prendre en compte le moment où la disposition est fondée ou qu'il faut prendre en base la date de procès. Selon notre opinion il sera utile de prendre en compte lors de constat de l'extrémité, le moment de fondation de la disposition afin de pouvoir apprécier l'état économique des parties.

A l'époque de Loi numéroté 818 il y a des discussions de doctrine à l'issue de la lettre de l'article au sujet de demande de redevable pour la réduction et à l'époque de Droit des Obligations Turc numéroté 6098 il est accepté par la doctrine que le juge peut réduire la pénalité d'office, sans demande, quand il l'apprécie extrême à l'issue de la lettre de l'article.

Comme un tribunal séparé n'est pas désigné au sujet de réduction de pénalité extrême le compétent et le tribunal en fonction seront désignés en vertu des dispositions générales. Même s'il n'y a pas une disposition publique à propos de ce sujet dans la loi, on peut aller aux voies arbitrales au sujet de réduction de la pénalité. Le juge va réduire la pénalité extrême dans le procès qu'il préside même s'il n'y a pas la demande de redevable. Le redevable peut demander de réduction par un procès qu'il va remplacer à sa volonté, la mission de réduction de pénalité extrême pour le juge restant éternelle ou ce premier peut affirmer que la pénalité est extrême dans le procès remplacé par le créancier et qu'elle doit être réduite.

Le juge ne pourra réduire la quantité de pénalité inférieure à la quantité de réduction demandé, en vertu de principe de fidélité avec la demande établi selon l'article 26/1 de Code de Procédure Pénale. Cependant si le redevable affirme l'extrémité de pénalité, dans le procès intenté par le créancier, il ne doit pas préciser une quantité définie.

La nature juridique de la décision de réduction est contradictoire dans la doctrine. Même s'il est exprimé par certains auteurs que la décision possède une qualité explicative, la décision rendue à la suite de procès de réduction de pénalité selon l'opinion dominante est une décision constructive au sens de qualité. A la suite de délibération de jugement de dans ce contexte, la pénalité sera valide sur la quantité constaté par la partie dominante non sur la quantité arrêtée par les parties. Le jugement de tribunal délivré à l'usage de réduction de pénalité donne naissance aux dispositions et résultats efficaces sur le passé.

La pénalité ; qu'un redevable, possédant le titre de commerçant, s'engage à cause d'une dette relative à son entreprise commerciale, ne peut pas être réduite selon l'article 22 de Code de Commerce Turc même si cette première est extrême. Comme le commerçant doit être clairvoyant il sera inutile d'assurer une protection privée pour lui. Cependant que le commerçant est tenu de payer en tout état de cause la performance de pénalité qu'il s'engage à cause de l'article 22 de Code de Commerce Turc ne sera pas correcte dans le cadre des dispositions générales. Il est accepté que la condition de pénalité déterminée par les commerçants redevables soit sous le contrôle des dispositions de l'article 27 de Droit des Obligations Turc et l'article 23/2 de Code Civil. La Cour de Cassation accepte aussi la condition de pénalité supérieure d'une manière à causer à la ruine économique de commerçant comme jurisprudence installée incompatible à la morale.

Mots-clés : Condition de Pénalité, Réduction de Pénalité Extrême, Pénalité Extrême au point de vue des Commerçants, Extrémité de la Pénalité.

ABSTRACT

The reduction of excessive penalty, as our thesis subject, appears as the instrument which is regulated by the lawmaker with the aim of preventing the exploitation of the weak party and establishing a fair balance between the assets of the parties due to the fact that the penalty amount determined by the most frequently used penalty clause in practice is high and therefore is incongruous with the justice and equity.

As is known, the debtor, who has not performed his/her obligation at all or properly, is liable to compensate the creditor's damage pursuant to the article 112 of the Turkish Code of Obligations (TCO). The creditor may feel the need to strengthen his/her debt receivable in the event that the debtor does not perform his/her obligation at all or properly. In practice, the penalty clause can be found in almost all contracts. It is possible to describe the penalty clause in short as an agreement on the penalty which is accepted by the debtor to pay to the creditor, in case that she/he does not perform his/her obligation at all or properly.

In principle, the penalty clause has two main purposes; to force the debtor to perform his/her obligation and to determine the damage in advance and as a lump sum in case of the non-performance of obligation. When considered from this point of view, it is possible to say that the functions of the penalty clause are united and the compound system is accepted. The determination of the penalty clause's purpose, by taking into consideration the features of concrete case and also the parties' will, has especially great importance in reducing the penalty.

Since one of the main purposes of the penalty clause is to collateralize the primary obligation, firstly it requires the presence of the obligation collateralized. The first factor of the penalty clause is the presence of primary obligation. It is not necessary that this obligation has a financial value. It is controversial whether the source of obligation other than the contract can be attributed to the penalty clause but the prevailing opinion in the doctrine is that the non-contractual debts can be attributed to the penalty clause. In order for the penalty clause be valid, the primary obligation should also be valid

The other factor is that the performance agreed as the penalty clause is a separate performance from the primary obligation. The requirement of presence of a performance separate from the primary obligation results in the fact that the legally recognized rights are not considered as penalty clause in the primary obligation relation. It should be stated that even though the presence of the financial value of primary obligation collateralized by the penalty clause is not a requirement, having a monetary value of the penalty clause is required for accomplishing the penalty clause's purpose of forcing the debtor to perform his/her obligation. But there are different opinions in this respect. Since the legal presence of the penalty clause and its fate depend on the presence of primary obligation and its fate, there is a primary- accessory obligation between the primary obligation and penalty and this is another factor of the penalty clause. The legal act regulating the obligation should be the act of inter vivos.

The article 179 of the TCO regulates the penalty in lieu of performance, the penalty together with performance and termination penalty. If a penalty is agreed upon

for cases where the contract is not duly performed or not performed at all, the creditor may request the performance of obligation or the performance of penalty, unless otherwise explicitly understood from the contract. The penalty in lieu of performance is in question here. The creditor may request the performance of either the obligation or the penalty as a rule in the penalty in lieu of performance.

Pursuant to the penalty to be requested together with the performance regulated in the article 179/2 of the TCO, if the penalty is agreed upon for the non-performance of obligation at the determined place or time, the creditor may request the delayed performance or the performance at the place stated in the contract and the payment of penalty.

The termination penalty is a penalty paid in case of the arbitrarily withdrawal from the contract without any reason. Although the termination penalty is regulated within the instrument of penalty clause in the law systematics, it is not a penalty clause in real terms. Thus the return penalty has a role reducing the performance of obligation, contrary to its purpose of strengthening the performance of primary obligation.

The aim of reducing the penalty clause is to protect the balance of interests of the parties and to prevent exploitation. Pursuant to the article 182/3 of the TCO, the court is authorized to intervene in the contract. Since the rule is mandatory, it is not possible for the parties to decide otherwise or waive this right in advance. The legal nature of the instrument of reduction has been much discussed in the doctrine. The legal nature of reduction has tried to be explained in the doctrine through the absolute nullity, cancellation, unjustified enrichment, average sanction, formative right and also modified partial nullity.

Although some of them are controversial, there are some conditions required in the doctrine in order to reduce the penalty. First of all, it is necessary that a real and valid penalty clause has been agreed between the parties. When the penalty clause itself is invalid or since the penalty clause will also be invalid in case that the primary obligation is invalid then the excessive penalty performance will not be reduced. The prevailing opinion in terms of the termination penalty is that the termination penalty which is not a penalty in real terms cannot be reduced. Even if not the penalty clause, there are cases where the provision concerning the reduction in penalty clause is applied by analogy. First of all, it is stipulated that the provisions on the penalty clause in the article 181 of the TCO shall also be applied to the contracts which stipulate that the creditor shall keep the performed part of obligation in case of withdrawal. The second case where the analogical implementation is accepted is that the debtor who fails to pay the interest, revenue or donated money commits to pay the default interest before applying to the execution office and court. Although it is not regulated by the law, it is generally accepted that the provision concerning the reduction of penalty should be applied by analogy to the independent (unreal) penalty clauses and also to be subjected to the reduction.

In order for a penalty be requested, it should become due. Unless the penalty payment debt becomes due, the debtor cannot request the reduction of penalty and also the judge cannot decide to reduce. It is accepted that there is not any legal benefit since there is not any independent receivable unless the penalty becomes due.

Some authors state for the penalty reduction that the penalty should not be performed. The authors defending this opinion state that the creditor, in case of the acceptance of the penalty reduction after the payment, will have to live with the worry and uncertainty of the refund of the penalty amount until the timeout period expires and the business life is not suitable do this acceptance; the payment of penalty with consent reflects that the penalty amount is not excessive; if the law wanted to allow the reduction of the penalty paid, it would stipulate a certain time for the reduction request as in the invalidity of will power and lesion beyond moiety; it means that the performance not only terminates the obligation but also the debtor waives the right of reduction. In doctrine, some authors state that the return of penalty is possible after it is paid. These authors indicate in particular that the provision of the article of 182/3 of the TCO is an imperative provision and also there is not any provision related that the return of the payment made is not possible but it is necessary to evaluate more strictly the economic condition of the debtor about the reduction of penalty in terms of the debtor paying the penalty.

There is no criterion on the determination of excess in the law. When considered the doctrine and judicial precedents, the followings can be regarded as the criteria to be used for the determination of excess; the contract term and nature, the debtor's fault, the losses incurred by the creditor due to the breach of contract, the common fault of creditor, the interest balance between the parties, the degree of fault, the contractual superiority of parties, the economic condition of parties, the effect of debt on the economic freedom of parties, the situation of the parties in determining the penalty clause, interest desired to be achieved via the penalty clause, in other words; the function of penalty clause in the contract. The judge must determine whether the penalty is excessive or not in accordance with the principles of justice and fairness. It should not be forgotten that the main rule is freedom of contract in reducing the penalty and also the exceptional power concerning the reduction must be used moderately by the judge.

When determining the excess of penalty, both subjective and objective conditions should be considered and the excessive penalty should be reduced in case that the penalty amount is objectively high and also it is against the justice and fairness in terms of its subjective status. However, the determination of penalty amount above the creditor's receivable does not mean that the penalty is excessive and must be reduced. Consequently, the balance between the penalty and damage in favor of the creditor shall not result in the reduction of penalty unless it is not excessive. Concerning the moment to be taken into consideration in determining the excess, some authors indicate that the moment when the penalty clause is agreed should be taken into consideration while the others indicate the moment when the penalty becomes due should be taken into consideration. Another opinion on this issue suggests that the different times are taken as a basis in determining the excess by taking into consideration the event features. There are authors suggesting that the court case date or the moment when the judgment is rendered should be taken into consideration. In our opinion, it would be useful to take into account the moment when the judgment is rendered in determining the excess in order to evaluate the economic condition of the parties.

During the period of the Law no. 818, there are some doctrinal discussions because of the letter of the article on the request of the debtor for the reduction and also the authority of the judge to ex officio reduce the excessive penalty without any

request is accepted by the doctrine because of the letter of article during the period of the Law no. 6098 (TCO).

Since a separate court has not been identified for the reduction of excessive penalty, the competent and authorized court is determined pursuant to the general provisions. Even if there is no clear provision in this regard in the law, the appeal to the arbitration can be made for the reduction of penalty. The judge would reduce the excessive penalty in the case s/he presides even if the debtor has no request. While the judge's duty to reduce the excessive penalty continues, the debtor can request the reduction through a court case that s/he will file or can allege that the penalty is excessive in the court case filed by the creditor and so it should be reduced.

Pursuant to the principle of being bound by the request mentioned in the article 26/1 of the Turkish Code of Civil Procedure, the judge cannot reduce the penalty amount below the requested penalty amount. However, if the debtor alleges the excess of the penalty in the case filed by the creditor, s/he is not obliged to indicate a certain amount.

The legal nature of the decision on reduction is contradictory in the doctrine. Even though it is stated by some authors that the decision has an explanatory nature, according to the prevailing opinion, the judgement rendered as a result of the case to reduce the penalty is a constitutive judgment in terms of the nature. Following the finalization of the judgment of court, the penalty will be valid over the amount specified by the judge instead of the amount agreed by the parties. The judgment of court rendered for the reduction of penalty has retrospective effect and bear consequence.

Even if the penalty committed by a debtor in the capacity of merchant due to an obligation related to its company is excessive, it is not possible to reduce the aforesaid penalty pursuant to the article 22 of the Turkish Commercial Code (TCC). Since the merchant must be prudent, providing a special protection for him/her would be unnecessary. However the liability of the merchant to pay the penalty performance committed by him/her due to the article 22 of the TCC would not be correct under the general provisions. It is accepted that the penalty clause specified by the debtor merchant are under the governance of the provisions of the article 27 of the TCO and 23/2 of the Civil Code. It has been accepted by the Supreme Court as an established case-law that the high penalty clause causing the economic destruction of the merchant is immoral.

Keywords: Penalty Clause, Reduction of Excessive Penalty, Excessive Penalty in terms of the Merchants, Excess of the Penalty

ÖZET

Tez konumuz olan aşırı cezanın indirilmesi, uygulamada oldukça kullanılan ceza koşulu ile belirlenen ceza miktarının yüksek ve dolayısıyla adalet ve hakkaniyete aykırı düşmesi nedeniyle, kanun koyucunun, zayıf olan tarafın istismar edilmesini önlemek, tarafların malvarlıkları arasında adil bir denge kurmak saikiyle düzenlediği bir kurum olarak tezahür etmektedir.

Bilindiği üzere, TBK m.112 uyarınca borcunu ifa etmeyen veya gereği gibi ifa etmeyen borçlunun, alacaklının zararını tazmin etme yükümlülüğü bulunmaktadır. Alacaklı, borçlunun borcunu ifa etmeme ya da gereği gibi ifa etmeme ihtimaline karşı alacağını kuvvetlendirme ihtiyacı hissedebilir. Uygulamada hemen hemen tüm sözleşmelerde ceza koşuluna rastlamak mümkündür. Ceza koşulunu kısaca borçlunun borcunu tam veya gereği gibi ifa etmemesi halinde alacaklıya ödemeyi kabul ettiği ceza hususundaki anlaşma olarak nitelendirmek mümkündür.

Ceza koşulunun temelde, borçluyu ifaya zorlamak ve borcun ifa edilmemesi halinde doğacak zararı önceden ve götürü olarak tespit etmek gibi iki ana amacı bulunmaktadır. Bu açıdan ceza koşulunun fonksiyonlarının birleştirilerek, bileşik sistemin kabul edildiğini söylemek mümkündür. Ceza koşulunun amacının somut olayın özelliklerinden ve tarafların iradeleri dikkate alınmak suretiyle belirlenmesi özellikle cezanın indirilmesi noktasında büyük öneme sahiptir.

Ceza koşulunun ana amaçlarından biri, asıl borcu teminat altına almak olduğundan, öncelikle teminat altına alınan asıl bir borcun bulunmasını gerektirir. Ceza koşulunun ilk unsuru asıl borcun bulunmasıdır. Bu borcun mali bir değerinin bulunması da gerekli değildir. Sözleşme dışındaki borç kaynaklarının ceza koşuluna bağlanıp bağlanamayacağı tartışmalı olmakla birlikte doktrinde hâkim görüş sözleşme dışı borçların da ceza koşuluna bağlanabileceği yönündedir. Ayrıca ceza koşulunun geçerli olması için asıl borcun da geçerli olması gerekir.

Ceza koşulu olarak kararlaştırılan edimin, asıl borçtan ayrı bir edim olması diğer unsurdur. Asıl borçtan ayrı bir edimin mevcudiyetinin aranması ise asıl borç ilişkisinde kanunen halihazırda tanınmış hakların ceza koşulu olarak addedilmemesi sonucunu doğurur. Belirtmek gerekir ki, ceza koşulunun teminat altına aldığı asıl borcun mali bir değerinin bulunması bir gereklilik değilse de ceza koşulunun parasal değere sahip olması, bu konuda farklı görüşler bulunmakla birlikte, borçluyu ifaya zorlama amacı güden ceza koşulunun amacını gerçekleştirebilmesi açısından gereklidir. Ceza koşulunun hukuki varlığı ve kaderi asıl borcun hukuki varlığı ve kaderine bağlı olduğundan asıl borç ve ceza arasında asli-feri borç ilişkisi bulunması ceza koşulunun bir diğer unsurudur. Cezanın düzenlendiği hukuki işlemin ise sağlar arası işlem olması gerekmektedir.

TBK 179. madde ile ifa yerine istenebilecek ceza, ifayla birlikte istenebilecek ceza ve dönme cezası düzenlenmiştir. Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça, alacaklı, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir. Burada ifa yerine istenebilecek ceza söz konusudur. İfa yerine istenebilecek cezada alacaklı, kural olarak, ya borcu ya da cezayı talep edebilir.

TBK m. 179/2’de düzenlenen ifayla birlikte istenebilecek ceza uyarınca, ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, gerek gecikmiş ifayı veya ifanın sözleşmede belirtilen yerde yapılmasını gerekse de cezanın ödenmesini isteyebilir.

Dönme cezası, sözleşmede neden olmaksızın, keyfi olarak dönülmesi halinde ödenen bir cezadır. Dönme cezası, her ne kadar kanun sistematüğinde ceza koşulu kurumu içerisinde düzenlenmiş olsa da gerçek anlamda bir ceza koşulu değildir. Nitekim dönme cezasının, asıl borcun ifasını güçlendirme amacının aksine, borcun ifasını zayıflatıcı bir rolü bulunmaktadır.

Cezanın indirilmesinde amaç, tarafların menfaat dengesini korumak, istismarı önlemektir. Burada TBK m.182/3 uyarınca hakime sözleşmeye müdahale etme yetki ve görevi verilmiştir. Hüküm emredici olduğundan taraflarca aksinin kararlaştırılması, bu haktan önceden feragat edilmesi de mümkün değildir. İndirim kurumunun hukuki niteliği doktrinde oldukça tartışılmıştır. Doktrinde, indirimin hukuki niteliği mutlak butlan, iptal, sebepsiz zenginleşme, ortalama yaptırım, yargısal yenilik doğuran hak, değiştirilmiş kısmi butlan ile açıklanmaya çalışılmıştır.

Cezanın indirilebilmesi için, doktrinde bir kısmı tartışmalı olmakla birlikte, aranan bir kısım koşullar mevcuttur. Öncelikle gerçek ve geçerli bir ceza koşulunun taraflar arasında kararlaştırılmış olması gerekir. Ceza koşulunun kendisi geçersiz veya asıl borç geçersiz ise ceza koşulu da geçersiz olacağından, aşırı ceza ediminin indirilmesi de söz konusu olmayacaktır. Yine dönme cezası bakımından hakim görüş, gerçek anlamda bir ceza olmayan dönme cezasının indirilemeyeceği yönündedir. Ceza koşulu olmasa bile ceza koşulunda indirimle ilişkin hükmün kıyasen uygulandığı durumlar mevcuttur. İlk olarak TBK m. 181’de ceza koşuluna ilişkin hükümlerin dönme durumunda ifa edilmiş olan kısmın alacaklıya kalacağını öngören sözleşmelere de uygulanacağı öngörülmüştür. Kıyasen uygulamanın kabul edildiği ikinci durum, faiz veya iratların ya da bağışlanmış paranın ödenmesinde temerrüde düşen borçlunun icra ve mahkemeye başvurulmadan önce de temerrüt faizi ödeyeceğini taahhüt etmesidir. Kanun tarafından düzenlenmemekle birlikte cezanın indirilmesine ilişkin hükmün bağımsız (gerçek olmayan) cezai şartlara da kıyasen uygulanması ve indirimle tabi tutulması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir.

Cezanın talep edilebilmesi için onun muaccel olması gerekmektedir. Ceza ödeme borcu muaccel olmadıkça ne borçlu cezanın indirilmesini isteyebilir ne de hakim indirim kararı verebilir. Ceza muaccel olmadıkça bağımsız bir alacak olmadığından hukuki yararın olmadığı kabul edilmektedir.

Cezanın indirilmesi için doktrinde bir kısım yazarlar ceza ediminin ifa edilmemiş olması gerektiğini ifade etmektedirler. Bu görüşü savunan yazarlar ödeme sonrası cezanın indirilebileceğinin kabulü halinde, zamanaşımı süresi dolana kadar alacaklının, ceza tutarının iade edilebileceği endişesiyle, belirsizliği ile yaşamak durumunda kalacağını, iş hayatının bu kabule uygun olmadığını; cezanın rızaen ödenmiş olmasının ceza miktarının aşırı olmadığını gösterdiğini; kanun ödenen cezanın indirilmesine cevaz vermek isteseydi irade sakatlığı ve gabin hallerinde olduğu gibi indirim talebi için belirli bir süre öngöreceğini; ifanın borcu sona erdirmesi yanında borçlunun indirim hakkından da vazgeçtiği anlamına geldiğini belirtmektedirler. Doktrindeki bir kısım yazarlar ise ödendikten sonra da cezanın iadesinin mümkün olduğunu ifade etmektedirler. Bu yazarlar özellikle TBK m.182/3 hükmünün emredici karakteri bulunduğu ve yapılan ödemenin iadesinin mümkün

olmadığına ilişkin bir hüküm bulunmadığını ancak cezayı ödeyen borçlu bakımından ceza indirimini konusunda borçlunun ekonomik durumunun daha sıkı bir şekilde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedirler.

Kanunda aşırılığın tespiti konusunda bir ölçüt bulunmamaktadır. Ancak doktrin ve yargı içtihatları incelendiğinde, sözleşmenin niteliği ve süresi, borçlunun kusuru, sözleşmenin ihlalden dolayı alacaklının uğradığı zararlar, alacaklının ortak kusuru, taraflar arasındaki menfaat dengesi, kusurun derecesi, tarafların sözleşmedeki üstünlüğü, tarafların ekonomik durumları, borcun tarafların ekonomik özgürlüğü üzerindeki etkisi, tarafların ceza koşulu belirlerken içinde bulundukları durum, ceza koşulu ile elde edilmek istenen menfaat yani ceza koşulunun sözleşmedeki fonksiyonu gibi ölçütler aşırılığın tespitinde faydalanılabilecek ölçütler arasında sayılabilir. Hâkim adalet ve hakkaniyet esaslarına uygun olarak cezanın aşırı olup olmadığını tespit etmelidir. İndirim yaparken ana kuralın sözleşme serbestisi olduğu unutulmamalı, indirime ilişkin olağanüstü yetki, hakim tarafından ölçülü kullanılmalıdır.

Cezanın aşırılığı tespit edilirken hem öznel hem de nesnel koşullara bakılmalı; ceza miktarının nesnel olarak yüksek olması yanında bu yüksekliğin tarafların öznel durumu bakımından da adalet ve hakkaniyete aykırı olması halinde aşırı cezanın indirilmesi gerekmektedir. Ancak alacaklının zararının üstünde ceza tutarının belirlenmiş olması, cezanın aşırı olduğu ve mutlaka indirilmesi gerektiği anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla ceza ile zarar arasındaki dengenin alacaklı lehine olması, aşırı olmadığı sürece cezanın indirilmesi sonucu doğurmayacaktır. Aşırılığın tespitinde hangi anın dikkate alınacağı konusunda bazı yazarlar, ceza koşulunun kararlaştırıldığı anın, bazı yazarlar ceza ödeme borcunun muaccel olduğu anın dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir. Bu konudaki bir diğer görüş ise olayın özellikleri dikkate alınarak değişik zamanların aşırılığın tespitinde esas alınmasını önermektedir. Dava tarihinin esas alınması gerektiğini ya da hükmün tesis edildiği anın dikkate alınması gerektiğini öneren yazarlar da mevcuttur. Kanaatimizce de tarafların ekonomik durumunu değerlendirebilmek açısından hükmün tesis anının aşırılığın tespitinde dikkate alınması faydalı olacaktır.

818 sayılı Kanun döneminde indirim için borçlunun talepte bulunması konusunda madde lafzından dolayı doktrinsel tartışmalar bulunmakla birlikte 6098 sayılı TBK döneminde madde lafzından dolayı hakimin aşırı gördüğü cezayı kendiliğinden talep olmaksızın indirebileceği doktrin tarafından kabul edilmektedir.

Aşırı cezanın indirilmesi konusunda ayrı bir mahkeme belirlenmemiş olduğundan genel hükümler uyarınca yetkili ve görevli mahkeme tayin edilecektir. Kanunda bu konuda açık bir hüküm bulunmasa da cezanın indirilmesi hususunda tahkim yoluna gidilebilir. Önüne gelen davada borçlunun talebi olmasa dahi hakim aşırı cezayı indirecektir. Borçlu, hakimin aşırı cezayı indirim görevi baki kalmakla birlikte, isterse ikame edeceği bir davayla indirim talep edebilir veya alacaklı tarafından ikame edilen davada cezanın aşırı olduğunu, indirilmesi gerektiğini ileri sürebilir.

Hakim HMK m.26/1'de düzenlenen taleple bağlılık ilkesi gereği, ceza miktarını talep edilen indirim miktarın altına indiremeyecektir. Ancak alacaklı tarafından açılan davada, borçlu cezanın aşırılığını ileri sürerse belli bir miktar göstermek durumunda değildir.

İndirim kararının hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlarca kararın açıklayıcı niteliği bulunduğu ifade edilmekteyse de hakim görüşe göre cezanın indirilmesi davası sonucu verilen karar, nitelik bakımından inşai karardır. Bu bağlamda mahkeme kararının kesinleşmesiyle birlikte ceza, artık taraflarca kararlaştırılmış olan miktar üzerinden değil, hakim tarafından belirlenen miktar üzerinden geçerli olacaktır. Cezanın indirilmesine yönelik olarak tesis edilen mahkeme kararı geçmişe etkili olarak hüküm ve sonuç doğurur.

Tacir sıfatına haiz bir borçlunun, ticari işletmesiyle ilgili bir borçtan dolayı taahhüt ettiği ceza, aşırı olsa dahi TTK m.22 uyarınca indirilmesi mümkün değildir. Tacir basiretli olmak durumunda olduğundan onun için özel bir koruma sağlamak gereksiz olacaktır. Ancak TTK m. 22 nedeniyle tacirin taahhüt ettiği ceza edimini her durumda ödemekle yükümlü kılınması da genel hükümler kapsamında doğru olmayacaktır. Borçlu tacirler tarafından belirlenen ceza koşulunun TBK m.27 ve MK m. 23/2 hükümlerinin denetiminde olduğu kabul edilmektedir. Yargıtay tarafından da tacirin ekonomik mahvına yol açacak derecede yüksek ceza koşulunun ahlaka aykırı olduğu yerleşik içtihat olarak kabul edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Ceza Koşulu, Aşırı Cezanın İndirilmesi, Tacirler Açısından Aşırı Ceza, Cezanın Aşırılığı.

GİRİŞ

Bilindiği üzere, TBK m.112 uyarınca borcunu ifa etmeyen veya gereği gibi ifa etmeyen borçlunun, alacaklının zararını tazmin etme yükümlülüğü bulunmaktadır. Alacaklı, borçlunun borcunu ifa etmeme ya da gereği gibi ifa etmeme ihtimaline karşı, alacağını kuvvetlendirme ihtiyacı hissedebilir. Ceza koşulu kavramı, bu noktada karşımıza çıkmaktadır. Uygulamada hemen hemen tüm sözleşmelerde ceza koşuluna rastlamak mümkündür. Ceza koşulunu kısaca borçlunun borcunu tam veya gereği gibi ifa etmemesi halinde alacaklıya ödemeyi kabul ettiği ceza hususundaki anlaşma olarak nitelendirmek mümkündür.

Tez konumuz olan aşırı cezanın indirilmesi, ceza koşulu ile belirlenen ceza miktarının yüksek ve dolayısıyla adalet ve hakkaniyete aykırı düşmesi nedeniyle, kanun koyucunun, zayıf olan tarafın istismar edilmesini önlemek, tarafların malvarlıkları arasında adil bir denge kurmak saikiyle düzenlediği bir kurum olarak tezahür etmektedir. Kanun koyucu, TBK m.182/3 uyarınca hâkime aşırı cezayı indirme yükümlülüğü yüklemiş, ancak indirimin koşulları ve aşırı cezanın tespitinde kullanılabilecek ölçütler bakımından bir düzenlemeye yer vermemiştir. Bu nedenle de anılan hususlar ile ilgili Yargıtay içtihatları ve doktrin görüşleri kapsamında uygulama şekillenmiştir. İşbu tez ile de amaçlanan, ceza koşulunun indirilmesine ilişkin içtihat ve doktrin görüşlerine yer vererek ve ayrıca değerlendirerek uygulamacılara önüne gelen somut olay bazında yardımcı olmaktır. Nitekim ceza koşulu, uygulamada oldukça sık kullanılan bir hukuki kurumdur.

Çalışmamız Giriş dışında, üç “Bölüm” ve bir “Sonuç” kısmından oluşmaktadır. Birinci bölümde ceza koşulu kavramı, amaçları, unsurları ve türleri açıklanmıştır. İkinci bölümde, aşırı cezanın indirilme amacı, indirimin hukuki niteliği, indirilme koşulları, indirilme yöntemleri ve indirim kararı değerlendirilmiştir.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde, tacirler açısından aşırı ceza konusunda açıklamalar yapılmıştır. Çalışma, araştırmaya ilişkin belli başlı sonuçları içeren sonuç bölümü ile sona ermektedir.

BİRİNCİ BÖLÜM

CEZA KOŞULU KAVRAMI

I. CEZA KOŞULUNUN TANIMI

Bilindiği üzere, TBK m.112 uyarınca borcunu ifa etmeyen veya gereği gibi ifa etmeyen borçlunun, alacaklının zararını tazmin etme yükümlülüğü bulunmaktadır. Alacaklı, borçlunun borcunu ifa etmeme ya da gereği gibi ifa etmeme ihtimaline karşı alacağını kuvvetlendirme ihtiyacı hissedebilir. Ceza koşulu kavramı bu noktada karşımıza çıkmaktadır. Uygulamada hemen hemen tüm sözleşmelerde ceza koşuluna rastlamak mümkündür.

TBK 179 vd. maddelerinde ceza koşulunun¹ tanımına yer verilmeden, ceza koşulunun hüküm ve sonuçları üzerinde durulmaktadır. Doktrinde ise ceza koşulunun hemen hemen aynı unsurlara yer verilmek suretiyle tanımlandığı görülmektedir. Buna göre ceza koşulu; “borçlunun alacaklıya karşı mevcut bir borcu hiç veya gereği ifa etmemesi halinde alacaklıya ödenmesi gereken ekonomik değeri olan bir edim”², “borçlunun borcunu ihlal etmesi halinde alacaklıya ödemeyi kabul ettiği ceza hususundaki anlaşma”³, “borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde, borçlunun alacaklıya karşı yerine getirmeyi yüklediği edim”⁴, “borçlunun borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde önceden kararlaştırılmış bir edimde bulunmayı alacaklıya karşı üstlenmesi”⁵, “asıl borcun ileride hiç veya gereği gibi ifa edilmediği takdirde borçlunun alacaklıya karşı önceden taahhüt ettiği edim”⁶,

¹ Ceza koşulu, Roma hukukundan günümüze kadar gelen bir kavram olup Roma hukuku ile ilgili çalışmalar yapan hukukçuların ceza koşulu kavramı için eserlerinde stipulatio poenae ifadesini kullandıkları görülmektedir. Roma hukukunda ceza koşulu kavramı için bkz. Sevgi Kayak, “Roma Hukukunda Cezai Şart”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXIV, S.1, 2006, s. 237-257. Mülga BK’da cezai şart kavramı kullanılırken 6098 sayılı TBK’da ceza koşulu kavramı kullanılmaktadır.

² Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 1209.

³ Kemal Oğuzman / Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt II, Gözden Geçirilmiş 14. Baskı, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 534.

⁴ Safa Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış 25. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2014, s. 457.

⁵ A. Naim İnan / Özge Yücel, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenip Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2014, s. 564.

⁶ Sulhi Tekinay/ Sermet Akman/ Haluk Burcuoğlu/ Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 341.

“mevcut borcun ifa edilmemesi veya eksik ifa edilmesi halinde ödenmesi gereken, mali değeri haiz ve hukuki işlem ile tayin edilmiş bir edim”⁷, “borçlunun borcunu ifa etmediği veya noksan olarak ifa ettiği takdirde alacaklıya bir edada bulunmayı taahhüt ettiği anlaşma”⁸, “borcun zamanında ve gereği gibi ifasını temin etme ve icabında alacaklıya zararını ispat yükü olmadan belli bir tazminat alabilme imkanı sağlayan bir kayıt”⁹, “mevcut borcun ifa edilmemesi veya eksik ifa edilmesi halinde ödenmesi gereken, ekonomik değere sahip ve hukuki işlem ile belirlenmiş hayattakiler arasındaki bir edim taahhüdü”¹⁰, “geçerli bir borcun yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesi ya da belli bir yerde belli bir zamanda yerine getirilmemesi durumunda, borçlunun ödemesi gereken malca değeri olup bir hukuki işlem ile belirlenen götürü bir edim”¹¹; “borçlunun borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde önceden kararlaştırılmış bir edimde bulunmayı alacaklıya karşı üstlenmesi”¹², “borçlunun yerine getirmeyi taahhüt ettiği borcu, hiç veya gereği gibi ifa etmediği ya da gecikerek ifa ettiği hallerde, önceden kararlaştırılmış ve ekonomik değer taşıyan bir edimi gerçekleştirmeyi taahhüt etmesi”¹³ olarak tanımlanmaktadır.

Yargıtay ise ceza koşulunu “*geçerli bir borcun yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesi ya da belli bir yerde, belli bir zamanda yerine getirilmemesi durumunda, borçlunun ödemesi gereken ve malca (ekonomik) değeri olup bir hukuk işlemiyle belirlenen götürü bir edimdir. Ceza koşulu, borca aykırı davranılması durumunda oluşan ve alacaklının uğrayacağı zararın önceden ve götürü yol ile saptanması*” olarak tanımlamaktadır¹⁴.

Burada belirtilmesi gereken husus, sözleşme cezası ile cezai şart, ceza koşulu kavramları arasında mevcut olan terminolojik karışıklığa dikkat edilmesi

⁷ Kenan Tunçomağ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler** (Genel Hükümler), Cilt I, Beşinci Bası, İstanbul 1976, s. 516.

⁸ Osman Berki, “Pey Akçesi, Rücu Tazminatı ve Cezai Şart (Mukavele Cezası) Etrafında Tetkikler”, **İstanbul Barosu Dergisi**, 1943, C.XVII, S.5. s. 281.

⁹ Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt-II, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1977, s. 388.

¹⁰ İlhan Cevdet Günay, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Şerh)**, Ankara 2012, s. 8.

¹¹ Salter Uçar, **Hukukta Cezai Şart ve Uygulaması**, İstanbul, Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1993, s.11

¹² İnan/ Yücel, s. 564.

¹³ Gökhan Dirican, **Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 15-16.

¹⁴ Yargıtay 13 HD’nin 25.12.1981 tarihli, 1981/7896 E. ve 1981/8497 K. sayılı kararı (www.kazanci.com.tr)

gerektiğidir. Zira cezai şart, ceza şartı, ceza sözleşmesi veya ceza koşulu hukuki işlemi ifade eder. Sözleşme cezası yahut ceza ise o hukuki işleminden doğan edimi, hukuki işlemin konusunu ifade etmektedir¹⁵.

II. CEZA KOŞULUNUN AMACI

A. Genel Olarak

Ceza koşulu, birçok amacın gerçekleşmesine hizmet edebilir. Ancak temelde, borçluyu ifaya zorlamak ve borcun ifa edilmemesi halinde ödenecek tazminatı önceden ve götürü olarak tespit etmek gibi iki ana amacı bulunmaktadır¹⁶. Bu amaçlar dışında ceza koşulunun, borçluyu tamamen veya kısmen sorumluluktan kurtarma, borçluyu her türlü zarardan sorumlu tutma gibi işlevleri bulunduğu da belirtilmektedir¹⁷.

İsviçre Federal Mahkemesinin birçok kararında, ceza koşulunun temel amacının borçluyu ifaya zorlama olduğu ifade edilirken¹⁸, Yargıtay, borçluyu ifaya zorlama ve tazminatın tespiti olmak üzere ceza koşulunun iki temel amacı olduğunu kabul etmektedir¹⁹. Hukukumuzda ceza koşulunun fonksiyonlarının birleştirilerek, bileşik sistemin kabul edildiği görülmektedir²⁰. Yargıtay 13 HD'nin 14.11.1977 tarihli, 1977/4495 E. ve 1977/5010 K sayılı kararında²¹ da bu husus; “...Ceza koşulu, bir edimden ya da belli yer ve zamanda edimden kaçınmada, genellikle para olan bir tutarın ceza olarak verilmesinin sözleşilmesidir. Bu sözleşmenin amacı, borçluyu edime zorlama alacaklıyı zararı saptama yükümünden kurtarma ve olumsuz

¹⁵Mehmet Erdem, “Delenda Est Carthago (Vel Stipulatio Poenae)”, **Uğur Alacakaptan’a Armağan**, Cilt 2, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, s.322-323 (Delenda Est Carthago).

¹⁶Köksal Kocağa, **Türk Özel Hukukunda Cezai Şart**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003, s. 40; Hüseyin Ekinci, **Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004, s.47; Dirican, s. 26; Ferit Saymen / K. Halid Elbir, **Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler**, İstanbul, 1966, s. 838-839.

¹⁷Kenan Tunçomağ, **Türk Hukukunda Cezai Şart (Cezai Şart)**, İstanbul, Baha Matbaası, 1963, s. 51-52; Günay, **Cezai Şart**, s. 74.

¹⁸Kocağa, **a.g.e.**, s. 44.

¹⁹Yargıtay 13 Hukuk Dairesi 25.12.1981 tarihli, 1981/7896 E. ve 1981/8497 K. sayılı kararında; “...Ceza koşulu, borca aykırı davranılması durumunda oluşan ve alacaklının uğrayacağı zararın önceden ve götürü yol ile saptanmasıdır. Önceden belirlenen bir giderin olmasının yanı sıra ceza koşulu, borcun gereği gibi yerine getirilmesinde zorlayıcı bir işlev de görür, ceza koşulu alacaklının borçluya karşı kullanabileceği hukuksal bir baskı aracıdır Üstelik, alacaklıyı, zararın varlığı ile kapsamını tanıtlamak (isbat etmek) gibi güç ve üzücü bir uğraştan da kurtarır. Gerçekten, BK. md. 159/1'e göre, "alacaklı zarara uğramamış olsa bile ceza gerekir". ifadelerine yer vermiştir (www.kazanci.com.tr).

²⁰Saymen / Elbir, **a.g.e.**, s. 840; Ayça Akkayan Yıldırım, “Cezai Şartın İşlevi Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.LXI, S.12, 2003, s. 385.

²¹www.kazanci.com.tr.

edimlerde, yaptırım gücünden yararlanmadır. O nedenle, iki fonksiyonu vardır. Bunlardan ilki ceza, ikincisi da tazminat fonksiyonudur. Ceza koşulu, özel bir ceza niteliğindedir. Öyle ki, alacaklı zarara uğramasa bile, borçlu cezayı ödemekle yükümlüdür. Karşıt olarak da, borçlunun kusurunu ispat eden alacaklı, cezayı aşan tutarı da isteyebilir. Ceza koşulunun tazminat fonksiyonuna gelince; genel maddi tazminat davalarında, kural olarak, ispat yükü, zarara uğradığını iddia edenindir. Ceza koşulunda, buna gerek yoktur. Esas itibariyle, edimden kaçınmanın ispatı yeterlidir. Kanunumuzda, ceza koşulunun, ceza ve tazminat fonksiyonları kaynaştırılarak, bileşik sistem kabul edilmiştir. Bu sistemin sonucu ise, aşırı görülen ceza koşulunun indirilmesinde, tazmin ve cezanın dengeli olarak korunmasıdır. O nedenle, ceza koşulunun, ceza fonksiyonu hiç sayılarak, yalnızca zarar karşılığı olan tutara kadar indirme yapılması kanuna aykırıdır. İndirimin en son sınırı zarar ve işin gereğine göre belirlenecek cezanın toplamıdır...” şeklinde ifade edilmiştir.

Ceza koşulunun, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça ceza işlevi göz ardı edilerek, zarar karşılığı olan tutara indirilmesi veya tazminat fonksiyonun dikkate alınmaksızın, sadece ceza fonksiyonu gözetilerek aşırı cezanın indirilmemesi gibi davranışlar, cezanın kararlaştırılmasıyla beklenen hukuki faydayı sağlamayacaktır²². Ceza koşulunun amacının, somut olayın özelliklerinden ve tarafların iradeleri dikkate alınmak suretiyle belirlenmesi ise özellikle cezanın indirilmesi noktasında önem arz etmektedir²³.

Yargıtay bir kararında²⁴ ceza koşulunun amaçlarını, ceza koşulunun türleri ile ilişkilendirerek şu şekilde açıklamıştır; “*Borçlar Kanunun 158 ve devamı maddelerinde düzenlenen cezai şart, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde borçlunun belirli bir miktar para ödeme taahhüdüdür. Cezai şartın üç amacı vardır. Bunlar teminat ve ceza amacı, tazminat amacı ve sözleşmeden dönme amacıdır. Borçlar Kanunun 158/1 maddesinde seçimlik cezai şart düzenlenmiştir. Buna göre alacaklı, sözleşme gereği hiç ya da gereği gibi yerine getirilmediği takdirde ya edimin ifasını ya da cezai şartın ödenmesini ister, burada teminat ve ceza amacı söz konusudur. Borçlar Kanunun 161. maddesine göre bu şartın aşırı*

²²Akkayan Yıldırım, **a.g.m**, s. 377.

²³Akkayan Yıldırım, **a.g.m**, s. 377.

²⁴ Yargıtay 14. HD’nin 5.5.1999 tarihli, 1999/2536 E. ve 1999/3371 K. sayılı kararı (www.kazanci.com.tr).

olmaması gerekir". Bu genel açıklamadan sonra ceza koşulunun her bir işlevini kısaca belirtmekte fayda bulunmaktadır.

B. Borçluyu İfaya Zorlama

Ceza koşulunun önemli işlevlerinden biri, borçlu üzerinde maddi ve manevi baskı unsuru olarak onu ifaya zorlamak ve böylelikle asıl borcun ifasını teminat altına almaktır²⁵. Ceza koşulunun borçluyu ifaya zorlamaya yönelik işlevine teminat işlevi de denilmektedir²⁶. Ceza koşulunun kararlaştırıldığı hallerde borçlu, asıl borcu yerine getirmemesi halinde daha ağır bir yükümlülükle karşılaşacağını düşünerek, asıl borcu ifa etmeye, bu konuda daha özenli davranmaya çalışır²⁷. Cezanın miktarının yüksek belirlendiği durumlarda ise, borçlu üzerindeki baskı artacağından, ceza koşulunun ifaya zorlama amacının gerçekleşme ihtimali artar²⁸. Ceza koşulunda alacaklı için takibin daha kolay olması, zarar olmasa da cezanın talep edilebilmesi (TBK m.180/1), belirlenen cezanın miktarının genellikle mahkemenin hükmedeceği tazminattan fazla olması gibi nedenler de borçlu üzerinde baskı yapmaktadır²⁹.

²⁵Buradaki teminat şahsi bir teminattır (Saymen / Elbir, s. 836); Necip Bilge, **Cezai Şart**, Esat Arsebük Armağanından Ayrı Bası, Ankara, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, 1957, s. 67; Ekrem Edgü, **Borçlar Hukuku Umumi Hükümler**, Balkanoğlu Matbaası, 1965, s. 135; Eren, **a.g.e.**, s. 1210; Andreas Von Thur, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım C.1-2**, Çev. Cevat Edege, Yargıtay Yayınları, No:15, Ankara, Olgaç Matbaası, 1983, s. 763. Turgut Akıntürk/ DeryaAteş, **Borçlar Hukuku**, 27. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2018, s.163; Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Genişletilmiş 22. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, 2018, s.986; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 42. Tunçomağ, ceza koşulunun sadece borçluyu ifaya zorlama amacı gütmesine pek sık rastlanmayacağı, az veya çok ölçüde buna tazminat gayesinin de karışacağını belirtmektedir (Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 49); Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 342, dn.1; Pierre Tercier/Pascal Pichonnaz/Murat Develioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 1. Baskı, İstanbul, Onikilevha Yayıncılık, 2016, s. 428; İnan/Yücel, s. 565-566. Hüseyin Avni Göktürk, "Cezai Şart Müessesesi", **İzmir Barosu Dergisi**, Sayı 1-13, 1938, s. 399. Akkayan Yıldırım, makalesinde, ceza koşulunun ana amaçlarından birinin, asıl borcun ifasını temin etmek olduğunun kabul edilebilir olduğunu, ancak teminat kavramının bir borcun yerinde ve zamanında ödeneceğini temine yarayan onu garanti eden işlemler tanımından hareket edildiğinde, ceza koşulunun, teknik anlamda bir teminat işlevi olmadığı noktasına varıldığını, zira ceza koşulunun teminat kavramının söz konusu tanım çerçevesinde öngörülen güçte bir araç olmadığını, kanunun öngördüğü tazminat yükümlülüğünde olduğu gibi borcun tam ve gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan zararları karşılayacak kişinin, yine borcunun kendisi olduğunu, borcunun borcu, ceza koşuluyla genişlese de alacaklının borcunun malvarlığına el koyma imkanlarının ceza koşuluyla genişlemediğini, bu noktada da hem teminat sözleşmesinin geniş anlamda tanımından uzaklaşmış hem de ifanın temininin sadece sınırlı biçimde güçlendirilmiş olacağını, sonuç olarak ceza koşulunun teminat işlevinin bulunmadığını, bu ifade yerine alacaklının borçluya karşı güçlendirilmesi amacı/işlevi ifadesinin kullanılmasının daha uygun olacağını ifade etmektedir (Akkayan Yıldırım, **a.g.m.**, s. 378-380).

²⁶Bilge, **a.g.e.**, s. 83; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 42.

²⁷Saymen / Elbir, **a.g.e.**, s. 837; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 43; Ekinci, s. 47; Eren, **a.g.e.**, s. 1209; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/ Altıp, **a.g.e.**, s. 342. Esat Arsebük, **Borçlar Hukuku C.1-2**, Ankara, Güney Matbaacılık, 1950, s. 980; Bilge, **a.g.e.**, s. 83; Oğuzman/ Öz, Cilt II, s. 530.

²⁸Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 49; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 43.

²⁹ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 49; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 44; Edgü, s. 135.

Önceden belirlenmiş ve kesin bir cezanın belirlenmesi nedeniyle borçlu borcunu ifa etmek için daha çok çaba gösterir³⁰.

Cezanın hakim tarafından indirilmesi ihtimalinin de bu amacın gerçekleşmesine olumsuz etkisinin olmayacağı kabul edilmektedir. Nitekim hakimin bu yetkisini kullanıp kullanmayacağı, kullanacaksa da bunun ölçüsünün ne olacağı önceden bilinmemektedir. Dolayısıyla asıl borcun ifa edilmemesi halinde cezanın ödenmesi kesin iken, cezanın indirilmesi sadece bir ihtimaldir³¹. Kaldı ki cezanın indirilmesi halinde dahi aşağıda³² detaylıca bahsedildiği üzere hakim, cezayı indirirken ceza koşulunun ifaya zorlama amacını dikkate almalı ve ceza miktarını zarar miktarına indirecek şekilde indirim yapmamalıdır.

TBK m. 180/1'in değerlendirilmesinden de ceza koşulunun tazminat miktarını tespit amacı yanında borçluyu ifaya zorlama amacının da bulunduğu anlaşılmaktadır. Cezanın asıl borcun alacaklısına ödenmesi zorunluluğu olmadığı düşünüldüğünde, cezanın 3. kişiye ödenmesi kararlaştırıldığı hallerde borcun ifaya zorlama amacı daha açık bir şekilde görülür³³.

C. Tazminatı Önceden Tespit

Bilindiği üzere borçlu, borcunu ifa etmeyince, alacaklı zarara uğradığını ve uğradığı zararının miktarını ispat etmesi gerekecektir. Alacaklıdan zarar miktarının kesin bir şekilde ispatı istenmiyor olsa da ispat her zaman kolay olmadığından, bu konuda alacaklıya yüklenen külfet oldukça ağırdır. Alacaklıya yüklenen bu külfet, alacaklının çoğu zaman davanın sonucundan şüphe etmesine neden olmaktadır. Alacaklı, elinde zararını ve miktarını ispat edecek deliller olmasına rağmen, sırlarının açığa çıkmasından endişe ederek delillerini ibraz etmeme ihtiyacı da duyabilir. Sözleşmede ceza koşulunun kararlaştırılması halinde ise alacaklı, sözleşmeye aykırılık halinde zararın tazminini götürü hale getirerek zararın kapsamını ispat yükünden kurtulmaktadır³⁴. Dolayısıyla ceza koşulunun bir diğer amacı, o borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde, tazminatın önceden tespit edilmesidir³⁵.

³⁰Hüseyin Hatemi / Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 4. Bası, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2017, s. 376; Eren, **a.g.e.**, s. 1209; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 44; Oğuzman/ Öz, Cilt II, s. 530.

³¹Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 50; Günay, **Cezai Şart**, s. 75.

³²Bkz. İkinci Bölüm, II, D

³³Kocaağa, **a.g.e.**, s. 44.

³⁴Hıfzı Veldet Velidedeoğlu/ Reşad Kaynar, **Borçlar Hukuku Umumi Hükümler**, 3. Bası, Tan Matbaası, 1960, s.161; Eren, **a.g.e.**, s. 1209; Von Tuhr, **a.g.e.**, s. 763; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 48; İnan/Yücel, **a.g.e.**, s. 566; Saymen / Elbir, **a.g.e.**, s. 837, 839, Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop,

Diğer yandan kanun koyucu, asıl borcun ifa edilmemiş olmasının alacaklıyı zarara uğratmadığını, borçlunun ispat etmesine de imkan tanımamıştır³⁶. Aksinin kabulü halinde, ceza koşulunun kendisinden beklenen işlevi yerine getirmesi de mümkün olmayacaktı. Borçluya, alacaklının hiçbir zararı bulunmadığını ispatla cezayı ödeme sorumluluğundan kurtulma hakkı tanınmamış olmakla birlikte, tarafların sözleşme ile alacaklının zararını ispat etmekle yükümlü tutulması halinde Bilge, kararlaştırılan ek edimin ceza koşulunun niteliğini kaybetmesine neden olacağını ifade etmiştir³⁷.

Tunçomağ'a göre³⁸, eBK'nın 159 (TBK m.180) ve 161. (TBK m.182) maddeleri nedeniyle ceza koşulu, tazminat talebini kolaylaştırma işlevini tam olarak yerine getirememektedir. Zira işbu hükümler nedeniyle alacaklı, ceza miktarının üstünde zarara uğraması halinde borçlunun kusuru olduğunu ispat etmedikçe cezayı aşan zararını talep edemeyeceği gibi borçlunun aşırı derecede yüksek cezanın hakimden indirilmesini isteme hakkı bulunmaktadır. Bu iki hüküm nedeniyle de zarar ve tazminat miktarı konusunda uyumsuzluk yaşanmaya devam etmektedir.

Günay, ceza miktarının alacaklı ya da borçlunun hakim durumda bulunmasına göre bazen yüksek bazen ise düşük belirlendiğini, ceza miktarının yüksek olması halinde ceza koşulunun tazminat amacı yanında ceza amacının da eklendiğini, düşük tutulması halinde ise borçlunun sorumluluğunun sınırlandığı, bazı hallerde ise tamamen kalktığını belirtmektedir³⁹.

D. Borçluyu Sorumluluktan Kurtarma

Ceza koşulunun mahiyetine yabancı olan ancak doktrinde ifade edilen amaçlarından biri de, borçluyu sorumluluktan kurtarmadır. Ceza miktarını çok az kararlaştırmak suretiyle uygulama yönünden sorumsuzluk kaydıyla (TBK 115 ve 116 m., eBK 99 ve 100 m.) aynı sonuca varılabileceği belirtilmektedir⁴⁰. Ancak bu şekildeki ceza koşulunun TBK m. 115 hükmü karşısında geçerli olmaması gerekir.

a.g.e., s. 342; Arsebük, **a.g.e.**, s. 981; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 986; Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 163; Tercier/Pichonnaz/ Develioğlu, **a.g.e.**, s. 428.

³⁵ Arsebük, **a.g.e.**, s. 981; İnan/Yücel, **a.g.e.**, s. 566; Tahir Kanık, **Cezai Şart**, Adalet Dergisi, Ağustos, 1950, Sayı 8, s. 1071; Saymen / Elbir, **a.g.e.**, s. 837; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, **a.g.e.**, s. 342.

³⁶ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 48; Günay, **Cezai Şart**, s. 75; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 46.

³⁷ Bilge, **a.g.e.**, s. 85.

³⁸ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 49.

³⁹ Günay, **Cezai Şart**, s. 75-76.

⁴⁰ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 51.

Aksi halde kanuna karşı hilenin varlığından söz etmek mümkündür⁴¹. Zira taraflar, gerçek ve geçerli bir hukuki işlem olan ceza koşulunun mevcudiyeti ile TBK m. 115 ve 116 (eBK 99 ve 100) maddelerinin uygulanmasından kaçınmak isteyebilirler. Borçlu, sorumluluktan tamamen kaçacağı yerde onu sınırlama amacı da güdebilir. Bu durumda, cezayı aşan miktar bakımından ek tazminat isteme hakkından vazgeçme şeklinde yorumlanabilecektir. Sorumluluğu sınırlama amacıyla kararlaştırılan ceza koşulunun kanuna karşı hile şartları mevcut olmadığı sürece geçerli saymanın uygun olduğu belirtilmektedir⁴².

E. Borçluyu Her Türlü Zarardan Sorumlu Tutma Gayesi

Ceza koşulunun mahiyetine yabancı olan amaçlarından biri olarak addedilen borçluyu her türlü zarardan sorumlu tutma amacı güden ceza koşulunda, ifa etmeme mücbir sebep nedeniyle dahi olsa cezanın ödenmesi taahhüt edilmektedir. Bu durumda ceza koşulu şart şans ve tesadüfe bağlı bir sözleşme görünümü vermektedir. Taraflarca kararlaştırılan bu şekildeki bir taahhüdün ise geçerli olduğu ifade edilmektedir⁴³.

III. CEZA KOŞULUNUN UNSURLARI

A. Asıl Borcun Bulunması

Ceza koşulunun ana amaçlarından biri, asıl borcu teminat altına almak olduğundan, ceza koşulu her şeyden önce ifası teminat altına alınacak bir asıl borcun bulunmasını gerektirir⁴⁴. Asıl borç yoksa, ceza koşulundan söz edilemez⁴⁵. Önceden ifa edilen bir edimin kararlaştırılan şartlara uygun olmaması halinde para ödeneceği durumda ceza koşulu söz konusu olmaz⁴⁶. Yine doğruluğu hakkında teminat verilen geçmişe yönelik ilişkilerin doğru olmaması halinde bir edimin ifa edileceğinin kararlaştırılması da ceza koşulu meydana getirmeyecektir; zira burada, ceza koşulunun asıl borcun ihlalini önleme amacı bulunmamaktadır⁴⁷. Taraflardan birine sözleşmeden fesih hakkı tanınması veya sözleşmeye aykırı davranan tarafın bazı

⁴¹ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 51.

⁴² Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 51.

⁴³ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 52; Günay, **Cezai Şart**, s. 77.

⁴⁴ İnan/Yücel, **a.g.e.**, s. 564; Azra Arkan, "Cezai Şart", **İstanbul Barosu Dergisi**, 1997, Cilt 71, sayı 1-2-3, s. 80; Eren, **a.g.e.**, s. 1210; Bilge, **a.g.e.**, s. 50.; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 531; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 988; Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 164.

⁴⁵ Eren, **a.g.e.**, s. 1210; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 83; İnan/Yücel, **a.g.e.**, s. 564; Dirican, **a.g.e.**, s. 21; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu/ Refet Özdemir, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi** (Genel-Özel) Ankara 1987, s. 333-334.

⁴⁶ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 7; Günay, **Cezai Şart**, s. 25-26.

⁴⁷ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 7; Günay, **Cezai Şart**, s. 25-26; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 84-85.

haklardan yoksun bırakılması da ceza koşulu olarak addedilemez⁴⁸. Diğer yandan asıl borcun şarta bağlı olması halinde dahi, ceza koşulu kararlaştırılabilir⁴⁹.

Asıl borcun konusu, bir şeyin teslimi veya bir işin yapılması veya yapılmaması da olabilir⁵⁰. Yalnızca irade beyanında bulunma veya açıklamada bulunma borçları açısından da ceza koşulu kararlaştırılabilir⁵¹.

Ceza koşulunun kararlaştırılması için borcun mali bir değere sahip olması şart değildir⁵². Borcun konusu, para borcu olabileceği gibi, paradan başka bir edim de olabilir⁵³. TBK m.180/1'de (eBK m.159/1) alacaklı zarara uğramasa bile kararlaştırılan cezanın ifasının gerektiği hükmü ile malvarlığı hukukuna girmeyen veya para ile kolayca takdir edilmeleri mümkün olmayan menfaatlerin de korunması sağlanmıştır⁵⁴. Yargıtay eski kararlarında⁵⁵ ceza koşulu adı altında aşırı faiz

⁴⁸Saymen / Elbir, **a.g.e.**, s. 840.

⁴⁹ Eren, **a.g.e.**, s. 1211; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 7; Günay, **Cezai Şart**, s. 26; Kocağa, **a.g.e.**, s. 84; Ancak bu durumda geciktirici şarta bağlı borçlarda şart gerçekleşmezse ceza muaccel olmayacak, bozucu şarta bağlı borçlarda ise bozucu şartın gerçekleşmesiyle ceza koşulu hükümsüz kalacaktır (Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 538).

⁵⁰ Dirican, **a.g.e.**, s. 22; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 376; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 339; Velidedeoğlu/Özdemir, **a.g.e.**, s. 334; Arsebük, **a.g.e.**, s. 982; Birsen, **a.g.e.**, s. 361; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 538; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, **a.g.e.**, s. 343; Bilge, **a.g.e.**, s. 58; Esat Arsebük, **Cezai Şart Mefhumi Etrafında Tahliller (Tahliller)**, **Adliye Ceridesi**, S. 16, Nisan 1936, s. 988.

⁵¹Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 376; Kocağa, **a.g.e.**, s. 85; Örneğin kurulda belli doğrultuda oy verme veya birisini aydınlatma borcu da ceza koşuluna bağlanabilir (Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 538).

⁵² Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, **a.g.e.**, s. 344; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 377; Günay, **Şerh**, s. 639. Ancak ceza koşulunun konusunun TBK m. 26 ve 27. maddelerinin sınırlarında kalmak üzere, ceza olarak kararlaştırılan edimin mali bir değeri bulunması gerekir. Zira mali değeri olan edim icra yoluyla takip edilebilir ve ceza koşulunun uygulamada değer kazanmasını sağlar (İnal/Yücel, s. 564-565; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 390; Dirican, **a.g.e.**, s. 23; Arkan, **a.g.e.**, s. 81; Mehmet Erdem, **Delenda Est Carthago**, s.321).

⁵³ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 8; Günay, **Cezai Şart**, s. 24; Eren, **a.g.e.**, s. 1210; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, **a.g.e.**, s. 344; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 538; Kocağa, **a.g.e.**, s. 85.

⁵⁴ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 7; Günay, **Cezai Şart**, s. 24.

⁵⁵ Bkz. Yargıtay 4 HD 12.1.1965, 1964/1042 E. ve 1965/85 K., Yargıtay 4 HD, 7.12.1965, 1964/9146 E., 1965/6973 K. sayılı kararı. Yargıtay'ın eski kararlarından para borçlarında ceza koşulunun talep edilip edilemeyeceği konusunda tam bir kararsızlık içerisinde bulunduğu anlaşılmaktadır. Gerçekten de Yargıtay 4. HD'nin 22.12.1947 tarihli, 1947/7284 E. ve 1947 K. sayılı kararında para borcunun zarar ve ziyanının faizden ibaret olduğu belirtilerek, bu gibi borçlardan dolayı ceza taahhüdünün hükümsüz olduğu belirtilmiştir. Aynı dairenin 22.02.1960 tarihli, 1959/3257 E. ve 2017 K sayılı kararında, para borçlarında ceza koşulunun geçerli olduğu, para borçlarının ödenmesinde temerrüt halinde eBK m.105 uyarınca bundan doğacak zararı talep edebileceği, o halde para borçlarında gecikme tazminatının faizden ibaret olacağı yolundaki görüşün doğru olmayacağı ifade edilmiştir. Fakat aynı daire bu sefer 12.1.1965 tarihli, 1964/1042 E. ve 1964/85 K. sayılı kararıyla oyçokluğuyla bu görüşünden vazgeçmiş ve para borçlarına ilişkin uyuşmazlıkların çözümlenmesinde, ana para ve istenildiğinde faize ve eBK m. 105 uyarınca ek zarara hükmedilmesi gerekli olduğu, bunların dışında ceza koşulunun murabaha nizamnamesine aykırı ve kanuni sınırdan yukarı faiz isteme anlamına geleceğinden kabulüne imkan olmadığı beyan edilmiştir. Azınlık görüşünde ise tarifieden fazla olan miktarın tarife dışında kalan kısmının borçlunun borcunu ödemeye zorlayıcı ceza koşulu niteliğinde olduğu, kanunda ise para borçlarında ceza koşulu talep edilemeyeceğine ilişkin bir hükümlenmediğinden çoğunluk görüşüne katılmadığı belirtilmiştir. Yine aynı daire 7.12.1965 tarihli, 1964 E. ve 6973 K. sayılı kararında eBK m. 103 ve 105'in birlikte değerlendirilmesinden çıkan

oranlarına yol açılabileceği kaygısıyla para borçlarında ceza koşulu kararlaştırılamayacağını⁵⁶, para borcunun zarar ve ziyanının faizden ibaret olduğunu, eğer faizi aşan zarar varsa bunun eBK m.105 (TBK m.122) uyarınca talep edilebileceği ifade etmiş ise de mevzuatta bu görüşü teyit edecek bir düzenleme olmadığı gibi Yargıtay'ın bu yorumu, sözleşme serbestisi ilkesine⁵⁷ de aykırıdır⁵⁸. Yargıtay'ın para borçlarına ilişkin eski kararları, esasında ceza koşulu sorununu gecikme faizi kurallarına göre çözmek istemesinden kaynaklanmaktadır⁵⁹. Ancak gecikme faiz oranı ile ceza koşulunu sınırlandırmak, her şeyden önce ceza koşulunun tazminatı önceden tespit amacıyla bağdaşmayacağı gibi para borçları dışındaki borçlarda ceza koşulunun alacaklısı ile para borçları bakımından ceza koşulunun alacaklısı bakımından eşitsiz bir durum yaratılmasına neden olur⁶⁰.

Yargıtay'ın para borcunun zarar ve ziyanının faizden ibaret olduğu düşüncesi, para borçlarının ceza koşuluna bağlanamayacağı görüşü için yeterli bir neden değildir. Zira ceza koşulunun zararın önceden tespiti ve borçluyu ifaya zorlamak gibi amaçları da vardır⁶¹.

Diğer yandan para borçlarının ifa edilmemesi durumunda ceza değil de yalnızca faiz ödeneceği savı eBK m. 105 (TBK m.122) hükmü ile de uygun düşmemektedir. Zira eBK m. 105 (TBK m.122) temerrüt faizini aşan zararlarının tazmininin de talep edilebileceğini düzenlemektedir. Bu husus ise ceza koşulunun

sonucun olayda temerrüt faizinin sınırlı olduğu, kanunen temerrüdün sonuçları belli edilmiş iken faizden fazla miktarın ceza olarak kabul edilmesinin kanuna karşı hile olup geçerlilikten yoksun olacağı ifade edilmiştir. Söz konusu kararın azınlık görüşü ise haklı olarak para borçlarının vadesinde ödenmesini sağlama amacıyla taraflar arasında ceza koşulu kararlaştırılmasını yasaklayan hiçbir hükmün yer almadığını, temerrüt faizinin belli bir oranla yasaklanmış olmasının para borçlarında ceza koşulu kararlaştırılmasına engel olmayacağını, çünkü borçlunun temerrüt faizinden fazla olan zararı ispat şartıyla zararın ödenebileceğini benimsediğini, tarafların ceza koşuluyla para borcunda temerrüde düşmüş olması halinde zararın miktarını önceden kararlaştırmalarının mümkün olduğunu, zira kanunun taraflara tanıdığı bir hakkın esirgenip kısıtlanmasının ancak önleyici açık bir hüküm ile mümkün olduğu ve tarafların zararı önceden kararlaştırmalarının kanun tarafından yasaklanmadığını, hakimın fazla cezayı eBK 161. madde uyarınca resen indirmeye mecbur olduğu düşünüldüğünde ortada bir geçersizlik nedeni de bulunmadığını ifade etmiştir. (M. Reşit Karahasan, Para Borçlarında Cezai Şart (Cezai Şart), **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt XL, Sayı 10, Ekim 1966, Medeni Kanunun 40. Yıldönümü Özel Sayısı, s.473-477).

⁵⁶ Akar Öcal, "Para Borçlarındaki Cezai Şart Hakkında Yargıtay'ın Görüşleri", **Adalet Dergisi**, Y. 52, 1961, S.5, s. 525-527.

⁵⁷ Sözleşme serbestisi, kişilerin hukuk düzeninin sınırları içerisinde irade beyanlarıyla hukuki ilişkiler kurmak, değiştirmek ve ortadan kaldırmak hususundaki hürriyetlerdir. Bkz. İbrahim Kaplan, **Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi**, 2. Baskı, Ankara, 2007, s. 19 vd.

⁵⁸ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 8; Günay, **Cezai Şart**, s. 24, Kocaağa, **a.g.e**, s. 87; Feyzioğlu, **a.g.e**, s. 392.

⁵⁹ Karahasan, **Cezai Şart**, s 489.

⁶⁰ Karahasan, **Cezai Şart**, s 491.

⁶¹ Kocaağa, **a.g.e**, s. 86.

zararın götürü olarak önceden tespit edilmesi amacına uygundur. Tarafların aşan zararı önceden tespit etmek ve ispat yükünden kurtulmak amacıyla bir miktar parayı ceza olarak kararlaştırmalarında herhangi bir kanuni engel de bulunmamaktadır⁶². Para borçlarında borcun ifa edilmemesi halinde faiz oranının yükseltileceği konusundaki bir anlaşma, ceza koşuludur⁶³. EBK m. 161/3 (TBK m. 182/3) maddesi ile cezanın indirilmesi düzenlenmiş olduğundan Yargıtay'ın eski kararlarında bu sonuca ulaşmasına neden olan kaygının altyapısının da olmadığı anlaşılmaktadır.

Yargıtay doktrinde eleştirilen bu görüşünden isabetli olarak vazgeçmiş görünmektedir. Yargıtay 13 HD'nin 20.4.1995 tarihli, 1995/3643 E ve 1995/3986 K. sayılı kararında; *“.....her sözleşmede ceza koşulu kararlaştırılabileceği gibi, para borçlarının ödenmesine ilişkin sözleşmelerde de ceza koşulu kararlaştırılabilir. Ayrıca para borcunun ödenmemesi veya eksik veya geç ödenmesi halleri için ceza koşulu yanında ayrıca temerrüt faizi ödenmesi de öngörülebilir....”* demiştir⁶⁴.

Her türlü borç, kural olarak ceza koşulu ile kuvvetlendirilebilir. Bu anlamda asıl borç bir sözleşmeden, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden veya doğrudan kanundan kaynaklanan bir borçtan da doğmuş olabilir⁶⁵. Sözleşme dışındaki borç kaynaklarının ceza koşuluna bağlanıp bağlanamayacağı tartışmalı olmakla birlikte doktrinde hâkim görüş⁶⁶ isabetli olarak, sözleşme dışı borçların da ceza koşuluna bağlanabileceği yönündedir. Hatta ceza hukuku bakımından yasak bir fiilin tekrarlanması halinin dahi ceza koşuluna bağlanabileceği ifade edilmektedir⁶⁷.

⁶²Kocaağa, **a.g.e**, s. 86.

⁶³ Bilge, **a.g.e**, s. 65; Kocaağa, **a.g.e**, s. 87.

⁶⁴ Kocaağa, **a.g.e**, s. 88. Aynı yönde bkz. Yargıtay HGK 12.4.1989, 1989/11-14 E. ve 1989/260 K. (Uçar, s. 51) Üstelik sözleşmenin aynen ifası ile birlikte cezanın talep edilebileceği hallerde temerrüt mevcut olduğundan ceza yanında temerrüt faizi de talep edilebilir (Mehmet Helvacı, **Para Borçlarında Faiz Kavramı**, İstanbul 2000, s. 91); Ancak Oğuzman/Öz farklı görüştedir. Yazarlara göre para borçlarında ceza koşulu kararlaştırılabilse de ayrıca temerrüt faizi istenemez. Sözleşmede hem cezanın hem de temerrüt faizinin talep edileceği belirtilmişse, bu durumda ikisi de talep edilebilir. Ancak ceza miktarı kanunen talep edilecek temerrüt faizini aşıyorsa hakim aşırı cezayı indirebilir (Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 538); Cezaya faiz yürütülebilir (Ali Bozer/Celal Göle, **Ticari İşletme Hukuku**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, Ankara, Bankacılık ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, 2017, s. 91, dn. 70).

⁶⁵ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 9; Günay, **Cezai Şart**, s. 26; İnan/ Yücel, **a.g.e**, s. 564; Feyzioğlu, **a.g.e**, s. 391; Reisoğlu, **a.g.e**, s. 458; Arkan, **a.g.e**, s. 80-81; Eren, **a.g.e**, s. 1210; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e**, s. 376; Saymen / Elbir, **a.g.e**, s. 837-838; Arsebük, **a.g.e**, s. 982, dn. 16; Bilge, **a.g.e**, s. 61-64; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 537; Akıntürk/Ateş, **a.g.e**, s. 164.

⁶⁶ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 11; Günay, **Cezai Şart**, s. 26; Feyzioğlu, **a.g.e**, s. 391; Saymen / Elbir, **a.g.e**, s. 837-838.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, **a.g.e**, s. 343; Eren, **a.g.e**, s. 1210; Arsebük, **a.g.e**, s. 982, dn. 16; Kemaleddin Birsan, **Borçlar Hukuku Dersleri**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1967, s.361; İnan/Yücel, **a.g.e**, s. 564; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 537.

⁶⁷ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 11; Kocaağa, **a.g.e**, s. 92.

B. Asıl Borcun Geçerli Olması

Ceza koşulunun geçerli olması için asıl borcun da geçerli olması gerekir. Asıl borç herhangi bir nedenle geçersiz ise ceza koşulu da geçersiz olur⁶⁸. Aksinin kabulü halinde kanunun yasakladığı işlemlerin bir başka yolla ifa edilmesi imkânı bulunacaktı⁶⁹. Bu durum, cezayı ifa borcunun asıl borcun feri niteliğinde olmasının da bir sonucudur.

Sözleşmeler açısından geçersizliği düzenleyen genel kural TBK m.27 (eBK m. 20) olmakla birlikte ceza koşulu için TBK m. 182/2 (eBK m.161/2) maddesinde özel bir hüküm de düzenlenmiştir. TBK m. 182/2, c.1 (eBK m.161/2) hükmünün ise TBK m.26-27 (eBK 19 ve 20) maddelerine yönelik olduğu kabul edilmektedir⁷⁰. Bu durumda, asıl borcun hukuka ve ahlak aykırılık, başlangıçtaki imkansızlık⁷¹, şekil eksikliği⁷², muvazaa ve kişinin ayırt etme gücünün bulunmaması⁷³ nedeniyle geçersiz (batıl) olması halinde ceza koşulu da kural olarak geçersiz (batıl)'dır⁷⁴. TBK m. 182/2, c.1 (eBK m.161/2) maddesinde cezanın ifasının istenemeyeceği ifade edilmiş ise de, burada kastedilen kesin hükümsüzlük yani "butlan"'dır⁷⁵.

Asıl borcun, sonradan borçluya yüklenemeyen sebeplerle imkansız hale gelmesi halinde, ceza koşulunun da kural olarak sona ermesi gerekecektir. Ancak taraflar borçluya yüklenemeyen sebeplerle borcun imkansız hale gelmesi halinde,

⁶⁸ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 7; Günay, **Cezai Şart**, s. 26; Arsebük, **a.g.e.**, s. 981; Uçar, **a.g.e.**, s. 13; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 391; Kanık, **a.g.e.**, s. 1072; Von Tuhr, **a.g.e.**, s. 764; Bilge, **a.g.e.**, s. 51 Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 989; Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 164.

⁶⁹ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 7; Günay, **Cezai Şart**, s. 26.

⁷⁰ Bilge, **a.g.e.**, s. 68; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 93. Madde ifadesinden sadece TBK m.26-27'ye (eBK 19 ve 20) işaret edildiği algısı oluşmaktaysa da hükmün TMK m. 23/II'sini de kapsadığı kabul edilmektedir (Kocaağa, **a.g.e.**, s. 93, dn. 48).

⁷¹ Başlangıçtaki imkansızlığın eBK 161/2(TBK 182/2, c.1)'de açıkça bahsedilmemiş olması nedeniyle konusu başlangıçta imkansız olan borçların ceza koşuluna bağlanıp bağlanamayacağına ilişkin doktrin tartışmaları için bkz. Kocaağa, **a.g.e.**, s. 95-96.

⁷² XIV. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumunda, geçersiz sözleşmelerde ceza koşulunu tartışan Aşçıoğlu, sözleşmenin geçersiz olması halinde ceza koşulunun da geçersiz olacağı kuralını vurgulayan Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 10.11.1993 tarihli ve 125/711 sayılı kararını tartıştığı sempozyumda, her somut olayda, bu şekilde yalın bir sonuca ulaşmanın adalet amacıyla bağdaşmayabileceğini, bu nedenle de somut olayın özel koşulları varsa bu yorumdan ayrılabilceğini, biçimsel kalıplara sıkı sıkıya bağlı olmamak gerektiğini ifade etmektedir. Bu kapsamda Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 27.11.1996 tarihli, 1996/13-701 E. ve 1996/840 K. sayılı kararına atıf yapan Aşçıoğlu, konuyla tam olarak örtüşmese de geçersiz sözleşmenin yerine getirilmemesi nedeniyle tazminat istenebileceğine ilişkin hükmün adaletle uygun bir çözüm olduğunu ifade etmektedir (Çetin Aşçıoğlu "Yargıtay Kararlarında Cezai Şart - Geçersiz Sözleşmelerde (Biçim Koşulu Açısından) Ceza Koşulu, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIV**, Ankara 1997, s. 112-138).

⁷³ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 98.

⁷⁴ Eren, **a.g.e.**, s. 1211.

⁷⁵ Bilge, **a.g.e.**, s. 67, 114; Arsebük, **a.g.e.**, s. 982; Birsen, **a.g.e.**, s. 367; **a.g.e.**, Kocaağa, s. 94.

cezanın ödeneceğini kararlaştırabilirler⁷⁶. Asıl borcun bulunmaması nedeniyle ceza koşulunun teknik olarak artık bir ceza koşulu olduğu söylenemeyecek olsa da, cezanın indirilmesi de dahil ceza koşuluna ilişkin hükümler uygulanmaya devam eder⁷⁷. Ancak asıl borcun ifası mümkün olmadığından, alacaklının ifa veya cezayı seçim hakkı olmayacağı gibi ceza ile ifayı talep etme hakkı da olmayacaktır; alacaklı iki durumda da cezayı talep edebilecektir⁷⁸.

TMK m. 23’de düzenlenen kişilik haklarına aykırılık oluşturabilecek işlemlerin ceza koşuluna bağlanamayacağı kabul edilmektedir⁷⁹. Evlenmeden kaçınma hali için öngörülecek ceza da bu kapsamda talep edilemez. Ancak bu amaçla yapılmış ödemelerin de iadesi istenemez (TMK m. 119/2).

Eksik borçlar bakımından, eksik borçlar teminata bağlanabildikleri ölçüde kural olarak ceza koşuluyla kuvvetlendirilebilirler⁸⁰. Ancak borcun eksik olma sebebi önem arz eder⁸¹. Eksik borçlardan biri kumar ve bahis borçlarıdır. Bir görüşe göre kumar ve bahis borçlarının ifasını temin eden ceza koşulu kesin hükümsüz yani batıldır⁸². Diğer görüşe göre ise, kumar ve bahis borçlarının ifasını temin eden ceza koşulu da asıl borç gibi eksik borçtur⁸³. Cezayı ifa borcunun ferî borç olması nedeniyle kanaatimizce de ikinci görüş daha uygun bir değerlendirme olacaktır. Evlenme tellallığı bakımından da bir görüşe göre tellallıktan doğan ücret borcunun kuvvetlendirilmesi için ceza koşulu kararlaştırılamayacaktır⁸⁴. Diğer bir görüşe göre

⁷⁶ Saymen / Elbir, **a.g.e.**, s. 841; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 538, dn. 412; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 96; Turgut Uygur, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Şerh)**, Cilt 1, Ankara 2012, s. 1089.

⁷⁷ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 96.

⁷⁸ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 96.

⁷⁹ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 97. Doktrinde ve içtihatlarda temsil yetkisinin geri alınması halinde, ceza ödeneceğine ilişkin hükümler geçersiz kabul edilmektedir, ancak bazı yazarlar TBK m.27/1’e aykırı olmadığı müddetçe temsil edilenin geri alma hakkını kullanma sözü verebileceğini ifade etmektedir Bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 468.

⁸⁰ Eren, **a.g.e.**, s.1211; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 100.

⁸¹ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 100.

⁸² Arsebük, **a.g.e.**, s. 983; Velidedeoğlu/Özdemir, **a.g.e.**, s. 334; Eren, **a.g.e.**, s. 1211; Birsen, **a.g.e.**, s. 360; Günay, **Şerh**, s. 643; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 538; Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 164. Tunçomağ, kumar ve bahis oyunları, kişilerin mali durumları üzerinde mantıksız servet değişimlerine yol açtığından bu alacakların batıl addedilmesi gerektiğini belirterek, kanun koyucunun bu borçların ödenmesi gerektiğine ilişkin toplumda olan yaygın inanış nedeniyle bu düzenlemeyi yapmadığını belirtmiştir (Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 12); Arkan, **a.g.e.**, s. 80.

⁸³ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 392; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 989; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 100; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 344; Bilge, **a.g.e.**, s. 71.

⁸⁴ Günay, **Şerh**, s. 643; Eren, **a.g.e.**, s. 1211; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 538; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 11; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 344; Arkan, **a.g.e.**, s. 80.

ise evlenme tellallığından doğan borçların ceza koşuluyla kuvvetlendirilmesi halinde ceza da eksik borç olarak addedilmelidir⁸⁵.

Zamanaşımına uğramış borçlar da sonradan eksik borçlardandır. Zamanaşımına uğramış borçların ifa edileceğine ilişkin taraflarca anlaşılması halinde ise, sözleşme cezası ödeme taahhüdünde bulunanın taahhüdünün geçerli olduğu⁸⁶, ancak kanunun kendisine tanıdığı zamanaşımı def'i ileri sürme hakkından vazgeçtiği kabul edilir⁸⁷. Ahlaki bir borcun da ceza koşulu ile kuvvetlendirilebileceği kabul edilmektedir⁸⁸.

İptal edilebilir borçlar bakımından, irade sakatlığı (hata, hile, tehdit) veya gabin nedeniyle iptal edilebilir olan bir borç, ceza koşuluyla kuvvetlendirilebilir. Ancak iradesi sakatlanmış taraf, asıl borcun kaynağı işlemi iptal ederse, onu temin eden ceza koşulu da geçersiz hale gelecektir. İradesi sakatlanan taraf, iptal hakkını kullanmaktan vazgeçer ya da TBK m.28 ve m. 39'da (eBK m.21 ve 31) yer alan süreyi geçirirse, gerek borç ve gerekse de ceza koşulunun kararlaştırıldığı andan itibaren *-extunc-* geçerlidir. Dolayısıyla iradesi sakatlanan kişi, iradesini açıklayana ya da süreler dolana kadar asıl borç gibi ceza koşulu da geçerlidir. İradesi sakatlanan taraf, işlemin sakat olduğunu öğrendikten sonra ceza ödemeyi taahhüt ederse, işlemi iptalden zımnen vazgeçtiği kabul edilir⁸⁹.

Sözleşmenin geçersiz olması halinde, cezanın ferî niteliği gereği, ceza koşulunun da kural olarak geçersiz olması gerekmektedir birlikte, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin geçerli olduğu hallerde, bazen ceza koşulu hükümsüz sayılabilir⁹⁰. Örneğin; TBK m. 346 hükmü gereği, konut ve çatılı işyeri kiralarda kira bedelinin zamanında ödenmemesi halinde ceza ödeneceğine veya sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin anlaşmalar geçersizdir⁹¹. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 5. maddesi uyarınca da tüketici sözleşmelerinde tüketici aleyhine düzenlenen ceza koşulu, haksız şart sayılarak geçersiz olacaktır. Keza TMK m. 117 uyarınca nişanlanmanın geçerliliği evlenmekten vazgeçen nişanlı

⁸⁵Bilge, **a.g.e.**, s. 71; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 101.

⁸⁶ Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 164; Arkan, **a.g.e.**, s. 81; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 344; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 392; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 538.

⁸⁷ Bilge, **a.g.e.**, s. 72; Günay, **Şerh**, s. 644; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 102.

⁸⁸ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 392; Velidedeoğlu/Özdemir, **a.g.e.**, s. 334; Arsebük, **a.g.e.**, s. 983; Birsen, **a.g.e.**, s. 360; Bilge, **a.g.e.**, s. 71; Arsebük, **Tahliller**, s. 989; Günay, **Şerh**, s. 643; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 538; Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 164.

⁸⁹ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 99.

⁹⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 346.

⁹¹ Söz konusu hüküm 6217 sayılı Kanun'un 6353 sayılı Kanun ile değişik Geçici Madde 2 hükmü ile uygulanması 8 yıl süreyle ertelenmiştir.

için kararlaştırılan ceza koşulunun geçersiz olmasını önlemeyecektir⁹². Yine TBK m. 512/c.'de (eBK m.396/1) yer alan vekalet veren ve vekilin sözleşmeyi her zaman tek taraflı olarak sona erdirebileceği hükmü emredici nitelikte olduğundan buna bağlı kararlaştırılan ceza koşulu da geçersiz olacaktır⁹³. TBK m. 420/1 uyarınca hizmet sözleşmelerinde sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir. Son olarak asıl borca bağlanan ceza koşulundan kefilin de sorumlu olacağına ilişkin anlaşmalar, ceza koşulu geçerli olsa dahi hükümsüzdür (TBK m.589/4)⁹⁴. Diğer yandan TBK m.182/2 ile hüküm altına alındığı üzere ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hâle gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez.

C. Asıl Borç Yanında Ayrı ve Bağımsız Bir Edimin Bulunması

Ceza koşulu olarak kararlaştırılan edimin, asıl borçtan ayrı bir edim olması bir diğer unsurdur⁹⁵. Ceza koşulu, asıl borca o borcun özel bir kaydı olarak konulabileceği gibi, ayrı bir sözleşme ile sonra da kararlaştırılabilir⁹⁶. Ancak sonradan kararlaştırılan ceza koşulu hükmü de, asıl sözleşmenin şekline tabi olmalıdır⁹⁷. Burada edimlerin ayrı olması, miktar bakımından olacağı gibi nitelik

⁹²Yazarlar eski MK m. 83 uyarınca değerlendirme yapmışlardır (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 346).

⁹³Haluk Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 15. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2017, s. 472. Yargıtay 13 HD'nin 16.6.2015 tarihli, 2014/19562 E. ve 2015/20555 K. sayılı kararı; "...Oysa ki vekalet sözleşmesi, karşılıklı güvene dayalı bir sözleşme olup, güven, sözleşmenin temelini oluşturan, olmazsa olmaz önemli bir özelliğini teşkil eder. Bu sebeple taraflardan her biri, sözleşmeyi her zaman feshedebilir. (Yasada bu durumda vekil ve müvekkile tanınan hak ve yükümlülükler saklıdır.) Nitekim bu husus 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 512. maddesinde, "Vekalet veren ve vekil, her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilir." 818 Sayılı mülga Borçlar Kanunu'nun 396. maddesinde de "vekaletten azil ve ondan istifa, her zaman caizdir." şeklindeki hükümlerde de açıkça belirtilmiştir. Emredici nitelikteki bu hüküm gereğince müvekkil, vekilini her zaman azletmek hakkından, vekil de her zaman istifa edebilmek hakkından önceden vazgeçemez. Bunun aksini öngören sözleşmeler geçersiz olduğu gibi, istifa ve azil hakkını zorlaştıran kararlaştırmalar da geçersizdir. (Bkz. Dairemize ait aynı yöndeki 1997/7395 E. 1997/8923 K. sayılı 7.11.1997 tarihli kararı) O halde davaya konu olayda sözleşmenin az yukarıda belirtilen 6. maddesindeki sözleşmenin feshi durumunda, "beş yıllık ücret karşılığının ödenmesi gerektiğine" dair kararlaştırma da geçersizdir."(www.kazanci.com.tr).

⁹⁴Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 539.

⁹⁵ Uçar, **a.g.e.**, s. 15; Dirican, **a.g.e.**, s. 23; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 392; Saymen / Elbir, **a.g.e.**, s. 834; Arsebük, **a.g.e.**, s. 982; Bilge, **a.g.e.**, s. 77; Edgü, **a.g.e.**, s. 135; Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 164.

⁹⁶ Oğuzman/ Öz, **Cilt II**, s. 531; Saymen/ Elbir, **a.g.e.**, s. 835; Arsebük, **a.g.e.**, s. 982; Nomer, **a.g.e.**, s. 471; Günay, **Şerh**, s. 637; Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s.165; Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, **a.g.e.**, s. 430.

⁹⁷ Saymen/ Elbir, **a.g.e.**, s. 835; Arsebük, **a.g.e.**, s. 982; Nomer, **a.g.e.**, s. 471; Günay, **Şerh**, s. 637. Şekle aykırılığı ileri sürmenin sınırı dürüstlük kuralıdır. Sözleşmenin şekle aykırı olduğuna ilişkin itirazın TMK m2. nedeniyle dinlenmediği durumda sözleşme geçerli sayılacağından ceza koşulu da geçerli addedilecektir (Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 990).

bakımından da olabilir⁹⁸. Edim, belirli olabileceği gibi gecikme süresi veya kusurun ağırlığına göre hesaplanacak şekilde de kararlaştırılabilir⁹⁹.

Asıl borçtan ayrı bir edimin mevcudiyetinin aranması ise asıl borç ilişkisinde kanunen halihazırda tanınmış hakların ceza koşulu olarak addedilmemesi sonucunu doğurur¹⁰⁰. Yargıtay HGK, 17.02.1971 tarihli, 1405 E. ve 85 K. sayılı kararında da “... ceza koşulu, geçerli her türlü borçta kararlaştırılabilir. Bir yasa kuralı gereği doğmuş hakka ilişkin olmayıp, tarafların serbest iradelerine dayanan bir hukuki işlemde doğabilir.” ifadelerine yer vermiştir¹⁰¹.

TBK m.179’da yer alan “....bir ceza kararlaştırılmışsa...” ifadesi de ayrı bir edimin varlığının ceza koşulu için gerekli olduğunu teyit etmektedir. Bu edimin ise bir hukuki işlemle kararlaştırılması gerekir. Ancak kanun tarafından öngörülen özel bir medeni cezanın ayrıca sözleşme ile taahhüt konusu yapılması halinde, taahhüt edilen miktarı ceza olarak addederek indirim hükümlerinin uygulanmasını sağlamak gerekecektir¹⁰².

Örneğin faizlerin ödenmemesi halinde faiz oranının artacağına ilişkin anlaşma miktar olarak ayrı bir edim olacağından ceza koşuludur¹⁰³. Ancak faiz veya iratların ya da bağışlanmış bir miktar paranın ödenmesinde temerrüde düşen borçlunun icra ve mahkemeye başvurulmadan önce de temerrüt faizi ödeyeceğini taahhüt etmesi halinde, ceza koşulu söz konusu olmayacaktır¹⁰⁴. Diğer yandan anılan anlaşmalar TBK m.121/2 maddesi uyarınca ceza koşulu hükümlerine tabi olacağından bu anlaşmaların da hakim tarafından indirime tabi tutulması mümkün olacaktır¹⁰⁵.

⁹⁸ Kocağa, **a.g.e.**, s. 102; Ekinci, **a.g.e.**, s. 35, Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 392.

⁹⁹ Örneğin, B, A’ya taahhüt ettiği evin inşasını ifa etmediği takdirde 50.000 TL vermeyi taahhüt edebilir veya belli bir tarihten sonra geçen her gün için 500 TL vermeyi taahhüt edebilir (Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 834).

¹⁰⁰ Uçar, **a.g.e.**, s. 16; Eren, **a.g.e.**, s. 1210; Kocağa, **a.g.e.**, s. 103; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 390.

¹⁰¹ Senai Olgaç, **İlmi ve Kazai İçtihatlarla Borçlar Kanunu**, C. II, Ankara 1976, s. 836-837.

¹⁰² Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 390; Arkan, **a.g.m.**, s. 82; Arsebük, **a.g.e.**, s. 982; Kocağa, **a.g.e.**, s. 113. Yargıtay HGK 12.1.1977 tarihli, 974 E. ve 5 K sayılı kararında; “....taahhütname 2000 sayılı yasaya göndermede bulunmuştur. Bu gönderme başlı başına davacıyı yasanın kapsamına almaya yetmez; ancak yasada öngörülen koşulu sözleşme koşulu durumuna getirir. Başka bir anlatımla taraflar arasındaki hukuksal ilişki yasal koşulu sözleşme koşulu haline getirmiştir. O halde az önce açıklanan esaslar uyarınca dava konusu para tutarında indirim yapılması...” ifadeleriyle yasada öngörülen koşulun sözleşme koşulu haline getirilmesi durumunda indirim yapılması gerektiği ifade edilmiştir (Lütfi Dalamanlı/ Faruk Kazancı/Muharrem Kazancı, **İlmi ve Kazai İçtihatlarla Açıklamalı Borçlar Kanunu**, C. II, İstanbul 1990, s.786).

¹⁰³ Saymen/ Elbir, **a.g.e.**, s. 834; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.12; Günay, **Cezai Şart**, s. 29; Kocağa, **a.g.e.**, s. 103.

¹⁰⁴ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.13; Kocağa, **a.g.e.**, s. 103.

¹⁰⁵ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 13, dn. 21; Kocağa, **a.g.e.**, s. 103.

Belirtmek gerekir ki; bu konuda farklı görüşler¹⁰⁶ olmakla birlikte ceza koşulunun parasal değere sahip olması, borçluyu ifaya zorlama amacı güden ceza koşulunun amacını gerçekleştirebilmesi açısından gereklidir¹⁰⁷. Dolayısıyla ceza koşulunun konusu mutlaka para olmasa da parasal değere sahip olmak kaydıyla, para dışındaki fiiller, şeyler ve hatta yapmama ediminin de ceza olarak belirlenmesi mümkündür¹⁰⁸. Ancak para dışında belirlenen fiil veya şeylerin de ahlak kurallarına uygun olmasına dikkat edilmesi gerekir¹⁰⁹. Manevi değerlerin ceza olarak kararlaştırılması ise cebri icra yoluyla takibi mümkün olmadığından söz konusu olamaz¹¹⁰.

Cezanın asıl borçtan bağımsız olması gerektiğinden, mevcut bir hakkın sınırlandırılması veya tamamen ortadan kaldırılması durumunda, ceza koşulundan söz edilemez¹¹¹.

D. Asıl Borç ile Ceza Arasında Asli Feri Borç İlişkisinin Bulunması

Ceza koşulunun hukuki varlığı ve kaderi asıl borcun hukuki varlığı ve kaderine bağlıdır¹¹². Asıl borç ile ceza olarak kararlaştırılan edim arasında aslilik fer'iilik ilişkisi olmaması halinde, seçimlik borç ilişkisinden söz edilir¹¹³.

¹⁰⁶ Becker, Art.161 OR, N.2 (naklen Kocaağa, **a.g.e.**, s. 106, dn.104)

¹⁰⁷Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 14; Eren, **a.g.e.**, s. 1210; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 106-107; İnal/Yücel, **a.g.e.**, s. 564-565; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 390; Oğuzman/Öz; **Cilt II**, s. 540; Dirican, **a.g.e.**, s. 23; Arkan, **a.g.m.**, s. 81 Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 164.

¹⁰⁸Oğuzman/Öz; **Cilt II**, s. 540; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 108-109; Arkan, **a.g.m.**, s. 81; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 377; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 987. Ceza koşulunun konusunu oluşturan para miktarının tamamen belirsiz olması mümkündür. Örneğin miktarın tayini 3. Kişiye bırakılabilir veya bizzat alacaklıya da verilebilir. Alacaklının bu yetkisini aşması halinde hakimin aşırı cezayı indirme yetkisi mevcuttur (Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.66; Günay, **Şerh**, s. 645)

¹⁰⁹ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 109. Erdem, **Delenda Est Carthago**, s.321.

¹¹⁰ Eren, **a.g.e.**, s. 1210.

¹¹¹ Yüklenicinin iş geciktirdiği her an için alacağını kısmen kaybedeceğine ilişkin kayıtlar, satıcının satın alınan şeyi zamanında teslim etmemesi halinde satım sözleşmesinde yer alan bir hakkını kaybedeceği gibi kayıtlar ceza anlaşması değildir (Arkan, **a.g.m.**, s. 81). Bu cezaların sadece edim niteliği taşıması nedeniyle ayırım yapılmasının isabetli olmadığı, bu durumlarda en azından TBK m.179,182 hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiğine dair bkz. Oğuzman/Öz; **Cilt II**, s. 540.

¹¹² Von Tuhr, **a.g.e.**, s. 764; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.15; Günay, **Cezai Şart**, s. 29; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 134; Ekinci, **a.g.e.**, s. 50; Uçar, **a.g.e.**, s. 13; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 389; Oğuzman/Öz; **Cilt II**, s. 541; Dirican, **a.g.e.**, s. 24; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 457; Kanık, **a.g.m.**, s.1072; Arkan, **a.g.m.**, s. 82; Akkayan Yıldırım; **a.g.m.**, s. 366-367; Saymen/ Elbir, **a.g.e.**, s. 835; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, **a.g.e.**, s. 342; Arsebük, **a.g.e.**, s. 982- 983; Birsan, **a.g.e.**, s. 360; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 377; Bilge, s. 67; Arsebük, **Tahilliler**, s. 987; Edgü, **a.g.e.**, s. 135; İnal/Yücel, **a.g.e.**, s. 565; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 988; Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 165; Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, **a.g.e.**, s. 428.

¹¹³ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.15; Günay, **Cezai Şart**, s. 29; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 134; İnal/Yücel, **a.g.e.**, s. 565; Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 165.

Cezanın ferî niteliğinin birtakım sonuçları mevcuttur: Ceza koşulunun asıl borca olan bağılılığı nedeniyle asıl borç hükümsüz ise ceza koşulu da hükümsüz olacaktır. Asıl borca karşı ileri sürülebilen itirazlar ceza koşulu için de ileri sürülebilir. Asıl borcun sona ermesi, ceza koşulunu da ortadan kaldıracaktır. Asıl borçta değişiklik yapılırsa, ceza koşulu da değişen bu asıl borca bağlanacaktır ve cezanın ifa yeri asıl borcun ifa edileceği yer olacaktır¹¹⁴. Ancak TBK m. 182/f.2 gereği asıl borcun objektif imkânsızlıkla sona ermesi halinde, taraflar ceza koşulunun sona ermeyeceğini kararlaştırabilecektir.

Belirtmek gerekir ki; cezanın ferîliği, muaccel olduğu ana kadar devam eder; ceza alacağı muaccel olmakla bağımsız bir alacak olacaktır¹¹⁵. Dolayısıyla taraflar arasında borcun imkansız hale gelmesi halinde cezanın talep edilebileceğine yönelik bir anlaşma olmasa da, ceza muaccel olduktan sonra asıl borç imkansız hale gelmişse ceza talep edilebilecektir¹¹⁶. Aksi kararlaştırılmamışsa, asıl borcun takas veya ibra ile sona ermesi halinde de muaccel olmuş cezanın ifası talep edilebilir¹¹⁷. Ancak asıl borcun geçersizliği, iptali, sözleşmeden dönülmesi halinde ceza muaccel olsa dahi hükümsüzleşir; ödenen cezanın iadesi gündeme gelir¹¹⁸.

Cezanın muaccel olması ise borca aykırılığın gerçekleşmesi geciktirici şartına bağlıdır¹¹⁹. Diğer yandan cezanın ferî özelliğiyle bağdaşmayan bazı hükümleri de

¹¹⁴Arsebük, **a.g.e.**, s. 983; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 389; Dirican, **a.g.e.**, s. 24-26; Saymen/ Elbir, **a.g.e.**, s. 835-836; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, **a.g.e.**, s. 344-345; Nomer, **a.g.e.**, s. 474; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 988-989; Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 165.

¹¹⁵ Velidedeoğlu/Özdemir, **a.g.e.**, s. 333; Eren, **a.g.e.**, s. 1211; Günay, **Cezai Şart**, s. 29; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 378; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 134; Halil Yılmaz, **Borçların İfasında İhtirazi Kayıt İleri Sürülmesi ve Uygulaması**, Ankara 2002, s. 108; İnal/Yücel, **a.g.e.**, s. 565; Dirican, **a.g.e.**, s. 24; Arkan, **a.g.m.**, s. 84; Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 165; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 990; Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, **a.g.e.**, s. 431. Yargıtay 13 HD'nin 25.1.1993 tarihli, 1992/8546 E. ve 1993/ 348K. sayılı kararında da ".....Asıl borç ile ceza koşulu arasında bir asıl borç-yan borç (fer'i borç) ilişkisi diğer bir anlatımla asıl borç ile ceza koşulu arasındaki bağılılık, ceza koşulunun istenebileceği (muaccel olacağı) ana kadar süregelir. Bu andan sonra, ceza koşulu bağımsızlaşır ve asıl borcun yazgısını paylaşmaktan kurtulur ve bağımsız bir borç haline gelir (Bkz., Becker, İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, VI. cilt, Borçlar Kanunu, I. Kısım; Genel Hükümler, fasikül V; Çeviren: Osman Tolun, Sh. 233; Kenan Tunçomağ Türk Borçlar Hukuku, C: I, Genel Hükümler Yıl: 1976, SH. 859; naiminanİnan , Borçlar Hukuku, Genel Hükümler; Yıl:1979, Sh. 440; Fikret Eren, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler; C: III; Yıl: 1990, Sh. 367/368; Mustafa Reşit Karahasan, Türk Borçlar Hukuku, C: I, Yıl: 1992, Sh.1659)... " ifadelerine yer verilmiştir (www.kazanci.com.tr).

¹¹⁶Bilge, **a.g.e.**, s. 116; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 547; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 97.

¹¹⁷ Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 547.

¹¹⁸ Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 547.

¹¹⁹Dirican, **a.g.e.**, s. 24; Nomer, **a.g.e.**, s. 471; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 378; Oğuzman/ Öz, **Cilt II**, s. 531; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 992; Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, **a.g.e.**, s. 428, 431. Taraflar bir hukuki işlemin sonuç doğurmasını gelecekte gerçekleşmesi şüpheli bulunan bir olaya bağlamaları halinde geciktirici ceza koşulu söz konusu olacaktır. Hukuki işlemin hukuki etkisi kural olarak şüpheli olgunun gerçekleştiği hukuki sonuçlarını doğuracak, o zamana kadar işlemin hukuki etkisi askıda

mevcuttur. Örnek vermek gerekirse henüz muaccel olmamış bir ceza asıl alacaktan bağımsız olarak temlik edilebilir ya da ceza alacağı başlangıçta asıl borcun alacaklısından başkasına ait olabilir¹²⁰.

E. Ayrı ve Bağımsız Edimi Doğuran İşlemin Hükümlerini Sağlıkta Doğurması

Ceza koşulunun geçerli olması için bir diğer unsur, cezanın düzenlendiği hukuki işlemin sağlar arası işlem olmasıdır¹²¹. Ceza, sonuçlarını hayatta doğuran sözleşmelerde kararlaştırılır¹²². Zira ölüme bağlı tasarruflar kanunun izin verdiği ölçüde gerçekleştirilebildiğinden, ölüme bağlı tasarruflarda ceza kararlaştırılması mümkün değildir¹²³. Diğer yandan mal vasiyetlerinde, kendisine mal bırakılan kişiye yönelik alacak hakkı ve yükümlüler hakkında da bir borç doğması nedeniyle ceza koşulunun söz konusu olabileceği değerlendirilse de, kanunun mal vasiyetine ilişkin hükümleri kural olarak emredici nitelikte olduğundan, burada borçlar hukuku anlamında ceza koşulundan söz etmek doğru olmayacaktır¹²⁴. Dolayısıyla, işlem borçlar hukukuna göre değil; miras hukuku hükümlerine göre değerlendirilmelidir. Bu nedenle ölüme bağlı tasarrufla öngörülen aşırı bir mükellefiyetin indirilmesi TBK m. 182/3'e göre değil miras hukuk hükümlerine (mahfuz hisse kurallarına) göre yapılmalıdır¹²⁵. Zira mal vasiyetiyle ceza koşulunun kararlaştırılabileceğini kabul eden yazarlar dahi, hakimin cezayı indirme hakkının zor olacağını kabul etmektedir¹²⁶.

olacaktır (Detaylı bilgi için bkz. Lale Sirmen, **Türk Özel Hukukunda Şart**, Ankara 1992, s. 53 vd.; Hasan Pulaşlı, **Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları**, Ankara, Kadioğlu Matbaası, 1989, s. 56 vd.). Ceza koşuluna ilişkin kanunda özel hüküm bulunduğundan öncelikle TBK m. 178-182 maddelerine tabidir. Ancak özel hükümlerde boşluk olması durumunda ve uygun düştüğü ölçüde şarta bağlı borçlara ilişkin hükümler (TBK m.170-176) de uygulanabilecektir (Oğuzman/ Öz, **Cilt II**, s. 531).

¹²⁰ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.16; Kocaağa, **a.g.e**, s. 145-146; Bilge, **a.g.e**, s. 75. Asıl alacağın ve cezanın birbirinden ayrı temlik edilmeleri halinde ceza veya asıl borçtan birini seçim hakkının kime ait olduğu sorunu ortaya çıkmaktadır. Ceza ferî bir hak olduğuna göre asıl alacağın alacaklısı kimse kural olarak seçim hakkına sahip olmalıdır (Bilge, s. 75,95).

¹²¹ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.19; Günay, **Cezai Şart**, s. 29; Kocaağa, **a.g.e**, s. 119; Uçar, **a.g.e**, s. 16; İnan/Yücel, **a.g.e**, s. 565; Arkan, **a.g.m**, s. 82; Feyzioğlu, **a.g.e**, s. 323; Eren, **a.g.e**, s. 1210; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e**, s. 380; Bilge, **a.g.e**, s. 48.

¹²²Eren, **a.g.e**, s. 1210.

¹²³ Feyzioğlu, **a.g.e**, s. 391.

¹²⁴ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.19; Günay, **Cezai Şart**, s. 29; Kocaağa, **a.g.e**, s. 119.

¹²⁵ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.19; Günay, **Cezai Şart**, s. 29; Kocaağa, **a.g.e**, s. 119.

¹²⁶ Enneccerus/Lehmann, s.159 (naklen Kocaağa, **a.g.e**, s. 120, dn 190).

IV. CEZA KOŞULUNUN TÜRLERİ VE DÖNME CEZASI

TBK 179. madde (eBK m.158)¹²⁷ ile ifa yerine istenebilecek ceza, ifayla birlikte istenebilecek ceza ve dönme cezası düzenlenmiştir. Ceza koşulu türlerine ilişkin terimler ise doktrin tarafından ortaya atılmıştır.

A. İfa Yerine İstenebilecek Ceza

TBK m.179/1 (eBK m.158/1) maddesinde, ifa yerine istenebilecek ceza öngörülmüştür. Buna göre; bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça, alacaklı, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir. Dolayısıyla aksine anlaşma olmadığı sürece eksik ifa, ayıplı ifa da dahil olmak üzere borcun gereği gibi ifa edilmemesi ile borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkansızlık halinde bu ceza koşulu söz konusu olacaktır¹²⁸. Bu itibarla maddenin 2. fıkrasında belirtilen borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu dışında kalan tüm borç ihlalleri ifa yerine istenebilecek cezayı düzenleyen 1. madde kapsamında değerlendirilmelidir¹²⁹.

İfa yerine istenebilecek cezada alacaklı, kural olarak, ya borcu ya da cezayı talep edebilir. Borçlu kural olarak alacaklının seçimine itiraz edemez¹³⁰. Alacaklının seçim beyanının borçluya varmasıyla birlikte hüküm ve sonuçlarını meydana getirecek olduğundan, alacaklının cezayı seçtiğini bildirmesiyle borçlu asıl borcunu ifa yükümlülüğünden kurtulacaktır; alacaklı bu noktadan sonra asıl borcu talep edemez¹³¹. Aynı şekilde alacaklının asıl borcun ifasını talep etmesi halinde, artık cezayı talep edemeyeceği kabul edilmelidir¹³². Nitekim bu hak, niteliği itibarıyla değiştirici yenilik doğuran hak olup, her yenilik doğuran hak gibi dönülemez; bu açıdan da alacaklı seçim hakkını kullandığı zaman, seçilen borç, kesin borç haline

¹²⁷ TBK'daki hüküm ile mülga BK'daki hüküm aynen korunmuştur.

¹²⁸ Kocağa, **a.g.e.**, s. 146-147.

¹²⁹ Kocağa, **a.g.e.**, s. 147.

¹³⁰ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 393.

¹³¹ Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s.545; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 991; Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, **a.g.e.**, s. 429.

¹³² Eren, **a.g.e.**, s. 1212; Tunçomağ, **Genel Hükümler**, s. 874; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, cezanın talep edilmesinden sonra aynen ifa talep edilemese de, aynen ifanın verimsiz kalması halinde cezanın talep edilebileceğini ifade etmektedirler (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 349). Bilge de aynen ifayı talep eden alacaklının dönüp cezayı talep etmesinin mümkün olduğunu ancak bir kere ceza talep edildikten sonra ceza talebinden vazgeçilip aynen ifanın talep edilmesinin mümkün olmadığını talep etmektedir (Bilge, **a.g.e.**, s.100-101). Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu'na göre, borcun ifasını talep eden alacaklı, cezayı talep hakkından feragat etmiş olmamaktadır (Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, **a.g.e.**, s. 429).

gelir¹³³. Bu durumda alacaklı, borca aykırılık nedeniyle temerrüt hükümlerini işletebileceği gibi TBK m.112 hükmü kapsamında da talepte bulunabilir¹³⁴. Borçlunun borcunu gereği gibi ifa etmemesi halinde alacaklı cezanın ödenmesini talep etmişse, önceden almış olduğu edim konusu şeyi iade ile yükümlü olacaktır¹³⁵.

Ancak ifa yerine istenebilecek cezayı düzenleyen TBK m.179/1(eBK m.158/1) hükmü emredici nitelikte değildir¹³⁶. Dolayısıyla örneğin taraflar cezanın muacceliyeti durumunda fazla zararın talep edilemeyeceği veya hem ceza hem de ifanın talep edilebileceğini kararlaştırabilirler¹³⁷. Taraflar sözleşmede önce asıl edimin ifasının talep edileceğini, borçlunun asıl edimi yerine getirmemesi halinde cezanın talep edilebileceğini de kararlaştırabilirler¹³⁸. Alacaklının seçim beyanını belli zamanda ve belli şartlar dahilinde yöneltmesi gerektiği de taraflarca kararlaştırılabilir¹³⁹. Zira seçim beyanı şekil şartına tabi olmayıp zımni irade beyanı dahi yeterlidir¹⁴⁰.

Diğer yandan, borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkansızlık halinde ortada asıl borç ifası mümkün olmadığından alacaklı, cezayı veya zararının tazminini talep edebilir¹⁴¹. Ancak bu serbesti her zaman mutlak değildir. Örneğin TBK 446. maddesi ile rekabet yasağı dolayısıyla kararlaştırılacak ceza koşulunda belli kayıtların varlığı aranmaktadır¹⁴².

¹³³ Saymen / Elbir, **a.g.e.**, s. 841; Eren, **a.g.e.**, s. 1212-1213. Burada alacaklı lehine tanınan yenilik doğurucu hak mevcuttur ve yenilik doğurucu hakların tüm özellikleri burada da aynen geçerlidir (Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 991-992).

¹³⁴ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 992.

¹³⁵ Eren, **a.g.e.**, s. 1213; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 992. Taraflar, cezanın, ayıplı edimin iadesi gerekmesizin talep edilebileceğini de kararlaştırabilir. Ancak taraflarca aksi kararlaştırmamışsa, cezayı eden alacaklı, malın ayıpsız benzeriyle değiştirilmesini, onarılmasını veya bedelde indirim talep edemeyecektir (Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s.540, dn. 423).

¹³⁶ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 393. Eren, **a.g.e.**, s. 1213; Saymen / Elbir, **a.g.e.**, s. 841; Bilge, **a.g.e.**, s. 102; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 545.

¹³⁷ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.44; Günay, **Cezai Şart**, s. 78; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 992; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 149; Kanık, **a.g.m.**, s. 1075; Arkan, **a.g.m.**, s. 86; Eren, **a.g.e.**, s. 1213; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, **a.g.e.**, s. 351; Bilge, **a.g.e.**, s. 102; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 545.

¹³⁸ Eren, **a.g.e.**, s. 1212.

¹³⁹ Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 545; Arkan, **a.g.m.**, s. 86.

¹⁴⁰ Arkan, **a.g.m.**, s. 86.

¹⁴¹ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 147.

¹⁴² TBK m. 446; “İşveren, ceza koşulu ve doğabilecek ek zararlarının ödenmesi dışında, sözleşmede yazılı olarak açıkça saklı tutması koşuluyla, kendisinin ihlal veya tehdit edilen menfaatlerinin önemi ile işçinin davranışı haklı gösteriyorsa, yasağa aykırı davranışa son verilmesini de isteyebilir.”

Alacaklının seçimlik hakkının doğması için borçlunun borcunu ihlal etmesi gerekir¹⁴³. Burada seçimlik borç söz konusu olmayıp, seçimlik yetki¹⁴⁴ mevcuttur¹⁴⁵.

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüde düşen borçludan ifa yerine istenebilecek cezanın talep edilmesi, ifadan vazgeçip olumlu zararın istenmesi halinde mümkün olacaktır¹⁴⁶. Asıl borç yerine cezanın talep edildiği durumlarda, TBK m. 589/4’de düzenlenen kefilin cezadan sorumlu olmayacağına ilişkin hüküm hariç olmak üzere, asıl borç için verilen rehin, ceza alacağını da teminat altına alacaktır¹⁴⁷. Sözleşmeden dönme halinde ise, aksine anlaşma yoksa, cezanın ferî niteliği gereği asıl sözleşme ile birlikte ceza koşulu da ortadan kalkmış olacaktır¹⁴⁸.

¹⁴³Ekinci, **a.g.e.**, s. 125; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 459.

¹⁴⁴ Seçimlik borçlarda taahhüt edilen edimler asli niteliktedir. Seçimlik borcun söz konusu olduğu bir durumda, edimlerden birinin ifası, borçlunun sorumlu olmadığı bir nedenle imkansızlaşır, borç ilişkisi sona ermez; ifa yükümlülüğünün konusunu diğer borç oluşturur (Necip Kocayusufoğlu/Hüseyin Hatemi/ Rona Serozan/ Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Cilt I, 7. Bası, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2017, s. 67-68; Kocağa, **a.g.e.**, s. 148) Günay, burada ne seçimlik yetki ne de seçimlik borcun bulunduğunu, ceza muaccel olunca alacaklının seçimlik bir hakka sahip olduğunu belirtmektedir (Günay, **Cezai Şart**, s.78). Tunçomağ ise ceza muaccel olduktan sonra ceza koşulunun hukuki durumunun ne seçimlik borca ne de seçimlik yetkiye uymadığını ancak aradaki benzerlik nedeniyle ceza koşuluna da seçimlik borç hükümlerinin örneksenerek uygulanması gerektiğini belirtmektedir (Tunçomağ, **Genel Hükümler**, s. 874; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.107). Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu’na göre burada alternatif yetki değil, hakların seçimlik yarışması söz konusudur. Alacaklı borcun ifa edilmediği durumda borç yerine cezayı seçme yetkisi bulunur (Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, **a.g.e.**, s. 429).

¹⁴⁵ Eren, **a.g.e.**, s. 1212; Kocağa, **a.g.e.**, s. 148; Dirican, **a.g.e.**, s. 28; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 458; Saymen / Elbir, **a.g.e.**, s. 841; Nomer, **a.g.e.**, s. 478; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 380; Bilge, **a.g.e.**, s. 98-99.

¹⁴⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 350; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 545; Kocağa, **a.g.e.**, s. 142-143; Dirican, **a.g.e.**, s. 29; Nomer, **a.g.e.**, s. 475

¹⁴⁷ Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 545.

¹⁴⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 350; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 538; Kocağa, **a.g.e.**, s. 142-143; Dirican, **a.g.e.**, s. 29; Nomer, **a.g.e.**, s. 475. Serozan, sözleşmeden dönmenin geçmişe etkili olduğunu kabul etmediğinden dönme halinde ceza talep edilebileceğini beyan etmektedir (Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2007, s. 612). Bununla birlikte sürekli edimli borç ilişkilerinde sözleşmenin feshi gündeme gelecektir. Bu durumda kural olarak ceza alacağı da fesih ile ortadan kalkacaktır. Ancak borca aykırılık fesih öncesi söz konusu olmuş, ceza alacağı da muaccel olmuş ise ceza koşulu fesihten etkilenmeyecek ve mevcudiyetini koruyacaktır (Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 542-543; Dirican, **a.g.e.**, s. 26, dn. 79; Arkan, **a.g.m.**, s. 82). Sözleşmeden dönme veya fesih hallerinde aksine anlaşma varsa cezanın talep edilebileceği Yargıtay tarafından kabul edilmektedir. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin 10.03.2010 tarihli, 2009/1586 E., 2010/1330 K. Sayılı kararında;

“Sözleşmenin 5. maddesiyle düzenlenen, ihlali halinde şirket ve kefillerin 20.000,00 TL cezai şart ödeyeceklerine ilişkin hüküm, B.K.nın 158/1. maddesince seçimlik cezadır. Sözleşmeye aykırılık halinde, aksine hüküm olmadıkça, ya sözleşmenin aynen ifası ya da seçimlik cezanın ödenmesi istenebilir. Taraflar arasındaki sözleşmede, fesih halinde ayrıca cezanın da ödeneceğine ilişkin bir hükme yer verilmediğinden ve davacı sözleşmeyi feshettiğinden, feshedilen sözleşmeye dayanılarak seçimlik cezanın da ödenmesi istenemez.” ifadeleriyle sözleşmeye konulacak hükümle fesih halinde ayrıca cezai şartın da ödenebileceğinin kararlaştırılabileceği ifade edilmiştir.; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin 06.03.2014 tarihli, 2013/4386E., 2014/1611K. sayılı kararında; *“Kural olarak sözleşmenin feshi halinde olumlu zarar niteliğindeki ifaya ekli gecikme cezası istenemez. Cezai şart (sözleşme cezası) sözleşmeden doğan borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde ödenmek üzere,*

B. İfayla Birlikte İstenebilecek Ceza

TBK m. 179/2’de düzenlenen ifayla birlikte istenebilecek ceza uyarınca, ceza, borcun belirlenen zaman¹⁴⁹ veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, gerek gecikmiş ifayı veya ifanın sözleşmede belirtilen yerde yapılmasını gerekse de cezanın ödenmesini isteyebilir¹⁵⁰. Alacaklı hem ifayı hem de cezayı talep edebildiğinden bu cezayı toplu veya ekli ceza koşulu olarak tanımlayan yazarlar da mevcuttur¹⁵¹.

Görüleceği üzere TBK, borcun ihlalinin en fazla zaman ve yer bakımından gerçekleştiği düşüncesiyle bu iki borca aykırılık halinde ifayla birlikte istenebilecek cezanın mevcut olacağına ilişkin bir karine öngörmüştür. İfa yerine istenebilecek ceza başlığında da ifade edildiği üzere, bu iki hal dışında kalan diğer borca aykırılık hallerinde, kural olarak ifa yerine istenebilecek cezaya ilişkin hükümler (TBK m.179/1) uygulanacaktır. Ancak TBK 179. madde emredici olmadığından, bu iki hal dışındaki borca aykırılık halleri için taraflar ifayla birlikte istenebilecek cezanın talep

borçlunun alacaklıya önceden taahhüt ettiği bir edimdir. Cezai şart kararlaştırıldığı sözleşmenin bir hükmü ve bu şartın gerçekleşmesi üzerine doğan alacak da aynı sözleşmeden doğan fer'i bir alacak olduğundan, sözleşmenin feshi üzerine istenemez. Şu halde sözleşmeden dönen iş sahibi nasıl ki bu sözleşmeden doğan hiçbir hakkı ileri süremiyorsa kural olarak ifaya ekli cezai şartın ifasını da isteyemez. Taraflar, ifaya eklenen ceza ile asıl borcun zamanında ve belirlenen yerde ifa edilme ihtimalini kuvvetlendirmek istediğinden cezanın istenebilmesi için alacaklının ifayı talepten vazgeçmemesi gerekir. Başka bir deyişle sözleşme feshedilmemelidir. İfaya eklenen cezai şart kural olarak, ancak ifa ile birlikte talep edilebilirse de taraflar sözleşmelerinde akdin feshi halinde dahi cezanın istenebileceğini kararlaştırabilirler. Somut olayda 18.07.2001 tarihli sözleşmenin 17/e maddesinde, <süre sonu cezasının 20 günü geçmesi> halinde iş sahibi kooperatif tarafından sözleşmenin feshedileceği haller arasında sayılmıştır. Sözleşmenin 6. maddesindeki ceza 818 Sayılı Borçlar Yasası'nın 158/11. maddesinde düzenlenen ifaya ekli ceza niteliğinde olup kural olarak fesih halinde istenemez ise de, sözleşmenin 17/c maddesindeki hüküm uyarınca feshedilemeyecek süre olarak kabul edilen 20 gün için gecikme cezası istenebileceği anlaşılmaktadır. Bu nedenle sözleşmenin 6. maddesinde kararlaştırılan gecikme halinde alınacak cezaya ilişkin hüküm uyarınca feshedilemeyen cezalı süreye ilişkin 20 günlük süre için gecikme cezası hesaplanıp hükmedilmelidir.” İfadelerine yer verilmiştir (www.sinerjimevzuat.com.tr).

¹⁴⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop’a göre, cezanın sadece belirlenen ifa zamanına uyulmaması halinde ödeneceğini kararlaştırmanın, sadece gecikme tazminatının önceden ve belirli bir miktarda ifade edilmesi anlamına gelmektedir (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 350).

¹⁵⁰Ekinci, s. 150 vd. Tarafların sözleşmeyle bunun dışındaki borca aykırılık hallerinde de ceza koşulu kararlaştırmaları mümkündür (Dirican, **a.g.e.**, s. 31). Nitekim bu husus Yargıtay 19. Hukuk Dairesi’nin 03.03.2014 tarihli, 2013/6585 E., 2014/4148 K. Sayılı kararı bir kararında: “İfaya eklenen ceza koşulunda, şart gerçekleştiği takdirde alacaklı, hem ifayı hem de cezayı talep edebilecektir. Buna öğretide taleplerin birleşmesi veya toplanması denmektedir. TBK, borcun belirlenen zamanda veya yerde ifa edilmemesi hali için kararlaştırılmış ceza koşulunun, ifaya eklenen ceza koşulu niteliğinde olacağına dair bir karine koymuştur. Bu iki olasılık dışında kalacak eksik ifa hallerinde TBK’nın 179/II. md. değil, 179/I. md. hükmü uygulanacaktır. Zira Kanun, 179. maddenin ikinci fıkrasında bütün eksik ifa hallerini değil, bunlardan sadece zaman veya yer itibarıyla aykırılık teşkil edenlerin ifaya eklenen ceza koşulu olduğunu kabul etmiştir. TBK’nın 179/II. md. hükmü emredici yapıda olmayıp düzenleyici nitelikte olduğundan taraflar, yukarıda belirtilen iki hal dışında kalan eksik ifalarla, bütün ifa etmeme hallerinde de ifa ile birlikte cezai şartın istenebileceğini kararlaştırabilirler.” ifadeleriyle hükme bağlanmıştır (www.kazanci.com.tr).

¹⁵¹ Bilge, **a.g.e.**, s. 104; Eren, **a.g.e.**, s. 1213.

edileceğini kararlaştırabilirler¹⁵² ya da bu iki hal için ifa yerine istenebilecek cezanın talep edileceğini de kararlaştırabilirler¹⁵³. Taraflar ayrıca ceza anlaşmasıyla hem ifa yerine istenebilecek cezayı hem de ifayla birlikte istenebilecek cezayı birlikte kararlaştırabilirler¹⁵⁴.

Ceza koşulunun ifayla birlikte istenebilecek cezaya ilişkin olup olmadığının tespitinde, durumun gereği veya hukuki ilişkinin niteliğinin değerlendirilmesi uygun olacaktır¹⁵⁵.

Ceza koşulunun amacı da ceza koşulunun türünün tespitinde değerlendirilmesi gereken bir başka husustur. Örneğin kiracının apartman düzenini bozacak eylemleri için ceza koşulu kararlaştırılması halinde amaç, kiracının hem apartman düzenine uygun hareket etmesi hem de cezayı ödemesidir¹⁵⁶. Son olarak ceza miktarı da türünün belirlenmesinde yardımcı olabilir. Nitekim ceza miktarının az olması cezanın, ifayla birlikte istenebilecek ceza olduğuna delil olabilir¹⁵⁷. Belirlenen cezanın yüksek olması halinde, ceza borcun belirlenen yerde veya zamanda ifa edilmemesi hali için düzenlenmiş olsa dahi, ceza için belirlenen miktar gecikme tazminatının üstünde müspet zarar kalemini karşılayacak şekilde ise bu durumda ifa yerine istenebilecek cezanın varlığı kabul edilmektedir¹⁵⁸.

İfayla birlikte istenebilecek cezada alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş¹⁵⁹ veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş ise artık cezayı talep edemeyecektir (TBK m.179/2). Alacaklı ifayı kabul etmeden önce ya da en geç ifayı kabul esnasında cezayı da talep etmeli ya da cezayı talep hakkının saklı olduğunu ifade etmelidir¹⁶⁰. Buna göre alacaklı, ihtirazı kayıt ileri sürmeksizin ifayı kabul etmesi halinde alacağından feragat etmediğini ileri süremeyecektir¹⁶¹. Belirtmek gerekir ki; feragat

¹⁵² Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 995.

¹⁵³ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.46; Günay, **Cezai Şart**, s. 83-84; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 545; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 157.

¹⁵⁴ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 151; Ekinci, **a.g.e.**, s. 150 vd.; Kanık, **a.g.m.**, s. 1075; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 351; Arsebük, s. 986; Uçar, s. 17.

¹⁵⁵ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 46; Günay, **Cezai Şart**, s. 84; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 152.

¹⁵⁶ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 46; Günay, **Cezai Şart**, s. 84. Kocaağa, **a.g.e.**, s. 152.

¹⁵⁷ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 47; Günay, **Cezai Şart**, s. 84. Kocaağa, **a.g.e.**, s. 153.

¹⁵⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 350. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp tereddüt halinde borçlunun lehine değerlendirme yapılması gerektiğini ifade etmektedir (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 351); Kocaağa, **a.g.e.**, s. 153.

¹⁵⁹ Bunu ispat yükü borçludur; borçlu bu durumu HMK m.200 anlamında bir belge ile ispatlamalıdır (Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 995).

¹⁶⁰ Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 547; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 351; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 995.

¹⁶¹ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.115; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 995-996; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 153.

açıkça veya zımnen olabilir. İhtirazı kayıt ileri sürülmeksizin ifanın kabul edilmesini kanun, zımni feragat saymıştır¹⁶². Yine feragatin önceden yapılması zorunlu olmayıp sonra da feragat edilebilir¹⁶³. Ancak TBK m.179 emredici bir hüküm olmadığından taraflar anlaşma ile aksini kararlaştırarak ifanın çekincesiz kabul edilmesi halinde dahi cezanın talep edilebileceğini kararlaştırabilirler¹⁶⁴.

C. Dönme Cezası (Dönme Tazminatı)

Taraflar, borçlunun sözleşmede belirlenen cezayı ödemesi halinde sözleşmeden dönebileceğini kararlaştırabilir. TBK m. 179/3’de bu durum, “*Borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklıdır*” şeklinde düzenlenmiştir. Hükümde, cezayı düzenleyen sözleşme hükmünün dönme cezasını değil, ceza koşulunu düzenlediği karinesine yer verilmiştir. Doktrinde yaygın olarak ifayı engelleyen cezai şart¹⁶⁵ veya dönme cezası olarak adlandırılan bu kurum, gerçek anlamda bir ceza koşulu değildir¹⁶⁶. Nitekim dönme cezası, ceza koşulunun amacı olan asıl borcun ifasını güçlendirme amacının aksine, borcun ifasını zayıflatıcı bir rolü bulunmaktadır¹⁶⁷. Kanun koyucu dönme cezasını, ceza koşulunu düzenlediği TBK m.179’da belirtmiş olmakla birlikte ilgili maddede dönme cezasını düzenlemekten ziyade dönme cezasının ceza koşulu ile farkını ortaya koyduğu görülmektedir¹⁶⁸.

Dönme cezası, sözleşmede neden olmaksızın, keyfi olarak dönülmesi halinde ödenen bir cezadır. Dolayısıyla diğer cezalardan farklı olarak dönme cezasında,

¹⁶² Ekinci, **a.g.e.**, s. 107 vd. Burada karine değil, kanuni varsayım vardır (Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 547). Bu durum cezanın ödemesini talep etmekten vazgeçmek yönünde aksi kanıtlanabilir bir karine değil, kesin bir delildir. (Eren, **a.g.e.**, s. 1214; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 995).

¹⁶³ Bilge, **a.g.e.**, s. 104; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 153.

¹⁶⁴ Yargıtay 15 HD, 15.5.2007 tarihli, 2009/526 K. sayılı kararında; “*Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa gecikmiş ifanın bir ihtirazi kayıt konmaksızın kabulü halinde cezai şart isteme hakkı düşer.*” ifadelerine yer verilmiştir (Yargı Dünyası, Eylül 2009, s. 94 vd.); Saymen / Elbir, **a.g.e.**, s. 842; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s.351.

¹⁶⁵ İfayı engelleyen cezai şart deyiminin de hal ve şarta uygun olamadığına ilişkin görüşleri için bkz. Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 395.

¹⁶⁶ Eren, **a.g.e.**, s. 1214; Günay, **Cezai Şart**, s. 85; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 548; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 154; Dirican, **a.g.e.**, s. 31; Erdem, **Dönme Tazminatı**, s. 679; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 382; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, **a.g.e.**, s. 430.

¹⁶⁷ Eren, **a.g.e.**, s. 1214; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 353; Günay, **Cezai Şart**, s. 85; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 154; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 548; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 996; Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 166.

¹⁶⁸ Erdem, **Dönme Tazminatı**, s. 679.

cezanın muaccel olması, borçlunun borca aykırı davranması geciktirici şartına bağlanmamıştır¹⁶⁹. Ancak örneğin TBK 123-126 maddeleri uyarınca sözleşmeden dönülmüşse, yani kanunun verdiği hakla sözleşmeden dönülmüşse, borçlu dönme cezasını ödemeksizin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir¹⁷⁰.

İfa yerine istenebilecek cezada, seçim hakkı alacaklıda olmasına rağmen, dönme cezasında seçim hakkı borçluya aittir. Dolayısıyla borçlu, ya asıl borcu ifa edecek ya da dönme cezasını ödeyerek sözleşmeden dönecektir. Dönme cezası ödeyerek dönme yetkisinin alacaklıya tanınmasında da kanunen bir engel bulunmamaktadır¹⁷¹.

Dönme cezasında alacaklının sözleşmeden dönülmesi nedeniyle zararı sözleşmede kararlaştırılan dönme cezası miktarından daha fazla olsa da dönme cezasının üstündeki zararın tazminini isteyemez¹⁷².

Sözleşmede belirlenen cezanın, diğer ceza edimleri mi yoksa dönme cezası mı olduğu yönünde tereddüt oluşması halinde miktarın diğer ceza edimleri olduğu karinen kabul edilmektedir¹⁷³. Bu nedenle TBK 179/3 madde uyarınca borçlu, sözleşmede kararlaştırılan miktarın ifa yerine istenebilecek ceza veya ifaya birlikte istenebilecek ceza değil, dönme cezası olduğunu ispatlamalıdır¹⁷⁴. Borçlunun ispatlayamaması halinde ise alacaklı lehine karar verilerek uyuşmazlık çözümlenmelidir¹⁷⁵. Türk Borçlar Kanunu sadece hizmet sözleşmeleri için belirlenen

¹⁶⁹ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 996.

¹⁷⁰ Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 549; Kocağa, **a.g.e.**, s. 157; Arkan, **a.g.m.**, s. 88; Nomer, **a.g.e.**, s. 473; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 383. Yargıtay 15 HD'nin 24.5.2004 tarihli, 2003/5968 E. ve 2004/2877 K. sayılı kararı; "...Taraflar arasında imzalanan 1.9.1998 asıl ve 15.10.1998 tarihli ek sözleşme ile davacı tarafından yapılan bir kısım imalatlar, davalı kooperatifçe sözleşmeye aykırı bulunmuştur. Kooperatif 20.3.1999 tarihinde davacıya keşide ettiği ihtarında sözleşmeye aykırı bulunduğu imalatların düzeltilmesini ve anlaşmaya uygun hale getirilmesini istemiş, davacı yüklenici bu hataların varlığını kabul ederek, işi sözleşmesine uygun hale getireceğini belirtmesine rağmen verilen mehil içerisinde hataları gidermemiştir. Mahkemece alınan bilirkişi raporlarında da bu imalat hataları yerinde görülmüştür. İş sahibinin, işin kararlaştırılan şekilde imalini talep etmesi ve bunun yerine getirilmemesi yüzünden akdi feshetmesi kendisi açısından akdin feshinde kusur olarak değerlendirilemez. Davacı da bu sebeple cezai şart ve kâr mahrumiyeti talebinde bulunamaz. Bu nedenle mahkemece sabit olmayan davanın reddi yerine kabulü doğru olmadığı gibi akitte kararlaştırılan dönme cezası dışında ayrıca kâr kaybının da karar altına alınması kabul şekli itibarıyla doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir."(www.kazanci.com.tr).

¹⁷¹ Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 548; Kocağa, **a.g.e.**, s. 155.

¹⁷² Velidedeoğlu/Özdemir, **a.g.e.**, s. 336; Eren, **a.g.e.**, s. 1216; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 997; Günay, **Cezai Şart**, s. 85; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 359; Kocağa, **a.g.e.**, s. 155; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 401.

¹⁷³ Arkan, **a.g.m.**, s. 88; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 382.

¹⁷⁴ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 997; Nomer, **a.g.e.**, s. 473.

¹⁷⁵ Bilge, **a.g.e.**, s. 106; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 353; Kocağa, **a.g.e.**, s. 156. Genel kural bu olmakla birlikte TBK 446/2 maddesi bu kurala istisna getirmiştir. Söz konusu maddede işçi

rekabet yasakları bakımından belirlenen edimin dönme cezası niteliğinde olduğunu karinen kabul etmiştir (TBK m.446). Bu halde borçlu kararlaştırılan cezayı ödemek suretiyle rekabet yasağından kurtularak rekabet etme serbestisini yeniden kazanacaktır¹⁷⁶.

Dönme cezasının kararlaştırılması halinde, sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için dönme cezasını ödemiş veya ödemeyi önermiş olması gerekir. Salt dönme beyanında bulunma, sözleşme ilişkisini ortadan kaldırmayacaktır¹⁷⁷.

Doktrinde isabetli olarak hakim görüş, dönme cezasının indirilemeyeceği, dönme cezasında TBK m.182/3' ün kıyasen uygulanmayacağı yönündedir¹⁷⁸. Zira herhangi bir neden olmaksızın sözleşmeden dönme hakkını bizzat borçlu kendisi kullanmakta ve kendi yaptığı dönme bildirimiyle sözleşmeden dönmektedir¹⁷⁹. Dönme cezasının aşırı olduğunu düşünen borçlu, sözleşmeden dönmemelidir¹⁸⁰. Nitekim borçlunun kasten borcuna aykırı davranması, diğer cezaların dahi indirilmesine engel olurken, keyfi şekilde sözleşmeden dönen taraf için dönme cezasında indirim yapılması olanaksızdır¹⁸¹. Ancak bazı yazarlar¹⁸² ve bazı kararlarında Yargıtay¹⁸³ dönme cezasının indirilebileceği görüşündedirler. Bu görüş

ile işveren arasında rekabet yasağına aykırı davranış nedeniyle öngörülen dönme cezasını ispat yükü işverene aittir. İşveren rekabet yasağı getiren sözleşmenin dönme cezası ödeyerek sona erdirilemeyeceğini ispat etmek durumundadır. Ayrıca dönme cezasında aşan zararın tazmininin istenilmesi imkânı yokken TBK 446. madde ile aşkın zararın da talep edilebileceği kabul edilmiştir.

¹⁷⁶ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 47; Arkan, **a.g.m.**, s. 88.

¹⁷⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 352-353; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 549; Dirican, **a.g.e.**, s. 31; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 157; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 382

¹⁷⁸ Velidedeoğlu/Özdemir, **a.g.e.**, s. 335; Eren, **a.g.e.**, s. 1216; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 142; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 549; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 158; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 382. İsmet Sungurbey, **Acemoğlu'nun Tapulama Kanunu" Eşya Hukuku Meseleleri" Adlı Kitapları ve Serozan'ın Hukukçuluk Yöntemi Üstüne Notlar**, İstanbul, 1971, s. 84; Rıza Düzceer, Pey Akçesi ve Zımanı Rücu, **Adalet Dergisi**, Yıl: 47(1956), Sayı:3, s. 347; Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, 24. Bası, Ankara Bankacılık ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, 2018, s. 157-158 (**Ticari İşletme Hukuku**); Erdem, **Dönme Tazminatı**, s. 684. Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Abuzer Kendigelen/Arslan Kaya/Fusun Nomer Ertan, **Ticari İşletme Hukuku**, 5. Bası, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2015, s. 273.

¹⁷⁹ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 158

¹⁸⁰ Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 549; Erdem, **Dönme Tazminatı**, s. 684.

¹⁸¹ Erdem, **Dönme Tazminatı**, s. 684.

¹⁸² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 353; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 396 (Feyzioğlu bir ceza koşulu olarak dönme cezasının da indirilmesinin düşünülebileceğini, pişmanlık akçesinin (cayma parası) ise ceza karakteri taşımayan bir tazminat niteliği olduğu bu nedenle de hakim pişmanlık akçesinde indirim yapamayacağı görüşündedir.); Arkan, **a.g.m.**, s. 88; Ömer Çınar, "Türk Borçlar Kanunu ve Alman Medeni Kanuna Göre Cezai Şartın İndirilmesi", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi**, Yıl:8 Sayı: 16, Güz 2009, s. 94.

¹⁸³ Yargıtay HGK 6.10.1978 tarihli 1977/9-101 E. ve 1978/800 K. sayılı kararında;burada öngörülen cezai şart(dönme cezası) niteliğinde olup, BK'nun 325. Maddesinin uygulama yeri bulunmamaktadır. Ancak hakim miktarını fahiş gördüğü takdirde indirmekle mükelleftir... " demiştir

yazarlarına göre TBK m. 182/3'ün örneksenerek uygulanması olanaklı olup dönme cezasının indirimine tabi tutulmaması adalete ve hakkaniyete aykırı olacaktır¹⁸⁴. Serozan'a göre yargıçlar dahi ifayla birlikte istenebilecek cezayla, ifa yerine istenebilecek cezayı dönme cezasından tam olarak ayıramazken hukukçu olmayan sözleşme taraflarının kullandıkları sözcüklerin hukuksal sonuçlarını algılayabilmelerini beklemek hayalperestlik olacaktır¹⁸⁵. Diğer yandan rekabet yasağı sözleşmelerinde yer alan cezanın dönme cezası niteliğinde olması ve doktrinde de dönme cezasının indirilemeyeceği görüşü baskın olmasına rağmen, rekabet yasağı sözleşmelerinde yer alan cezanın indirilebileceği doktrinde genel olarak kabul görmektedir¹⁸⁶. Yargıtay 9 HD'nin 05.10.2004 tarihli, 2004/23807 E. ve 2004/22055 K. sayılı kararında¹⁸⁷ da *"Borçlar Kanunu'nun 161/son maddesi uyarınca, hakim, fahiş gördüğü cezai şartı indirmekle yükümlüdür. Cezai şartın rekabet yasağı sözleşmesinden doğmuş olması, indirim yapılması gereğini ortadan kaldıran bir*

(İBD 1979, S.1, s. 122-123). Yargıtay 11 HD 10.3.2014 tarih, 2014/1460 E. ve 2014/4603K. sayılı kararında ise; *"..Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, sözleşmede öngörülen cezai şartın bir sözleşmeden dönme cezası olduğu, davalının sözleşmeyi imzalamasına rağmen hem peşinatı hem de geri kalan kısmı ödemediği, bu nedenle sözleşmenin 1.4 maddesi uyarınca sözleşmenin otomatik olarak feshedilmiş sayıldığı, davacının 430.000 Euro dönme cezasını davalıdan isteyeme hak kazandığı gerekçesiyle, davanın kabulüne karar verilmiştir. Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.1- Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.2- Dava, sözleşmeye dayalı cezai şartın davalıdan tahsili istemine istemine ilişkindir. Dava tarihinde yürürlükte olan 818 Sayılı Borçlar Kanunun 161. maddesi "Akitler, cezanın miktarını tayinde serbesttirler. Ceza, kanuna veya ahlaka (adaba) muğayir bir borcu teyit için şart edilmiş veya hilafına mukavele olmadığı halde borcun ifası borçlunun mesuliyetini icap etmeyen bir hal sebebiyle gayri mümkün olmuş ise, şart olunan cezanın tediyesi talep edilemez. Hakim, fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir." hükmünü haizdir. Davalı taraf cezai şartın fahiş olduğunu ve tenkisi gerektiğini ileri sürdüğüne göre, mahkemece 818 sayılı B.K. 161. maddesi hükümleri nazara alınarak cezai şartın tenkisi gerekip gerekmediği tartışılmadan davalının cezai şartın tamamından sorumlu tutulması doğru olmamış hükmün bozulması gerekmiştir..." demiştir (www.kazanci.com.tr). Diğer yandan Yargıtay 15. HD 14.2.2002 tarihli, 2001/4830 E. ve 2002/741K. sayılı kararında;Taraflar arasındaki 12.6.1996 tarihli sözleşmenin 19.maddesinde kararlaştırılan ceza, B.K.nın 158/son maddesinde düzenlenen dönme cezasıdır. Dönme cezası ile sözleşmeden dönülmesinde kusuru olmayan tarafın meydana gelen tüm zararlarının karşılanması amaçlanmıştır. Bu nedenle, anılan cezadan fahiş olduğu gerekçesiyle B.K.nın 161/son maddesi uyarınca indirim cihetine gidilemez. Bu durumda, sözleşmede kararlaştırılan dönme cezasının tümüne hükmedilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile tenkisi doğru olmamış, hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir...." ifadeleriyle diğer kararlarından farklı olarak dönme cezasında indirim olmayacağına hükmedilmiştir. Ancak kanaatimizce burada varılan sonuç doğru olsa da gerekçe hatalıdır. Dönme cezasında alacaklının sözleşmeden dönülmesi nedeniyle zararı sözleşmede kararlaştırılan dönme cezası miktarından daha fazla olsa da dönme cezasının üstündeki zararın tazmini isteyemez. Dolayısıyla her durumda dönme cezasıyla kusuru olmayan tarafın zararının tamamen karşılanması mümkün olmayabilir.*

¹⁸⁴Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 223; Özge Yücel, "Fahiş Cezai Şartın Tenkisi", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, Cilt III, İstanbul 2011, s. 2946.

¹⁸⁵Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 223.

¹⁸⁶Veli Karagöz, **İş Sözleşmesinde Cezai Şart**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006, s. 246.

¹⁸⁷ www.sinerjimevzuat.com.tr

durum değildir. Mahkemece indirimde gidilmemiş olması usul ve kanuna aykırıdır.” ifadeleriyle bu husus vurgulanmıştır.

Kanaatimizce sözleşmeden dönme cezasının fahiş olduğu iddiasıyla indirilmemesi gerekir. Nitekim keyfi olarak sözleşmeden dönme hakkını kullanan bizzat borçludur. Burada borçlu, sözleşmeden dönmeyip dönme cezası ödeme borcu altına girmeme serbestisine sahiptir.

Dönme cezası, işlevleri bakımından pişmanlık akçesine (cayma parası) benzetmekle birlikte¹⁸⁸, farklı bir hukuki kurumdur. Dönme cezasında, sözleşmeden dönülmesi halinde belli miktar para veya şeyin ödeneceği taahhüt edilirken pişmanlık akçesinde sözleşme kurulurken ödeme peşin olarak yapılır¹⁸⁹. Sözleşmede belirlenen miktarın dönme cezası mı yoksa pişmanlık akçesi mi olduğu konusunda tereddüt oluştuğunda, dönme cezası olduğu yönünde yorum yapılması gerektiği doktrinde belirtilmektedir¹⁹⁰.

İKİNCİ BÖLÜM

AŞIRI CEZANIN İNDİRİLME AMACI, İNDİRİMİN NİTELİĞİ VE İNDİRİLME KOŞULLARI

I. AŞIRI CEZANIN İNDİRİLME AMACI VE NİTELİĞİ

A. İndirimin Amacı

Ahde vefa ilkesi gereği kural olarak taraflar serbest iradeleri ile akdettikleri sözleşme hükümlerine uymakla yükümlüdürler. Ancak sözleşmelerin akdedildiği sırada mevcut olan veya sonradan değişen şartların sözleşmelere etkisi nedeniyle,

¹⁸⁸Dönme cezasının pişmanlık akçesinin bir görünüm biçimi olduğunu söylemek de mümkündür (Erdem, *Dönme Tazminatı*, s. 679)

¹⁸⁹Erdem, *Dönme Tazminatı*, s. 679.

¹⁹⁰Kılıçoğlu, *a.g.e.*, s. 998; Kocaağa, *a.g.e.*, s. 158. Pişmanlık akçesi(cayma parası)ve dönme cezası arasındaki farklar için bkz. Erdem, *Dönme Tazminatı*, s.663-684.

bilhassa modern hukuklarda, hâkime, sözleşmeye müdahale etme yetkisi¹⁹¹ verilerek, tarafların başlangıçtaki menfaat dengelerinin korunması amaçlanmıştır.

Klasik hukuk anlayışında hâkimin sözleşmeye müdahale yetkisi, onun olağan görevleri arasında yer almamaktadır. Hâkimin normal görevleri, taraf iradelerini yorumlamak, tamamlamak ve hukuki işlemlerin geçerli olup olmadığını araştırmaktır¹⁹². Hakim sözleşmeye müdahale ettiğinde sözleşmeyi değiştirmekte veya tamamen ortadan kaldırmaktadır¹⁹³.

Örneğin TBK 525. maddede, simsarlık sözleşmelerinde sözleşmede aşırı bir ceza kararlaştırılmışsa, borçlunun talebi üzerine, bu ücretin hakim tarafından hakkaniyete uygun olarak indirilebileceği belirtilmektedir. Yine TBK 445. maddesinin 2. fıkrasında da hâkimin, aşırı nitelikteki rekabet yasağını, bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirmek ve işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de hakkaniyete uygun biçimde göz önünde tutmak suretiyle, kapsamı veya süresi bakımından sınırlayabileceği öngörülmüştür. Aşırı cezanın indirilmesinde de (TBK m.182/3) hâkimin sözleşmeye müdahalesi söz konusu olacaktır. Söz konusu hüküm kişilik haklarının ve ahlaki değerlerin korunması açısından önemli ve yerinde bir düzenlemedir¹⁹⁴.

Belirtmek gerekir ki; aşırı cezanın indirilme amacı, bir kısım nesnel ve öznel koşullar¹⁹⁵ gözetildiğinde miktarın yüksek ve dolayısıyla adalet ve hakkaniyete aykırı düşmesidir¹⁹⁶. Böylelikle kanun, zayıf olan tarafın istismar edilmesini önlemek, tarafların malvarlıkları arasında adil bir denge kurmak amacıyla hâkime, cezayı indirme yükümlülüğü yüklemiştir. Esasında kanun koyucu bu düzenlemeyle, tedbirli olmayan borçlunun, yüksek miktarda ceza edimi üstlenmesinden kaynaklanan tehlikeleri azaltmayı amaçlamaktadır¹⁹⁷. Söz konusu hükümle alacaklının kendi

¹⁹¹Tunçomağ, hakime tanınan bu özel yetkiyi “akitlerin düzeltilmesi” (Vertragskorrektur) olarak tanımlamaktadır. Zira akitlerin düzeltilmesinin, akitlerin tamamen ortadan kaldırılmasına nazaran daha elverişli olduğunu, bu yolla iktisaden daha zayıf durumdaki tarafın menfaatlerinin daha iyi korunduğunu belirtmektedir (Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.130).

¹⁹²Arsebük, **a.g.e**, s. 988.

¹⁹³Kocaağa, **a.g.e**, s. 215.

¹⁹⁴ Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, **a.g.e**, s. 432; Serozan, TBK m.182/3’ün TMK m.23’ü bütünleyip pekiştiren özel hükümlerden olduğunu belirtmektedir (Rona Serozan, **Medeni Hukuk Genel Bölüm**, 8. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 459).

¹⁹⁵ Yücel, **a.g.m**, s. 2948.

¹⁹⁶ Bilge, **a.g.e**, s. 117

¹⁹⁷ Kocaağa, **a.g.e**, s. 215.

zayıflığından faydalanıldığını borçlunun ispat etmesine gerek olmadan ceza miktarında indirimle gidilecektir¹⁹⁸.

B. İndirimin Hukuki Niteliği

İndirimin hukuki niteliğine ilişkin doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüş¹⁹⁹, cezanın indirilmesini kesin hükümsüzlük yaptırımı ile açıklamaktadır. Buradaki hükümsüzlük TBK m.27/2’de düzenlenen kısmi hükümsüzlük²⁰⁰ olduğundan, cezanın yalnız aşırı olan kısmı hükümsüz addedilecektir²⁰¹. Bu görüş sahibi Kunter, ayrıca TBK m.182/3 (eBK m. 161/3) hükmünün esasen TBK m.27 (eBK m. 20)’nin bir görünümü olduğunu, hükmün ahlaki sebeplerle derç edilmiş olması nedeniyle yaptırımı hükümsüzlük olan TBK m.27’nin (eBK m. 20) amir bir hüküm olduğunu ifade etmektedir. Kunter’e göre ahlaka aykırı aşırı ceza ile ahlaka aykırı olmayan aşırı ceza arasında bir fark bulunmamaktadır; fahiş olan tüm cezalar ya ahlaka aykırı olduğu için ya da emredici hükümlere aykırı oldukları için batıldılar²⁰².

Bu görüş bir kısım yazarlar tarafından eleştirilmektedir. Görüşü eleştiren yazarlar²⁰³ her ahlaka aykırılık ile emredici hükümlere aykırılığın yaptırımının hükümsüzlük olmadığını, aşırı cezanın indirilmesi ile amaçlananın, cezanın makul bir seviyeye indirilmesi olması nedeniyle, amacın daha hafif bir yaptırımla da gerçekleştirilmesinin mümkün olduğunu, daha ağır bir müeyyide seçiminin haklı bir sebebi olmadığı, TBK m.28’de düzenlenen aşırı yararlanmanın (gabin) yaptırımının dahi iptal edilebilirlik olduğu gözetildiğinde, bu görüşün savunulmasının zor olduğunu ifade etmektedirler. Yine bu görüşü eleştiren yazarlar, bu konuda kanunda bir düzenleme bulunmasa da aşırı cezanın indirilmesi için borçlunun talepte

¹⁹⁸ Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, **a.g.e.**, s. 432. Söz konusu hükmün TBK m.28 hükmüne aykırı olduğuna ilişkin bkz. Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, **a.g.e.**, s. 432.

¹⁹⁹ Von Tuhr, **a.g.e.**, s. 828-829; Nurullah Kunter, Fahiş Cezai Şartlar, **Adliye Ceridesi Dergisi** 1940, s. 974-975, 980.

²⁰⁰ TBK m.27/2 uyarınca sözleşmedeki sakatlığın sözleşmenin sadece bir kısmına ilişkin olması durumunda sözleşmenin sadece o kısmı hükümsüz olur. Ancak bu kısım olmadan da sözleşmenin yapılamayacağı anlaşılırsa sözleşme tamamen hükümsüz kılınır. Kısmi hükümsüzlüğün uygulanması için ilk şart, sakatlığın sadece sözleşmenin bir kısmında olmasıdır. Diğer şart olan sübjektif şart ise sözleşmenin kalan kısmının tarafların farazi iradelerine uygun sayılmasıdır. (Kemal Oğuzman/Turgut Öz, **Borçlar Genel Hükümler**, Cilt.1, Gözden Geçirilmiş 16. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s.181).

²⁰¹ Von Tuhr, **a.g.e.**, s. 828-829; Kunter, **a.g.m.**, s. 974-975, 980.

²⁰² Kunter, **a.g.m.**, s. 975, 978.

²⁰³ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.138; Günay, **Cezai Şart**, s. 175; Kocağa, **a.g.e.**, s. 218.

bulunması gerektiğini, ancak hükümsüzlüğün yaptırımının talep ile değil, kendiliğinden doğduğunu ifade etmektedirler²⁰⁴.

Bir diğer görüş²⁰⁵, aşırı cezanın indirilmesini iptal ile açıklamaktadır. Bu görüşe göre, ceza koşulu, başta geçerli olmakla birlikte, borçlunun iptal hakkını kullanması halinde, geçmişe etkili olarak geçerliliğini kaybedecektir. Cezanın indirilmesi sözleşmenin kısmen iptali sayılacaktır. Bu görüşü benimseyen yazarlardan *Hölder*, mahkeme tarafından cezanın indirilen kısmının hükümden düşmesi vakiasından, indirilen miktarın sözleşme uyarınca borçlanılmamış olduğunun kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Cezanın aşırı olduğunu ileri süren borçlu, esasında, ceza koşulunun geçerliliğini, konusunun belli bir kısmı yönünden reddetmektedir. Bu nedenle de borçlu iptalini istediği miktarı talebinde göstermelidir²⁰⁶.

Bu görüş doktrindeki bazı yazarlar tarafından aşırı derecede yüksek olsa da cezanın tamamının geçerli olduğu ve mahkemenin cezayı indirdiği kısım bakımından cezanın borçlanılmamış sayılmasının doğru olmadığı, aşırılığı ileri sürmeyen borçlunun cezayı ödemek zorunda olduğu ve ödedikten sonra aşırılığını da iddia edemeyeceği gerekçeleriyle eleştirilmiştir²⁰⁷. Tunçomağ, bu görüşün yenilik doğuran dava ve kararların kabul görmediği bir dönemde, indirimin hukuki niteliğini açıklayabilmek adına başvurulmuş bir görüş olduğunu ifade etmektedir²⁰⁸.

Cezanın indirilmesinin hukuki niteliği konusunda bir diğer görüş²⁰⁹ ise sebepsiz zenginleşme görüşüdür. Bu görüşü benimseyen yazar Reichel'e göre taahhüt edilen edim makul haddin üzerinde olduğu ölçüde, borçludan talep hakkı haklı nedene dayanmadığından, borçlu zararına bir sebepsiz zenginleşme bulunmuş olur. İndirimi talep eden borçlu, zenginleşmenin tespiti ve geri verilmesini

²⁰⁴ Tunçomağ, *Cezai Şart*, s.138; Günay, *Cezai Şart*, s. 175; Kocağa, *a.g.e.*, s. 218. Tunçomağ ve Kocağa, butlanı savunan Kunter'in iddiasının aksine, TBK m. 182/3'ün emredici sayılmasının nedeninin aşırı cezanın ahlaka, adaba veya kamu düzenine aykırılık oluşturması olmadığını, maddenin emredici niteliğinin kanunun açık ifadesinden kaynaklandığını, aşırı ceza edimi ile kural olarak borçlunun ekonomik veya kişisel özgürlüğünün sınırlandırıldığını söylenemeyeceğini, borçlunun ekonomik veya kişisel özgürlüğü sınırlanmış ise TBK m. 27 uyarınca batıl olacağını ve TBK 182/3 uyarınca indirim yoluna gidilemeyeceğini, TBK 182/3'ün kamu düzeniyle de ilgili olmadığını ifade etmektedirler (Tunçomağ, *Cezai Şart*, s.138, dn.26; Kocağa, *a.g.e.*, s. 218, dn.15).

²⁰⁵ Hölder, s. 161 vd. (naklen Tunçomağ, *Cezai Şart*, s.136-137 ve Kocağa, *a.g.e.*, s. 219)

²⁰⁶ Hölder, s. 161 vd. (naklen Tunçomağ, *Cezai Şart*, s.136-137 ve Kocağa, *a.g.e.*, s. 219)

²⁰⁷ Tunçomağ, *Cezai Şart*, s.138; Kocağa, *a.g.e.*, s. 219.

²⁰⁸ Tunçomağ, *Cezai Şart*, s.138.

²⁰⁹ Reichel, s. 35 (naklen Tunçomağ, *Cezai Şart*, s.137 ve Kocağa, s. 219)

istemektedir²¹⁰. Bu görüş de ortada bir hukuki sebep eksikliği veya sakatlığı değil, borcun konusunun aşırılığı söz konusu olduğundan eleştirilmektedir²¹¹.

Diğer bir görüş ortalama yaptırım görüşüdür. Bu görüşe göre²¹², aşırı cezanın indirilmesinde ne butlan ne de iptal yaptırımı söz konusu değildir. Bu görüş taraftarları, iki yaptırımdan birini diğerine tercih etmenin, kanunun bağdaştırmak durumunda kaldığı menfaatlerden birini diğerine feda etmek anlamına geleceğini, buradaki yaptırımın butlan ve iptal arasında bir yaptırım olduğunu savunurlar²¹³. İddialarını ispatlamak amacıyla ise indirim hakkının yalnızca borçluya tanındığını, ancak hâkimin de bunu re'sen dikkate alabileceğini, cezanın tamamının indirimle ortadan kaldırılamayacağını, ödemediği sonra indirimin hâkim tarafından yapılamayacağını ve indirim isteme hakkının zamanaşımına uğramayacağını ileri sürerler²¹⁴.

Bu görüş de doktrindeki bazı yazarlar tarafından cezanın indirilmesinde butlanın ayırıcı niteliklerinin bulunmadığı, hâkimin ancak borçlunun talebi üzerine indirim yoluna gidebileceği, indirim hakkının zamanaşımına uğramamasının yenilik doğuran bir hak olmasından ileri geldiği gerekçeleriyle eleştirilmektedir²¹⁵.

Diğer bir görüş²¹⁶, hâkimin aşırı cezayı indirim hakkını yargısal yenilik doğuran hak (richterliches Gestaltungsrecht) ile açıklamaktadır. Bu görüşü savunanlara göre, hâkim sözleşmeye yenilik doğuran bir tarzda müdahale ederek onu belli noktada değiştirme hakkına sahiptir. İndirim hakkını yargısal yolla sözleşmenin gözden geçirilmesi olarak niteleyen yazarları da bu görüşe dahil etmek gerekir. Bu görüşün yazarlarına göre ceza miktarı indirilerek, hukuki ilişki değişikliğe uğramaktadır. Ancak bu yenilik doğuran hak, yani indirim hakkının dava veya defî şeklinde ileri sürülmesinin zorunlu olması ve söz konusu irade beyanı yanında hâkim tarafından karar verilmesinin de gerekli olması bakımından diğer yenilik doğuran haklardan ayrılmaktadır. Dolayısıyla yalnız beyanla hukuki sonuç doğmayacak; ayrıca hâkimin indirime de karar vermesiyle ceza indirilmiş olacaktır. Bu nedenle de

²¹⁰ Reichel, s. 35 (naklen Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.137 ve **Kocaağa**, s. 219)

²¹¹Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.139; Kocaağa, **a.g.e**, s. 220.

²¹² Jale Güral, **Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanunun Sistemi**, Ankara 1953, s 211; Günay, **Cezai Şart**, s. 178.

²¹³ Güral, **a.g.e**, s 211; Günay, **Cezai Şart**, s. 178.

²¹⁴ Güral, **a.g.e**, s. 211.

²¹⁵ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.139; Kocaağa, **a.g.e**, s. 220; Çınar, **a.g.m**, s. 93-94.

²¹⁶ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.139-140; Kocaağa, **a.g.e**, s. 220-221; Ekinci, **a.g.e**, s. 322; Arkan, **a.g.m**, s. 94.

yenilik doğuran bir işleme yenilik doğuran bir kararın eklenmesi suretiyle, iki vakıanın bir araya gelmesiyle, cezanın indirilmesine ilişkin yenilik doğuran hükmün meydana geleceği belirtilmektedir²¹⁷.

Bir diğer görüş²¹⁸, TBK m. 182/3 kapsamına en uygun yaptırımın değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük olduğunu ifade etmektedir. Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük, sözleşmenin geçersiz kısmı yerine kanunun emredici veya tamamlayıcı bir hükmünün veya hâkimin tarafların farazi iradelerini yorumlamak suretiyle tespit ettiği ikame hükmün derç edilmesi esasına dayanmaktadır²¹⁹. Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük, TBK m.27/2’de açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, bu türün, kısmi hükümsüzlüğün amacı ve favor negotii ilkesine uygun olduğu ifade edilmektedir²²⁰.

Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük görüşüne sahip yazarlardan Başpınar, kanun koyucunun emredici hükümlere aykırılık halinde bazen hakime takdir hakkı tanıyarak, sözleşmedeki sakat kısmın yerine geçecek hükmü belirlemesini isteyebileceğini, hakimin bu durumda görevinin, taraflardan birinin sözleşmedeki

²¹⁷Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.139-140; Kocağa, **a.g.e.**, s. 220-221; Ekinci, **a.g.e.**, s. 322; Arkan, **a.g.m.**, s. 94; Kocağa ve Tunçomağ, İsviçre Hukuk doktrininde kanun ile hakime sözleşmeden doğan bir edimin indirilme yetkisi verildiği halleri “yargısal indirim hakkı” olarak tanımlamanın gelenek haline geldiğini, ancak indirim hakkı belli şartların bulunması halinde hem indirimi yapabilme yetkisini hem de indirimi isteme hakkını ifade ettiğinden indirim hakkı deyiminin kullanılmasının isabet olacağını savunmaktadırlar (Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.135-136; Kocağa, **a.g.e.**, s. 217). Uçar, Tunçomağ’ın görüşüne katılmakla birlikte indirim davasının kabul edilebilmesi için borçlu talebine gerek olmadığını, borçlunun indirim davası açabileceği gibi açılan davada da defî olarak indirim talep edebileceğini, bunlar olmasa dahi yargıcın kanun uyarınca aşırı cezayı indirmesi gerektiğini belirtmektedir (Uçar, **a.g.e.**, s. 114).

²¹⁸ Kocayusufpaşaoğlu, değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük kavramı yerine içerik değiştirici kısmi hükümsüzlük kavramını kullanmayı tercih etmektedir. (Necip Kocayusufpaşaoğlu, “Değişik Kısmi Hükümsüzlük” ve “Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük” Kavramları İle İlgili Düşünceler”, **Prof. Dr. Selim Kaneti’ye Armağan**, İstanbul 1996, s. 25; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 604; Hüseyin Hatemi, **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları** (Hukuka ve Ahlaka Aykırılık), İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1976, s. 221, dn. 113; Nagehan Kırkbeşoğlu, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Uyarlanmış Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük**, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2011, s. 209 vd.; Veysel Başpınar, **Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı**, Ankara, Bankacılık ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, 1998, s. 152 vd.; Nil Karabağ Bulut, **Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2014, s. 375 vd.; Nomer, s. 476; Yücel, s. 2953; Derya Ateş, **Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007, s. 291. İsviçre Federal Mahkemesi, tek satıcılık sözleşmesine ilişkin bir kararında, tarafların farazi iradelerini araştırarak uzun sürenin geçersizliğine karar verip süreyi 8 yıla indirgemesi salt makul hadde indirme değil, geçersiz hükmün yerine farklı bir yolla getirilen ikame bir hüküm olarak nitelendirmiştir (Yücel, s.2952, dn. 53,).

²¹⁹ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.m.**, s. 25; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 604-605; Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 209 vd.; Başpınar, **a.g.e.**, s. 152 vd.; Karabağ Bulut, **a.g.e.**, s. 375 vd.; Kemal Oğuzman/Nami Barlas, **Medeni Hukuk**, 24. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 229-230.

²²⁰ Başpınar, **a.g.e.**, s. 153.

sorumluluğunun kapsamını daraltmak olduğunu, daraltmanın sözleşmenin içeriğinin borçlu lehine sınırlandırılması veya süresinin azaltılması veya borçlunun sorumluluğunun başka şekillerde azaltılması şeklinde gerçekleşebileceğini belirttikten sonra, bu tür uygulamayı TBK m. 182/3 (eBK 161/3) ve TBK m.525 (eBK 409)'da görmenin mümkün olduğunu ifade etmektedir²²¹.

Başpınar'a göre, söz konusu hükümler, hâkime, taraflardan birinin borçlandığı aşırı edim miktarında indirim yapma yetkisi vermektedir. Ancak edim aşırı olsa dahi, hâkimin vereceği hükme kadar edim geçerliliğini sürdürecektir. TBK m. 182/3 (BK 161/3) ile hakime aşırı ceza edimini indirme görevi verilmiş olduğundan, taraflar sözleşmenin içeriğinde hakimin bu takdir yetkisini kısıtlayamaz veya ortadan kaldıramaz. Hâkim en yüksek haddi aşan edimde indirim yaparken, hakkaniyete uygun bir karar vermesi gerekmektedir²²².

Yücel, her zaman aşırılığın sınırını öngörmenin mümkün olmadığını, bu nedenle de ilgili hükmü tamamen geçersiz addedip, yerine ikame hüküm getirilmesinin daha tutarlı ve hükümsüzlük yaptırımına da daha uygun olduğunu ileri sürmektedir. Fahiş tutar ile ahlaka aykırılık arasındaki çizgi anlaşılabilir olmadığından normun koruma amacından hareket ederek fahiş ceza ediminin ahlaka aykırı olup olmadığını tartışmaksızın değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük yaptırımının üstün tutulması gerektiğini belirtmektedir²²³.

Ateş, cezanın ahlaka aykırı olacak şekilde aşırı olması halinde TTK m.1530 hükmünden kaynaklanan değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük ile indirilebileceğini, ceza ediminin ahlaka aykırı olmamakla birlikte yalnızca aşırı olması halinde TBK m.182/3'den kaynaklanan değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük ile indirilebileceğini savunmaktadır²²⁴.

Eren de indirimi, değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük yaptırımı ile açıklamaktadır. Cezanın aşırı olduğu durumda, sözleşme tamamen hükümsüz sayılmamalı, sözleşmede belirlenen ceza kanuni hadde indirilerek sözleşme muhafaza edilmelidir.

²²¹ Başpınar, **a.g.e**, s. 157-158.

²²² Başpınar, **a.g.e**, s. 158.

²²³ Yücel, **a.g.m**, s. 2952-2954.

²²⁴ Ateş, **a.g.e**, s.291.

Ancak edimin bölünebilirliğinden yola çıkarak edimin bir kısmının geçerli bir kısmının ise geçersiz olabileceğini ileri sürmektedir²²⁵.

Hatemi, TBK m.182/3'deki indirimin, iptal yaptırımı kapsamında değil, hakimin görevinden ötürü, re'sen göz önünde bulunduracağı kısmi hükümsüzlük kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Ancak burada hangi cezanın aşırı ve hangi hadde indirim yapılacağı konusunda hakimin takdir hakkı olduğunu, cezanın indirilmesi talebinde bulunmak için yenilik doğuran dava ikame edilmesinin gerekli olmadığını, cezanın sonradan şartların değişmesi nedeniyle aşırı hale gelmesi halinde kısmi hükümsüzlük yaptırımının uygulanmayacağını, şartların sonradan değişmesi halinde uygulanacak yollarla çözüme kavuşturulması gerektiğini ifade etmektedir²²⁶.

Yazar, doktrindeki tüm görüşler içerisinde en doğru görüşün kısmi hükümsüzlük görüşünde olan Kunter'in görüşü olduğunu belirtmektedir. Kunter'in görüşüne yegane eleştirisi ise TBK 78/1'e²²⁷ göre şartların oluşması halinde iadenin mümkün olacağını atıf yapmaktan ziyade, iade isteminin mümkün olduğuna ilişkin mutlak bir ifade kullanmış olmasıdır²²⁸. Yazar, belli bir üst sınır kanunda öngörülmeden, ceza koşulunda olduğu gibi, hakimin takdirine yer verilen bir deyim kullanılmış ise, hakimin takdir yetkisini kullanarak hükümsüzlüğü tespit edip, ayrıca sözleşmenin boşluğunu doldurması gerektiğini ifade etmekte,²²⁹ bu itibarla da aşırı cezaya en uygun yaptırımın düşey kısmi hükümsüzlük olduğunu ileri sürmektedir²³⁰. Görüldüğü üzere bu noktada indirimin hukuki niteliğini açıklamak için kullanılan bir diğer kurum, düşey kısmi hükümsüzlük kurumudur. Düşey kısmi hükümsüzlükte, geçersizliğin yaptırımının TBK m. 27/2'den bağımsız, emredici hükmün anlam ve amacından kaynaklandığı kabul edilmekle beraber, kısmi hükümsüzlüğe ilişkin özellikler barındırması nedeniyle kısmi hükümsüzlüğün bir türü olarak nitelendirilmektedir. Düşey kısmi hükümsüzlükte, değiştirilmiş kısmi hükümsüzlükten farklı olarak, hüküm bütün olarak geçersiz sayılmamakta, kanuni sınırı aştığı ölçüde geçersiz sayılmaktadır. Tarafların farazi iradesi de emredici

²²⁵ Eren, a.g.e, s. 356.

²²⁶ Hatemi, **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 221, dn. 113.

²²⁷ TBK m. 78; "Borçlanmadığı edimi kendi isteğiyle yerine getiren kimse, bunu ancak, kendisini borçlu sanarak yerine getirdiğini ispat ederse geri isteyebilir." demektir.

²²⁸ Hatemi, **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 225, dn. 116.

²²⁹ Hatemi, **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 226.

²³⁰ Hatemi, **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 236, s. 220, dn. 112, 580-582.

hükümün varlığı nedeniyle değerlendirmeye alınmayacaktır²³¹. Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğün bu türünde hükümün nicelik bakımından değiştirildiği ifade edilmektedir²³².

Serozan da bir hukuki işlemde kanun ile öngörülen faiz, bedel ve süre sınırlandırmalarına aykırı, ölçülü olmayan kayıtların TBK m.27/2 (eBK m. 20/2)'nin şartlarının mevcut olup olmadığına bakılmaksızın budanarak işlemin geçerli tutulmasına eksik geçerlilik adını vermekte ve TBK 182/3 hükmünü eksik geçerlilik kavramı içerisinde saymaktadır²³³. Serozan'a göre burada TBK m. 27/2 kapsamında nesnel ve öznel unsurlara bakılmak zorunda olmayan "geçerliliği her halde koruyucu indirim" gözüyle bakılmalıdır²³⁴. Bu kapsamda Serozan'ın da aşırı cezanın yaptırımının düşey kısmi hükümsüzlük olduğunu kabul ettiğini söylemek mümkündür.

Kırkbeşoğlu da aşırı cezanın yaptırımının düşey kısmi hükümsüzlük ile açıklanması gerektiğini ifade etmektedir. Düşey kısmi hükümsüzlüğü, kanunda alt/üst sınırın tayin edildiği veya hakime indirim/daraltma/sınırlandırma konusunda takdir yetkisi veya görev verildiğini hallerde geçerli olan bir yaptırım olarak açıklamaktadır. Burada ceza miktarının aşırı olup olmadığının tespiti hakimin görevi olduğu bir hüküm içi boşluk (*intra legem*) söz konusudur. Hakimin adalet ve hakkaniyet esaslarını (TMK m.4)²³⁵ dikkate alarak tespit edeceği sınır, üst sınırdır. Yazara göre, hakim, burada cezaya ilişkin hükmün geçersizliğine karar verdikten sonra oluşan boşluğu TBK m.27/2 hükmüne göre tarafların farazi iradelerini araştırarak doldurmayacak; TMK m.4'e uygun olarak kendisine tanınan takdir yetkisini kullanmak suretiyle "uygun bir üst sınır" tayin ederek cezayı bu sınıra

²³¹Hatemi, **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 220, dn. 112; Kırkbeşoğlu, **a.g.e**, s. 255 vd.; Karabağ Bulut, **a.g.e**, s. 390, dn. 147.

²³² Karabağ Bulut, **a.g.e**, s. 390-391.

²³³ Serozan, **Medeni Hukuk**, s. 29.

²³⁴Serozan, **Medeni Hukuk**, s. 390-391.

²³⁵ Yargıtay 13 HD, 3.4.2007 tarih, 2007/720 E. ve 2007/4630 K. sayılı kararı; "*Taraflar cezai şartı serbestçe kararlaştırabilirler. Hakim fahiş gördüğü cezai şartları re'sen tenkis etmekle yükümlüdür. Cezai şartın fahiş olup olmadığı tespit edilirken tarafların iktisadi durumu, borçlunun sözleşmeye aykırı davranması nedeniyle sağladığı menfaat ve borçlunun kusur derecesi dikkate alınmalıdır. Hüküm altına alınan ceza hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun olarak takdir ve tespit edilmelidir. Açıklanan ilkeler dikkate alınmadan eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.*"

indirecektir. İhlal edilen normun niteliğine ve amacına uygun düştüğü ölçüde TTK m. 1530'da kıyasen uygulanabilecektir²³⁶.

Yukarıda açıklanan doktrin görüşleri bakımından bir değerlendirme yapmak gerekirse, cezanın aşırı olup olmadığı, borca aykırılığın ağırlığı, kusur oranı, zarar gibi sözleşmenin kurulması aşamasında belli olmayan bir kısım ölçütlerin değerlendirilmesi sonucu tespit edilecektir. Bu durum da kesin hükümsüzlüğün hukuki mahiyetine uygun düşmemektedir. Ayrıca yine aşağıda ifade edildiği üzere indirim hakkının dava veya def'i şeklinde ileri sürülmesi zorunlu da olmadığından indirim hakkını yargısal yenilik doğuran hak olarak nitelendirmek de kanaatimizce mümkün değildir. Açıklanan nedenlerle kanaatimizce TBK m.182/3'de düzenlenen indirim hükmünü, doktrinde tartışılan hukuki kurumlardan bağımsız, kendine özgü bir hukuki kurum olarak değerlendirmek daha doğru bir yaklaşım olacaktır.

II. AŞIRI CEZANIN İNDİRİLME KOŞULLARI

TBK m. 182/1 uyarınca taraflar kural olarak cezanın miktarını serbestçe belirleyebilirler²³⁷. Sözleşmede kararlaştırılan ceza miktarının aşırılık arz ettiği durumlarda ise kanun koyucu hakime, aşırı cezayı indirme yükümlülüğü yüklemiştir²³⁸. İfade edildiği üzere hüküm emredici olup²³⁹ tarafların borçlunun aşırı

²³⁶Kırkbeşoğlu, s. 307. TBK m. 1530; (1) *Aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde, ticari hükümlerle yasaklanmış işlemler ve şartlar batıldır. Ancak, sözleşme uyarınca yerine getirilmesi gereken edimler için kanunun veya yetkili makamların koymuş olduğu en yüksek sınırı aşan sözleşmeler en yüksek sınır üzerinden yapılmış sayılır; sınırı aşan edimler hata ile yerine getirilmiş olmasa bile, geri alınır. Bu sınırlarda, Türk Borçlar Kanununun 27 nci maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi uygulanmaz.....*

²³⁷Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 64; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 107; Karabağ Bulut, **a.g.e.**, s. 191. Buna karşılık taksitle satış sözleşmesi örneğinde olduğu gibi kanunla doğrudan ceza miktarı sınırlandırılmış olabilir.

²³⁸Fahiş olup olmadığına karar vermek hakimnin takdirinde olduğuna göre, hakimnin indirmekle yükümlü olmasının hukuk tekniği açısından bir anlam ifade etmemektedir. Bu nedenle burada da, cezanın hakim tarafından indirilebileceği veya bunun hakimden talep edilebileceği anlaşılmalıdır (Reha Poroy/ Hamdi Yasaman, **Ticari İşletme Hukuku**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 17. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 142).

²³⁹Erdem, **Delenda Est Carthago**, s. 322. Doktrinde hükmün emredici olduğu konusunda görüş birliği olmakla birlikte hükmün kamu düzeninden olup olmadığı ile ilgili farklı görüşler mevcuttur. Tunçomağ, hükmün kamu düzeninden olmadığını ifade ettikten sonra hükmün emredici niteliğini kabul için kamu düzenini korumak amacıyla mı yoksa şahsiyet haklarını korumak amacıyla konulduğunu araştırmaya da gerek olmadığını ifade etmektedir. (Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 159, dn.67). Arsebük ve Kırkbeşoğlu ise hükmün kamu menfaati için konulduğunu ifade etmektedir (Arsebük, **a.g.e.**, s. 990; Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 312-313, dn. 379; Uygur, **Şerh**, s. 1092). Yargıtay da söz konusu hükmün kamu düzeninden olduğunu kabul etmektedir bkz. Yargıtay HGK 02.02.2005 tarihli, 9-759 E. ve 9 K sayılı karar (Uygur, **Şerh**, s. 1092, dn. 227)

cezanın indirilmesinden feragat geçersizdir²⁴⁰. Ancak sözleşme cezası muaccel olduktan sonra borçlunun bu hakkından feragat etmesi mümkündür²⁴¹. Aşağıda cezanın indirilebilmesi için *-bir kısmı doktrinde tartışmalı olmakla birlikte-* aranan koşullar açıklanacaktır.

A. Geçerli ve Gerçek Bir Ceza Koşulunun Bulunması

1. Genel Olarak

Cezanın indirilmesi için gerekli koşullardan ilki, gerçek ve geçerli bir ceza koşulunun taraflar arasında kararlaştırılmış olmasıdır. Ceza koşulunun, sözleşmede, şirket ana sözleşmesinde²⁴² veya tek taraflı bir hukuki işlemle kararlaştırılmış olmasının indirim bakımından bir önemi bulunmamaktadır²⁴³. Dernek, sendika tüzüklerine, toplu iş sözleşmelerine dahi ceza koşulu hükmü eklenebilir²⁴⁴. Ticari veya sınai işletmelerin yönergelerine de ceza koşulu hükmü konulabilir²⁴⁵.

Ceza koşulunun kendisi geçersiz veya asıl borç geçersiz ise ceza koşulu da geçersiz olacağından, aşırı ceza ediminin indirilmesi de söz konusu olmayacaktır²⁴⁶. Bu kapsamda Medeni Kanundaki nişanlanma, evlenme, boşanma gibi birtakım kurumlarda ceza koşulunun uygulanması mümkün değildir. Zira bu durum kişilik haklarının ihlali anlamına gelecektir. Keza, TMK m. 117’de nişanın bozulması halinde cezanın davaya konu edilemeyeceğini, ödenmiş de geri istenemeyeceğini dolayısıyla eksik borç olacağını hükme bağlamıştır²⁴⁷. Diğer yandan geçersiz bir ceza koşulunun ifa edilmesi halinde kural olarak ödenen bedelin iadesi, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapılacaktır²⁴⁸.

²⁴⁰ Erdem, **Delenda Est Carthago**, s.322; Erbay Taylan, Ödencel Eklenti Sözleşme: Ceza Koşulu, **Yasa Hukuk Dergisi**, 1978, Cilt 1, s. 52; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 462; Sayman/Elbir, **a.g.e.**, s. 844; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 385; Bilge, **a.g.e.**, s. 119. Birsen, **a.g.e.**, s. 369; Arsebük, **a.g.e.**, s. 990; Velidedeoğlu/Özdemir, **a.g.e.**, s. 338; Arsebük, **Tahliller**, s. 995; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 24; Uygur, **Şerh**, s. 1091.

²⁴¹ Erdem, **Delenda Est Carthago**, s. 322.

²⁴² Mehmet Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, 12. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2017, s.58.

²⁴³ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.142; Günay, **Cezai Şart**, s. 179; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 223; İnal/Yücel, **a.g.e.**, s. 567; Arkan, **a.g.m.**, s. 88; Eren, **a.g.e.**, s. 1210; Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 163.

²⁴⁴ İnal/Yücel, **a.g.e.**, s. 567; Arkan, **a.g.e.**, s. 88-89.

²⁴⁵ Eren, **a.g.e.**, s. 1210.

²⁴⁶ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.142; Tunçomağ, **Genel Hükümler**, s. 883; Eren, **a.g.e.**, s. 1216; Çınar, **a.g.m.**, s. 95.

²⁴⁷ İnal/Yücel, **a.g.e.**, s. 567.

²⁴⁸ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.142; Günay, **Cezai Şart**, s. 179; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 223.

Bu noktada sözleşmede yer alan ceza koşulu kaydının genel işlem koşulu olması haline değinmek gerekir. Bilindiği üzere genel işlem koşulu, TBK m.20²⁴⁹,de düzenleme altına alınmıştır. Buna göre bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri genel işlem koşullarıdır. TBK m.21 uyarınca, karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır. Genel işlem koşullarına ilişkin TBK hükümleri, tacir olsun olmasın herkese uygulanacaktır²⁵⁰. Bu tür sınırlayıcı kuralların temel amacı, sözleşmenin zayıf tarafı lehine ortaya çıkabilecek adaletsizliğin önüne geçebilmektir²⁵¹. Bu noktada hakimin yargısal denetim sonucu ceza koşulu kaydının genel işlem koşulu olması nedeniyle yazılmamış sayıldığını tespit etmesi halinde aşırı cezanın indirim şartlarının var olup olmadığını araştırması da gerekmeyecektir. Zira genel işlem koşulları içerisinde yer alan ceza koşulu geçersiz sayılırsa, ortada geçerli bir ceza koşulu mevcut olmadığından cezanın indirilmesi olanaklı değildir²⁵².

Ceza koşulunun türleri başlığında anlatıldığı üzere dönme cezasının indirilemeyeceğine ilişkin doktrinde hâkim görüş bulunmaktadır²⁵³. Kanaatimizce de, dönme bildiriminde bulunmama hakkına sahipken, keyfi olarak sözleşmeden dönerek

²⁴⁹TBK m.20; “Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz. Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez. Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz. Genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın uygulanır.”

²⁵⁰Murat Aydoğdu, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 13, Sayı: 2, 2011, s.1-50 (Basım Yılı: 2013).

²⁵¹Yeşim Atamer, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, 1. Bası, Ağustos 1999, s. 146 vd; Mehmet Demir, “Cezai Şart Kaydına Genel İşlem Koşulları Arasında Yer Verilmesi Sorunu”, **Prof. Dr. Şeref Gözübüyük’e Armağan**, Ankara 2005, s. 437-447.

²⁵²Çınar, **a.g.m.**, s. 98.

²⁵³Velidedeoğlu/Özdemir, **a.g.e.**, s. 335; Eren, **a.g.e.**, s. 1216; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 142; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 158; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 382; Sungurbey, **a.g.e.**, s.84; Düzceer, **a.g.m.**, s.347; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 549; Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, s. 157-158; Erdem, **Dönme Tazminatı**, s. 684; Ülgen/ Helvacı/ Kendigelen/ Kaya/ Ertan, **a.g.e.**, s.273.

dönme cezası ödeme yükümlülüğü altına giren borçlunun ödeyeceği cezai şart miktarının indirimine tabi tutulmasında isabet bulunmamaktadır. Pişmanlık akçesi de indirimine tabi tutulamaz²⁵⁴.

Hak düşüren kayıtlar ile medeni cezalar da indirilemez. Medeni cezalar, kanunda öngörülen hallerde söz konusu olup, aynı zamanda kamu hukuku açısından borçluyu cezalandırma amacı da bulunduğundan indirimine tabi tutulamaz²⁵⁵. Ancak bu cezaların ayrıca bir hukuki işlemle taahhüt edilmesi halinde, söz konusu taahhütnamede belirlenen ceza miktarının ceza koşulu olarak kabulü mümkün olacaktır²⁵⁶.

Para dışında bir edimin ceza olarak kararlaştırıldığı durumlarda da ceza indirimine tabi tutulabilir²⁵⁷. Nitekim aksinin kabulü halinde, alacaklı para dışında bir edimi ceza olarak belirleyerek, hakimin sözleşmeye müdahalesini engelleme hakkına sahip olacaktır²⁵⁸.

²⁵⁴Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.142; Feyzioğlu, **a.g.e**, s. 396; Eren, **a.g.e**, s. 1221; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 559; Kocaağa, **a.g.e**, s. 224. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop pişmanlık akçesinin indirilebileceği görüşündedir (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e**, s. 341); Yargıtay 4 HD 14.2.1942 tarihli, 380/131 tarihli eski bir kararında pişmanlık akçesinin indirilebileceğini kabul etmiştir (Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.142, dn. 6.). Ancak Yargıtay HGK 24.1.1970 tarih, 1966/4-1348 E. ve 1970/50 K. sayılı kararında; “..Davacının, davalıya sözleşme gereğince yaptığı ödemelerin cayma akçesi olduğu bir gerçektir. Böyle olunca, ceza şartında olduğu gibi kıyas yoluyla indirme yapıp yapılamayacağı çözümlenmelidir. BK.nun pey akçesi zımanı rücuu (cayma akçesini) düzenleyen 156. maddesiyle ceza şartından söz eden 158 ve sonraki maddeleri birbirinden tamamiyle ayrı niteliktedir. Özellikle 161. maddenin butlan ve tenkisi emreden hükmü ceza şartı için konulmuş, anılan maddenin 3. fıkrasında da hakim, fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir denilmiştir. Bu açıklık karşısında ceza şartında olduğu gibi, 156. maddede yer alan cayma veya pey akçesinden indirme yapılamaz. Yargıtay’ın kökleşen içtihatlarında da pey, cayma akçeleri ve ceza şartı tanımlanmış ve aralarındaki farklar, kanun hükümlerine uygun olarak gösterilmiştir. Özel dairenin görüşü Ticaret Dairesinin 28.7.1954 gün ve 5761/5610 sayılı kararında da belirgindir. Bilim alanında da bu düşünce benimsenmiştir. (Andreas Von Tuhr- Borçlar Hukuku - 1. cilt - Cevat Edege çevirisi - İstanbul Yeni Matbaa -1952, s:821,825,832,834) (Dr. Fretz - Funk Borçlar Kanunu şerhi 1 Umumi Hükümler, Dr. Hıfzı Veldet ve Cemal Hakkı Selek çevirisi İstanbul 1938 s:226,227, 230) (Dr. Kenan Tunçomağ - Türk Hukukunda Cezai şart -İstanbul 1963 s:142)O halde cayma akçesinden, aşırı olduğundan söz edilerek indirme yapılması ve özel dairenin gerektirici sebeplere dayanan bozma ilamına uyulmaması isabetsizdir. Davalı vekilinin temyiz itirazının kabulü ile direnme kararı bozulmalıdır.”demek suretiyle pişmanlık akçesinin indirimine tabi tutulamayacağını belirtmiştir (www.kazanci.com.tr).

²⁵⁵Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.142-143; Ekinci, **a.g.e**, s. 322; Uygur, **a.g.m**, s. 819; Feyzioğlu, **a.g.e**, s. 390; Arkan, **a.g.m**, s. 82; Arsebük, **a.g.e**, s. 982. Bu nedenle yüksek okullarda parasız olarak okutulan öğrencilerden alınan mecburi hizmet taahhütnamelerinde yazılan cezalar, kanun tarafında belirlenmiş olmaları nedeniyle gerçek anlamda ceza koşulu sayılmamaktadırlar (Feyzioğlu, **a.g.e**, s. 390, dn. 116).

²⁵⁶ Feyzioğlu, **a.g.e**, s. 390; Arkan, **a.g.m**, s. 82; Arsebük, **a.g.e**, s. 982; Kocaağa, **a.g.e**, s. 113

²⁵⁷ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.142; Günay, **Cezai Şart**, s. 179; Kocaağa, **a.g.e**, s. 223.

²⁵⁸ Kocaağa, **a.g.e**, s. 223.

Nihayet TBK m. 182/2 uyarınca ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hâle gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez.

2. İndirimin Kıyas Yoluyla Uygulanacağı Haller

Zayıf olanın korunması, istismarın önlenmesi saikiyle hareket eden kanun koyucu, bazı durumlarda gerçek ve geçerli bir ceza koşulu olmasa da ceza koşulu hükümlerinin kıyasen uygulanacağını kabul etmiştir²⁵⁹;

İlk olarak TBK m. 181’de ceza koşuluna ilişkin hükümlerin dönme durumunda²⁶⁰ ifa edilmiş olan kısmın alacaklıya kalacağını öngören sözleşmelere de uygulanacağı öngörülmüştür. Dolayısıyla kanun koyucu, dönme halinde ifa edilmiş kısmın alacaklıda kalmasını ceza koşulu olarak kabul etmese de ceza koşuluna ilişkin

²⁵⁹ Cezanın aşırı miktarda belirlendiği hallerde, hakim tarafından indirim tabi tutulmasına karşılık kanunen maktu olarak tespit edilen ve taraflarca artırılabilen “ihbar tazminatı” ve onun nitelikli şekli olan “kötüniyet tazminatı” hakim tarafından indirim tabi tutulmamaktadır. Bu nedenle Yargıtay 9 HD’nin 2.3.2005 tarihli, 2005/5495 E. ve 2005/6735 K. sayılı kararında belirtildiği gibi, kötü niyet tazminatı ceza koşulu olmayıp yüksek miktara ulaşsa da hakimin müdahalesine tabi olmayacaktır. (Fevzi Demir, “Karar İncelemesi, Temsilcinin Sözleşmesinin Feshinde Kötüniyet Tazminatı ve Cezai Şart”, **Kamu İş Dergisi**, C.9, S.1/2007, s. 51). Nomer, götürü tazminatta ceza koşuluna ilişkin hükümlerin kural olarak uygulanmayacağını ancak TBK m.182/3 hükmünden kıyasen faydalanabileceğini ifade etmektedir (Nomer, **a.g.e.**, s.472). Yargıtay 15 HD’nin 10.12.2009 tarihli, 2008/7723 E. ve 2009/6681 K. sayılı kararı; “...Yanlar arasında biçimine uygun olarak Giresun 2. Noterliği’nde düzenlenen 27.01.1999 gün 1067 yevmiye nolu Düzenleme Şeklinde Kat Karşılığı İnşaat Yapım ve Gayrimenkul Satış Vaadi Sözleşmesinin 7. maddesinde arsa sahiplerine ait bağımsız bölümlerin 20.04.1999 tarihinden itibaren 36 ay içerisinde anahtar teslimi bitirilmesi kabul edilerek teslim için kesin vade kararlaştırılmış, 15. maddede de, süresinde teslim edilmeme halinde arsa sahiplerine düşen her bir daire için aylık 200 DM tazminatın yüklenici kooperatifçe ödeneceği kabul edilmiştir. Buna göre teslimi gereken tarih 20.04.2002 olup, yüklenicinin süre uzatım talebine cevap vermemesi zımni kabul anlamına gelmeyeceği ve teslimi gereken tarihin arsa sahiplerince uzatıldığı yasal delillerle kanıtlanmadığından bu tarihin değiştirilmediğinin ve yasal süre uzatım koşullarının oluşmadığının kabulü gerekir. Öte yandan HUMK’nın 76. maddesi hükmüne göre maddi vakıaları ileri sürmek taraflara, bu olayları nitelendirmek ve uygulanacak kanun hükümlerini belirlemek hakime aittir. Davacı taraf sözleşmenin 15. maddesinde gecikme halinde ödenecek paranın cezai şart olduğu şeklinde vasıflandırmada bulunmuş ise de; söz konusu sözleşme hükmünden açıkça anlaşılacağı üzere gecikme halinde kooperatif tarafından arsa sahiplerine ödemesi kabul eden para BK’nın 158/II. maddesinde tanımlanan ifaya ekli ceza-i şart değil, BK’nın 106/II. maddesinde düzenlenen (maktu kira) gecikme tazminatıdır. Gecikme tazminatının da BK’nın 161 /son maddesine göre tenkisi mümkün değildir (www.kazanci.com.tr). Görüldüğü üzere Yargıtay, indirim maddesi de dahil ceza koşulu hükümlerinin götürü tazminata uygulanmasını kabul etmemektedir. Götürü tazminatın ceza koşulu hükümlerine tabi olduğu görüşü hakkında bkz. Suat Sarı, Götürü Tazminat Kavramı Üzerine, **Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu** (26-27 Haziran 2008), s. 304.

²⁶⁰ Kılıçoğlu, maddede “dönme durumunda” ifadesi kullanıldığı için sürekli edimli sözleşmelerde temerrüt nedeniyle fesih hakkının kullanılması halinde, fesih sonrası dönem için cezanın ifa edileceğine ilişkin anlaşmaların bu madde karşısında geçerli olmaması gerektiğini ifade etmektedir (Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 1002).

hükümlere tabi tutmuştur²⁶¹. Açıklanan nedenle, cezanın indirilmesine ilişkin hükümler bu maddede de uygulama alanı bulacaktır. Ancak kısmi ifanın²⁶² uygulama alanı bulduğu işlemler içerisinde en çok uygulananın taksitle satış sözleşmeleri olduğu gözetildiğinde ve TBK m. 181/2 maddesi ile taksitle satışa ilişkin hükümlerin saklı tutulması nedeniyle 181/1. maddenin uygulama alanı daralmıştır²⁶³. Zira emredici olan TBK 260. madde taksitle satışta temerrüt halinde istenebilecek tazminat kalemlerini açıkça düzenlemektedir²⁶⁴ ve kısmen ifa edilen kısımların alacaklıda kalmasının kararlaştırılması mümkün değildir²⁶⁵.

Kıyasen uygulamanın kabul edildiği ikinci durum, faiz veya iratların ya da bağışlanmış paranın ödenmesinde temerrüde düşen borçlunun icra ve mahkemeye başvurulmadan önce de temerrüt faizi ödeyeceğini taahhüt etmesidir. Bu halde ceza koşulu söz konusu olmayacaktır²⁶⁶. Diğer yandan TBK m.121/2 (eBK m.104²⁶⁷) maddesi uyarınca bu anlaşmalar da ceza koşulu hükümlerine tabi olacağından hakim

²⁶¹ Arsebük, **a.g.e.**, s. 983, dn. 32; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 13; Birsen, **a.g.e.**, s. 369; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 105; Bilge, **a.g.e.**, s. 80. Ozanoğlu, bu tür kayıtların esas itibarıyla bir tür ceza koşulu olduğunu ifade etmektedir (Hasan Seçkin Ozanoğlu, **Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satış Sözleşmesi**, Ankara 1999, s. 268). Burada ceza koşulu hükümlerinin uygulanması özel hüküm gereğidir (Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 541).

²⁶² Becker, bir emekli sandığına veya seyahat organizasyonuna ard arda yapılan ödemeler sonrası ifanın amacının gerçekleşmesinden önce vazgeçilmesi halinde sandığa veya organizasyona kalması öngörülen hükümleri de kısmi ifaya örnek göstermektedir (Becker, Art. 162, OR, N.1 naklen Kocaağa, **a.g.e.**, s. 106). Sigorta sözleşmelerinde primlerin ödenmesinde temerrüt halinin sonuçları TTK m. 1434'de özel olarak hüküm altına alınmıştır. Bu nedenle de bu işlemler hakkında ceza koşuluna ilişkin hükümler uygulanmayacaktır (Kocaağa, **a.g.e.**, s. 106; Saymen / Elbir, **a.g.e.**, s. 838).

²⁶³ Arsebük, **a.g.e.**, s. 983 dn. 32; Bilge, **a.g.e.**, s. 80; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 541; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 105-106, 225; Ozanoğlu, **a.g.e.**, s. 268.

²⁶⁴ Alıcının malın devrini talep etmemesi ve satıcının, ödeme süresi bir yıl veya daha az süreli ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinden dönmesi durumunda TBK m. 260/2 kıyas yoluyla uygulanır ve satıcı alıcıdan sadece ödenmeyen peşinat üzerinden, sözleşmeden döndüğü tarihe kadar işleyecek yasal faiz ile sözleşmenin kurulmasından sonra, satılanın uğramış olduğu değer kaybı sebebiyle tazminat isteyebilir. Ceza koşulu kararlaştırılmışsa, peşin satış bedelinin yüzde onunu aşamaz. Sözleşme süresi bir yılı geçen sözleşmelerde satıcı ancak TBK m.269/2'de düzenlenen cayma parasını ve alıcıya ödenmesi gereken ortalama banka mevcudat faizini aşan zararlarının tazminini talep edebilecektir. Ancak süresi bir yıldan uzun süreli sözleşmelerde temerrüde düşen alıcının malın devrini talep etmesi halinde devir talebinden sonra malın değerinden oluşacak eksiklerin giderilmesini yasal faizi ile birlikte talep edebilir. Ceza koşulu kararlaştırılmışsa, peşin satış bedelinin yüzde onunu aşamayacağı ilkesi bu noktada da geçerli olacaktır. Ancak TBK m. 272 ile mülga eBK'da bulunmayan özel bir düzenlenme öngörülmüştür. Buna göre alıcının tacir sıfatıyla hareket etmesi veya malın bir ticari işletmenin ihtiyacı için veya mesleki amaçlarla satın alınması halinde TBK m. 271. Madde uygulanmayacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Murat Develioğlu, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Yer Alan Ön Ödemeli Satım Sözleşmesi ile İlgili İsviçre Öğretisinde Yapılan Bazı Açıklamalar ve Bu Açıklamaların Türk Hukuku Kısaca Değerlendirilmesi", **Doç. Dr. Melike Batur Yamaner'in Anısına Armağan**, Cilt II, 2014/2, s. 920-922.

²⁶⁵ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 1002

²⁶⁶ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.13; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 103.

²⁶⁷ Söz konusu madde TBK'da da aynen korunmuştur.

tarafından indirim tabi tutulması mümkün olacaktır²⁶⁸. Kanun koyucu, ceza koşuluna ilişkin hükümlere atıf yapmak suretiyle, geç ifade bulunan borçluyu yüksek faiz ödeme tehlikesinden korumak istemiştir²⁶⁹.

Kanun tarafından düzenlenmemekle birlikte cezanın indirilmesine ilişkin hükmün bağımsız (gerçek olmayan) cezai şartlara da kıyasen uygulanması ve indirim tabi tutulması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir²⁷⁰. Nitekim bir kimsenin hukuken zorunlu olmadığı halde bir fiili yapma veya yapmama dolayısıyla taahhüt ettiği gerçek olmayan cezai şartlar da borçlu üzerinde bir baskı oluşturur ve bu nedenle de aynı korunma ihtiyacını doğururlar²⁷¹. Nihayet eksik cezai şartın da indirim tabi tutulabileceği belirtilmektedir²⁷².

B. Ceza Ödeme Borcunun Muaccel Olması

Cezanın talep edilebilmesi için onun muaccel olması gerekmektedir²⁷³. Muacceliyet şartları sözleşmede kararlaştırılmış ise öncelikle sözleşme hükümlerine göre cezanın muacceliyet anı tespit edilmelidir²⁷⁴. Taraflar mucceliyet şartlarını sözleşmede düzenlemek suretiyle borçlunun sorumluluğunu artırabilir veya azaltabilirler²⁷⁵. Nitekim ceza koşulu hükümlerinin cezanın indirilmesine ilişkin hükmün haricinde emredici olmadığı kabul edilmektedir²⁷⁶.

Belirli vadeli borçlarda TBK m. 117/2 uyarınca ceza ödeme borcunun muaccel olması için, asıl borcun belirlenen vadede yerine getirilmemesi yeterli olacaktır²⁷⁷. Yapmama borçlarında da borçlunun borcunu ihlal etmesi halinde ceza ödeme borcu

²⁶⁸ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 13, dn. 21; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 103. TBK m.121/1 emredici değildir. Taraflar faizin başvuru tarihinden önce de işleyeceği konusunda anlaşabilir. Bu anlaşma borçlu bakımından ağır sonuç doğurur ise hakim sözleşmeye müdahale edebilir. Ancak bu imkandan ticari işletmesi gereği borç altına giren tacir yararlanamayacaktır. (Arkan, **Ticari İşletme**, s. 157).

²⁶⁹ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 225.

²⁷⁰ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.143-144; Günay, **Cezai Şart**, s. 180; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 225.

²⁷¹ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.144; Günay, **Cezai Şart**, s. 180; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 225-226.

²⁷² Von Tuhr, **a.g.e.**, s.773.

²⁷³ Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 547; Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 166; Çınar, **a.g.m.**, s. 99; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 159.

²⁷⁴ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 159.

²⁷⁵ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.96; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 163.

²⁷⁶ Eren, **a.g.e.**, s. 1209.

²⁷⁷ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.95; Ekinci, **a.g.e.**, s. 245; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 339.

doğacaktır²⁷⁸. Zira burada borçlu temerrüdü mümkün değildir²⁷⁹. Aynı şekilde ifayla birlikte istenebilecek ceza, asıl borcun belirli zaman veya yerde ifa edilmemesi halinde asıl borçla birlikte talep edildiğinden bu tür ceza koşulunun da muacceliyet anını tespit etme sorunu olmayacaktır²⁸⁰.

Ancak sözleşmede düzenlenmemesi halinde vadesi belli olmayan borçlar bakımından ifa yerine istenebilecek cezanın muacceliyet anı doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlar ceza borcunun muaccel olması için asıl borcun muacceliyeti yanında borçlunun asıl borcun ifası için ayrıca temerrüde düşürülmesi gerektiğini kabul etmektedir²⁸¹. Ancak isabetli olarak hakim görüş, ceza borcunun muaccel olması için, asıl borcun ifasında temerrüde düşürülmesinin gerekmediği yönündedir²⁸². Gerçekten de TBK’da temerrüdün gerekli olduğuna ilişkin bir hüküm bulunmadığı gibi TBK 179. maddede yer alan “*Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için..*” ifadesi ve işin niteliği de temerrüdün muacceliyet için gerekmediğini ortaya koymaktadır²⁸³. Aynı zamanda cezanın doğması için ayrıca temerrüde düşürme şartı aranmış olursa ceza koşulunun değeri oldukça azalacaktır; bu değer azalması ise yabancılık unsuru taşıyan, farklı ülke, lokasyonda bulunması nedeniyle borçlu ile ilişki kurmanın özellikle zor olduğu sözleşmelerde ayrıca hissedilir²⁸⁴.

²⁷⁸ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 339; Velidedeoğlu/Özdemir, **a.g.e.**, s. 334; Arsebük, **a.g.e.**, s. 982; Birsen, **a.g.e.**, s. 361; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, **a.g.e.**, s. 343; Hatemi / Gökyayla, **a.g.e.**, s. 376. Birsen, yapmama borçlarında, yapmama borcunun her ihlalinin cezaya bağlanması halinde, borçlunun yapmama borcunu her ihlalinin toplam olarak hesaplanarak cezanın tamamını vermesi gerektiğini belirtmektedir (Birsen, **a.g.e.**, s. 361).

²⁷⁹ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 160, dn.2.

²⁸⁰ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 160; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 400

²⁸¹ Berki, **a.g.e.**, s. 291; Kanık, **a.g.m.**, s. 1074; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, cezanın müspet zarara karşılık gelmesi nedeniyle ve müspet zararın tazmininin borçlunun temerrüdüne bağlı olduğu kuralından yola çıkarak ifa yerine cezanın talep edilebilmesinin ihtarla bağlı olduğunu ifade etmektedirler. Ancak yazarlara göre cezanın talep edilebilmesi için süre vermek ve derhal vazgeçme bildiriminde bulunmak gibi formalitelere gerek yoktur. Nitekim tarafların ifa yerine getirilmezse ceza ödeneceğini kararlaştırmaları, temerrüt durumunda aynen ifanın alacaklı açısından faydasız olabileceğini önceden kabul etmelerini de kapsar. TBK m.124 (eBK m. 107)’de bu durumda süre verilmesine gerek görmemektedir. Ancak alacaklı aynen ifa talep etmişse, daha sonra ceza talep edebilmesi için borçluya süre verilmesi ve bu süre içerisinde borçlunun aynen ifayı gerçekleştirmemesi aranmalıdır. Yazarlar bu noktada ceza talep edilmesinden sonra aynen ifa talep edilemese de aynen ifanın verimsiz kalması halinde cezanın talep edilebileceğini ifade etmektedirler (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 349).

²⁸² Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.95; Ekinci, **a.g.e.**, s. 243; Uçar; **a.g.e.**, s. 53; Arsebük, **a.g.e.**, s. 984; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 378; Bilge, **a.g.e.**, s. 89; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 399-400; Arkan, **a.g.m.**, s. 89; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 162; Olgaç, **a.g.e.**, s. 836.

²⁸³ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 161; Bilge, **a.g.e.**, s. 89.

²⁸⁴ Arkan, **a.g.m.**, s. 89.

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ceza ödeme borcunun muaccel olması için, borçlunun TBK m. 97'e dayanarak ifadan kaçınmasını önlemek adına, alacaklı kendi edimini ifa etmiş ya da ifayı teklif etmiş olmalıdır²⁸⁵.

Asıl borcun ihlali ile ceza alacağı da doğacaktır²⁸⁶. Burada erteleyici bir şart söz konusudur²⁸⁷. Cezanın talep edilmesi, zararın doğmuş olması şartına da bağlı değildir (TBK m. 180/1). Diğer yandan alacaklının uğradığı zarar kararlaştırılan ceza tutarını aşıyorsa alacaklı, aşan zararın tazmini için, borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmelidir (TBK m. 180/2).

Taraflar arasında bir anlaşma olmaması halinde ceza ödeme borcunun muaccel olması için şu şartlar aranır²⁸⁸;

- Öncelikle asıl borcun muaccel olması gerekir. Muacceliyet tarafların anlaşması, ihbar ya da kanun hükmü veya hukuki ilişkinin niteliği değerlendirilmek üzere tespit edilecektir²⁸⁹.
- Asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemiş olması gerekir. Ayrıca tarafların anlaşmasına aykırı şekilde borç hiç veya gereği gibi ifa edilmemiş olmalıdır²⁹⁰. Sözleşmede yer alan asıl borç kısmen ifa edilse dahi ceza ödeme borcu muaccel olacaktır²⁹¹. Zira cezai şartın bağlı olduğu geciktirici şart gerçekleşmiş olacaktır²⁹². Gereği gibi ifa etmeme durumu için cezai şart kararlaştırılmış ise asıl borcun hiç ifa edilmemesi halinde de evleviyetle ceza

²⁸⁵ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 400; Kocağa, **a.g.e.**, s. 162; Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, **a.g.e.**, s. 431.

²⁸⁶ Kocağa, **a.g.e.**, s. 162.

²⁸⁷ Von Tuhr, **a.g.e.**, s. 767; Dirican, **a.g.e.**, s. 24; Nomer, **a.g.e.**, s. 471; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 378; Oğuzman/ Öz, **Cilt II**, s. 531; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 992; Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, **a.g.e.**, s. 428, 431.

²⁸⁸ İfayla birlikte istenebilecek ceza ile ifa yerine istenebilecek ceza açısından da muacceliyet şartları aynıdır. Aynı zamanda sadece adi işlemler için değil ve fakat ticari işler için de bu koşulların geçerli olacağı, zira TTK 22. maddede dahi TBK'da düzenlenen ceza koşulu hükümlerine tabi tutulduğu belirtilmektedir (Kocağa, **a.g.e.**, s. 163).

²⁸⁹ Kocağa, **a.g.e.**, s. 164.

²⁹⁰ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.97; Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 167. Yargıtay HGK'nın 7.1.1959 tarih, 1958/3 E. ve 1959/1 K. sayılı kararı; "Ceza şartına esas olan halin tefsir yoluyla başka durumlara teşmili tarafların iradesine uygun düşmez. Zira taraflar akde aykırı hareketin hangi şekli için ceza kabul etmişlerse bunu akitte bildirmişlerdir, ve böylece bunun dışındaki akde aykırılıkları ceza şartı müeyyidesinin dışında bırakmışlardır." (www.kazanci.com.tr).

²⁹¹ Edgü, **a.g.e.**, s. 135; Von Tuhr, **a.g.e.**, s. 767. Ancak bu durumda kısmen ifa edilen kısım iade edilmelidir (Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 429) veya kısmen ifanın iadesi takas ile mümkündür; bu durumda ifa edilmiş kısmın ceza miktarından düşülmelidir (Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, **a.g.e.**, s. 429, 431).

²⁹² Von Tuhr, **a.g.e.**, s. 767.

ödeme borcu muaccel olacaktır²⁹³. Cezanın borca her aykırı davranıldığından mı ödeneceği konusu ise tarafların iradeleri ile dürüstlük kurallarına göre çözümlenmelidir. Sözleşme bu konuda açık değilse ve yorum kurallarıyla aksi bir görüşe ulaşılamıyorsa, tereddüt halinde ceza koşulu anlaşmasının borçlu lehine yorumlanması ilkesi gereği, cezanın yalnızca bir defa ödenmesi gerektiği kabul edilmelidir²⁹⁴. Ceza miktarının borcun her ihlalinde ödenmesi gerekiyor ise ve toplam miktar aşırı ise bu miktarın indirilmesi söz konusu olabilir²⁹⁵.

- TBK m. 182/2'nin lafzından da anlaşılacağı üzere²⁹⁶, cezanın talep edilebilmesi, borcun ihlalinde borçlunun kusurlu olması halinde mümkündür²⁹⁷. Esasında bu hüküm borçlunun kusursuz imkansızlıktan sorumlu olmayacağına ilişkin genel kuralın bir görünümüdür²⁹⁸. Asıl borcun ifasının, borçludan kaynaklanmayan bir nedenle imkânsız hale gelmesi halinde, ceza ödeme borcunun fer'i bir borç olmasının sonucu olarak aksi kararlaştırılmamışsa ceza ödeme borcu da doğmayacaktır. Kaza veya mücbir sebep halinde de ceza koşulu asıl borçla birlikte sona erecek olup, kaza veya mücbir sebep hali ifayı kısmen imkânsız hale getirmiş ve borçlu ifası imkanlı kısmı ifa etmişse ceza ödeme borcu da sona erecektir. Ancak borçlu borcun ifası imkanlı olan kısmını yerine getirmemişse cezanın tamamı muaccel hale gelecektir. Bu durumda ceza miktarının indirilmesi ayrıca tartışılabilir²⁹⁹.

Diğer yandan kanun, yalnızca kusursuz sonraki imkansızlıktan bahsetmiş olmakla birlikte borcun sonradan imkansız hale gelmesi dışındaki borca aykırılık halini düzenlememiştir. Doktrinde bu hükmün yalnızca kusurlu ifa imkansızlıklarına değil, temerrüt, ayıplı ifa gibi diğer borca aykırılık hallerine

²⁹³ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.98; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 166. Diğer yandan Yargıtay HGK'nın 2.7.1958 tarih, 1958/32 E. ve 1958/34 K. sayılı kararında “*Akdin zamanında ifa edilmemesi halinde, sözleşmeye konan maktu tazminat ödenmesi halini, akdin ifa edilmemesi haline teşmil etmek caiz değildir*” demiştir (Uçar, s.25).

²⁹⁴ Velidedeoğlu/Özdemir, **a.g.e.**, s. 334; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 167.

²⁹⁵ Bilge, **a.g.e.**, s. 122; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 167, dn. 34.

²⁹⁶ TBK m.182/2; “...aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse, cezanın ifası istenemez....”

²⁹⁷ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 400.

²⁹⁸ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 172.

²⁹⁹ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.104; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 171-172.

de uygulanması gerektiği belirtilmektedir³⁰⁰. Kusurun derecesinin, ceza ödeme borcunun muacceliyetinde bir önemi bulunmamakla birlikte, cezanın aşırılığının tespitinde önem arz edebilir³⁰¹. Kanunun borçluyu, borcun ihlali halinde sorumlu tuttuğu özel durumlarda da, örneğin ifa yardımcısının davranışı nedeniyle ifa imkansızlaşmış ise, borçlunun kusuru olmasa bile, alacaklı, ceza talep edebilir³⁰².

Borç bölünmez bir edime ilişkin ise borçlulardan birinin sözleşmeye aykırı hareketi ceza ödeme borcunu muaccel hale getirecektir. Müteselsil borçlular cezadan da müteselsilen sorumlu iseler birinin borca aykırı davranışı ceza ödeme borcunu muaccel hale getirir³⁰³. Ancak ceza ödeme borcunu müteselsil borçlulardan biri üstlenmişse ceza sadece ondan istenebilecektir³⁰⁴.

Ceza ödeme borcunun muacceliyet şartlarına yukarıda değindikten sonra ceza ödeme borcu muaccel olmadıkça ne borçlunun cezanın indirilmesini isteyebileceğini ne de hakimın indirme kararı verebileceğini belirtmek gerekir³⁰⁵. Zira ceza muaccel olmadan bağımsız bir alacak değildir³⁰⁶. Bu nedenle de cezanın indirilmesi istenemeyeceği gibi ceza miktarının aşırı olduğuna ilişkin tespit davası ikame edilmesinde dahi hukuki yarar yoktur³⁰⁷. İndirimin talep edilebilmesi açısından, alacaklının cezayı istemesi de önem arz etmez³⁰⁸.

³⁰⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 360; Bilge, **a.g.e.**, s. 108; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 1000; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 172; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 400.

³⁰¹ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 173.

³⁰² Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 551; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 175.

³⁰³ Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 167.

³⁰⁴ Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 167; İnan/Yücel, **a.g.e.**, s. 568.

³⁰⁵ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.144; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 226; Günay, **Cezai Şart**, s. 180.

³⁰⁶ Velidedeoğlu/Özdemir, **a.g.e.**, s. 333; Eren, **a.g.e.**, s. 1211; Günay, **Cezai Şart**, s. 29; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 378; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 134; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 108; İnal/Yücel, **a.g.e.**, s. 565; Dirican, **a.g.e.**, s. 24; Arkan, **a.g.m.**, s. 84; Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 165; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 990; Tercier/Pichonnaz/ Develioğlu, **a.g.e.**, s. 431.

³⁰⁷ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.144; Kocaağa, s. 226; Dirican, **a.g.e.**, s. 186; Çınar, **a.g.m.**, s. 99; Tercier/Pichonnaz/ Develioğlu, **a.g.e.**, s. 432. Dirican, cezanın muaccel olmadığı bir dönemde ceza miktarının indirilmesi için dava açan borçlunun talebinin, hakimın hukuki sebebi resen araştırma ilkesi uyarınca genel geçerlilik koşulları altında incelenebileceğini, bu açıdan da taraflarca kararlaştırılan cezanın ahlaka aykırı olduğu ya da şartları varsa gabin (aşırı yararlanma) şeklinde yorumlanarak buna göre hüküm tesis edilebileceğini belirtmektedir (Dirican, **a.g.e.**, s. 186, dn. 403)

³⁰⁸ Çınar, **a.g.m.**, s. 99.

C. Ceza Ediminin İfa Edilmemiş Olması

Borçlu, cezayı, ceza ödeme borcu muaccel olmadan önce veya muaccel olduktan sonra ödemiş olabilir. Türk/İsviçre Borçlar Kanununda cezanın ödenmesinden sonra indiriminin talep edilip edilemeyeceği düzenlenmemiş olduğundan konu doktrinde tartışmalıdır. Hâkim görüşe göre borçlu, ceza edimini ifa etmesi halinde daha sonra cezanın indirilmesini talep edemeyecektir³⁰⁹. Bu görüşü savunan yazarlar ödeme sonrası cezanın indirilebileceğinin kabulü halinde, zamanaşımı süresi dolana kadar alacaklının, ceza tutarının iade edilebileceği endişesiyle, belirsizliği ile yaşamak durumunda kalacağını, iş hayatının bu kabule uygun olmadığını³¹⁰; cezanın rızaen ödenmiş olmasının ceza miktarının aşırı olmadığını gösterdiğini³¹¹; kanun ödenen cezanın indirilmesine cevaz vermek isteseydi irade sakatlığı ve gabin hallerinde olduğu gibi indirim talebi için belirli bir süre öngöreceğini³¹²; ifanın borcu sona erdirmesi yanında borçlunun indirim hakkından da vazgeçtiği anlamına³¹³ geldiğini belirtmektedirler.

Kocaoğlu, Tunçomağ, Ekinci ve Çınar, kural olarak cezanın ödenmiş olması halinde borçlunun indirim talebinde bulunamayacağını, ancak indirim talebini saklı tutarak cezanın ödenmesi halinde daha sonra indirim talebinde bulunulabileceğini ifade etmektedirler³¹⁴. Ancak Kocaoğlu, yalnızca borç senedi veya rehin verilmiş

³⁰⁹ Arsebük, **a.g.e.**, s. 989; Velidedeoğlu/Özdemir, **a.g.e.**, s. 338; Eren, **a.g.e.**, s. 1217; Oğuzman/Öz; **Cilt II**, s. 554; Von Tuhr, **a.g.e.**, s. 771; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.156; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 227-228; 242; Taylan, **a.g.m.**, s. 52; Ekinci, **a.g.e.**, s. 327; Uçar, **a.g.e.**, s.109; Uygur, **a.g.m.**, s. 818; Dirican, **a.g.e.**, s. 186; Birsen, **a.g.e.**, s.369; Bilge, **a.g.e.**, s. 119-120; Çınar, **a.g.m.**, s. 99; Uygur, **Şerh**, s. 1091. Dirican bu hususun emprevizyon teorisi olarak nitelendirilen uyarlama talepleri açısından kabul edilen çözüme de uygun olacağını, gerçekten de borcunu ifa eden borçlunun sonradan uyarlama talep etmesi mümkün değilse, cezayı ödeyen borçlunun da artık indirim istemesinin mümkün olmaması gerektiğin ifade etmektedir (Dirican, **a.g.e.**, s. 187, dn. 407).

³¹⁰ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 228; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.156; Yücel, **a.g.m.**, s.2950; Uçar, **a.g.e.**, s. 109

³¹¹ Oğuzman/Öz; **Cilt II**, s. 554; Uçar, **a.g.e.**, s. 109; Ateş, **a.g.e.**, s. 267; Çınar, **a.g.m.**, s. 99

³¹² Bilge, **a.g.e.**, s. 119-120

³¹³ Bilge, **a.g.e.**, s. 119-120; Eren, **a.g.e.**, s. 1217; Günay, **Cezai Şart**, s. 181; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.156; Çınar, **a.g.m.**, s. 99. Bilge'ye, göre kanun ödenen cezanın iadesine karar vermek isteseydi gabin veya irade sakatlığı hükümlerinde olduğu gibi indirim talebi için de süre öngörürdü. Kanunda öngörülüş bir süre bulunmadığına göre ödenmiş cezanın indirilebileceğini kabul etmek, alacaklıyı zamanaşımı süresine kadar güvensiz bir ortamda bırakmak anlamına gelir ki bu kabul hukuki işlemlerde güvenin korunması ilkesine aykırı olacaktır (Bilge, **a.g.e.**, s. 119-120). İsviçre Federal Mahkemesinin 2006 tarihli bir kararında (BGE 133 III 43) ise önceden ifa edilmiş ceza edimin her somut olayda indirim hakkından feragat anlamına gelmeyeceği, borçlunun bu şekilde feragat niyetinin bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiği ifade edilmiştir (naklen Kırkbeşoğlu, s. 311).

³¹⁴ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.156; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 227-228; 242; Ekinci, **a.g.e.**, s. 327; Çınar, **a.g.m.**, s. 100.

olmasının indirim talebinin reddi için yeterli olmadığını, cezanın indirilmesi talebinin reddi için borçlunun cezayı ödemiş olması gerektiğini ifade etmektedir³¹⁵.

Oğuzman/Öz, ödeme yapıldıktan sonra indirimin talep edilebilmesi için, ifanın sağlıklı bir iradeyle ve gönül rızasıyla yapılmış olmamasını aramaktadırlar. Aksi takdirde borçlu, borcu ödemenin ekonomik durumunu aşırı derecede sarsmadığını ve ceza miktarının aşırı olmadığını kabul etmiş sayılacaktır³¹⁶.

Karagöz de ceza ödendikten sonra kural olarak indirim talebinde bulunulamayacağını, ancak istisnai olarak somut olayın özellikleri dikkate alınmak suretiyle ödemediği sonra da indirim talebinde bulunmanın mümkün olabileceğini ifade etmektedir. Örneğin işçi kararlaştırılan cezayı, işini kaybetmemek için ödediğinden indirim mümkün olabilecektir³¹⁷.

Diğer yandan cezanın kısmen ödenmesi halinde indirimin mümkün olup olmadığına ilişkin kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak ceza edimi kısmen ifa edilmiş ve cezanın tamamı aşırı derecede yüksek ise indirimin kural olarak talep edilebileceği, ancak indirim sonunda borçlunun sadece ödemediği kısmı tamamen veya kısmen ödemekten kurtulacağı belirtilmektedir³¹⁸. Ancak aşırılığı bertaraf etmek için ödenen kısmın indirim tabi tutulması gerekse dahi, borçlunun bunu talep etmesinin mümkün olmadığı ifade edilmektedir³¹⁹.

Doktrindeki bir kısım yazarlar ise ödendikten sonra da cezanın iadesinin mümkün olduğunu ifade etmektedirler³²⁰. Bu görüşü savunan yazarlar, TBK m. 181/1 (eBK m.160/1) uyarınca yani dönme durumunda ifa edilmiş olan kısmın alacaklıya kalacağına ilişkin hükmün ödenmiş cezanın indirilebileceğine ilişkin açık

³¹⁵ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 228.

³¹⁶ Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 554.

³¹⁷ Karagöz, **a.g.e.**, s. 51-52.

³¹⁸ Dirican, **a.g.e.**, s. 187.

³¹⁹ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.156; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 228; Uçar, **a.g.e.**, s.108-109; Çınar, **a.g.m.**, s. 100.

³²⁰ Kunter, **a.g.m.**, s. 983; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, **a.g.e.**, s. 356; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 845; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 462; Arkan, **a.g.m.**, s. 96; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 385; Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, **a.g.e.**, s. 432.TBK m. 1530; (1) *Aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde, ticari hükümlerle yasaklanmış işlemler ve şartlar batıldır. Ancak, sözleşme uyarınca yerine getirilmesi gereken edimler için kanunun veya yetkili makamların koymuş olduğu en yüksek sınırı aşan sözleşmeler en yüksek sınır üzerinden yapılmış sayılır; sınırı aşan edimler hata ile yerine getirilmiş olmasa bile, geri alınır. Bu sınırlarda, Türk Borçlar Kanununun 27 nci maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi uygulanmaz.....*"

bir örnek olduğunu³²¹; aşırı cezanın ahlaka veya hukuka aykırı olması nedeniyle batıl olduğu gözetildiğinde batıl işlem taraflar istese dahi düzeltilemeyeceğinden butlanın tespiti isteme hakkından da vazgeçemeyeceği ve bunun zamanaşımına uğramayacağını³²²; TBK m.182/3 hükmünün emredici karakteri bulunduğu ve yapılan ödemenin iadesinin mümkün olmadığına ilişkin bir hüküm bulunmadığını³²³ belirtmektedirler. Ancak bu görüşü savunan bazı yazarlar, cezayı ödeyen borçlunun ekonomik durumunun hakim tarafından özellikle daha sıkı şekilde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedirler³²⁴.

Hatemi, Kunter'in görüşlerine katıldığını belirtmekle birlikte geri almanın mutlak surette mümkün olmadığını iade bakımından somut olayın koşulları gözetilerek TBK m. 78/1'in şartlarının araştırılması gerektiğini belirtmektedir³²⁵.

Kırkbeşoğlu, mevzuatlarında TTK m.1530 gibi bir düzenlemesi bulunmayan İsviçre Hukukunda dahi cezanın OR Art.63 uyarınca “gönül rızası” veya “hataen” ödenmediğini ispatlamak suretiyle iadesi mümkün iken, önceden ödenen cezanın TBK 78/1. hükmüne takılmadan Türk Hukukunda düzenlenmiş bulunan TTK m. 1530'un kıyasen uygulanması yoluyla iade alabileceğini ifade etmektedir³²⁶. Yazara göre, hâkime indirim yaptırımı uygulama konusunda yükümlülük yükleyen emredici TBK m. 182/3'ün aksine anlaşma yapılamayacağı gibi ceza edimini ifa etmiş olmanın bu görevi ortadan kaldırmaya yönelik indirim hakkından feragat olarak yorumlanması da olanaklı değildir³²⁷. Yazar, ödemenin yapılmış olması halinde, hakimin MK m.4 gereği hakkaniyete uygun olarak sınır belirlerken, borçlunun ekonomik durumunu daha sıkı değerlendirmesi gerektiğini ifade etmektedir³²⁸. Borcun ifa edilmiş olmasının aşırı cezanın indirilmesini engellemeyeceği görüşündeki **Erdem**, peşinen feragat niyetinin varlığını kabul etmenin borçlunun hataen ödeme yapmasını kabul etmeyi önleyeceğinden TBK m. 78(eBK m.62)'deki şartların araştırılmasına da imkan kalmayacağını ve bu nedenle de ceza ödeme

³²¹ Kunter, **a.g.m.**, s. 973.

³²² Kunter, **a.g.m.**, s. 978, 983.

³²³ Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 845

³²⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 356; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 385; Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 312-313.

³²⁵ Hatemi, **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 225, dn. 116.

³²⁶ Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 307-308.

³²⁷ Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 312.

³²⁸ Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 312-313.

borcunu ifa eden kişinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade talebinde bulunamayacağını ifade etmektedir³²⁹.

Ödenen cezanın indirimine tabi tutulabileceğini savunan yazarlar Tunçomağ tarafından eleştirilmişlerdir. Tunçomağ'a göre bu görüşü savunan yazarların gerekçeleri isabetli değildir. Nitekim TBK m. 181/1 (eBK m.160/1) uyarınca bedelin kısım kısım ödenmesi taahhüdü ceza koşulu anlamına gelmemekte olup, kısmi ifanın temerrüt halinde alacaklıda kalmasını öngören anlaşmaların ceza koşulu hükümlerine tabi tutulmalarının tek nedeni borçluyu korumaktır. Diğer yandan aşırı ceza her zaman ahlaka aykırı değildir, ahlaka aykırılığın mevcut olması halinde ise ceza koşulu hükümsüz olup, TBK m. 27 hükümleri uygulanacaktır. Kaldı ki gabin örneğinde olduğu gibi her ahlaka aykırılığın yaptırımı hükümsüzlük değildir³³⁰. Kanun koyucu aşırı ceza miktarını hükümsüz yapmak isteseydi ya TBK m.27 (BK m.20)'ye yollama yapar ya da en azından yaptırım konusunda indirimden bahsetmek yerine susmayı tercih ederdi. Nitekim ahlak veya hukuka aykırılığın yaptırımı ancak kanunda başka bir hüküm bulunmaması halinde hükümsüzlüktür³³¹.

Kırkbeşoğlu ise bu görüşe karşı cezanın indirilmesine ilişkin TBK m.182/3 fıkrasının ve indirim yaptırımının genel çerçevesini çizen TTK m.1530 hükmünün, ekonomik, sosyal vb. açıdan zayıf tarafını korumayı amaçladığını unutmamak gerektiğini, normun amacına aykırı yorumların, sağlanmaya çalışılan korumayı bertaraf edeceği ve indirimin öngörüldüğü durumlar bakımından dağılık sonuçların çıkmasına neden olacağını, kaldı ki ceza koşulunun hizmet, kira vb. sözleşmelerde de öngörülebildiği veya cezanın cebri icra yoluyla tahsil edilebildiği gibi çeşitli ihtimaller göz önünde tutulmak suretiyle cezanın indirilmesi hakkında feragatin geçerli sayılmaması gerektiğini belirtmektedir³³².

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir kararında; “... *Kural olarak, taraflar cezai şart miktarını tayinde serbesttirler. Ancak, kararlaştırılan cezai şartın borçlu üzerinde adalete aykırı sonuçlar doğurmaması da gerekir. Borçlar Kanunu'nun*

³²⁹ Mehmet Erdem, La Clause Penale, These, Lausanne, 2006, s.182, dn. 1 (naklen Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 312, dn. 378)

³³⁰ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.155. Kocaağa da Tunçomağ ile aynı eleştirileri dile getirmektedir (Kocaağa, **a.g.e.**, s. 227-228).

³³¹ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.155

³³² Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 311, dn.370.

161/3. maddesi hükmü uyarınca, hakim fahiş gördüğü cezaları indirmekle yükümlüdür. Bu hüküm, emredici nitelikte olduğundan hakim tarafından re'sen gözetilmelidir; borçlunun bu yolda bir talebinin bulunması aranmaz. Ancak, cezai şart ödenmişse, hakim bunu daha sonra indiremez. Borçlu, cezanın indirilmesini isteme hakkından önceden feragat edemez; Borçlar Kanunu'nun 161/3. maddesiyle hakime bırakılan bu konuda, taraflarca yapılan kararlaştırma, aynı kanunun 19. maddesine göre geçerli değildir....” ifadelerine yer vererek ceza ödendikten sonra cezanın indirilmesine hükmedilemeyeceğine karar vermiştir³³³. İsviçre Federal Mahkemesi ise borç ifa edilmiş olsa dahi, ifa, aşırı ceza miktarını aşırı kılan şartların gerçekleşmesinden önce veya şartların borçlu tarafından öğrenilmesinden önce gerçekleşmişse indirim talep edilebileceğini ifade etmektedir³³⁴.

Kanaatimizce dönme cezasının miktarında aşırı olduğu gerekçesiyle indirim yapılamaz. Ancak indirimin mümkün olduğunu savunan Serozan’a göre, dönme cezası diğer ceza koşulu türlerinden farklı olarak sözleşme yapıldığında sonuçları öngörülmeden ödendiğinden dönme cezası baştan ödenmiş olsa bile indirime tabi tutulmalıdır³³⁵. Yazara göre, somut gerçeklikte aşırı miktardaki dönme cezaları genellikle hukuki bilgisizlikte tecrübesizlikten ve korkudan ötürü ödenmekte olup, buradaki sorun sadece taraflar arasındaki bir sorun değildir; toplumu da ilgilendiren ahlaki bir sorun mevcuttur³³⁶.

Kanaatimizce emredici bir hüküm olan TBK m.182/3’e aykırı olarak anlaşma yapılmasının mümkün olmaması ve/veya ceza aşırı iken ödenmesi halinde iadenin söz konusu olamayacağına ilişkin açık bir kanun hükmünün de yer almadığı göz önünde tutulduğunda, ödemenin yapılmış olmasının, borçlunun aşırı cezayı indirim talebinden feragat ettiği anlamını taşıması ya da daha önemlisi hakimın aşırı cezayı indirim görevinin ifa ile ortadan kalktığını savunmak güçtür. Gerçekten de borçlunun aşırı olan cezayı tamamen ödemesinin, cezanın borçlu açısından aşırı olmadığı anlamına geldiği söylenebilecek olsa da bu tespit mutlak değildir; her somut olay

³³³Yargıtay HGK, 2.2.2005 Tarihli, 2004/9-759 E ve 2005/9 K. sayılı kararı (www.Kazanci.com.tr).

³³⁴ATF 133 III 43, C.3.5.1, JdT 2007 I 226 (naklen Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 433). Yazarlar ihtirazi kayıtla yapılan ödemeleri de bu kapsamda değerlendirmek gerektiğini ifade etmektedirler. Bu durumda iade sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre olacaktır (Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, a.g.e, s. 433).

³³⁵Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, s. 222-228.

³³⁶Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, s. 228

bazında değerlendirme ve araştırmaya muhtaçtır. Nitekim borçlu, kendisini oldukça zor duruma düşürecek olsa da icra tehdidi altında iken ya da hataen ödeme yapmak durumunda kalmış olabilir. En yüksek sınıra indirmeyi düzenleyen TTK m.1530'da da sınırı aşan edimlerin hata ile yerine getirilmesi halinde iade alınacağına ilişkin açık hüküm mevcuttur ve temelde istismarı önleme amacı taşıyan TTK m.1530 ile TBK m.182/3 hükümleri açısından aynı çözümün benimsenmesi uygun olacaktır. Ancak TBK m.182/3 kapsamında aşırı cezanın ifası sonrası iadeye ilişkin açık hüküm bulunmadığından sebepsiz zenginleşme hükümleri kapsamında değerlendirme yapılmalıdır. Zira ödemenin yapılması ile ceza miktarının aşırı olmaktan çıktığı kabulüyle devam edildiğinde, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre ödemenin iade alınması şartları dahi değerlendirmeye tabi tutulmadan talebin reddedilmesi gerekecektir ki; bu sonuç TBK m.182/3'ün düzenlenme amacına uygun değildir.

D. Cezanın Aşırı Derecede Yüksek Olması

1. Aşırı Ceza Kavramı

Kanunumuz, hâkimin, aşırı gördüğü cezayı kendiliğinden indireceğini belirtmekle birlikte, aşırılıktan ne anlaşılması gerektiğini düzenlememiştir. Böylelikle kanun koyucu, bir kural içi boşluk (intra legem)³³⁷ yaratarak cezanın aşırı olup olmadığı konusunda tespiti hakimın takdirine bırakmıştır³³⁸. Kanun koyucunun bu yaklaşımı doğru bir yaklaşımdır³³⁹. Nitekim cezanın aşırılığının tespiti somut olay özelinde birçok unsurun bir araya getirilerek değerlendirilmesini içermesi gerekecektir ki; belirtildiği üzere ceza koşulu farklı menfaatlerin gerçekleşmesi için düzenlenmektedir. Diğer yandan menfaatlerin ölçüsü de her durumda aynı olmayıp, yine somut olay özelinde değerlendirilmesi gerekebilecektir. Berki, sözleşme ile

³³⁷Kanun koyucu tarafından bilinçli olarak bırakılan boşluğa “kural içi boşluk” denir.

³³⁸Kocağa, **a.g.e.**, s. 229; Dirican, **a.g.e.**, s. 187; Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 307.

³³⁹ Gönensay, hakimın iyiniyet kuralları uyarınca bir sözleşmenin tadiline karar vermesinin nazik bir mesele olduğunu, hakime geniş yetki verilmesinin bazen hakimi tereddüde sevk edebileceğini veya isabetli kararlar veremeyebileceğini, bu konuda hakime daha açık direktifler verilmesi gerektiğini ve hakimın hangi hallerde sözleşmeyi tadil edebileceğinin kanunda açıkça gösterilerek, bu şartların varlığı halinde sözleşmenin tadili için hakimın iyiniyet kuralları uyarınca bir karar vermesi gerektiğini ifade etmektedir (A. Samim Gönensay; “Mukavelelerin Tadil veya Feshi”, **Cemil Birsnel'e Armağan**, İstanbul 1939, s. 170-171).

temin edilmek istenen normal menfaati bariz şekilde aşan cezanın, aşırı olarak nitelendirileceğini belirtmiştir³⁴⁰.

Belirtmek gerekir ki; burada belirlenmiş esaslar olmadan yargılamanın yapılp karar verilmesi gerekeceğinden hâkimin işi oldukça güçtür. Ancak hâkim, adalet ve hakkaniyet esaslarına uygun olarak cezanın aşırı olup olmadığını tespit etmelidir³⁴¹. Ceza ediminin paradan başka bir şey olarak kararlaştırılması halinde ise hâkimin aşırılığı tespit etmeden önce ceza ediminin parasal değerini tespit etmesi gerekmektedir. Bu tespiti müteakip cezanın aşırı olup olmadığını değerlendirmelidir³⁴².

Son olarak, aşırılığın tespitinde kullanılabilecek başlıca ölçütlere geçmeden önce belirtmek gerekir ki, her ne kadar kanun ile hakime aşırı cezayı indirme yükümlülüğü getirilmiş ise de hakim, uyuşmazlık kapsamında hükmünü verirken ana kuralın sözleşme serbestisi olduğunu unutmamalıdır. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de kararlarında, ceza miktarı açıkça hakkaniyete aykırı olmadıkça hakimın cezayı indirme yoluna gitmemesi gerektiğini³⁴³, ihtilaf halinde hakimın önce taraflar arasında akdedilen sözleşmenin uygulanacağını düşünmesi gerektiğini, zorunluluk olmadığı sürece hakimın sözleşmeye müdahale etmek için kanun tarafından verilen olağanüstü yetkiyi kullanmaması gerektiği defaten belirtilmiştir³⁴⁴. Yargıtay da kararlarında indirim hakkının ölçülü kullanılması gerektiğine vurgu yapmaktadır³⁴⁵. Cezanın aşırı olduğunun tespit edilebilmesi için ceza ile korunmak istenen menfaat arasında açık bir orantısızlık olmalıdır³⁴⁶.

2. İş Sözleşmelerinde Cezanın İndirilmesi ve Kullanılan Ölçütler

İş sözleşmelerinde işçi aleyhine özellikle uygulamada daha çok fesih hakkının sınırlandırılması ve rekabet yasağı halleri için kararlaştırılan ceza koşulu bakımından cezanın indirilmesi ayrı bir önem arz etmektedir³⁴⁷. İş sözleşmelerinde de borca

³⁴⁰Berki, **a.g.e.**, s. 246.

³⁴¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 355; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 553; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 229.

³⁴²Kocaağa, **a.g.e.**, s. 230.

³⁴³ BGE 21 II 645 (naklen Kocaağa, **a.g.e.**, s. 230)

³⁴⁴ BGE 68 II 169 (naklen Kocaağa, **a.g.e.**, s. 230)

³⁴⁵ HGK 26.12.2001 tarihli, 2001/9-1175 E. ve 2001/ 1116 K. sayılı kararında; “... Ne var ki, hakime aktin bir şartını değiştirme yetkisini veren bu hak, hakime istisnai olarak tanınmış bir hak olduğu için hakim, bu hakkını ölçülü olarak kullanmalı, ... ” demiştir (www.kazanci.com.tr).

³⁴⁶Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**,s. 385; Uygur, **Şerh**, s. 1090; Kocaağa, **a.g.e.**,s. 230.

³⁴⁷ Hizmet sözleşmelerinde, sıkça ceza koşulu kararlaştırılması yoluna gidildiği görülmektedir. Hizmet sözleşmelerinde yer alan ceza koşulu bakımından TBK m. 420 “Hizmet sözleşmelerine sadece işçi

aykırılığın ağırlığı ile talep edilen ceza miktarı birbirini etkilemektedir³⁴⁸. Değerlendirme yapılırken, işçi tarafından ödenmesi gereken ceza tutarı, fesih hakkının sınırlandırıldığı süre, hangi fesihler için ödemenin yapılması gerekeceği gibi unsurların somut olayın şartlarının göz önünde tutulması gerekmektedir³⁴⁹. Uygulamada işçinin taahhüt ettiği rekabet yasaklarında dayanak sözleşmenin işçiyne ne kadar gelir sağladığı mutlaka göz önünde bulundurulmaktadır³⁵⁰. Nitekim borcun ihlalinden borçlunun elde edeceği menfaatin tespiti önemlidir. Borcun ihlalinden önemli bir menfaat sağlayan ya da sağlayabilecek borçlunun ciddi bir ceza ödemesi hakkaniyete uygundur³⁵¹. Hakim alacaklı ile borçlu menfaatlerinin arasında açık bir orantısızlık olup olmadığını dikkate almak suretiyle ihlal tarihini de göz önünde tutarak hakkaniyet uygun bir ceza miktarına hükmetmeli, aşırı cezayı indirmelidir³⁵².

Bunun gibi çalışılan süreler çalışılmayan sürelere oranlanmalı, bu kapsamda ceza miktarı tespit edilerek indirimde gidilmelidir³⁵³. Ancak toplu iş sözleşmeleri gibi normatif hüküm niteliği bulunan sözleşmeler ile ceza koşulu kararlaştırılmışsa aşırı cezanın hâkim tarafından indirilip indirilmeyeceği tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre toplu iş sözleşmelerinin özerk yapısı nedeniyle aşırı ceza indirim tabi tutulmamalıdır³⁵⁴. Ancak Yargıtay ve bir kısım yazarlar³⁵⁵ toplu iş isabetli olarak sözleşmelerinde kararlaştırılan cezalar bakımından da TBK m.182/3 uyarınca indirim yapılabilmesini kabul etmektedir³⁵⁶.

aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir.” hükmünü amirdir. eBK’da bu konuda yasal bir düzenleme yer almadığı dönemde de sadece işçi aleyhine ceza koşulu kararlaştırılmış olması halinde Yargıtay tarafından, ceza koşulunun geçersiz olduğu ve işçiyi bağlamadığı yönünde kararlar verilmiştir bkz. Yargıtay 22. HD. 22.01.2013 T., 2012/10007 E., 2013/358 K. sayılı kararı; Yargıtay 9. HD. 17.09.2013 T., 2011/23226 E., 2013/22695 K. sayılı kararı; aksi görüşte karar için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 27.03.2013 T., 2012/13-821 E., 2013/409 K. sayılı kararı (www.kazanci.com.tr).

³⁴⁸ Şebnem Kılıç; “İş Sözleşmelerinde İbraname ve Cezai Şartın Türk Borçlar Kanunu Açısından Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan**, Cilt II, İstanbul 2014, s.2854.

³⁴⁹ Kılıç, s. 2854; Polat Soyer, Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu, **Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan**, Ankara 2000, s. 380.

³⁵⁰ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 149; Günay, **Cezai Şart**, s. 193; Kocağa, **a.g.e.**, s. 237.

³⁵¹ Bilge, **a.g.e.**, s. 123; Kocağa, **a.g.e.**, s. 237.

³⁵² Kılıç, **a.g.m.**, s. 2854.

³⁵³ Sarper Süzek, **İş Hukuku**, 16. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2018, s.733; Kılıç, s. 2855; Erdem Özdemir, İşHukukunda Eğitim Karşılığında Öngörülen Cezai Şart, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2005/1, s. 151. Toplu iş sözleşmelerinde kararlaştırılan ceza koşulu hükümlerinin hakim müdahalesi dışında kaldığına ilişkin bkz. Kılıç, **a.g.m.**, s. 2855, dn. 153.

³⁵⁴ Kılıç, **a.g.m.**, s. 2855, dn. 153; Süzek, **a.g.e.**, s.733.

³⁵⁵ Karagöz, **a.g.e.**, s.175-177.

³⁵⁶ Kılıç, **a.g.m.**, s. 2855

Nitekim Yargıtay 9. HD 04.11.2013 tarihli, 2013/6564 E., 2013/27985 K. sayılı kararında³⁵⁷; “Davacı, kötüniyet tazminatı alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. Davacının işyerinin toplu iş sözleşmesi hükümlerine aykırı olarak değiştirildiği anlaşılmakla, her ne kadar dava dilekçesinde toplu iş sözleşmesinin 14. maddesine dayanılarak talepte bulunulmuş ise de 2821 sayılı Yasanın 9. maddesi uyarınca sendika yöneticisi konumunda olan davacının aynı sözleşmenin 13/2. maddesine göre tazminat talep hakkının bulunması ve sözü edilen hükme dayalı olarak yapılan hesap raporu doğrultusunda davanın ıslah edilmesi karşısında mahkemece davacının toplu iş sözleşmesine dayalı tazminat talebinin kabulü yerindedir. Ancak toplu iş sözleşmesinin hükmü cezai şart niteliğinde olmakla işverence toplu iş sözleşmesine aykırı uygulamanın yapıldığı tarihte yürürlükte olan 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 161/ son maddesi gereğince indirim yönünden bir karar verilmesi gerekir. Toplu iş sözleşmesinin ilgili hükmünde kararlaştırılan cezai şart miktarı 24 aylık ücret tutarında olup cezai şarttan indirim hususunun düşünülmemesi hatalıdır.” ifadelerine yer vermiştir.

Diğer yandan işe alınan işçinin eğitime tabi tutulması durumunda, iş sözleşmesinde belirlenen süre dolmadan sözleşmeyi feshetmesi hali için kararlaştırılan ceza koşulunda ise hakkaniyete uygun indirim yapılırken cezanın aşırı olup olmadığı değerlendirilmemektedir³⁵⁸.

Ceza koşulunun geçerli olup olmadığına karar verilirken, öncelikle verilen eğitimin ceza oranı ile orantılı olması gerekmektedir. Aynı zamanda işçi ciddi anlamda mesleki vasıf kazanmalıdır. Mevcut bilgilerin hatırlanması veya sadece işverenin menfaatlerinin karşılanması amacıyla eğitim verilmesi halinde eğitim giderleri talep edilemeyecektir. Hâkim eğitimden gerçek anlamda kimin yarar sağladığını, verilen eğitimle işçinin mesleki eğitiminin olumlu etkilenip etkilenmediğini de incelemelidir. Yine verilen eğitim ve bu nedenle yapılan giderle işçinin fesih hakkının sınırlandığı süre ve kararlaştırılan ceza miktarı arasında da hakkaniyete uygun bir oran olmalıdır. İşçiye yapılan eğitim giderleri ve çalışılmayan

³⁵⁷ www.kazanci.com.tr

³⁵⁸ Kılıç, **a.g.m.**, s. 2861; Süzek, **a.g.e.**, s.733.

süre bakımından da oranlama yapılarak cezada indirimde gidilmelidir. Yukarıda ifade edildiği üzere bu indirim için cezanın aşırı olup olmadığı da araştırılmayacaktır³⁵⁹.

3. Aşırılığın Tespitinde Kullanılan Başlıca Ölçütler

Aşırılığın tespitinde kullanılacak ölçütler kanun ile öngörülmemiş olduğundan aşırılığı tespitinde kullanılacak başlıca ölçütlerin belirlenmesinde yargı içtihatlarını değerlendirmek gerekecektir.

İsviçre Federal Mahkemesi, cezanın aşırı olup olmadığını tespit ederken, alacaklının asıl borcun ifasındaki menfaati ile ceza miktarı arasındaki oran, borçlunun borca aykırılığının ağırlığı, kusurun derecesi, asıl borç ilişkisinin niteliği ve süresi, tarafların ekonomik durumu gibi ölçütleri kullanmaktadır. Mahkeme oransızlık ölçüsü olarak ise gerçekleştirmiş olan zararın değil, gerçekleşebilecek en büyük zararın dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir³⁶⁰.

Sözleşmenin niteliği ve süresi, borçlunun kusuru, sözleşmenin ihlalinden dolayı alacaklının uğradığı zararlar, alacaklının ortak kusuru, taraflar arasındaki menfaat dengesi, kusurun derecesi, tarafların sözleşmedeki üstünlüğü, borcun tarafların ekonomik özgürlüğü üzerindeki etkisi, tarafların ceza koşulu belirlerken içinde bulundukları durum, ceza koşulu ile elde edilmek istenen menfaat yani ceza koşulunun sözleşmedeki fonksiyonu gibi ölçütler aşırılığın tespitinde faydalanılabilecek ölçütler arasında sayılabilir³⁶¹. Sözleşmede belirlenen ceza koşulunun hangi amaç ve işleve hizmet ettiğinin mutlaka tespit edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır³⁶². Ayrıca asıl borcun ifası ile elde edilecek yarar ve cezanın ödenmesinin sağlayacağı yarar arasındaki ölçü ile borçlunun borcunu yerine getirmemesi nedeniyle elde ettiği yarara da bakılmalıdır³⁶³. Eğer somut olayda ceza koşulu, borçlunun borcunu ifasına psikolojik olarak zorlamak için kararlaştırılmış ise bu amaç gözden uzak tutularak, tarafların amacını ortadan kaldıracak şekilde cezanın

³⁵⁹Kılıç, **a.g.m.**, s. 2860- 2861.

³⁶⁰ BGE 114 II 264 (naklen Kocaağa, **a.g.e.**, s. 231, dn. 81.)

³⁶¹ Eren, **a.g.e.**, s. 1217; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 230; Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s.308; Yücel, **a.g.m.**, s. 2947-2948; Ateş, **a.g.e.**, s. 269-270; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 461; Uygur, **Şerh**, s. 1090-1091; Karagöz, **a.g.e.**, s. 47, 54-55.

³⁶² Akkayan Yıldırım, **a.g.m.**, s. 385; Çınar, **a.g.m.**, s. 106-107; Yücel, **a.g.m.**, s. 2948.

³⁶³ Uygur, **Şerh**, s. 1091.

indirilmesi uygun olmayacaktır³⁶⁴. Ceza koşulunun alacaklıyı borçlu karşısında güçlendirmeye, borçluyu cezalandırmaya yönelik işlevinde borca aykırılık nedeniyle oluşan zararın da göz ardı edilmemesi gerekecektir³⁶⁵. Tarafların sözleşme ile doğan bağımlılık ilişkileri ve tarafların tecrübeleri de değerlendirmede göz önünde tutulmalıdır³⁶⁶.

Cezanın aşırılığı tespit edilirken hem öznel hem de nesnel koşullara bakılmalı; ceza miktarının nesnel olarak yüksek olması yanında bu yüksekliğin tarafların öznel durumu bakımından da adalet ve hakkaniyete aykırı olması halinde aşırı cezanın indirilmesi gerekmektedir³⁶⁷. Alacaklının zararı da dikkate alınmalıdır³⁶⁸. Ancak alacaklının zararının üstünde ceza tutarının belirlenmiş olması, cezanın aşırı olduğu ve mutlaka indirilmesi gerektiği anlamına gelmemektedir³⁶⁹. Dolayısıyla ceza ile zarar arasındaki dengenin alacaklı lehine olması, aşırı olmadığı sürece cezanın indirilmesi sonucu doğurmayacaktır³⁷⁰. Cezanın yasal faiz oranından fazla olması da indirim sebebi sayılmaz³⁷¹. Ancak tarafların menfaat durumlarına göre ceza miktarının orantısız olması, gereksiz malvarlığı değişimine yol açmasından dolayı hakkaniyete aykırı nitelikte görülebilir. Bu durumda istismarı önlemek ve malvarlıkları arasında denge kurmak adına hakim aşırı gördüğü cezayı TBK m. 182/3 madde uyarınca indirme görev ve yetkisine haiz olacaktır³⁷².

Yargıtay da birçok kararında ceza miktarının aşırı olup olmadığının tespitinde bakılması gereken ölçütleri sıralamıştır. Yargıtay 13 HD, 15.4.2003 tarihli 2003/78 E. ve 2003/4622 K. sayılı kararında³⁷³; “... *Taraflar arasındaki hukuki ilişki kira*

³⁶⁴ Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 553; Akkayan Yıldırım, **a.g.m.**, s. 385; Çınar, **a.g.m.**, s. 106-107; Uygur, **Şerh**, s. 1092.

³⁶⁵ Akkayan Yıldırım, **a.g.m.**, s. 385.

³⁶⁶ Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, **a.g.e.**, s. 433.

³⁶⁷ Yücel, **a.g.m.**, s. 2948.

³⁶⁸ Bilge, **a.g.e.**, s. 122; Yücel, **a.g.m.**, s. 2948; Günay, **Cezai Şart**, s. 182; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 233; Uygur, **a.g.m.**, s. 817; Arkan, **a.g.m.**, s. 95; Çınar, **a.g.m.**, s. 108.

³⁶⁹ Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 553; Füsün Nomer Ertan; “İş Aktinden Doğan Cezai Şart Hükümlerine TTK m. 24 Uygulanır mı?”, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan**, Cilt 1, İstanbul 2007, s. 31; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 230, Yücel, **a.g.m.**, s. 2948; Dirican, **a.g.e.**, s. 186; Bilge, **a.g.e.**, s. 123. Rekabet yasağı anlaşmalarında uygulamada iş sözleşmelerinin işçiye ne kadar gelir sağladığının her zaman dikkate alındığı ifade edilmektedir (Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 149).

³⁷⁰ Ekinci, **a.g.e.**, s. 321; Nomer, **a.g.e.**, s. 477; Çınar, **a.g.m.**, s. 108

³⁷¹ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 112-113.

³⁷² Dirican, **a.g.e.**, s. 186.

³⁷³ www.kazanci.com.tr. Aynı yönde bkz. Yargıtay 13 HD’nin 23.12.1983 tarihli, 1983/6675 E. ve 1983/9202 K. sayılı kararı, Yargıtay HGK 20.03.1974 tarihli, 1970/1053 E. ve 1974/222 K. sayılı

akdinden kaynaklanmakta olup davalılar tacir olmadığına göre Borçlar Kanunu'nun 161 /son maddesine göre, hakim fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir. Bu hükmü hâkimin resen gözetmesi gerekir.

Ceza koşulunun fahiş olup olmadığı, tarafların iktisadi durumu, özel olarak borçlunun ödeme kabiliyeti ile beraber borcunu yerine getirmemiş olması dolayısıyla sağladığı menfaat, borçlunun kusur derecesi ve borca aykırı davranışın ağırlığı ölçü olarak alınarak tayin edilmeli ve hüküm altına alınacak ceza miktarı hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun olarak tespit edilmelidir. Bu yönde inceleme yapılmaksızın karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır....” ifadelerine yer vermiştir.

Yine Yargıtay HGK 26.12.2001 tarihli, 2001/9-1175 E. ve 2001/ 1116 K. sayılı kararında; “.....BK. 161 nci maddesinin ilk fıkrasında "akitlerin cezanın miktarını serbestçe tayin edebilecekleri", son fıkrasında ise "hakimin fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükellef olduğu" belirtilmiştir. Ticari olmayan işlemlerde bu kuraldan dolayı borçlu ileri sürmese bile, hakim cezai şarttan indirim yapıp yapılmayacağını doğrudan görevinden ötürü saptamalıdır. Ne var ki, hakime Aktin bir şartını değiştirme yetkisini veren bu hak, hakime istisnai olarak tanınmış bir hak olduğu için hakim, bu hakkını ölçülü olarak kullanmalı, tarafların ekonomik durumu, borçlunun ödeme yeterliliği ile beraber borcunu yerine getirmemiş olması dolayısıyla sağladığı yarar, borçlunun kusur derecesi, borca aykırı davranışın ağırlığı, sözleşmeden beklenen yararın elde edilememesi ve akde aykırı davranılması yüzünden doğan zarar tutarı, işçinin çalıştığı ve çalışmadığı süreler cezai şartın tazmin ve ceza fonksiyonlarının dengeli olarak korunması gereği prensiplerini göz önünde bulundurmalı kullandığı takdir hakkını Yargıtay'ın denetimine olanak vermeye elverişli objektif esaslara dayandırılmalıdır (HGK. 8.3.1961 T. 4/2 E. 10 K.)....” ifadelerine yer verilmiştir³⁷⁴.

kararı, Yargıtay HGK 26.12.2001 tarihli, 2001/9-1175 E.ve 2001/1116 K. sayılı kararı, Yargıtay 11 HD'nin 01.01.2005 tarihli, 2004/15209 E. ve 2005/12550 K. sayılı kararı (Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s.308, dn. 361).

³⁷⁴www.kazanci.com.tr. Aynı yönde Yargıtay 13 HD, 23.12.1983 tarih, 1983/ 6675 E. ve 1983/9202 K. (Kırkbeşoğlu, s. 308) ; Yargıtay 13 HD, 20.5.2008 tarihli, 2008/1540 E ve 2008/6896 K sayılı kararı (www.kazanci.com.tr); Yargıtay HGK, 2.2.2005 Tarihli, 2004/9-759 E ve 2005/9 K. sayılı kararı(www.kazanci.com.tr).

Cezanı aşırı olup olmadığı konusunda yukarıda sayılan ölçütler ise tahdidi değildir. Nitekim kararlaştırılan ve uygulanan şartlar çerçevesinde nesnel olarak aşırı olmayan bir ceza miktarı, aşırı olarak tespit edilebilir. Hâkim, hakkaniyete aykırı bulduğu her durumu indirim sebebi ölçütü olarak göz önünde tutmalıdır³⁷⁵.

a. Alacaklının Menfaatleri

Aşırılığın tespitinde dikkate alınacak ölçütlerden biri, alacaklının menfaatidir. Ceza koşulunun başlıca amaçlarından birinin alacaklının çıkarları olduğu gözetildiğinde hâkimin indirimi değerlendirirken ilk inceleyeceği husus, alacaklının çıkarları olmalıdır.³⁷⁶ Zira hâkimin hakkaniyete ve adalete uygun karar vermesi, hem borçlu için hem de alacaklı için gereklidir. Bir başka deyişle, ceza miktarı adalet duygularına incitecek ölçüde yüksek olduğundan indirimine karar verilmesi halinde, indirilecek miktarın alacaklı açısından da adaletsiz olmamasına özen gösterilmesi gerekir³⁷⁷. Burada maddi menfaatler yanında manevi menfaatler de dikkate alınmalıdır³⁷⁸. Keza bu konuda hukukumuzda bir düzenleme bulunmamakla birlikte ceza koşulunun, manevi değeri bulunan borçların da ifasını kuvvetlendirdiği göz önünde tutulduğunda, manevi menfaatlerin dikkate alınmaması, adaletsiz bir sonucun doğmasına neden olabilecektir. İsviçre Federal Mahkemesi de hâkimin indirimi değerlendirirken alacaklının tüm menfaatlerini dikkate alması gerektiğini içtihat etmiştir³⁷⁹. Alacaklının maddi çıkarları yanında, sözleşmenin ifasından beklediği tüm haklı çıkarları da hesaba katılmalıdır. Alacaklının menfaatleri hesap edilirken borçlunun borcunu ifa etmemesi nedeniyle elde ettiği kazançlar da dikkate alınmalıdır³⁸⁰.

Cezanın indirilmesinde alacaklının uğradığı zararın yani maddi menfaatlerinin tespit edilmesi, önem arz etmektedir. Borçlu taahhüt etmiş olduğu asıl borcu ihlal

³⁷⁵Kocağa, **a.g.e.**, s. 231.

³⁷⁶Günay, **Cezai Şart**, s. 182; Bilge, **a.g.e.**, s. 121; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, **a.g.e.**, s. 432.

³⁷⁷Velidedeoğlu/Özdemir, **a.g.e.**, s. 338; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, **a.g.e.**, s. 355; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 553; Kocağa, **a.g.e.**, s. 231.

³⁷⁸Von Tuhr, **a.g.e.**, s. 771-772; Velidedeoğlu/Özdemir, **a.g.e.**, s. 338; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 146; Ekinci, **a.g.e.**, s. 324; Uygur, **a.g.m.**, s. 816; Çınar, **a.g.m.**, s. 108. Berki, hakimin sadece ekonomik menfaati indirim sırasında dikkate almaması gerektiğini, ekonomik bakımından bir kıymet ifade etmeyen tüm meşru menfaatleri gözönünde tutması gerektiğini ifade etmektedir (Berki, **a.g.m.**, s. 298-299).

³⁷⁹Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 146; Günay, **Cezai Şart**, s. 182; Kocağa, **a.g.e.**, s. 232.

³⁸⁰Tunçomağ, **Genel Hükümler**, s. 884-885.

ederek alacaklıya büyük zarar vermişse, cezanın indirilmesi talebinin reddedilmesi gerekir. Örneğin borçlu, küçük bir işletmeyle rekabet yasağını ihlal etmiş olsa da alacaklıya büyük zarar verdiyse, borçlunun indirim talebi reddedilmelidir³⁸¹. Ceza koşulunun başlıca işlevlerinden birinin alacaklıyı zararın ispatından kurtarmak olduğu gözetildiğinde alacaklının zarara uğradığını olası uyuşmazlıkta ispat etmesi dahi gerekmeyecektir³⁸².

Alacaklının ceza koşuluyla elde etmek istediği menfaatlerin tespitinde, zarar miktarı ile cezai miktarı arasındaki ilişkinin değerlendirilmesi gerekir. Bu nedenle de mahkemenin borca aykırılık nedeniyle alacaklının uğradığı zararı tespit ettirerek kararlaştırılan ceza miktarı ile bir karşılaştırma yapması yerinde olacaktır³⁸³. Hatta zararın kalem kalem hesaplanması gerektiği Yargıtay tarafından ifade edilmektedir³⁸⁴. Nitekim her ne kadar ceza miktarının zarar miktarının çok üstünde kalması indirim için başlı başına bir sebep sayılmasa da³⁸⁵ zararın az olması veya hiç olmaması diğer ölçütlerle birlikte cezanın indirilmesine neden olabilir³⁸⁶. Yargıtay da bir kararında³⁸⁷*Her ne kadar Borçlar Kanununun 159. maddesi uyarınca alacaklı*

³⁸¹ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 146; Ekinci, **a.g.e.**, s. 324. Günay, cezanın aşırılığının açık olduğu durumlarda salt uğranılan zararın büyüklüğü nedeniyle ceza miktarının indirilemeyeceği yolundaki Tunçomağ'ın rekabet yasağı örneği üzerinden görüşüne katılmadığını ifade etmektedir (Günay, **Cezai Şart**, s. 183).

³⁸² Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 146

³⁸³ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 404; Uygur, **a.g.m.**, s. 817; Nomer, **a.g.e.**, s. 477.

³⁸⁴ Uygur, **a.g.m.**, s. 817.

³⁸⁵ Nomer, **a.g.e.**, s. 477; Çınar, **a.g.m.**, s. 108; Ekinci, **a.g.e.**, s. 321.

³⁸⁶ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 233.

³⁸⁷ Yargıtay 13 HD, 1.2.1974 tarih, 1974/168 E. ve 1974/232 K. sayılı kararı (www.kazanci.com.tr). Yargıtay açısından zarar miktarı ceza miktarının indiriminde önemli bir ölçüt olarak kullanılmaktadır. Nitekim Yargıtay HGK 9.10.1991 tarihli, 1991/15-340 E. ve 1991/467 K. sayılı kararında; *Davalı, işin süresinde teslim edilmemesi halinde davacıya verilecek her daire için aylık 300.000 lira ödeyeceğini kabul etmiştir. Bu, BK.nun 158/II maddesinde belirlenen bir cezai şart niteliğindedir. BK.nun 161/3. maddesi gereğince cezai şartın, "fahiş olduğu gerekçesi ile tenkisi" gerekeceği düşünülebilir. Ancak davalılar tacir olduğundan böyle bir indirim söz konusu olamaz (Türk Ticaret Kanunu madde 24). Özen borcuna aykırı davranarak kusurlu durumunda bulunan davalı yüklenici teslim gününden itibaren işleyecek cezai şartı tam olarak ödemek zorundadır (Tandoğan, Borçlar, Sh: 133-135). Kaldı ki, davacının geç teslim süresince en az kabul edilen cezai şart kadar zarara uğradığı da bir olgudur. Bu nedenle de davacı hiç bir indirime tabi tutulmadan gerçek zararını isteyebilecek durumdadır (BK. m. 159/II). Bu durumda, tüm bu nedenlerle yüklenici olan davalıların, işi zamanında teslim etmemesinden doğan cezai şartı davacıya hiç bir indirim yapılmaksızın ödemesi sözleşmeye, Borçlar Kanununun 356/I maddesindeki özen borcuna ve doğruluk ve güven kurallarına uygun düşer.....* "ifadeleriyle gecikme süresince uğranılan zararın en az ceza miktarı kadar olduğu gerekçesiyle hakkaniyet gereği indirim yapılmaması gerektiğine hükmetmiştir. Yargıtay 15 HD'nin 26.06.2006 tarihli, 2008/7818 E. ve 2009/3871 K. sayılı kararında da zarar miktarının belirlenmesinin cezanın fahiş olup olmadığının tespitinde gerekli olduğuna karar verilmiştir; "...Somut olayda cezai şart, eserin belirlenen sürede tamamlanıp teslim edilmemesi sebebiyle kararlaştırılmış olduğundan, mahkemece bilirkişi kurulundan alınacak ek raporla, cezai şarta hükmedilen dönemle ilgili taşınmazın bulunduğu mahalde davacı arsa sahiplerine isabet edecek bağımsız bölümlerden elde

zarara uğramasa bile ceza lazım ise de sözleşmenin ihlali nedeniyle hükmedilecek cezanın miktarını tespit yönünden yani aynı kanunun 161. maddesinin son fıkrasında tespit yönünden öngörüldüğü üzere cezanın fahiş olup olmadığının anlaşılması için mahkemece sözleşmenin yerine getirilmemesinden ötürü davacının uğradığı zararın tespiti zorunludur. Ceza, bu zarar ile mahkemece takdir edilecek ve müeyyide teşkil edecek bir miktarın eklenmesi suretiyle meydana gelecek tutardan ibaret olmalıdır. Bu yön gözetilmeden ve cezanın fahiş olup olmadığı tartışılmadan cezanın aynen kabul ve hüküm altına alınması usul ve kanuna aykırıdır...” ifadelerine yer vermiştir.

Cezanın her ihlalde tekrar ödenmeyeceği durumlarda, salt zararın ceza miktarına göre düşük olması nedeniyle cezanın aşırı olduğu yorumu yapılmamalı ve hakim tarafından indirilmemelidir³⁸⁸. Zira sürekli borçlarda, cezanın tek bir defada ödenmesi halinde kapsamlı bir teminata ihtiyaç duyulması gerekecektir³⁸⁹. Ancak her ihlalde ceza ödenmesi gerektiği hallerde, borcun her ihlali sonrası ödenmesi gereken toplam ceza miktarı, aslında taraflarının da iradesi dışında kalan ve borçlunun da öngörmediği bir noktaya gelebilir. Bu durumda hâkimin cezayı makul bir hadde indirmesi, adalete ve hakkaniyete uygun düşebilir³⁹⁰.

Belirtildiği üzere, alacaklının manevi menfaatleri de değerlendirilmelidir. Manevi menfaatler, bir kimsenin şey üzerindeki hukuken korunmaya değer malvarlığı değerleri dışında menfaatleridir. Dolayısıyla hâkim, alacaklının iç dünyasını dikkate alarak hükmünü verirken alacaklının şımarıklık veya ukalalık olarak nitelendirilebilecek çıkarları değerlendirmeye almamalıdır³⁹¹. Ceza koşulu manevi menfaatlerin korunmasında da kullanılabileceğinden manevi menfaatin korunmasında tereddüt olması halinde, manevi menfaatin korunması gerektiğine karar verilmelidir³⁹².

etmekte mahrum kaldıkları kira kaybının hesaplattırılarak bu miktarın saptanan 30.840,00 USD cezai şart miktarıyla mukayese edilerek fahiş olup olmadığı değerlendirilip, denetime elverişli ve makul sayılabilecek oranda cezai şartın tenkisi gerekirken, objektif olmayan ve denetlenemeyen birtakım gerekçelerle %50 oranında tenkis yapılması doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur...”(www.kazanci.com.tr.). Aynı yönde bkz. Yargıtay 6 HD’nin 23.9.2014 tarihli, 2014/6441 E. ve 2014/10227 K. sayılı kararı (www.kazanci.com.tr.).

³⁸⁸ Bilge, **a.g.e.**, s. 122-123.

³⁸⁹ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 233.

³⁹⁰ Bilge, **a.g.e.**, s. 122.

³⁹¹ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 147; Günay, **Cezai Şart**, s. 190.

³⁹² Günay, **Cezai Şart**, s. 190; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 232.

İndirimin amacı, ceza miktarının alacaklının menfaatlerinin toplamına bir noktaya kadar uydurulmasını sağlamak olduğu düşünüldüğünde, manevi menfaatlerin maddi değerlerinin objektif bir ölçü olmayacağı için tahmini olarak hesaplanmasında bir sakınca bulunmamaktadır³⁹³. Ceza koşulunun en önemli amaçlarından birinin borçluyu ifaya zorlamak olduğu gözetildiğinde ceza miktarı ile zarar arasındaki oransızlık belirgin değilse ceza miktarı indirimine tabi tutulmamalıdır³⁹⁴.

b.Borcun İhlalinin Ağırılığı

Borçlunun borcuna ne kadar uygun davrandığı ve özellikle borcunu ihlalinin ağırlık derecesi de ceza miktarının aşırılığının tespitinde dikkate alınması gereken bir diğer unsurdur³⁹⁵. Borcun ihlali ağırsa, ceza aşırı sayılmamalı ve indirimine tabi tutulmamalıdır. Ancak korunmak istenen menfaat göz önünde bulundurulduğunda, borcun ihlali önemsiz veya hafif olarak değerlendirilebiliyorsa cezanın indirimine tabi tutulması hakkaniyete uygun olacaktır³⁹⁶. Örneğin bir kişi ceza koşuluyla kuvvetlendirilen rekabet etmeme yükümlülüğüne, söz konusu yere oldukça yakın bir yerde işyeri açarak rekabette bulunmak suretiyle aykırı davranması halinde ihlal ağır sayılmalı³⁹⁷; rekabet yasağına tesadüfen veya bir kimseye yardımcı olmak maksadıyla aykırı davranılması halinde ceza miktarı indirimine tabi tutulmalıdır³⁹⁸.

Ceza koşulunun birçok borcun ifasını teminen kararlaştırıldığı hallerde, borçlu bu borçlardan önemsiz olanının ihlal etmiş ise bu durumda da aşırı cezanın indirilmesi hakkaniyete uygun düşecektir³⁹⁹.

Son olarak farklı vadelerde ifa edilmesi gereken borçların önemli bir kısmı ifa edilmiş, sadece küçük bir bölümü ifa edilmemiş ise sözleşmeye aykırılığın ağır ihlal

³⁹³Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 147; Günay, **Cezai Şart**, s. 191; Kocağa, **a.g.e**, s. 231-232.

³⁹⁴ Arkan, **a.g.m**, s. 95.

³⁹⁵ Eren, **a.g.e**, s. 1217; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 553; Kocağa, **a.g.e**, s. 234; Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, **a.g.e**, s. 433.

³⁹⁶ Kocağa, **a.g.e**, s. 234.

³⁹⁷Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 147; Kocağa, **a.g.e**, s. 234. Günay, bu gibi hallerde de ceza miktarı aşırı ise indirim isteğinin reddedilmemesi gerektiğini ancak daha az bir oranda indirimle gidilebileceğini belirtmektedir (Günay, **Cezai Şart**, s. 191).

³⁹⁸Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 147; Günay, **Cezai Şart**, s. 191; Kocağa, **a.g.e**, s. 234.

³⁹⁹ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 147-148; Günay, **Cezai Şart**, s. 191; Kocağa, **a.g.e**, s. 234; Bilge, **a.g.e**, s. 123.

olarak nitelendirilmemesi gerekir⁴⁰⁰. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi⁴⁰¹ ve Yargıtay⁴⁰² da kısmi ifayı cezanın indirimine tabi tutulmasını haklı gösteren sebepler arasında göstermektedir.

c. Kusurun Ağırılığı

Bilindiği üzere TBK m. 51 uyarınca hâkim, tazminat kapsamını kusurun ağırlığına göre belirleyecektir ve TBK m. 114 gereği söz konusu hüküm, sözleşmesel sorumluluk hallerine de uygulanacaktır. Borcun ihlalinin hafif kusur veya yardımcı kişinin davranışına bağlı olarak gerçekleşmesi halinde kasıtlı davranışa nazaran farklı bir yaptırım uygulanması hakkaniyet uygun adil bir karar verilmesi için gereklidir⁴⁰³. Bu nedenle de hakimin cezanın aşırı olup olmadığını değerlendirirken, kusurun nitelik ve oranını tespit etmesi önem arz etmektedir⁴⁰⁴.

Borçlu, kusursuzluğunu ispat etmek suretiyle ceza ödemekten kurtulabilir. Nitekim ceza ödeme borcunun muaccel olması için kural olarak borçlunun asıl borcun ifasında kusuru aranmaktadır. Ancak taraflar sözleşme ile kusursuz da olsa borçlunun ceza ödeyeceğini kararlaştırabileceği gibi borçlu kusursuz olduğunu ispatlayamayabilir veya gerçekten kusurlu olarak borcu ihlal etmiş olabilir. Kural olarak kusursuz olmanın ceza ödeme borcunun muacceliyetine engel olduğu

⁴⁰⁰Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 148; Günay, **Cezai Şart**, s. 191; Kocağa, **a.g.e.**, s. 234-235.

⁴⁰¹ Kocağa, **a.g.e.**, s. 235.

⁴⁰² Yargıtay HGK, 8.3.1961 tarihli, 1961/4-2 E. ve 1961/10 K. sayılı kararı; *Ceza şartının indirilmesinde hakimin gözetmek zorunda olduğu bazı prensipler vardır: a - Hakime aktin bir şartını değiştirme yetkisini veren bu hak, hakime istisnai olarak tanınmış bir hak olduğu için, hakim bunu ölçülü olarak kullanmak zorundadır. b - İndirmede tarafların iktisadi durumu, özel olarak borçlunun ödeme kabiliyeti ile beraber borcunu yerine getirmemiş olması dolayısıyla sağladığı menfaat, gözönünde tutulmalıdır. c - Borçlunun kusurunun derecesi ve borca aykırı davranışın ağırlık derecesi (ki arada borcun bir kısmının yerine getirilmiş olması hafifletici sebeplerden sayılır) de kullanılacak ölçülerdendir. d - Ceza şartı konularak elde edilmek istenilen menfaat. Burada ceza şartının borçluyu borcunu yerine getirmeye psikolojik bakımdan zorlamak üzere konulmuş olduğu dahi gözden asla uzak tutulmamalıdır ve gerçekten ceza şartı böyle bir amaca ermek içinde kabul edilebilir. (Oser/Shönenberger, Borçlar Kanunu şerhi - Ferit Ayiter tercümesi, md.160 - 163'e ait genel bilgiler N.12). O halde, buradaki ceza şartının indirilmesiyle ortadan kaldırılacak bir miktarın kabul edilmesi dahi kanuna uygun olmaz. O halde, yapılan hizmetin hepsinin mahsup edilmesi yoluyla ceza şartının indirilmesi kanuna aykırıdır. Mahkemenin gösterilen esasları gözönünde tutarak hizmetin bir kısmının yerine getirilmesinin indirimdeki ölçülerden sadece birisi olabileceğini düşünerek kanun akit hükümlerine uygun yükseklikte bir ceza şartına hüküm vermesi gerektir...* (www.kazanci.com.tr)

⁴⁰³Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 148; Günay, **Cezai Şart**, s. 192; Kocağa, **a.g.e.**, s. 235; Bilge, **a.g.e.**, s. 122.

⁴⁰⁴ Velidedeoğlu/Özdemir, **a.g.e.**, s. 338; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 355; Kocağa, **a.g.e.**, s. 235; Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, **a.g.e.**, s.433.Yargıtay HGK 9.10.1991 tarihli, 1991/15-340 E. ve 1991/467 K. sayılı kararında “....Özen borcuna aykırı davranarak kusurlu durumunda bulunan davalı yüklenici teslim gününden itibaren işleyecek cezai şartı tam olarak ödemek zorundadır (Tandoğan, Borçlar, Sh: 133-135).....” ifadelerine yer verilmiştir (www.kazanci.com.tr).

gözetildiğinde ise hafif kusur halinde cezanın indirim tabi tutulması adil olacaktır⁴⁰⁵. Örneğin meydana gelen yeni durumlar nedeniyle borcunu ihlal eden ve bu durumla ilgili alacaklıya haber veren borçlunun kusurunun hafif olduğuna karar verilerek ceza miktarı indirim tabi tutulabilir⁴⁰⁶. Ancak bu sonuç mutlak değildir. Borçlunun borcun ihlalinde hafif kusuru olması halinde dahi ceza aşırı değilse indirim tabi tutulmayacaktır⁴⁰⁷.

Borçlunun kusuru değerlendirilirken alacaklının ortak kusuru olup olmadığı da göz önünde bulundurulmalıdır⁴⁰⁸. Tunçomağ bu kapsamda, bir bira fabrikasının gazinocuya taahhüt ettiği biraları eksik teslim etmesi nedeniyle sözleşme hükümlerine aykırı olarak alacaklının tüm biraları başka bir fabrikadan alması halinde, alacaklının ortak kusurunun bulunacağını ve cezanın indirilebileceğini ifade etmektedir⁴⁰⁹.

Diğer yandan borçlunun ağır kusurlu olması, hileli veya kasti davranması halinde indirim talebi reddedilmeli veya diğer koşullar da gözetilerek oldukça düşük miktarda indirim tabi tutulmalıdır⁴¹⁰. İfa zamanının oldukça kısa olduğu durumlarda diğer koşullar da gözetilerek ceza miktarı indirim tabi tutulabilir⁴¹¹.

d.Tarafların Ekonomik Durumları

Ceza koşulunun amacı, borçlunun ekonomik yönden yıkımına sebep olmak değildir. Bu nedenle özellikle borçlunun ödeme gücü ve tarafların ekonomik durumlarının ceza miktarının aşırı olup olmadığının tespiti ile indirim tabi tutulmasında göz önünde tutulması gerekir⁴¹². Tarafların ekonomik durumlarının dikkate alınması, borçlunun açıkça istismar edilmesinin önlenmesini amaçlayan indirim kurumunun da amacına uygun olacaktır⁴¹³. Bu açıdan ekonomik bunalıma

⁴⁰⁵ Tunçomağ, *Cezai Şart*, s. 148; Günay, *Cezai Şart*, s. 192; Kocaağa, *a.g.e*, s. 236; Ekinci, *a.g.e*, s. 325; Çınar, *a.g.m*, s. 109.

⁴⁰⁶ Bilge, *a.g.e*, s. 123; Kocaağa, *a.g.e*, s. 236.

⁴⁰⁷ Tunçomağ, *Cezai Şart*, s. 149; Günay, *Cezai Şart*, s. 193; Kocaağa, *a.g.e*, s. 236.

⁴⁰⁸ Tunçomağ, *Cezai Şart*, s. 149; Uygur, *a.g.m*, s. 817; Çınar, *a.g.m*, s. 109.

⁴⁰⁹ Tunçomağ, *Cezai Şart*, s. 149.

⁴¹⁰ Tunçomağ, *Cezai Şart*, s. 149; Günay, *Cezai Şart*, s. 192; Kocaağa, *a.g.e*, s. 236; Çınar, *a.g.m*, s. 109.

⁴¹¹ Tunçomağ, *Cezai Şart*, s. 149.

⁴¹² Eren, *a.g.e*, s. 1217; Tunçomağ, *Cezai Şart*, s. 149; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, *a.g.e*, s. 355; Oğuzman/Öz, *Cilt II*, s. 553; Ekinci, *a.g.e*, s. 325; Bilge, *a.g.e*, s. 123; Çınar, *a.g.m*, s. 109; Uygur, *Şerh*, s. 1091.

⁴¹³ Tunçomağ, *Cezai Şart*, s. 149; Günay, *Cezai Şart*, s. 193; Kocaağa, *a.g.e*, s. 237.

sürüklenmemesi açısından borçlunun ödeme yeteneğinin özellikle göz önünde tutulması yerinde olacaktır⁴¹⁴.

Diğer yandan tarafların ekonomik açıdan eşit olup olmadığı da önemlidir. Nitekim ekonomik olarak eşit veya birbirine yakın olan taraflarca kararlaştırılan ceza, ekonomik olarak zayıf durumda olan biri tarafından taahhüt edildiğinde aşırı olarak nitelendirilebilir⁴¹⁵.

Yargıtay kararında da ifade edildiği üzere⁴¹⁶, hakim aşırılığın tespitinde ceza koşulunun borçlu üzerindeki manevi baskısını da dikkate almalı ve ceza koşulunun işlevlerinden olan ifayı temin amacına hizmet eden manevi baskının ortadan kalkmasına neden olacak bir indirim yapmamalıdır⁴¹⁷. Sonuç olarak borçlunun mali durumu, kural olarak indirimde dikkate alınacak ölçütler arasında nispeten önemsiz olsa da göz önünde bulundurulması önemlidir⁴¹⁸.

Bu noktada aşırı ceza miktarının aynı zamanda kişinin ekonomik özgürlüğünü sınırlayacak derecede ahlaka ve adaba aykırı olması halinde, hangi hükümlerin uygulanması gerektiğini de değerlendirmek gerekir. Aşırı cezanın TBK m.182/3 uyarınca indirme imkanının bulunması, kural olarak onun ahlaka aykırı ve dolayısıyla kesin hükümsüz olmasını engellemez. Ahlaka aykırılık nedeniyle kesin hükümsüzlük TBK’da düzenlenen genel bir yaptırımdır. Bu noktada benzer amaçlı bir yaptırımın varlığı (TBK m.182/3), onun uygulanmasını engellemeyecektir⁴¹⁹.

⁴¹⁴Uygur, **a.g.m**, s. 817; Göktürk, **a.g.m**, s. 404.

⁴¹⁵ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 149; Günay, **Cezai Şart**, s. 193; Kocaağa, **a.g.e**, s. 237.

⁴¹⁶ Yargıtay HGK 12.4.2000 tarih, 2000/13-749 E. ve 2000/758 K. sayılı kararı; “..Taraflar sözleşme ile ceza koşulu tutarını serbestçe tesbit ve tayin edebilirler. Ne varki, hakim yalnızca aşırı gördüğü cezaları indirmekle görevlidir. (Bk.Md.161/2) Burada kararlaştırılan ceza koşulunun aşırı olup olmadığını belirlemede başvurulması gereken kıstaslar önemlidir. Gerçekte de, ceza koşulunun taraflar arasındaki ilişkiye uygun düşmeyecek ölçüde yüksek tutulması ve açıkça hakkaniyet ve nesafete aykırı bulunması durumunda aşırılığın varlığı kabul edilmelidir. Böyle bir sonuca kavuşabilmek için alacaklının asıl edimin yerine getirilmesindeki çıkarı ile, ceza koşulu olarak saptanan miktar arasındaki oranın ve borçlunun borca aykırı davranmasındaki kusur derecesinin ve de borçlunun ekonomik durumunun gözönünde tutulması gerekir. Öte yandan alacaklının yararlarının hesabında, borçlunun ifa etmeme yüzünden sağlayacağı kazançlarda gözardı edilmemelidir. Aşırılığın belirlenmesinde, ceza koşulunun borcun yerine getirilmesi için borçlu üzerinde manevi bir baskı yaptığı da gözetilmeli, böyle bir baskının ortadan kalmasına yol açacak şekilde indirimden de kaçınılmalıdır....” (www.kazanci.com.tr.tr).

⁴¹⁷ Günay, **Cezai Şart**, s. 193.

⁴¹⁸ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 150; Günay, **Cezai Şart**, s. 193.

⁴¹⁹ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 67; Kocaağa, **a.g.e**, s. 262. Feyzioğlu da ceza koşulunun konusunun belli bir miktar paranın ödenmesi olması halinde ceza koşulunun ahlaka aykırılığını düşünmenin ancak kararlaştırılan miktarın borçlunun iktisaden mahvına yol açacak şekilde aşırı olması halinde mümkün olacağını, ancak bu takdirde de genellikle aşırı cezanın butlanı yerine indirilmesi yoluna gitmenin uygun olacağını, ahlaka aykırı ceza koşuluna daha çok konusu para dışında bir edim olan borçlarda rastlanacağını ifade etmektedir (Feyzioğlu, **a.g.e**, s. 405-406).

Ancak indirim imkanı mevcut olan bir ceza borçlunun ekonomik özgürlüğünü yok etmeyecek, ağır şekilde kısıtlamayacak veya ekonomik geleceğini tehlikeye düşürmeyecek olduğundan bu ceza koşulunun ahlaka aykırı olmasından da söz edilemez⁴²⁰. Ancak tacir açısından TBK m.182/3'ün uygulanması mümkün olmadığından ceza, miktar yönünden ahlaka aykırı olabilir⁴²¹.

4. Aşırılığın Tespitinde Dikkate Alınacak An

Aşırılığın tespitinde dikkate alınacak an kanunda düzenlenmiş değildir. Ancak asıl borcun konusunun fiyatı değişken mallardan oluşması halinde büyük önem taşıdığından aşırılığın tespitinde dikkate alınacak an önemlidir. Doktrinde ise hangi anın aşırılığın tespitinde dikkate alınması gerektiği tartışmalıdır.

Bazı yazarlar⁴²², ceza koşulunun kararlaştırıldığı anın aşırılığın tespitinde dikkate alınması gerektiğini belirtmektedirler. Bu görüş, kararlaştırıldığı anda aşırı yüksek olan bir cezanın, sonradan alacaklının taahhüt edilen edim karşısındaki menfaatlerinin artması sonucu aşırılığını kaybetmiş olabileceği, ceza koşulunun kararlaştırıldığı an dikkate alınmak suretiyle indirime karar verilmesi halinde alacaklının haklı menfaatlerinin zarara uğratılmış olacağı gerekçesiyle, haklı olarak, genellikle reddedilmektedir⁴²³. Ancak kararlaştırıldığı anda uygun miktarda olan ceza, sonradan değişen şartlarla aşırı derecede yüksek tespit edilebilir. Bu halde indirim talebinin kabul edilmemesi borçlunun zarara uğramasına neden olur⁴²⁴.

Bazı yazarlar⁴²⁵ ceza ödeme borcunun muaccel olduğu an dikkate alınarak ceza miktarının aşırı olup olmadığının tespit edilmesi gerektiğini savunmaktadırlar. Nitekim bu an dikkate alındığında ceza koşulunun kararlaştırıldığı andan ceza ödeme borcunun muaccel olduğu ana kadar alacaklı veya borçlu tarafında meydana

⁴²⁰Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 386; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 262; Karabağ Bulut, **a.g.e.**, s.196, dn. 311; Dirican, **a.g.e.**, s.186. Kunter de miktar bakımından aşırı cezalar bakımından hiçbir zaman TBK m.26-27 (eBK m.19-20) uygulanmaması gerektiğini; bunun yerine TBK m.182/3 (eBK m. 161/3) uyarınca indirime gidilmesi gerektiğini belirtmektedir (Kunter, **a.g.m.**, s. 975). Aksi görüş için bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 145. Ancak yazar, aynı eserinin 67. sayfasında indirim imkanı varken hükümsüzlük yaptırımının uygulanmasının çoğu zaman gereksiz olduğunu belirtmektedir.

⁴²¹ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 262.

⁴²² Staundinger/Kaduk 343 BGB, N. 24 (naklen Kocaağa, **a.g.e.**, s. 237).

⁴²³ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 238.

⁴²⁴ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 150-151; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 238.

⁴²⁵ Becker Art. 163 OR, N.11; Bötticher, s.25; Or-Ehrat, Art 163 Or, N.19; Scherrer, s. 30; Bentele, s.122; Petitjean, s.108; BGE 40 II 232 (naklen Kocaağa, **a.g.e.**, s. 238); Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 305-306.

gelebilecek değişiklikler dikkate alınabilmektedir. Bu görüş, yukarıda belirtilen sakıncaları nispeten giderse de tamamen ortadan kaldırmadığından eleştirilmektedir. Nitekim ceza ödeme borcunun muacceliyet anından hükmün tesis edileceği ana kadar olan ve çoğunlukla uzunca bir süreyi kapsayan dönemde, ceza koşulunun kararlaştırıldığı anda aşırı olan cezanın, aşırı olarak tespit edilmemesine ya da cezanın aşırı olmasına neden olan birtakım hal ve şartlar ortaya çıkabilir. Bu durumdan ise ya borçlu ya da alacaklı duruma göre zarara uğrayacaktır⁴²⁶.

Bu konudaki bir diğer görüő⁴²⁷ ise olayın özellikleri dikkate alınarak değişik zamanların aşırılığın tespitinde esas alınmasını önermektedir. Esas alınacak anın hâkimin takdirine bırakılmasını öneren bu görüşe göre, kural olarak muaccel olan cezanın aşırılığı değerlendirildiğinden ceza koşulunun kararlaştırıldığı an ile hükmün tesis anı da önemli olmakla birlikte ceza ödeme borcunun muacceliyet anı da önemlidir⁴²⁸. Bu görüş de özellikle genel bir kural konulmaması nedeniyle benzer durumlara farklı anlar dikkate alınarak hüküm tesis edilebileceği, kaldı ki hüküm anı dışındaki anların da dikkate alınması halinde yukarıda belirtilen tüm sakıncaların ortaya çıkabileceği endişesiyle eleőtirilmektedir⁴²⁹.

Bir diğer görüő⁴³⁰ ise dava tarihi esas alınmak suretiyle cezanın aşırı olup olmadığının tespit edilmesi gerektiği yönündedir. Zira her dava açıldığı tarihteki duruma göre değerlendirileceğinden ve ceza ödeme borcu da ancak muaccel olduğunda dava yolu ile talep edilebileceğinden davanın uzamasının sonuca bir etkisi olmayacaktır⁴³¹.

Bazı yazarlar⁴³² ise isabetli olarak hükmün tesis edildiği anın, en son duruőma günündeki hal ve şartlar gözetilerek dikkate alınması gerektiğini ileri sürmektedirler. Hükümün tesis edildiği tarih dikkate alındığında yukarıda ifade edilen sakıncalar bertaraf edilecektir. Zira bu durumda hâkimin ceza koşulunun kararlaştırıldığı andan,

⁴²⁶ Tunçomağ, **Cezai şart**, s. 151; Kocaağa, **a.g.e**, s. 238.

⁴²⁷ Staundinger/Kaduk, 343 BGB, N.25 (naklen Kocaağa, **a.g.e**, s. 239).

⁴²⁸ Staundinger/Kaduk, 343 BGB, N.25 (naklen Kocaağa, **a.g.e**, s. 239).

⁴²⁹ Kocaağa, **a.g.e**, s. 239.

⁴³⁰ Günay, **Cezai şart**, s. 196.

⁴³¹ Günay, **Cezai şart**, s. 196.

⁴³² Tunçomağ, **Cezai şart**, s. 151; Kocaağa, **a.g.e**, s. 238; Kırkbeşoğlu, **a.g.e**, s.313; Ekinci, **a.g.e**, s. 325; Arkan, **a.g.m**, s. 96; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e**, s. 385; Çınar, **a.g.m**, s. 101.

cezanın ödeneceği ana kadar geçen sürede taraflar açısından meydana gelen tüm değişiklikleri göz önünde tutma ve değerlendirme imkanı olacaktır⁴³³. İsviçre Federal Mahkemesi de özellikle tarafların ekonomik durumunun değerlendirmesinde mahkeme kararının tesis edildiği anın dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir⁴³⁴.

E. Borçlunun Talepte Bulunması

Belirtmek gerekir ki; aşırı cezanın indirilme koşullarından birinin borçlunun talepte bulunması olup olmadığı 818 sayılı eBK döneminde doktrinde oldukça tartışılmıştır. TBK döneminde ise hakimin aşırı cezayı kendiliğinden indireceğine ilişkin açık lafzı nedeniyle anılan hüküm, borçlunun talepte bulunmasının bir gereklilik olduğuna ilişkin yoruma elverişli değildir⁴³⁵. Ancak eBK döneminde doktrinde yapılan tartışmalara kısaca değinilecektir.

818 sayılı eBK döneminde doktrinde bir görüşe göre⁴³⁶ hakim aşırı ceza miktarını ancak talep üzerine indirebilirdi. Bu görüşe göre, hâkimin re'sen indirim yetkisini kullanabilmesi için taraflar arasında ceza koşulu konusunda bir ihtilaf yaşamış olması gerekir. Aksi halde, hâkimin ceza miktarını indirmesi gerektiğini nasıl öğrenebileceği anlaşılamaz. İndirim hakkı yenilik doğuran hak olup, bu hak ancak mahkeme kararı ile amacına ulaşabilir. Türk hukuk sisteminde hakimin talep olmaksızın harekete geçtiği hallerin çok nadir olduğu gözetildiğinde, indirim hakkının da bir irade beyanıyla kullanılması gerekir. İndirim hakkının yenilik doğuran bir hak olduğu kabul edilip borçlunun talebi olmaksızın hakimin resen değerlendirme yapacağının kabul edilmesi halinde, çelişkiye düşülmüş olacağı bu görüş sahiplerince ifade edilmiştir⁴³⁷. Tunçomağ, ayrıca aşırı cezayı ödemekle yükümlü borçlunun buna itiraz etmemesinden cezanın aşırı olmadığı sonucunu çıkarmak gerektiğini, zira eBK m. 161/3 (TBK m.182/3) kamu düzeniyle ilgili olsa

⁴³³ Ekinci, **a.g.e**, s. 325.

⁴³⁴ Kocaağa, **a.g.e**, s. 238.

⁴³⁵ Hatemi/Gökyayla, s. 385.

⁴³⁶ Kocaağa, **a.g.e**, s. 240; Yücel, **a.g.m**, s. 2950; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 153; Ekinci, **a.g.e**, s. 326; Arkan, **a.g.m**, s. 96; Bilge, **a.g.e**, s. 119; Ergun Önen, **İnşai Dava**, Ankara 1981, s. 99; Taylan, aşırı tellallık ücreti açısından hakimin talep olmaksızın aşırı ücretin indirilmesi yoluna gidemeyeceğini, ancak ceza koşulu hakkında genel olarak kabul edildiği gibi burada da istenerek ödenen ücretin indirilmesi yoluna gidilmemesi gerektiğini beyan etmektedir (Taylan, **a.g.m**, s. 52).

⁴³⁷ Kocaağa, **a.g.e**, s. 240; Yücel, **a.g.m**, s. 2950; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 153; Ekinci, **a.g.e**, s. 326; Arkan, **a.g.m**, s. 96.

dahi, hakimın aşırı cezayı kendiliğinden indirmesini zorunlu kılmayacağını, hakimın talep olmadan da aşırı cezayı indirebileceği kabul edilirse, ispat yükünün de hakimde olacağını, ancak kanunda bu konuda açık hüküm olmadan hakime böyle bir yükün yüklenemeyeceğini ifade etmiştir⁴³⁸.

Bu görüş sahibi yazarlar yine eBK m. 409 (TBK m. 525) hükmünde ceza miktarının ancak borçlunun talebi üzerine indirilebileceği hükmünden de talepte bulunmanın zorunlu olduğunun çıkarılabileceğini ve eBK m.161/3 hükmünün lafzından borçlunun talebine gerek olmadığı sonucu çıkarılamayacağını, zira madde hükmünün hakime yalnızca indirme yükümlülüğü getirmiş olsa da indirimin talep üzerine mi yoksa talep olmadan mı yapılabileceği konusunda suskun kaldığını belirtmektedirler. Gabine ilişkin hükümler de emredici hatta kamu düzeninden olmasına rağmen gabinli işlemin geçersiz olması için borçlunun irade beyanı gerekiyorsa burada da borçlu talebi aranmalıdır⁴³⁹. Ayrıca borçlunun ekonomik durumu uyarınca zorlanmayacağı bir cezai şartın o borçlu açısından yani subjektif açıdan aşırı cezadan söz edilmeyeceğinden hakim tarafından resen dikkate alınmaması gerektiği belirtilmektedir⁴⁴⁰.

Buna karşılık isabetli olarak hakim görüşe göre⁴⁴¹ kanunun lafzından da anlaşılacağı üzere hakim, aşırı cezayı önüne gelen davada hiçbir talep olmasa da

⁴³⁸Tunçomağ, **Genel Hükümler**, s. 887.

⁴³⁹ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 151-152; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 240-241.

⁴⁴⁰ Dirican, **a.g.e.**, s. 190. Dirican her ne kadar Tunçomağ ve Kocaağa gibi indirim için borçlunun talepte bulunması gerektiğini ifade etse de Tunçomağ ve Kocaağa tarafından ileri sürüldüğü gibi anılan talebin yenilik doğuran hak olarak değerlendirilemeyeceğini bu yorumun zorlama bir yorum olduğunu ifade etmektedir. Dirican'a göre burada hakime verilmiş bir takdir yetkisi mevcut olup, bu yetki, nitelik olarak tazminatın hesaplanması noktasında hakime takdir yetkisi veren TBK m. 50-52 (eBK m. 42-44)'den farklı değildir (Dirican, **a.g.e.**, s. 190, dn. 119).

⁴⁴¹ Kunter, **a.g.m.**, s. 978; Birsen, **a.g.e.**, s. 368; Velidedeoğlu/Özdemir, **a.g.e.**, s. 338; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 844; Eren, **a.g.e.**, s. 1218; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 461; Uçar, **a.g.e.**, s. 101; Nomer Ertan, **a.g.m.**, s. 32; Hatemi, **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 221, dn.113; İnal/Yücel, **a.g.e.**, s. 570; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 403; Nomer, **a.g.e.**, s. 476; Tanju Uygur, "Cezai Şartın Tenkisi", **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı 6, 1975, s. 816; Çınar, **a.g.m.**, s. 102; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 385; ; Uygur, **Şerh**, s. 1091; Mustafa Reşit Karahasan, **Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, Cilt 2, Ankara, Beta Yayıncılık, 2003, s. 1403; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 1003; Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 314. Kırkbeşoğlu, indirim yaptırımının talep üzerine uygulanmasını kabul etmenin TTK m. 1530 ve indirim yaptırımının uygulandığı diğer haller (rekabet yasağı, faiz hükümler vs gibi) dikkate alındığında tutarlı bir yaklaşım olmayacağını, düşey kısmi hükümsüzlük niteliğindeki yaptırımın borçlunun talebi ile değil hakimın kendiliğinden dikkate alması gerektiğini kabul etmenin yoruma en az müsait çözümü benimsemek açısından isabetli olacağını belirtmektedir (Kırkbeşoğlu, s. 314). Her ne kadar aşırı yüksek olan cezayı ödemek zorunda olan borçlu buna itiraz eder ise de itiraz etmeden indirme yapılmasını istememiş olsa da, davayı açıkça kabul etmediği durumda, hakim aşırı cezada indirime gitmelidir. Gabin halinde borçlunun irade

kendiliğinden indirmekle yükümlüdür. Yargıtay uygulaması da hükmün kamu düzeninden olduğu kabulüyle gerek eBK döneminde gerekse de TBK döneminde bu yöndedir⁴⁴².

açıklamasının şart olması ile borçlunun cezai şartın aşırı olduğunu ileri sürmesi arasında bir ilişki kurulması gerekli değildir. Borçlu cezayı ödemeyerek onun aşırı olduğunu da zımnen ortaya koymaktadır (Günay, **Cezai Şart**, s. 197). Karagöz, özellikle iş sözleşmeleri bakımından muaccel olan ve ifası talep edilen cezanın talep ile indirilmesini kabul etmenin, işçinin aşırılığı ispat bakımından güçlüğü neden olacağını ayrıca işçinin işini kaybetme riski veya dava ikame edilmiş olması nedeniyle işverenin işçinin iş koşullarını ağırlaştırması tehlikesine neden olabileceğini ifade etmektedir (Karagöz, s. 54,108). Erdem de cezanın indirilmesinin dayanağını doğrudan kanundan alan sözleşmeye müdahale olduğunu, hakimin sözleşmeyi değiştirmesi anlamına geldiğini, bu nedenle de talep dışı bir hüküm olduğunu ifade etmekle birlikte, re'sen indirimin Yargıtay kararlarında olduğu gibi sert bir şekilde değerlendirilmemesi gerektiğini, cezanın aşırı olduğunu ancak dava dosyasından anlaşılması halinde indirimle gidilmesi gerektiğini, hakime aşırılık konusunda araştırma görevi yüklenemeyeceğini ancak davalı ya da davacının sunduğu delillerden zararın miktarı anlaşılıyorsa hakimin aşırılık tartışması yapabileceğini ifade etmektedir. Erdem'e göre borçlu cezasının aşırı olduğunu ileri sürüyor ancak zarara ilişkin herhangi bir delil sunmuyor ise aşırılık tartışması yapılmasına gerek bulunmamaktadır, ancak zararın gerçek değerini ispat zor veya imkansız ise hakim TBK m.50 uyarınca zarar miktarını, bu konuda titiz davranmak ve borçlunun zararı ispat edememesini haklı kılan gerekçeleri sunmasını talep etmek suretiyle, tayin edebilir. Ayrıca borçlunun cezasının aşırı olduğuna ilişkin iddiası olmadığı sürece, cezanın aşırı olmadığı hallerde kararda indirimle gerek olmadığına ilişkin tespitle bulunulması da bir gereklilik değildir. (Erdem, **Delenda Est Carthago**, s. 326-328).

⁴⁴² Yargıtay 13 HD, 3.4.2007 tarih, 2007/720 E. ve 2007/4630 K. sayılı kararı; *"Taraflar cezai şartı serbestçe kararlaştırabilirler. Hakim fahiş gördüğü cezai şartları re'sen tenkis etmekle yükümlüdür..."* Yargıtay 13 HD, 20.5.2008 tarih, 2008/1540 E. ve 2008/6896 K. sayılı kararı; *"Fahiş olduğu anlaşılan cezai şartın mahkemece resen tenkis edileceği yasadan doğan bir zorunluluktur..."* Yargıtay 13 HD, 20.5.2008 tarih, 2008/1958 E. ve 2008/6943 K. sayılı kararı; *"Öyle olunca taraflar cezanın miktarını tayin etmekte serbest iseler de, hakim fahiş gördüğü cezaları resen tenkis etmekle yükümlüdür. Ceza koşulunun fahiş olup olmadığı, hak adalet ve nesafet kurallarına uygun olarak tespit edilmelidir."* Yargıtay 13 HD, 22.11.2004 tarih, 2004/15671 E. ve 2004/16821 K. sayılı kararı; *"...Ne var ki, sözleşmede satıştan vazgeçen tarafın iki tarafın da komisyon ücretini ödeyeceğine dair hüküm ifaya ekli cezai şart niteliğinde bulunduğundan ve davalı da tacir bulunmadığından BK'nun 161 /son maddesi uyarınca söz konusu cezai şartın fahiş olup olmadığının mahkemece değerlendirilerek, fahiş olduğunun saptanması halinde tenkise tabi tutulması zorunludur..."*. Yargıtay 13 HD, 3.10.2000 tarih, 2000/4512 E. ve 2000/7781 K. sayılı kararı; *ancak, cezai şartın borçlu üzerinde adalete aykırı sonuçlar doğurmaması gerekir. Borçlar Kanunu'nun 161/son maddesi hükmü uyarınca hakim, fahiş bulduğu cezai şartı indirmekle yükümlüdür. Bu hüküm, emredici niteliktedir ve hakime, taraflarca ileri sürülmesi bile, cezai şart miktarının fahiş olup olmadığını resen değerlendirme ve fahiş bulduğu takdirde ondanindirim yapma görevini yüklemektedir"*. Gerçi Yargıtay 11 HD 10.3.2014 tarih, 2014/1460 E. ve 2014/4603K. sayılı kararında; *"...Dava tarihinde yürürlükte olan 818 Sayılı Borçlar Kanunun 161. maddesi "Akitler, cezanın miktarını tayinde serbesttirler. Ceza, kanuna veya ahlaka (adaba) muğayir bir borcu teyit için şart edilmiş veya hilafına mukavele olmadığı halde borcun ifası borçlunun mesuliyetini icap etmeyen bir hal sebebiyle gayri mümkün olmuş ise, şart olunan cezanın tediyesi talep edilemez. Hakim, fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir."* hükmünü haizdir. *Davalı taraf cezai şartın fahiş olduğunu ve tenkisi gerektiğini ileri sürdüğüne göre, mahkemece 818 sayılı B.K. 161. maddesi hükümleri nazara alınarak cezai şartın tenkisi gerekip gerekmediği tartışılmadan davalının cezai şartın tamamından sorumlu tutulması doğru olmamış hükmün bozulması gerekmiştir..."* ifadesinden Yargıtay'ın borçlunun indirim talebi olup olmadığını da dikkate aldığı yönünde bir anlam çıkabilse de Yargıtay'ın içtihatları incelendiğinde halihazırda bir içtihat değişikliğine gidilmediğini söylemek mümkündür (www.kazanci.com.tr). Yargıtay 3 HD'nin 19.06.2018 tarihli, 2018/683 E. ve 2018/6692 K. sayılı kararı; *"Cezai şartı düzenleyen TBK'nun 179/1 (BK'nun 158/1). maddesi; "Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir."* hükmünü içermektedir. Aynı kanunun 182/1.(BK'nun 161/1) maddesinde; *"Taraflar, cezanın mikarını serbestçe belirleyebilirler."*

Cezanın indirilmesini talep etme hakkının borç zamanaşımına uğramadıkça zamanaşımına uğramayacağı genel olarak kabul edilmektedir. Cezanın indirilmesi hakkını butlan yaptırımı ile açıklayanlar butlanın varlığı nedeniyle zamanaşımının işlemeyeceğini ileri sürmektedirler. Ancak ödenmiş cezanın iadesi talebi halinde sebepsiz zenginleşmede zamanaşımı hükümleri (TBK m.82) uygulanacaktır⁴⁴³.

İndirim hakkının yenilik doğuran hak olduğunu ileri sürenler ise, yenilik doğuran hakların niteliği itibarıyla zamanaşımına uğramayacaklarını belirtmektedirler⁴⁴⁴. Son olarak TBK m. 182/3 hükmünün emredici nitelikte olması nedeniyle cezanın indirilmesini talep hakkından önceden feragat edilemeyeceği ancak hak doğduktan sonra haktan vazgeçilmesinde bir engel bulunmadığı ifade edilmektedir⁴⁴⁵. Keza bu görüş sahiplerine göre borçlunun indirim hakkını saklı tutmadan cezayı ödemiş olmasının da esasen cezanın indirilmesini talep hakkından vazgeçtiği anlamına geleceğini belirtmektedirler⁴⁴⁶.

Kırkbeşoğlu'na göre aşırı cezanın indirilmesi kamu düzeninden olduğundan hak doğduktan sonra aşırı cezanın indirim hakkından feragat etmek mümkün değildir. Ayrıca yazara göre, geçerli olarak kararlaştırılmış bir ceza ödeme borcunun muaccel olmasından sonra cezayı ödemekle borçlu kişinin indirim hakkından feragat edebileceğinin kabulü, ceza koşulunun muaccel olmasının TBK m. 182/3 uyarınca koruma altına alınan borçlunun konumunu değiştirerek alacaklı karşısında korunmasını engelleyecek bir olgu olmaması nedeniyle de güçtür⁴⁴⁷.

denilmekte ise de bu serbestlik sınırsız değildir. Maddenin son fıkrasında yer alan; "Hakim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir" hükmü gereğince, hakim taraflarca kararlaştırılan cezai şart miktarının fahiş olup olmadığını re'sen incelemek, fahiş ise ceza miktarını tenkis etmekle (indirmekle) görevlidir."; Yargıtay 3 HD'nin 10.05.2018 tarihli, 2018/201 E. ve 2018/4973 K. sayılı kararı; *"Dava konusu olayda ise cezai şartın fahiş olup olmadığı, dolayısıyla indirilmesi gerekip gerekmediği mahkemece tartışılmamıştır. TBK'nun 182/son maddesi gereğince cezai şartın aşırı olup olmadığı tartışılarak sonucuna göre bir hüküm kurulması gerekirken anılan hususun gözardı edilerek hüküm verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir."*(www.sinerjimevzuat.com.tr)

⁴⁴³Kunter, **a.g.m.**, s. 982-983.

⁴⁴⁴ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 151-152; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 241-242.

⁴⁴⁵ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 242.

⁴⁴⁶ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 159; Bilge, **a.g.e.**, s. 119; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 242.

⁴⁴⁷ Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 312-313, dn. 379.

IV. AŞIRI CEZANIN İNDİRİLMESİ YÖNTEMİ

A. İndirim İçin Yetkili Mercii

1. Mahkeme

Kural olarak aşırı cezayı tespit edip indirme görevi ve yetkisi mahkemeye aittir. Söz konusu dava için ayrı bir mahkeme belirlenmediğinden genel hükümler uyarınca yetkili ve görevli mahkeme tayin edilecektir⁴⁴⁸. Bu itibarla borçlu⁴⁴⁹ cezanın aşırı olduğundan bahisle indirim talepli dava ikame edecek ise davasını HMK m. 6/1 uyarınca davalı alacaklının davanın açıldığı tarihteki yerleşim yerinde açmalıdır.

Alacaklının Türkiye’de yerleşim yeri bulunmuyor ise genel yetkili mahkeme, HMK m. 9/1 uyarınca davalının (alacaklının) Türkiye’deki mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesidir. Ancak, diğer özel yetki hâlleri saklı kalmak üzere, malvarlığı haklarına ilişkin dava, uyuşmazlık konusu malvarlığı unsurunun bulunduğu yerde de açılabilir (HMK m. 9/1). Eğer borçlu, indirim davasını, alacaklının ikame ettiği ifa davasında karşı dava olarak ikame edecekse davayı asıl davanın açıldığı mahkemede cevap süresi içerisinde ikame etmelidir (HMK m. 13, 133).

Tüzel kişiler açısından ise yerleşim yeri, TMK m. 51 uyarınca kuruluş belgesinde başka bir hüküm bulunmadıkça, işlerinin yönetildiği yerdir. Derneklerin tüzüklerinde (Dernekler Kanunu m. 4/1-a), ticaret şirketlerinin ana sözleşmelerinde (TTK m. 213, 305, 339, 567, 576) ve kooperatiflerin ana sözleşmelerinde (Kooperatif Kanunu m.4/1) merkezlerinin yazılması zorunlu kılınmıştır. Vakıf senetlerinde de vakfın yerleşim yerinin gösterilmesi gerekir (TMK m. 106). Bu itibarla dernek, vakıf, kooperatif ve ticaret şirketlerine karşı indirim davası, merkezlerinin bulunduğu yer mahkemesinde ikame edilmelidir. Tüzel kişilerin kendi

⁴⁴⁸Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 160.

⁴⁴⁹ Kunter, buradaki butlan mutlak olduğundan ilgili herkesin cezanın indirilmesindeki ilgilerini ispat ederek cezanın indirilmesini talep edebilecekleri görüşündedir (Kunter, **a.g.m.**, s. 981). Önen ise davanın, asıl alacak ve cezayı ödemekle borçlu kişi tarafından alacaklı aleyhine ikame edileceğini ifade etmektedir (Önen, **a.g.e.**, s.100). İndirimin hukuki niteliği dikkate alındığında kanaatimizce indirim davasının ikame edilmesinde hukuki yararı olan kişiler bu davayı ikame edebilmelidir.

işleriyle alakalı üyeleri veya ortakları aleyhine ikame edecekleri ceza ediminin ifasına ilişkin alacak davası da yine tüzel kişilerin yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesinde ikame edilmelidir (HMK m.14/2).

Bir merkeze bağlı olmakla birlikte, bağımsız sermayesi ve muhasebesi bulunan veya muhasebesi merkezde tutulsa ve bağımsız sermayesi olmasa da kendisi ticari işlem yapabilen yerlere şube denir. Şube kendi başına işlem yapabilse de işlem den doğan hak ve borçlar merkeze ait olacaktır. Bu nedenle de bir şubeye karşı taahhüt edilen cezanın indirimi davası, merkeze karşı merkezin bulunduğu yer mahkemesinde açılabilir. Ancak merkezde açılma zorunluluğu da bulunmamaktadır; HMK m. 14/1 uyarınca şubenin işlemlerinden doğan davalarda şubenin bulunduğu yer mahkemeleri de yetkili kılınmıştır.

Ceza koşulu, daha çok akdedilen sözleşmede borca aykırı davranılması sonucu muaccel hale geldiğinden HMK m. 10'da düzenlenen sözleşmeden doğan davalara ilişkin yetki kuralı uyarınca, davacı sözleşmenin ifa edileceği yerde bulunan yetkili mahkemede dava ikame edebilecektir. Diğer yandan HMK m.17 uyarınca tacirler veya kamu tüzel kişileri, aralarında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlık hakkında, bir veya birden fazla mahkemeyi sözleşmeyle yetkili kılabilirler. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça dava sadece sözleşmeyle belirlenen bu mahkemelerde açılır.

Cezanın indirilmesi talepli davada görevli mahkeme de genel kurala göre tayin edilecektir. Dolayısıyla HMK m. 2 uyarınca dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığına ilişkin bir dava olan ceza koşulundan kaynaklı edimin ifası ve indirim talepli davada genel görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir⁴⁵⁰.

Ticari olarak nitelendirilecek davalar⁴⁵¹ açısından ise TTK m. 5 uyarınca, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm

⁴⁵⁰7036 sayılı İMK uyarınca iş mahkemeleri 5953 sayılı Kanuna tabi gazeteciler, 854 sayılı Kanuna tabi gemi adamları, 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununa veya 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun İkinci Kısımının Altıncı Bölümünde düzenlenen hizmet sözleşmelerine tabi işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarına bakmakla yükümlü olduğundan bu kapsama giren indirim davalarında iş mahkemeleri görevli olacaktır.

⁴⁵¹TTK m.4; "MADDE 4- (1) Her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ile tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın;

a) Bu Kanunda,

b) Türk Medenî Kanununun, rehin karşılığında ödünç verme işi ile uğraşanlar hakkındaki 962 ilâ 969 uncu maddelerinde,

ticari davalara bakmakla görevlidir. Ticari bir işlemin taraflarından biri (borçlu) tacir olmasa bile, cezanın indirilmesi, davayı gören asliye ticaret mahkemesinden talep edilebilir⁴⁵². Son olarak yetkileri sınırlı olan icra tetkik merciinde de indirim talepli dava ikame edilemeyecektir⁴⁵³.

2. Tahkim

Hak üzerinde uyuşmazlığa düşen tarafların anlaşmak suretiyle uyuşmazlığın çözümlenmesini özel kişi veya kişilere bırakmalarına ve uyuşmazlığın bu özel kişi veya kişilerce çözümlenip hüküm tesis edilmesine tahkim, yargılamayı yapacak bu özel kişilere de hakem denilmektedir⁴⁵⁴.

Kanunda bu konuda açık bir hüküm bulunmasa da cezanın indirilmesi hususunda tahkim yoluna gidilebilir. Zira bunu engelleyen mevzuatta bir hüküm de mevcut değildir. Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli (HMK m. 408) olmamakla birlikte cezanın aşırı olup olmadığı konusunda tahkime gidilmesi konusunda anlaşmakta taraflar serbesttir⁴⁵⁵. Daha önce ifade edildiği üzere taraflar, borçlunun cezanın indirilmesini talep hakkını önceden sınırlayamaz veya ortadan kaldıramaz. Bu kapsamdaki anlaşmaları geçersizdir.

c) 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı *Türk Borçlar Kanununun malvarlığının veya işletmenin devralınması ile işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi hakkındaki 202 ve 203, rekabet yasağına ilişkin 444 ve 447, yayın sözleşmesine dair 487 ilâ 501, kredi mektubu ve kredi emrini düzenleyen 515 ilâ 519, komisyon sözleşmesine ilişkin 532 ilâ 545, ticari temsilciler, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcıları için öngörülmüş bulunan 547 ilâ 554, havale hakkındaki 555 ilâ 560, saklama sözleşmelerini düzenleyen 561 ilâ 580 inci maddelerinde,*

d) *Fikrî mülkiyet hukukuna dair mevzuatta,*

e) *Borsa, sergi, panayır ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere ilişkin özel hükümlerde,*
f) *Bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerde, öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ticari dava ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi sayılır. Ancak, herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendirmeyen havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar bundan istisnadır.*

(2) (Değişik: 28/2/2018-7101/61 md.) *Ticari davalarda da deliller ile bunların sunulması 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerine tabidir; miktar veya değeri yüz bin Türk lirasını geçmeyen ticari davalarda basit yargılama usulü uygulanır."*

⁴⁵²Kocaağa, **a.g.e.**, s. 244.

⁴⁵³Günay, **Cezai Şart**, s. 198; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 246, dn. 145.

⁴⁵⁴Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz, **Medeni Usul Hukuku**, 4. Baskı, Ankara Yetkin Yayıncılık, 2018, s. 780.

⁴⁵⁵Sabri Şakir Ansay, **Hukuk Yargılama Usulleri**, 7. Bası, Ankara 1960, s. 408; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 162; Kocaağa, s. 245. Günay, TBK 183/3 hükmünde cezanın indirimine ilişkin kararı hakimین vermesinin öngörüldüğünü, bu nedenle de bu konuda hakeme gidilmesini savunmanın güç olduğunu savunmaktadır(Günay, **Cezai Şart**, s. 203-204).

B. İndirimin Yargılamada Dikkate Alınma Şekli

TBK m.182/3 açıkça hakimın aşırı gördüğü cezayı kendiliğinden indireceğini ifade ettiğinden talep olmasa dahi önüne gelen olayda hakim aşırı cezayı indirecektir. Ancak borçlunun da talepte bulunması mümkündür.

818 sayılı eBK döneminde yapılan tartışmalar uyarınca bazı yazarlara göre, borçlu ya alacaklının ikame ettiği ceza edimini ifa talepli alacak davasından bağımsız olarak ikame edeceği bir davayla cezanın indirilmesini ister veya alacaklının ikame ettiği alacak davasında cezanın aşırılığını ileri sürerek indirilmesini talep eder. Anılan yazarlara göre birinci durumda yenilik doğuran bir dava söz konusu olacaktır. Ancak ikinci durumda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir kısım yazalar borçlunun aşırılığını bir def'i şeklinde ileri sürebileceğini ifade ederken⁴⁵⁶ bir kısım yazarlar ise bu talebin karşı dava ile ileri sürülmesi gerektiğini belirtmektedir⁴⁵⁷. Karşı davayı gerekli gören yazarlar, cezanın ancak mahkeme kararıyla indirilebilmesi ve talebin de yenilik doğurucu niteliği nedeniyle karşı dava açılması gerekliliğini savunurlar⁴⁵⁸. Ancak indirim talebinin defi yoluyla ileri sürülebileceğini savunan yazarlar ise borçlunun indirim talebinin karşı dava ile olarak açılmasının zorunlu kılınmasının külfete neden olacağını, nitekim karşı dava açan borçlunun dava dilekçesi vermek zorunda olduğu gibi dava harcı da yatırmak zorunda kalacağını ifade etmektedirler⁴⁵⁹.

Kanaatimizce borçlunun aşırı ceza nedeniyle indirim talebinde bulunması için karşılık davanın zorunluluk olarak kabul edilmesi, yürürlükteki TBK m.182/3'ün lafzı uyarınca borçlunun indirim için talepte bulunmasına dahi gerek olmaması karşısında uygun bir yorum olmayacaktır. Bu bakımdan borçlu, hakimın aşırı cezayı indirim görevi baki kalmakla birlikte, isterse ikame edeceği bir davayla indirim talep edebilir veya alacaklı tarafından ikame edilen davada cezanın aşırı olduğunu, indirilmesi gerektiğini ileri sürebilir. Bu çözüm, usul ekonomisine de uygun bir çözümdür. Borçlunun cezanın aşırı olduğunu ileri sürmesini, itiraz kurumu⁴⁶⁰

⁴⁵⁶Scherrer, s.32; Betz, s. 19 vd.; Staundinger/Kaduk, 343 BGB N. 33; Enneccerus/Lehmann, s.164 (naklen Kocaağa, **a.g.e.**, s. 245); Kocaağa, **a.g.e.**, s. 245-246.

⁴⁵⁷ Seeliger, s. 39 vd. (naklen Kocaağa, s. 245).

⁴⁵⁸ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 163.

⁴⁵⁹ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 163; Günay, **Cezai Şart**, s. 198; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 246.

⁴⁶⁰ İtirazın konusu karşı tarafın hakkının mevcut olmadığını kanıtlayan bir olayın ileri sürülmesidir bkz. Eren, s.75. İtiraz bir hakkın doğumuna veya devamına engel olan maddi bir olayın ileri sürülmesi iken def'i ileri sürülen bir hakkın ifasını engelleyen karşı bir hakkın kullanılmasıdır (Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt I. İstanbul, Legal Yayınevi, 2015, s. 42).

kapsamında değerlendirmek doğru olacaktır. Nitekim cezanın aşırı olması olgusu, istismarı önleme amacı ile düzenlenen TBK m.182/3 uyarınca hakim tarafından kendiliğinden dikkate alınacaktır.

Cezanın indirilmesini talep eden borçlunun indirilmesini istediği miktarı talebinde göstermek zorunda olup olmadığı da tartışmalıdır. İndirim talebinin dava veya karşı dava ile ileri sürülmesi halinde, borçlu, indirilmesini istediği miktarı talebinde göstermek durumundadır. Hakim HMK m.26/1’de düzenlenen taleple bağlılık ilkesi gereği, ceza miktarını talep edilen indirim miktarın altına indiremeyecektir. Ancak alacaklı tarafından açılan davada, borçlu cezanın aşırılığını ileri sürerse belli bir miktar göstermek durumunda değildir⁴⁶¹.

İndirim için gerekli şartların bulunduğunu ispat yükü borçludur. Borçlu bu iddiasını ispat için gerekli tüm delilleri mahkemeye sunmalıdır. Ancak ispat yükünün kimde olduğu emredici değildir; taraflar ispat yükünün alacaklı da olduğunu da kararlaştırabilirler⁴⁶².

IV.HAKİMİN İNDİRİM TARZI

İfade edildiği üzere, ceza koşulunun konusu para olmak zorunda değildir. Mali değeri haiz paradan başka şeyler de ceza olarak kararlaştırılabilir. Peki hakim indirimi konusu para olan ceza ile konusu para olmayan cezayı indirime tabi tutarken nasıl indirim yapacaktır? Bu başlık altında hakim, bölünebilir edimler bakımından edim ile bölünemeyen edimler bakımından edimi nasıl indirebileceği tartışılacaktır.

A. Bölünebilir Edimler Bakımından İndirim

Bölünebilir edim, edimin konusunu oluşturan şeyin niteliğinde veya değerinde bölünmenin esaslı bir değişikliğe neden olmadığı edimlerdir⁴⁶³. Edimin bölünebilir nitelikte olup olmadığı ise borç ilişkisi ve edimin tümü dikkate alınarak tespit edilir⁴⁶⁴. Bölünebilir edimlerde bölünen parçalar, bütünden nitelik yönünden değil,

⁴⁶¹Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 164; Kocaağa, **a.g.e**, s. 246; Uçar, **a.g.e**, s. 112

⁴⁶²Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 164; Kocaağa, **a.g.e**, s. 246.

⁴⁶³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e**, s. 11; Eren, **a.g.e**, s. 109.

⁴⁶⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e**, s. 11-12; Eren, **a.g.e**, s. 109.

sadece miktar yönünden ayrılır⁴⁶⁵. Bu itibarla, bir edimin bölünebilir sayılması için, onun değer ve niteliğine hanel gelmeksizin maddi açıdan parçalara ayrılabilmesi gerekir⁴⁶⁶. Konusu verme olan edimler, çoğunlukla bölünebilir nitelikte olmaktadır. Para edimi gibi miktar itibarıyla eşit parçalara bölünebilen tüm edimler bölünebilir edim sayılırlar⁴⁶⁷.

Buna karşılık yapma veya yapmama ile ilgili edimler kural olarak nitelik itibarıyla birbirinden farklı olduğundan maddesi bakımından bölünemezler⁴⁶⁸. Edim konusu itibarıyla aynı birden çok parçaya bölündüğünde değerinde esaslı azalma, niteliğinde değişme meydana geliyorsa bölünemez edim olarak adlandırılırlar⁴⁶⁹.

Ancak yapma veya yapmamaya yönelik sürekli edimlerde, sözleşme ile tayin edilen süre, edimin esaslı bir unsuru olmadığı halde zaman yönünden bölünebilirler. Aynı şart altında ve yer yönünden bir genişlik gösterilmesi kaydıyla, rekabet yasaklarında olduğu gibi, edimler yer yönünden de bölünebilir⁴⁷⁰. Ceza ediminin indirimi de bölünmenin niteliğine göre, edimin konusu, süresi ya da yeri yönünden yapılacaktır. Bununla birlikte indirim, bu üç unsurun bir araya getirilmesi suretiyle de yapılabilir⁴⁷¹.

⁴⁶⁵ Eren, **a.g.e.**, s. 109.

⁴⁶⁶ Eren, **a.g.e.**, s. 109.

⁴⁶⁷ Günay, **Cezai Şart**, s. 208.

⁴⁶⁸ Günay, **Cezai Şart**, s. 208; Eren, **a.g.e.**, s. 109; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 247.

⁴⁶⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 11; Eren, **a.g.e.**, s. 109.

⁴⁷⁰ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 170; Günay, **Cezai Şart**, s. 208; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 247.

⁴⁷¹ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 171; Günay, **Cezai Şart**, s. 211; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 247. Yargıtay 13 HD, 3.10.2000 tarih, 2000/4512 E. ve 2000/7781 K. sayılı kararı; "...Hemen belirtilmelidir ki, taraflar arasındaki sözleşmenin ,metni yukarıya alınan 8. Maddesindeki hüküm, davalı pilot adayının mecburi hizmeti hiç yerine getirmemesi veya hizmete başlamasına rağmen, kararlaştırılan süreyi tamamlamadan ayrılması halleri için öngörölmüş bir cezai şart niteliğindedir. Bir sözleşmede, taraflar, o sözleşmenin konusunu oluşturan edimin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi halleri için, her bir tarafı kendi borcunu eda etmeye zorlayıcı nitelikte bir hukuksal baskı aracı olarak cezai şart kararlaştırabilirler ve cezai şart alacaklısı,koşulların gerçekleşmesi halinde herhangi bir zararı bulunmasa bile, cezai şart bedelinin kendisine ödenmesini isteyebilir. (Borçlar Kanunu madde 158 ve devamı) Sözleşmenin anılan hükmünde kararlaştırılan cezai şart, seçimlik cezai şart niteliğindedir. Seçimlik cezai şartta ,cezai şart alacaklısı, ya edimin ifasını ya da onun yerine ceza bedelinin ödenmesini isteme hakkına sahiptir. Somut olayda davacı, bu seçimlik hakkını, ceza bedelini istemek yönünde kullanmıştır. Esasen bu yönler mahkemenin de kabulündedir. Bu noktada hemen belirtilmelidir ki, kural olarak taraflar, cezai şart miktarını tayinde serbesttirler. Ancak, cezai şartın borçlu üzerinde adalete aykırı sonuçlar doğurması gerekir. Borçlar Kanunu' nun 161/son maddesi hükmü uyarınca hakim, fahiş bulduğu cezai şartı indirmekle yükümlüdür. Bu hüküm, emredici niteliktedir ve hakime, taraflarca ileri sürölmesi bile, cezai şart miktarının fahiş olup olmadığını resen değerlendirmek ve fahiş bulduğu takdirde ondan indirim yapma görevini yüklemektedir. Mahkemece, davacının talep ettiği miktardan 5.000 dolar indirmek suretiyle hüküm kurulmuş ise de, bu indirim, bizzatın sözleşmenin 8. Maddesi hükmünün içeriğinden kaynaklanan, orada belirtilen esaslar dahilinde, mecburi hizmet süresinin ifa edilen kısmı üzerinden bir oranlamaya gidilmek suretiyle yapılmış bir indirimdir. Bu haliyle, söz konusu indirimin, az yukarıda değinilen Borçlar Kanunu' nun

B. Bölünmez Edimler Bakımından İndirim

Cezanın konusunun bölünmez edim olması halinde ise, indirimin yapılıp yapılamayacağı konusu doktrinde tartışmalıdır. Burada gerçek anlamda bir indirim yapmak, edimin doğasına aykırıdır. Nitekim bölünme ile birlikte parçalardan birinin değeri, edimin bütününe nazaran uygun ve oranlı olmayacaktır. Ancak indirimin, aşırı cezanın herhangi bir şekilde indirilmesinin aracı olarak düşünüldüğünde, bölünmez edimlerde de indirimi kabul etmek gerekir⁴⁷².

Bölünmez bir edimin indirimi ise iki yolla olabilir. Bunlardan ilki, hakimın bölünmez nitelikteki eşyanın konusunu oluşturduğu cezai şart yerine borçlunun belirli bir miktar para ödemesine hükmetmesidir⁴⁷³. Hakim bu yolu seçerse hem cezayı indirmiş hem de cezanın konusu tür yönünden değiştirmiş olacaktır⁴⁷⁴. Diğer yol ise alacaklının kendi isteğiyle bir miktar parayı karşılıklı ve aynı anda borçluya vermesi karşılığında hakimın borçluyu cezanın tamamını ödemeye mahkum etmesidir. Bu yolda alacaklının ödeyeceği para indirim miktarına eşit olmak durumundadır⁴⁷⁵.

Her iki indirim yolunun da bir kısım sakıncaları vardır. Birinci durumda ceza koşulunun konusunu oluşturan şey yerine kendisine bir miktar para ödenen alacaklı için ceza konusu yapılan şeyin özel bir önemi olabilir. İkinci yolda ise ceza koşulu

161/son. Maddesi hükmü çerçevesindeki bir değerlendirmenin sonucunda yapılan bir indirim olmadığı açıktır ve hakimın belirtilen yükümlülüğü yerine getirilmemiştir.

Ceza koşulunun fahiş olup olmadığı değerlendirilirken , tarafların ekonomik durumları, özel olarak borçlunun ödeme gücü; alacaklının, kendisine asıl borcun ifasındaki yararı ile cezai şart ödenmesi yararı arasındaki makul ve adil ölçü; sözleşmeye aykırı davranılmasında alacaklının uğradığı zarar; borçlunun borcunu yerine getirmemiş olması dolayısıyla sağladığı menfaat; borçlunun kusur derecesi ve borca aykırı davranışın ağırlığı ölçü alınmalı ve hüküm altına alınacak ceza miktarı hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun olarak saptanmalıdır. Hakimın, bu kuralı uygularken kullanacağı takdir hakkının, Yargıtay denetimine elverişli esaslara dayanması gerekir. Yine, Aşırılığın belirlenmesinde ceza koşulunun borcun yerine getirmemesi için davalı üzerinde ruhsal bir baskı yaptığı da gözetilmeli böyle bir baskının ortadan kaldırılmasına yol açacak biçimde indirimden kaçınılmalıdır. Mahkemece yapılması gereken iş, davalının çalıştığı sürenin mecburi hizmet süresine oranlanması suretiyle yapılmış bulunan ve davacının hükmü temyiz etmemesi nedeniyle davalı yararına kazanılmış hak oluştan indirim tutarından sonra kalan 35.000 dolar miktarındaki cezai şartın fahiş olup olmadığı hususu, yukarıda açıklanan ölçütler ve yöntem çerçevesinde tartışılıp değerlendirilerek, fahiş bulunduğu takdirde ,davalının sorumlu tutulacağı tutarın yine o ölçütler doğrultusunda belirlenip hüküm altına alınmasından ibarettir. Eksik incelemeyle yazılı şekilde karar verilmesi yanlış ve bozma nedenidir....”(www.kazanci.com.tr).

⁴⁷²Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 171; Günay, **Cezai Şart**, s. 212; Kocağa, **a.g.e**, s. 248.

⁴⁷³ Uçar, **a.g.e**, s. 115. Hakimın indirme yetkisi ceza olarak kararlaştırılan edimin yerine başka bir edime çevrilmesini içermemektedir. Ancak bölünmez edimlerde hakim ceza olarak bir miktar para tayin edebilir (Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 553).

⁴⁷⁴ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 171; Günay, **Cezai Şart**, s. 212; Kocağa, **a.g.e**, s. 248.

⁴⁷⁵ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 171; Günay, **Cezai Şart**, s. 212; Kocağa, **a.g.e**, s. 248.

alacağı, alacaklının ödemesi gereken bir karşı edime bağlanmış olacaktır. Ceza ediminin önemli derecede yüksek olması halinde ise, aşırılığı giderebilmek için alacaklının ödemek durumunda kalacağı tutar, şeyin bütün değerini kaybettirecek derecede yüksek de olabilir⁴⁷⁶.

Türk Borçlar Kanununda hakimın bu yollardan hangisini uygulayacağı konusunda bir düzenleme olmadığından, seçim hakimın takdirindedir. Hakim, alacaklının menfaatlerini mutlaka ön planda tutmalı ve alacaklının menfaatlerini koruyacak yolu tercih etmelidir. Aşırılık giderildiği müddetçe borçlu, hakimın kendisine yüklediği yükümlülüğü yerine getirmelidir⁴⁷⁷.

Tunçomağ'a göre kanunun hakime ceza koşulunu alacaklının karşı edimine bağlama yetkisi vermediğini ve hakime bu şekilde yetki tanınmasının indirim hakkının önemli ölçüde aşılmasına neden olacağını belirterek bu yolla indirime gidilmesini eleştiren yazarların⁴⁷⁸ görüşlerinde isabet bulunmamaktadır. Nitekim aşırı cezayı salt bölünemez nitelikte olduğu için indirmemek, elde indirmeye yönelik araç olmasına rağmen aşırı ceza miktarı ile istismar edilen borçluya yardım edememek anlamına gelecektir. Yine aynı yazarların iddia ettiğinin aksine aşırı cezanın indirilmesi için TBK m. 27'den de faydalanmak mümkün değildir. Nitekim ceza, istisnai durumlarda ahlaka aykırı olacak şekilde yüksek olur⁴⁷⁹.

⁴⁷⁶ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 171; Günay, **Cezai Şart**, s. 212; Kocaağa, **a.g.e**, s. 248.

⁴⁷⁷ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 172; Kocaağa, **a.g.e**, s. 248. Tunçomağ ve Kocaağa'ya göre aşırılığın giderilmesi için hakim tarafından seçilen yol, ceza koşulunun türünün değiştirilip şey yerine borçlunun bir miktar para ödemesi olduğunda borçlunun durumu daha ağır görünse dahi borçlu, hakimın kararına uymalıdır (Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 717-172; Kocaağa, **a.g.e**, s. 248). Günay, ceza ediminin konusunda yapılan değişiklik nedeniyle örneğin şey yerine bir miktar paranın ödenmesine karar verilmesi halinde ortaya çıkan durumun borçlu için eskisinden daha ağır olmaması gerektiğini ifade etmektedir (Günay, **Cezai Şart**, s. 212). Staundinger/Kaduk, kanunun hakime ceza koşulunu, alacaklının karşı edimine bağlama yetkisi vermediğini ve hakime bu şekilde yetki tanınmasının indirim hakkının önemli ölçüde aşılmasına neden olacağını belirterek bu yolla indirime gidilmesini eleştirmektedirler (naklen Kocaağa, **a.g.e**, s. 248). Uçar, her iki yöntemin de kendine özgü kusurları olduğunu ifade etmektedir. Buna göre hakim tarafından eşya yerine bir miktar paraya hükmedilmesi halinde alacaklı eşya yerine istemediği parayı almak durumunda kalacak, ikinci yolda ise indirilen kısmı borçluya vermek suretiyle ancak istediği eşyaya kavuşabilecektir. Hakim hüküm tesis ederken iki tarafın da çıkarlarını gözetmeli ve ortalama bir seçeneği kabul etmelidir (Uçar, **a.g.e**, s. 115). Gerçekten de hakimın işi oldukça zor olsa da iki tarafında çıkarına uygun bir çözüm bulması ve aşırı cezayı indirirken borçlunun durumunu ağırlaştıracak çözümlerden uzak durması TBK m.182/3 maddesinin konuluş amacına da uygun olacaktır.

⁴⁷⁸ Staundinger/Kaduk, 343 BGB N. 47-48 (naklen Kocaağa, **a.g.e**, s. 248).

⁴⁷⁹ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 172.

V. İNDİRİMİN MİKTARININ ÖLÇÜSÜ

Hâkim aşırı gördüğü cezayı indirmekle yükümlüdür. İsviçre Federal Mahkemesine göre, alacaklının asıl borcun ifasındaki menfaatlerini karşılayabilen ancak alacaklının menfaatleri toplamını abartılı bir şekilde aşmayan miktara indirmek suretiyle hakim, uygun ceza miktarını tespit edecektir⁴⁸⁰. Hâkim, yukarıda detaylıca ifade edilen ölçütleri dikkate alarak cezanın aşırı olup olmadığını tespit etmeli, aşırı olduğuna kanaat getirirse ceza miktarını makul hadde indirmelidir.

Scherrer, alacaklının menfaatlerinin (zararının) ceza miktarına eşit veya onu aştığı her durumda indirimin imkansız olmadığını, zira aşırı cezayı tespitin zarara göre değil, kusur ve borçlunun ekonomik durumu da göz önünde tutularak yapılması gerektiğini ifade etse de yazarın bu görüşü indirimin borçlunun istismarını önlemesi amacıyla kabul edildiği ve ceza miktarının alacaklının menfaatlerini aşmasının indirimin ilk ve asgari şartı olduğu düşünüldüğünde isabetli değildir. İlk şartın gerçekleşmesini müteakip kusur ve ekonomik durum değerlendirmesi yapılması isabetli olacaktır⁴⁸¹.

Öncelikle ceza koşulunun kararlaştırılma amacı, uygun hadde indirimin tespitinde dikkate alınmalıdır. Zira ceza koşulunun borçluyu ifaya zorlayarak asıl borcun ifasını teminat altına alma veya tazminatı önceden tespit amacının bulunması bakımından aşırılığın derecesi de farklılık gösterecektir. Alacaklı, ceza koşulu kararlaştırarak borçlu üzerinde baskı yaratmayı⁴⁸² amaçlamış olabilir. Bu durumda alacaklının menfaatleri ile ceza arasında denge kurmaya çalışmak alacaklının ceza koşulunu kararlaştırma amacına uymayacaktır⁴⁸³. Bu nedenle de cezanın zarar

⁴⁸⁰BGE 29 II 706 (naklen Kocağa, **a.g.e.**, s. 248).

⁴⁸¹Kocağa, **a.g.e.**, s. 249-250, dn. 178.

⁴⁸² Yargıtay HGK 12.4.2000 tarih, 2000/13-749 E. ve 2000/758 K. sayılı kararı; “..Taraflar sözleşme ile ceza koşulu tutarını serbestçe tesbit ve tayin edebilirler. Ne varki, hakim yalnızca aşırı gördüğü cezaları indirmekle görevlidir. (Bk.Md.161/2) Burada kararlaştırılan ceza koşulunun aşırı olup olmadığını belirlemede başvurulması gereken kıstaslar önemlidir. Gerçekte de, ceza koşulunun taraflar arasındaki ilişkiye uygun düşmeyecek ölçüde yüksek tutulması ve açıkça hakkaniyet ve nesafete aykırı bulunması durumunda aşırılığın varlığı kabul edilmelidir. Böyle bir sonuca kavuşabilmek için alacaklının asıl edimin yerine getirilmesindeki çıkarı ile, ceza koşulu olarak saptanan miktar arasındaki oranın ve borçlunun borca aykırı davranmasındaki kusur derecesinin ve de borçlunun ekonomik durumunun gözönünde tutulması gerekir. Öte yandan alacaklının yararlarının hesabında, borçlunun ifa etmeme yüzünden sağlayacağı kazançlarda gözardı edilmemelidir. Aşırılığın belirlenmesinde, ceza koşulunun borcun yerine getirilmesi için borçlu üzerinde manevi bir baskı yaptığı da gözetilmeli, böyle bir baskının ortadan kalmasına yol açacak şekilde indirimden de kaçınılmalıdır....” (www.kazanci.com.tr).

⁴⁸³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 356; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 402; Kocağa, **a.g.e.**, s. 250.

miktarına denk gelecek şekilde indirilmesi veya alacaklının hiçbir zararı olmaması nedeniyle ortadan kaldırılması hukuka uygun bir hüküm olmayacaktır⁴⁸⁴. Gerçekten de hakim aşırı cezayı indirim yetkisi ona ceza miktarını zarar miktarına denk getirme amacıyla değil, borçlunun istismarının önlenmesi amacıyla verilmiştir⁴⁸⁵.

Bazı yazarlarca⁴⁸⁶, ceza koşulunun tamamen kaldırılabilirliği savunulsa da, isabetli olarak hakim görüş⁴⁸⁷, tamamen kaldırmanın mümkün olmayacağı yönündedir. TBK m. 182/3 hükmünün lafzı da, ceza koşulunun tamamen kaldırılabilirliği görüşünü çürütür niteliktedir. Kaldı ki, zararın mevcut olmaması halinde dahi borçlu cezayı ödemekle yükümlü kalmaya devam ederken, alacaklının asıl borcun ifasında alacaklının menfaati bulunmaması halinde ceza koşulunun tamamen kaldırılmaması da tabii kabul edilmelidir⁴⁸⁸. Hakime tanınan indirim yetkisi, olağanüstü yetkilerden⁴⁸⁹ olup dar yorumlanması gerektiği ve sözleşme serbestisi ile ahde vefa ilkesinin öncelikli olarak gözetilmesi gerektiği de göz önünde

⁴⁸⁴ Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 553; Bilge, **a.g.e.**, s. 124; Önen, **a.g.e.**, s.99, dn. 7.

⁴⁸⁵ Kocağa, **a.g.e.**, s. 250.

⁴⁸⁶ Velidedeoğlu/Özdemir, **a.g.e.**, s. 338. Bununla birlikte Velidedeoğlu/ Kaynar'ın eserinde ceza koşulunun tamamen kaldırılamayacağı ifade edilmiştir (Velidedeoğlu/ Kaynar, **a.g.e.**, s. 164). Bu noktada Velidedeoğlu'nun görüş değiştirerek tamamen kaldırmayı da kabul ettiğini söylemek mümkündür.

⁴⁸⁷ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 172; Uygur, **a.g.m.**, s. 817; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 844; Bilge, **a.g.e.**, s. 124; Çınar, **a.g.m.**, s. 110; Eren, **a.g.e.**, s. 1218; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 461-462; Berki, **a.g.e.**, s. 391. Dava indirim davası olduğundan hakim ceza koşulunun tamamını ortadan kaldıramaz (Eren, **a.g.e.**, s. 1218). Ceza indirilirken, her durumda alacaklının müspet zararını karşılamak için genel kurallar hükmünde talep edebileceği tazminat miktarının üstünde kalınmalıdır (Reisoğlu, s. 461-462). Berki, Kanun uyarınca aşırı cezanın indirime tabi olması, batıl olmaması nedeniyle hakiminceza koşulunu tamamen ortadan kaldıramayacağını sadece indirebileceğini ifade etmektedir (Berki, s. 391). Yargıtay 13 HD, 14.11.1977 tarihli, 1977/4495 E. ve 1977/5010 K. sayılı kararı; "Ceza koşulu, bir edimden ya da belli yer ve zamanda edimden kaçınmada, genellikle para olan bir tutarın ceza olarak verilmesinin sözleşmesidir. Bu sözleşmenin amacı, borçluyu edime zorlama alacaklıyı zararı saptama yükümünden kurtarma ve olumsuz edimlerde, yaptırım gücünden yararlanmadır. O nedenle, iki fonksiyonu vardır. Bunlardan ilki ceza, ikincisi da tazminat fonksiyonudur. Ceza koşulu, özel bir ceza niteliğindedir. Öyle ki, alacaklı zarara uğramasa bile, borçlu cezayı ödemekle yükümlüdür. Karşıt olarak da, borçlunun kusurunu ispat eden alacaklı, cezayı aşan tutarı da isteyebilir. Ceza koşulunun tazminat fonksiyonuna gelince; genel maddi tazminat davalarında, kural olarak, ispat yükü, zarara uğradığını iddia edenindir. Ceza koşulunda, buna gerek yoktur. Esas itibarıyla, edimden kaçınmanın ispatı yeterlidir. Kanunumuzda, ceza koşulunun, ceza ve tazminat fonksiyonları kaynaştırılarak, bileşik sistem kabul edilmiştir. Bu sistemin sonucu ise, aşırı görülen ceza koşulunun indirilmesinde, tazmin ve cezanın dengeli olarak korunmasıdır. O nedenle, ceza koşulunun, ceza fonksiyonu hiç sayılarak, yalnızca zarar karşılığı olan tutara kadar indirme yapılması kanuna aykırıdır. İndirimin en son sınırı zarar ve işin gereğine göre belirlenecek cezanın toplamıdır." (www.kazanci.com.tr). Aynı yönde bkz. Yargıtay 15 HD'nin 1.2.1978 tarihli, 1977/2183 E. ve 1977/157 K. sayılı kararı (Dalamanlı/Kazancı, **a.g.e.**, s. 747-748)

⁴⁸⁸ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 172; Uygur, **a.g.e.**, s. 817.

⁴⁸⁹ Von Tuhr, **a.g.e.**, s.770; Göktürk, **a.g.m.**, s. 404.

tutulduğunda aşırı nitelikteki ceza miktarının tamamen kaldırılmasında hukuka uyarlılık bulunmayacağı da açıktır⁴⁹⁰.

Hakimin aşırılığın tespitinde yanılması halinde Yargıtay, bu hükmü bozmaya yetkili olduğunu kabul etmektedir⁴⁹¹. Yargıtay HGK 03.10.1971 tarihli, 1971/391 E. ve 1973/751 K. sayılı kararında, hakimin indirim takdir hakkını kullanırken kararının denetime elverişli olması gerektiğini şu cümlelerle ifade etmiştir⁴⁹²: “B.K.nun 161. maddesinin son fıkrası hükmüne göre “Hakim fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir” Hakim tarafından re’sen göz önünde tutulması gereken bu hükmün uygulanabilmesi, önce sözleşmeden beklenen faydanın elde edilememesi ve borca aykırı davranılması yüzünden doğan zarar tutarının incelenmesini zorunlu kılar. Yapılacak inceleme sonunda hesap edilecek zarar tutarına göre cezai şart adalet ve hakkaniyet gereklerine aşikar surette aykırı görülürse cezai şartın fahiş telakki olunması gerekir. Ayrıca, mahkemenin B.K.nun yukarıda sözü edilen hükmünü uygularken kullanacağı takdir hakkının da, Yargıtay’ın denetimine olanak vermeye elverişli objektif esaslara dayanması zorunludur. Bozma gereğince bu esaslara uygun bir biçimde inceleme yapılarak sonucuna göre karar verilmek gerekirken, eksik incelemeye dayanan ve genel ifadelerle yetinen önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bu nedenle bozularak, uyulan kısmın incelenmesi için dosya özel daireye gönderilmelidir.”

VI. İNDİRİM KARARI

A. Niteliği

6100 sayılı HMK uyarınca talep edilen hukuki himayeye göre dava çeşitlerini eda davaları, tespit davaları, belirsiz alacak ve tespit davası ve inşai davalar olarak sınıflandırmak mümkündür. Davacının talebi ile davalının bir şeyi yapmaya, yapmamaya veya bir şeyi vermeye mahkûm edilmesini istediği dava türüne eda davası adı verilmektedir. Eda davası ikame edilmesi halinde mahkeme, dava konusu hakkın mevcut olup olmadığını tespit ettikten sonra, hak mevcut ise davalıyı o hakka ilişkin edimi ifa etmeye veya bir şeyden kaçınmaya mahkum edecektir⁴⁹³.

⁴⁹⁰ Tunçomağ, *Cezai Şart*, s. 158; Oğuzman/Öz, *Cilt II*, s. 553; Ekinci, *a.g.e*, s. 331; Dirican, *a.g.e*, s. 188; Arsebük, *a.g.e*, s. 988; Bilge, *a.g.e*, s. 124.

⁴⁹¹ Kocaağa, *a.g.e*, s. 251.

⁴⁹² www.kazanci.com.tr.

⁴⁹³ Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2018, s. 137; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz, *a.g.e*, s. 297; Hakan Pekcanitez, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku* (Pekcanitez Usul), Cilt 2, 15. Bası, İstanbul,

Tespit davaları, bir hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığı veya bir senedin sahte olup olmadığını tespit için ikame edilen davalardır. Davacının bir hukuki ilişkinin varlığı, yokluğu veya içeriğinin tespit edilmesi amacıyla tespit hükmü elde etmek için ikame edilen davaya tespit davası denir⁴⁹⁴.

Bir hukuki kurumun kurulması, kaldırılması veya değiştirilmesi yani yenilik doğuran bir hakkın ancak bir mahkeme kararıyla kullanılmasının gerektiği durumlarda ikame edilen davaya inşai dava denir. İnşai dava bir inşai hakka dayanmakta olup ancak kanunda öngörülen durumlarda ikame edilebilirler. Maddi hukukta inşai nitelikte görünmeyen bir hak, inşai dava olarak değil ancak tespit veya eda davası ile ileri sürülebilecektir⁴⁹⁵. Kural olarak yargılamada hak durumu değiştirilmez, hak ya tespit davası ile tespit edilir ya da yerine getirilmiyorsa eda davası ile yerine getirilmesine karar verilir. Ancak inşai dava ile maddi hukukta değişim meydana gelir⁴⁹⁶. HMK m.108 uyarınca kanunlarda aksi belirtilmedikçe, inşai hükümler, geçmişe etkili olmayacaktır.

Aşırı cezanın indirilmesi davası açısından bir değerlendirme yapılacak olursa; doktrinde bu konuda farklı görüşler ileri sürülmektedir. Hakim görüşe göre⁴⁹⁷ cezanın indirilmesi davası sonucu verilen karar nitelik bakımından inşai karardır. Nitekim hakim, sözleşmeye belli bir noktada müdahale etmekte, mahkeme kararının kesinleşmesiyle birlikte ceza, artık taraflarca kararlaştırılmış olan miktar üzerinden

Vedat Kitapçılık, 2017, s.960. HMK m. 105; “(1) Eda davası yoluyla mahkemeden, davalının, bir şeyi vermeye veya yapmaya yahut yapmamaya mahkûm edilmesi talep edilir.”

⁴⁹⁴ Pekcanitez, **Pekcanitez Usul**, s. 972; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz, **a.g.e.**, s. 298; Kuru, **a.g.e.**, s.138. HMK m.106; “(1) Tespit davası yoluyla, mahkemeden, bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesi talep edilir. (2) Tespit davası açanın, kanunlarda belirtilen istisnai durumlar dışında, bu davayı açmakta hukuken korunmaya değer güncel bir yararı bulunmalıdır. (3) Maddi vakıalar, tek başlarına tespit davasının konusunu oluşturmaz.”

⁴⁹⁵ Kuru, **a.g.e.**, s.142; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz, **a.g.e.**, s. 303-304.

⁴⁹⁶ Kuru, **a.g.e.**, s.142-143; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz, **a.g.e.**, s. 304; Pekcanitez, **Pekcanitez Usul**, s. 984. Bununla birlikte, tarafların aşırı cezanın indirilmesine ilişkin anlaşma sağlamaları halinde, inşai mahkeme kararı olmaksızın, sonuç tarafların anlaşması ile doğacaktır. Fakat anlaşma olmazsa nihai sonuç yine mahkeme kararıyla gerçekleşmiş olacaktır (Önen, s.14; Kuru, s. 152; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz, **a.g.e.**, s. 304; Pekcanitez, **Pekcanitez Usul**, s. 985, dn. 14) HMK m.108; “(1) İnşai dava yoluyla, mahkemeden, yeni bir hukuki durum yaratılması veya mevcut bir hukuki durumun içeriğinin değiştirilmesi yahut onun ortadan kaldırılması talep edilir. (2) Bir inşai hakkın, dava yoluyla kullanılmasının zorunlu olduğu hâllerde, inşai dava açılır. (3) Kanunlarda aksi belirtilmedikçe, inşai hükümler, geçmişe etkili değildir”.

⁴⁹⁷ Ansay, **a.g.e.**, s. 233; Eren, **a.g.e.**, s. 1218; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 253; Yücel, **a.g.m.**, s. 2945. Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 376; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 165; Uçar, **a.g.e.**, s. 113-114; Önen, **a.g.e.**, s.100; Kuru, **a.g.e.**, s. 143; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz, **a.g.e.**, s. 304; Pekcanitez, **Pekcanitez Usul**, s. 985, dn. 14; Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 315.

değil, hakim tarafından belirlenen miktar üzerinden geçerli olmaktadır. Dolayısıyla hakimin kararı taraflar arasındaki hukuki ilişkide değişiklik anlamına gelecektir⁴⁹⁸.

Doktrindeki bir diğer görüş⁴⁹⁹ ise, indirim davası ile tarafların hukuki durumunda gerçekten bir değişim olmadığını, indirimin yalnızca edimin başlangıçtaki kapsamını yeniden belirlediğini, bu nedenle de hükmün sadece açıklayıcı niteliği olduğunu savunmaktadır.

İndirim davasının inşai dava ve kararın da inşai karar olduğunu ileri süren bazı yazarlar, indirim davasının tespit özelliği bulunduğunu ileri süren yazarların gerekçelerine tamamen kayıtsız kalmamaktadır. Kocaağa, bu davanın diğer inşai davalara göre farklı olduğunu, klasik inşai davalarda hukuki durumda başlı başına bir değişiklik amaçlanmasına rağmen indirim davalarında, yalnızca tutar üzerinde bir değişiklik talep edildiğini, bunun da ikame edilen davanın tespit veya eda davası olduğu izlenimi yarattığını ifade etmektedir⁵⁰⁰. Ancak indirim davasında da mevcut hukuki durumda değişiklik talep edildiği ve dava sonucunda verilecek müspet kararlar yeni bir hukuki durumun meydana geleceğinin inkar edilemeyeceğini, bu nedenle de bu davaların inşai dava olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁵⁰¹. Önen de klasik inşai davalarda olduğu şekilde burada başlı başına hukuki bir değişiklik amaçlanmadığını, sadece miktarda değişiklik talep edildiğini, bu nedenle de davanın tespit davası olduğu izlenimi oluştuğunu, bu tür davalarda davanın asıl karakteri inşai olsa da bu karakterin zahiri bir tespit veya eda örtüsü altında gizli kalmış olduğunu ifade etmektedir⁵⁰².

Kırkbeşoğlu ise, hüküm içi boşluğa dayanarak indirim yaptırımının uygulandığı diğer haller de dikkate alındığında (rekabet yasağını düzenleyen TBK m.445/2, tellallık ücretine ilişkin TBK m. 525 gibi) TBK m.182/3 kapsamında aşırı cezanın indirilmesine ilişkin kararın geçmişe etkili inşai nitelikte bir karar olduğunun kabulü gerektiğini, ancak burada yenilik doğuran bir dava ya da def'i yoluyla kullanılması gereken bir hak olmadığı, zira indirim için borçlunun talebine ihtiyaç bulunmadığını, borçlunun cezanın indirimini davanın her aşamasında ileri

⁴⁹⁸Kocaağa, **a.g.e**, s. 253.

⁴⁹⁹Schlosser, s. 140-141 (naklen Kocaağa, **a.g.e**, s. 253)

⁵⁰⁰Kocaağa, **a.g.e**, s. 253.

⁵⁰¹Kocaağa, **a.g.e**, s. 253-254.

⁵⁰²Önen, **a.g.e**, s.101.

sürebileceği gibi, hakim de indirim görevinden ötürü resen dikkate alacağını belirtmektedir⁵⁰³.

Kanaatimizce de hakim tarafından verilen indirim kararı, inşai nitelikte bir karardır. Nitekim indirim ile başlı başına hukuki bir değişiklik amaçlanmadığı, verilen indirim kararı ile sadece miktar yönünden değişikliğin meydana geldiği gözetildiğinde tipik bir inşai karardan söz edilemeyecek olsa da hakimin verdiği kararla cezanın miktarı yönünden yeni bir hukuki ilişkinin meydana geldiğini söylemek mümkündür. Ancak indirim için borçlunun talebine ihtiyaç olmaması nedeniyle burada yenilik doğuran bir hakkın varlığından söz etmek de mümkün görünmemektedir. Nitekim bir hukuki değişikliğin hak sahibinin iradesi olmadan da gerçekleşmesi halinde yenilik doğuran haktan bahsetmek mümkün olmayacaktır⁵⁰⁴.

B. Hüküm ve Sonuçları

Cezayı ödemekle yükümlü borçlu, alacaklının davasından ayrı olarak cezanın indirilmesi talepli dava ikame ederse, mahkeme talebe ilişkin nihai karar⁵⁰⁵ verecektir. Diğer yandan borçlunun, cezanın indirilmesini, ayrı bir davayla değil de, mevcut davada ileri sürmesi halinde, talebe ilişkin kararın mahkemenin ara kararı⁵⁰⁶ olduğunu kabul etmek doğru olacaktır⁵⁰⁷.

İnşai karar olan indirim kararının şekli anlamda kesinleşmesiyle birlikte, hukuki değişiklik meydana gelmiş olacaktır. Buradaki hukuki değişiklik, tarafların kararlaştırdığı cezanın, mahkemenin kararıyla uygun bir miktara indirilmesidir. Sonuç, inşai sonuç olduğundan mahkeme kararının kesinleşmesiyle birlikte kendiliğinden doğacak olup icra edilmesine gerek bulunmamaktadır; kaldı ki icrası mümkün de değildir⁵⁰⁸.

İndirim kararının meydana getireceği değişiklik herkes açısından etkili olacak olmakla birlikte, indirim davasının reddine ilişkin verilecek karar, aksine hüküm kurulmamışsa, sadece taraflar arasında etki ve sonuç doğurur. Ret kararı, inşai bir

⁵⁰³ Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 315.

⁵⁰⁴ Vedat Buz, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005, s.61.

⁵⁰⁵ Nihai karar, yargılamaya son vererek hakimin davadan elini çekmesi sonucunu doğuran kararlardır (Bkz. Kuru, **a.g.e.**, s. 339).

⁵⁰⁶ Yargılamaya son vermeyen, onu ilerletmeye yarayan, nihai karar olmadığından tek başına kanun yoluna başvurulamayan ancak asıl hükümle birlikte kanun yoluna başvurulabilen kararlara ara kararlar denir (Bkz. Kuru, **a.g.e.**, s. 338).

⁵⁰⁷ Kocağa, **a.g.e.**, s. 254.

⁵⁰⁸ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 169; Kocağa, **a.g.e.**, s. 254.

hüküm olmayıp tespit hükmüdür. Nitekim ret kararı ile yeni bir hukuki durum yaratılmamış olacaktır⁵⁰⁹.

Cezanın indirilmesine yönelik olarak tesis edilen mahkeme kararı, geçmişe etkili olarak hüküm ve sonuç doğurur. Dolayısıyla ceza ediminin borçlu tarafından taahhüt edildiği tarihten itibaren, ancak mahkeme kararında indirilen miktar üzerinden borçlanıldığı kabul edilmelidir⁵¹⁰. Bilindiği üzere, inşai hükümlerin geçmişe etkili olması istisnai niteliktedir. Ancak indirim kararının, bir inşai hüküm olmasına rağmen geçmişe yürümesi, adalete aykırı bir hukuki durumu düzeltmeyi amaçlayan indirim kurumunun niteliği ile ilgilidir⁵¹¹.

Son olarak indirim davası sonucu davayı kazanma veya kaybetme durumuna göre yargılama giderleri de değişecektir. HMK m. 326 uyarınca yargılama giderine hükmedilecektir⁵¹². Yargıtay 19. HD, 27.06.2013 T., 2013/5697 E., 2013/12129 K., sayılı kararında⁵¹³; “*Dava, bayilik sözleşmesine aykırılık iddiasıyla cezai şart istemine ilişkindir. Sözleşmeyle tayin edilen cezai şart tutarının tahsilini istemek hakkına haiz olan davacının açtığı dava sonucunda cezai şartın hakim tarafından fahiş görülerek tenkis edilmesi halinde tenkis edilen miktardan dolayı davacı aleyhine avukatlık ücreti ve muhakeme masrafına hükmedilmemesi gerekir. Çünkü cezai şarttan indirim yapılması hususunda hakimin takdir hakkını kullanıp kullanmayacağının davacı tarafından dava açılırken bilinmesi mümkün değildir. Bu sebeple tenkis edilen kısım yönünden davalı yararına vekalet ücretine hükmedilmesi doğru görülmemiştir.*” ifadelerine yer vermiş; Yargıtay 19. HD., 27.06.2013 T., 2012/14815 E., 2013/12086 K. Sayılı kararında⁵¹⁴ ise “*Davacı vekilinin temyizi yönünden; Davacı, davalının sözleşmeye aykırı hareketi sebebiyle sözleşmede kararlaştırılan 244.556.00 TL cezai şartın tahsilini istemiştir. Mahkemece talep edilebilecek cezai şart tutarının 222.423.77 TL olduğu belirlenmiş, ancak takdir hakkı kullanılarak cezai şart miktarında %50 oranında indirim yapılarak 111.211.88 TL cezai şartın tahsiline karar verilmiştir. Sözleşmeyle tayin edilen cezai şartın*

⁵⁰⁹ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 255.

⁵¹⁰ Vohn Tuhr, **a.g.e.**, s. 771; Ansay, **a.g.e.**, s.233; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 255; Uçar, **a.g.e.**, s. 114; Eren, **a.g.e.**, s. 1218; Arsebük, **a.g.e.**, s. 989, Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 385; Önen, **a.g.e.**, s.100.

⁵¹¹ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 255.

⁵¹² Uçar, **a.g.e.**, s. 114.

⁵¹³ www.kazanci.com.tr,

⁵¹⁴ www.kazanci.com.tr,

tahsilini isteme hakkına sahip olan davacının açtığı dava sonucunda cezai şartın hakim tarafından fahiş görülerek tenkis edilmesi halinde tenkis edilen miktardan dolayı davacı yan aleyhine avukatlık ücreti ve yargılama giderine hükmedilemez. Zira tutarı takdire bağlı olan cezai şartta hakimin takdir hakkını kullanıp kullanmayacağını davacı tarafından bilinmesi mümkün değildir. Hal böyle olunca mahkemece davadaki istemin 244.556.00 TL olduğu, kabul edilen kısmın ise 222.423.77 TL olduğu nazara alınarak davalı yararına vekalet ücreti takdiri gerekirken tenkis edilen kısım yönünden davalı yararına vekalet ücretine hükmedilmesi doğru olmadığı gibi yukarda yazılı kabul ve ret tutarları yani haklılık tutarı dikkate alınarak yargılama giderinin paylaştırılması (H.M.K. madde 326) gerekirken, bu hususun da gözden kaçırılarak karar verilmesi doğru görülmemiştir.” ifadeleriyle indirilen kısım için alacaklı aleyhine avukatlık ücreti ve yargılama giderine hükmedilemeyeceğini kabul etmiştir⁵¹⁵.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM TACİRLER AÇISINDAN AŞIRI CEZA

I. GENEL OLARAK

6102 sayılı TTK’nın 18/2. Maddesi uyarınca her tacir, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmelidir. Bu hüküm tacirin daha geniş bir yükümlülük altına sokulmasına neden olan ve belli durumlarda tacire daha

⁵¹⁵Uygur, **a.g.m**, s. 818. Ancak Yargıtay 13 HD’nin 28.4.1976 tarihli, 1975/6860 E. ve 1976/3431 K. sayılı kararında “.....2 - Davacı, davalının satış vaadi sözleşmesine aykırı davranışı nedeniyle bedel olarak ödediği 90.000 lira ile ceza koşulu 45.000 lira olmak üzere toplam 135.000 ödetilmesini istemiştir. Mahkemece sözleşmede yazılı ceza koşulu 45.000 lira Borçlar Kanununun 161 /son maddesi uyarınca 10.000 liraya indirilerek satış bedeli 90.000 lira ile birlikte 100.000 liranın davalıdan alınmasına ve ceza koşulu fahiş görülerek tenzil edilmiş olup, davacının iddiasını isbat edmemiş gibi bir durum bulunmamasından dolayı red olunan kısım için davalı yararına vekalet ücreti takdirine yer olmadığına karar verilmiştir.

Hakimin takdir hakkını kullanmamasından dolayı ceza isteğinin bir bölümünün reddi halinde red olunan miktar için karşı taraf yararına vekalet ücreti tayini gerekip gerekmeyeceği hakkında avukatlık ücret tarifesinde bir hüküm bulunmamaktadır. Tarifinin 20. maddesinde, tarifede yazılı olmayan hukuki yardımlar için işin niteliği gözönünde tutularak tarifedeki benzeri işlere göre, ücret takdir edileceği öngörülmüştür. Tarifede yazılı manevi tazminat davalarında da hakimin takdiri söz konusu olup, bu olayda yakın bir benzerlik bulunması nedeniyle red olunacak miktar için manevi tazminata ilişkin davalarda olduğu gibi tarifinin 11. maddesinin uygulanması gerekir. Mahkemece bu yönün gözetilmemesi usul ve kanuna aykırıdır...” ifadeleriyle ceza aşırı görülerek bir kısmı red olunmuşsa, red olunan kısım için karşı taraf yararına vekalet ücreti takdir edilmesi gerektiği belirtilmiştir.” (www.kazanci.com.tr).

önce taahhüt etmemiş olduğu taahhütler yükleyen bir külfet olarak tezahür eder⁵¹⁶. Basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü, tacire objektif bir özen ölçüsü getirir. Buna göre tacir, ticari işletmesini ilgilendiren faaliyetlerinde şahsi yetenek ve imkanları ölçüsünde kendisinden beklenebilecek özeni değil, tacirle aynı ticaret dalında faaliyet gösteren tedbirli, öngörülü bir tacirden beklenen özeni gösterme yükümlülüğü altındadır⁵¹⁷.

Tacirler, TTK uyarınca, basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü altında olduklarından, kanunlarda yer alan bazı koruyucu hükümlerden faydalanmaları kabul görmemiştir. Tacirin faydalanamayacağı bu hükümlerden biri de aşırı cezanın indirilmesine ilişkin TBK m. 182/3 hükmüdür. Nitekim TTK m. 22⁵¹⁸ uyarınca tacir sıfatını haiz borçlu, Türk Borçlar Kanununun 121 inci maddesinin ikinci fıkrasıyla 182 nci maddesinin fıkrasında ve 525 inci maddesinde yazılı hâllerde, aşırı ücret veya ceza kararlaştırılmış olduğu iddiasıyla ücret veya sözleşme cezasının indirilmesini mahkemeden isteyemeyecektir. Aşırı cezanın tacirler açısından indirilmemesi esası ticari işlerin hızlı ve güvenli olması esaslarına da uygundur⁵¹⁹.

II. KOŞULLARI

A. Borçlunun Tacir Sıfatını Haiz Olması

Tacir tarafından aşırı cezanın indirilmesinin istenemeyeceğine ilişkin TTK m. 22 hükmünün uygulanabilmesi, cezayı ödemekle yükümlü borçlunun tacir veya TTK m. 12/3 uyarınca tacir gibi sorumlu tutulan kişi olmasına bağlıdır⁵²⁰. TTK m.12/1 uyarınca bir ticari işletmeyi, kısmen de olsa, kendi adına işleten kişiye tacir denilmektedir. TTK m. 12/3 uyarınca ise bir ticari işletme açmış gibi, ister kendi adına, ister adi bir şirket veya her ne suretle olursa olsun hukuken var sayılmayan

⁵¹⁶Poroy/ Yasaman, **a.g.e**, s. 158.

⁵¹⁷Arkan, **Ticari İşletme**, s. 151; Sami Karahan, **Ticari İşletme Hukuku**, 27 Baskı, Konya, Mimoza Yayınları, 2015, s. 99.

⁵¹⁸ 29.6.1956 tarihli ve 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunun 24. Maddesi 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunun 22. Maddesinde aynen muhafaza edilmiştir.

⁵¹⁹Bilge, **a.g.e**, s. 126; Kocağa, **a.g.e**, s. 259.

⁵²⁰ Arkan, **Ticari İşletme**, s. 158; Ülgen/ Helvacı/ Kendigelen/ Kaya/ Ertan, **a.g.e**, s. 273.

diğer bir şirket adına ortak sıfatıyla işlemlerde bulunan kimse, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olacaktır⁵²¹.

Bu noktada belirtilmesi gereken husus, gerçek kişinin tacir sayılması için yukarıda belirtilen kriterler yanında ayrıca ticaret siciline veya odalar siciline kayıtlı olması gerekli değildir. Zira sicile yapılan kayıt tacir sıfatının kazanılması için zorunlu bir şart değil sadece tacir olmanın bir sonucu olarak tezahür etmektedir⁵²².

TTK m. 16/1 uyarınca ticaret şirketleriyle, amacına varmak için ticari bir işletme işleten vakıflar, dernekler ve kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar da tacir sayılırlar⁵²³. Aynı şekilde TTK m. 17 uyarınca tacire ilişkin hükümler donatma iştirakine de aynen uygulanacaktır.

Bu noktada tacir sıfatının mevcut olup olmadığı değerlendirilmesinde esas alınacak anın ne olacağını da tespit etmek gerekmektedir. Ceza ödeme borcunun muaccel olduğu anın değil, ceza koşulunun taraflarca kararlaştırıldığı anın borçlunun tacir olup olmadığının tespitinde dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir. Bu açıdan da cezayı yükümlenen tacir borçlu, ilerleyen dönemlerde tacir sıfatını kaybetmesi nedeniyle cezanın indirilmesini talep edemez⁵²⁴. Diğer yandan tacir borçlu, cezayı yükümlendikten sonra tacir sıfatını kazanırsa veya tacir gibi sorumlu olursa, cezanın indirilmesini talep etme hakkına sahiptir⁵²⁵. Son olarak, tacir tarafından borçlanılan ve ceza koşuluna bağlanan asıl borcun, tacir sıfatı bulunmayan 3. kişi tarafından üstlenilmesi halinde, tacir sıfatı bulunmayan 3. kişinin de cezanın

⁵²¹ Diğer yandan TTK m. 15 uyarınca ister gezici olsun ister bir dükkânda veya bir sokağın belirli yerlerinde sabit bulunsun, ekonomik faaliyeti sermayesinden fazla bedenî çalışmasına dayanan ve geliri 11 inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca çıkarılacak kararnamede gösterilen sınırı aşmayan ve sanat veya ticaretle uğraşan kişi, tacir olarak kabul edilmemiştir. Bununla birlikte ilgili madde uyarınca esnaf kişileri hakkında da tacirlere özgü 20 ve 53 üncü maddeler ile Türk Medenî Kanununun 950 nci maddesinin ikinci fıkrası hükmü uygulanacaktır.

⁵²² Arkan, **Ticari İşletme**, s. 126; Karahan, **a.g.e.**, s. 86.

⁵²³ Aynı maddenin 2. fıkrasına göre ise “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 vakıflar, bir ticari işletmeyi, ister doğrudan doğruya ister kamu hukuku hükümlerine göre yönetilen ve işletilen bir tüzel kişi eliyle işletsinler, kendileri tacir sayılmazlar. “

⁵²⁴ Arkan, **Ticari İşletme**, s. 158; Karahan, **a.g.e.**, s. 103; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 258

⁵²⁵ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 176-177; Günay, **Cezai Şart**, s. 218-219; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 258; Uçar, **a.g.e.**, s. 117-118; Karahan, **a.g.e.**, s. 104.

indirilmesini isteyebileceği doktrinde bazı yazarlar tarafından kabul edilmekle birlikte⁵²⁶; bir kısım yazarlar tarafından kabul edilmemektedir⁵²⁷.

Kanaatimizce de tacir olmayan bir kişiye TTK m.22'ün uygulanması veya maddenin uygulamaya imkân verecek şekilde genişletilmesi, adalete aykırı sonuçlar doğuracağından ve borcun üstlenilmesi alacaklının rızasına bağlı olduğundan borcu üstlenen tacir olmayan 3. kişi açısından da cezanın indirilmesi hükümlerinin uygulanabilmesi mümkün olmalıdır. Nitekim alacaklı, borcu üstlenen 3. kişinin tacir olmadığını ve dolayısıyla basiretli davranma yükümlülüğü altında bulunmadığını bilmesine rağmen borcun üstlenilmesine rıza göstermiş olacaktır.

Borçlunun tacir sıfatının mevcut olup olmadığı konusunda uyuşmazlık çıkması halinde, tacir sıfatının varlığını ispat yükü alacaklıdadır. Ancak TTK m. 15 hükmü uyarınca tacir olmadığını iddia eden borçlu, bunu ispatla yükümlüdür⁵²⁸.

TTK m. 22 uyarınca tacir sıfatını haiz borçlunun karşı anlamından, ticari işlemin tacir olmayan veya tacir gibi sorumlu olmayan tarafının aşırı cezanın indirilmesini talep edebileceği sonucu çıkmaktadır. Bu durumda işlem tacir olmayan

⁵²⁶ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 258; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 158; Karahan, **a.g.e.**, s. 104; Mahmut T. Birsal, **Ticari İşletme Hukuku**, C.I., İzmir, 1970, s. 160; Bingöl, yurt dışında ünlü bir marka için Türkiye’de fason olarak çanta üreten bir tacirin, çantada kullanacağı fermuarları üretmesi için bir esnafla anlaştığı ancak fermuar üreticisinin zamanında fason üreticiye fermuarları teslim etmemesi nedeniyle yurt dışındaki ünlü firmaya çantayı teslim edemeyen fason üreticinin iş sahibi ile aralarındaki anlaşma gereği cezai şart ödeme yükümlülüğü altına girmesi halinde işbu zararını fermuar üreticisinden talep edip edemeyeceğini tartıştığı makalesinde borçlunun kasten ya da ağır ihmali olmadan borcunu zamanında yerine getirmedeği durumlarda (örneğin bazı işçilerin hastalanmaları nedeniyle vadesinde fermuarlar teslim edilmemişse kasıt ya da ağır ihmalden söz edilemez) alacaklının zararının tamamından borçluyu sorumlu tutmanın adil olmaması nedeniyle hakim BK m.43 (TBK m.51) uyarınca tazminat miktarında indirim yapabileceğini, bu indirimden sonra da tazminat miktarı 3. Kişiye ödenen fahiş ceza nedeniyle halen yüksekse o zaman BK m.43 (TBK m.51) uyarınca “durumun gereği” somut olay adaletini gerçekleştirmeye yönelik bir indirim daha yapabileceğini ifade etmektedir. Bingöl doktrindeki yeni görüş uyarınca sözleşmeden soğan sorumlulukta da “zararın öngörülebilirliği”ni hakkaniyet gereği tazminattan indirim sebebi olarak dikkate alınması gerektiğini, bu kapsamda da örnek üzerinden gidildiğinde tazminat miktarında yapılacak indirimde hakim, borca aykırı davranan borçlunun 3. Kişiyle kararlaştırılmış olan ceza koşulundan haberdar olmasını ve bunun öngörülemez olması durumunu da tazminat miktarını tespit ederken hakkaniyet gereği dikkate alması gerektiğini ifade etmektedir. Bu durumda fermuar üreticisinin esnaf olduğu kabulünde hakim temerrüt nedeniyle ödeyeceği ve 3. Kişiye ödenecek yüksek ceza nedeniyle yüksek tazminat miktarını makul bir seviyeye çekmelidir. Bingöl’e göre fermuar üreticisinin esnaf değil de tacir olduğu durumda basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü altında olan tacir açısından 3. Kişiye ödenecek cezanın fahiş miktarda olduğunun öngörülemediği gerekçesiyle tazminat tutarında indirim yapılamayacaktır (İtir Bingöl; “Temerrüde Düşen Borçlunun Ödeyeceği Tazminat Miktarına, Alacaklının 3. Kişiye Ödeyeceği Cezai Şartın Etkisi” **Prof. Dr. Mualla Öncel’e Armağan**, Cilt II, Ankara 2009, s. 1409-1410)

⁵²⁷ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 176-177; Günay, **Cezai Şart**, s. 218-219.

⁵²⁸ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 177; Günay, **Cezai Şart**, s.220; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 258.

veya tacir gibi sorumlu olmayan taraf bakımından ticari işlem sayılabilecek olsa bile aşırı ceza indirilebilir⁵²⁹.

B.Cezanın Tacirin Ticari İşletmesiyle İlgili Bir Borç İçin Taahhüt Edilmiş Olması

TTK m. 22’de ceza koşuluyla temin edilen borcun tacirin ticari işletmesiyle ilgisinin olup olmaması bakımından bir hüküm yer almamaktadır. Bu durum da, TTK m.22 hükmünün uygulama alanı⁵³⁰ bakımından doktrinde tartışmalara neden olmaktadır. Doktrinde bir kısım yazarlar⁵³¹, TTK’da düzenlenen basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü kapsamında gerçek kişi bir tacirin, sadece ticari işletmesi kapsamındaki faaliyetleri açısından yükümlendiği cezanın indirimine tabi tutulmaması gerektiği görüşündedir. Nitekim aksi görüş anılan maddenin konuluş amacının gereksiz yere aşılmasına neden olacaktır⁵³². Tacirden kendi ticaret alanına ilişkin hususları basiretli tacir olması bakımından beklenebilir ve bu nedenle de eğer ki tacir ceza koşuluna bağlanan borcunun ticari bir borç olmadığını ispat edebilirse, ceza indirilebilir⁵³³. Doktrinde bir kısım yazarlar⁵³⁴ ise, gerçek kişi bir tacir açısından her durumda indirim yasağının olacağını, gerçek kişi tacir açısından indirim yasağının ortadan kalkmasının TTK m.19/1’de yer alan ticari iş karinesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini, TTK m.22’nin lafzen ayırım gözetmeksizin tacirin borçlarından bahsettiğine göre borcun ticari işten kaynaklanıp kaynaklanmadığının

⁵²⁹ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 177; Günay, **Cezai Şart**, s.220; Bilge, **a.g.e**, s. 126; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 555; Kocaağa, **a.g.e**, s. 258-259; Karahan, **a.g.e**, s. 103; Arkan, **Ticari İşletme**, s.158. Doğanay’a göre kanun uyarınca taraflardan birisi için ticari iş hükmünde olan sözleşme diğeri için de ticari iş sayılacağından, borca aykırı hareket eden tacir olmasa dahi cezanın indirilmesini talep edemez (İsmail Doğanay, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, Cilt I, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2004, s. 233).

⁵³⁰ Ülgen/ Helvacı/ Kendigelen/ Kaya/ Ertan, dönme cezası gerçek anlamda bir ceza koşulu olmadığından ve TBK m.182/3 bu nedenle dönme cezasına uygulanmayacağından, dönme cezasının TTK m.22 kapsamında olmadığını ifade etmektedirler (Ülgen/ Helvacı/ Kendigelen/ Kaya/ Ertan, **a.g.e**, s. 273).

⁵³¹ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 177-178; Günay, **Cezai Şart**, s.220-221; Feyzioğlu, **a.g.e**, s. 405; Kocaağa, **a.g.e**, s. 259; Zira bir tacirden ancak kendi ticaret alanına uygun incelikleri bilmesi beklenebilir (Arkan, **Ticari İşletme**, s.159); Karahan, **a.g.e**, s. 104; Gönen Eriş, **Ticari İşletme ve İşlemler**, Cilt I, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 780. Halil Arslanlı, **Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumi Hükümler**, 3. Bası, İstanbul, 1960, s. 62; Ülgen/ Helvacı/ Kendigelen/ Kaya/ Ertan, **a.g.e**, s. 273.

⁵³² Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 177-178; Günay, **Cezai Şart**, s.220-221.

⁵³³ Arkan, **Ticari İşletme**, s.158; Kocaağa, **a.g.e**, s. 259. Battal, makalesinde TTK m.22’nin (TK m.24) yorumu yer bırakmayacak şekilde tacirin bütün borçlarının madde kapsamında olduğunu belirtmektedir (Ahmet Battal, Tacirin İş Kanununa Tabi Bir Sözleşmeden Doğan Cezai Şart Borcuna TK 24(İndirim Yasağı) Uygulanabilir mi? **BATIDER**, 1999, C.XX, S.2, s. 19).

⁵³⁴ Poroy/Yasaman, **a.g.e**, s. 144.

bir önemi olmadığı görüşündedir. Karayalçın da borcun ticari işletmeyle olması gerektiğine dair bir ibarenin maddede bulunmadığını, ticari işletmeyle ilgili olsaydı TTK m.22'nin uygulanması gerektiği durumlarda tacirin borcun işletmeyle ilgisi olmadığını ileri süremeyeceğini böyle bir durumda indirim talebinin kabul görmemesi gerektiğini ifade etmektedir⁵³⁵.

Diğer yandan hangi iş veya işlerin ticari ya da tacirin ticari işletmesiyle ilgili olacağı hususunun değerlendirilmesinde TTK m.19 yol gösterici olacaktır. TTK m. 19/1 uyarınca bir tacirin borçlarının ticari olmasının asıl olduğu ifade edildikten sonra TTK m.19/1'de düzenlenen ticari iş karinesi bu durumda da uygulanacaktır. Dolayısıyla, gerçek kişi olan bir tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirmez veya işin adi sayılmasına durum elverişli olmazsa, işlem yine ticari iş sayılır ve taahhüt edilen cezai şart aşırı olsa dahi indirilemez⁵³⁶. Maddeden anlaşılabileceği üzere, hüküm gerçek kişi tacirler açısından uygulama alanı bulacak olup tüzel kişi tacirlerin adi işlemde bulunabilecek bir alanları mevcut olmadığından⁵³⁷, TTK m.22 hükmü tüzel kişi tacirler açısından mutlak olarak uygulanacaktır⁵³⁸.

Bu başlık altında TTK m.3'e de değinmek gerekir. Madde uyarınca TTK'da düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir. Tacirin TTK m.3 kapsamına giren işlemleri açısından TTK m.22'in uygulanacağını kabul etmek gerekir. Zira kanun koyucu bu iş ve işlemleri oldukça ticari gördüğünden, ticari işletmeyle ilgili olmasalar bile ticari saymıştır.

Diğer yandan iş sözleşmelerine konulan ceza koşulu hükümlerine ilişkin verilen Yargıtay kararlarında⁵³⁹ ise borçlunun tacir olması ve borç tacirin ticari

⁵³⁵ Yaşar Karayalçın, **Ticaret Hukuku Cilt. I. Giriş-Ticari İşletme**, 3. Baskı, Ankara 1968, s. 221

⁵³⁶ Arkan, **Ticari İşletme**, s.159; Karahan, **a.g.e.**, s. 104.

⁵³⁷ Arkan, **Ticari İşletme**, s.74; Eriş, **a.g.e.**, s. 780; Ülgen/ Helvacı/ Kendigelen/ Kaya/ Ertan, **a.g.e.**, s. 273.

⁵³⁸ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 177-178; Günay, **Cezai Şart**, s.221; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 260-261.

⁵³⁹ Yargıtay HGK'nın 06.12.2006 tarihli, 2006/9-768 E. ve 2006/775 K. sayılı kararı; "2-Davacı işçi davalılardan B. Limited şirketi ile aralarında 15/8/2003 tarihinde imzalanan belirsiz süreli iş sözleşmesi kapsamında genel müdür sıfatıyla çalışmaya başlamış, işverence haklı bir neden olmaksızın 10/3/2004 tarihinde iş sözleşmesi feshetmiştir. İş sözleşmesinin 10.3 maddesinde, "işverenin işçinin iş bu sözleşmesi esaslı ihlalleri haricinde her türlü feshi halinde, işveren işçiye fesih ihbar tarihinde yürürlükte olan aylık net ücret üzerinden hesaplanacak iki senelik maaş tutarında cezai şart ödemekle yükümlüdür." şeklinde kurala yer verilmiştir. Davacı işçi bahsi geçen cezai şartı talep etmiş ve mahkemece, 127.200.000.000 TL olarak hesaplanan tutardan % 20 oranında

işletmesi ile ilgili olmasına rağmen TTK m.22 (TK m.24)'nin uygulanmadığı, Yargıtay'ın TBK m.182/3 (eBK m.161/3) uyarınca cezanın indirilmesine gidildiği görülmektedir. Yargıtay'ın konuya ilişkin kararlarında işveren ve işçi arasındaki ilişkinin TTK m.3 (TK m.3) kapsamında olmadığı, işçi ve işveren arasındaki ilişkinin

indirime gidilerek, 101.760 YTL. isteğin kabulüne karar verilmiştir. Davacı işçinin işyerinde çalıştığı süre 7 ay kadardır. İş sözleşmesinde öngörülen cezai şart tutarı 2 yıllık ücreti tutarı olup Taraflar arasında cezai şart tutarı fahiş şekilde belirlenmiştir. Davacının aylık ücretinin tutarı ve iş yerinde çalışılan süre dikkate alındığında mahkemece yapılan indirime rağmen cezai şart tutarı yine de fazla durumdadır. Mahkemece daha önce %10 oranında indirim yapılmış ve karar bu yönden Dairemizce bozulmuştur. Mahkemece bozmaya uyulmasına rağmen bu yönde bozma gereği yerine getirilmemiştir. Çok daha yüksek bir oranda indirime gidilerek cezai şart isteğinin kabulüne karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir...); Yargıtay HGK'nın 02.02.2005 tarihli, 2004/9-759 E. ve 2005/9 K. sayılı kararı; ".....Taraflar arasındaki 06.04.2001 günlü sözleşmenin 6. maddesinde yer alan ve içeriği yukarıda açıklanan hükmün, Borçlar Kanunu'nun 158. ve ardından gelen maddeleri anlamında bir cezai şart niteliği taşıdığı ve anılan hüküm çerçevesinde bilirkişice hesaplanan cezai şart miktarının fahiş bulunduğu uyuşmazlık yoktur. Maddi olgu, bozma ve direnme kararlarının içerikleri itibarıyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, mahkemece bozmaya uyulduktan sonra yapılan indirimin yeterli olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Ancak, Hukuk Genel Kurulu'ndaki görüşme sırasında; yerel mahkeme ile özel daire arasındaki bu uyuşmazlık noktasıyla birlikte, davalının anonim şirket statüsünde olması nedeniyle, Türk Ticaret Kanunu'nun 24. maddesindeki hüküm karşısında, somut olayda Borçlar Kanunu'nun 161/3. maddesi çerçevesinde cezai şart tutarından indirim yapılmasına hukuken olanak bulunup bulunmadığı hususu da tartışılıp, değerlendirilmiştir. Bilindiği üzere, Borçlar Kanunu'nun 161/3. maddesi "Hakim fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir"; Türk Ticaret Kanunu'nun 24. maddesi ise "Tacir sıfatını haiz bir borçlu, Borçlar Kanunu'nun 104'üncü maddesinin 2 nci fıkrasıyla 161 'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında ve 409'uncu maddesinde yazılı hallerde, fahiş olduğu iddiasıyla bir ücret veya cezanın indirilmesini mahkemeden isteyemez" hükmünü taşımaktadır. Her ikisinin de emredici, dolayısıyla da re'sen gözetilmesi gereken hükümler olduğu açıktır. Somut olayda, yerel mahkeme, davalının anonim şirket statüsüne, dolayısıyla tacir niteliğine rağmen, bozulan birinci kararında ve sonraki kararlarında, Türk Ticaret Kanunu'nun 24. maddesindeki hükmü herhangi bir şekilde değerlendirmeksizin, salt Borçlar Kanunu'nun 161/3. maddesine dayanarak, davalının aynı yöndeki savunması çerçevesinde, taraflarca sözleşmede kararlaştırılan cezai şart miktarının fahiş olduğu gerekçesiyle indirim yapma yoluna gitmiş; özel daire de, yine Türk Ticaret Kanunu 'nun 24. maddesine ilişkin bir değerlendirmede bulunmaksızın, yerel mahkemenin bu uygulamasını sadece Borçlar Kanunu'nun anılan hükmü çerçevesinde denetime tabi tutmak suretiyle, yapılan indirimin yetersiz olduğu gerekçesiyle bozma kararları vermiştir. Hukuk Genel Kurulu'ndaki görüşme sırasında bir kısım üyeler, Türk Ticaret Kanunu'nun yukarıda değinilen 24. maddesinde, hiçbir ayırıma gidilmeksizin, tacir olan cezai şart borçlusunun fahiş olduğu iddiasıyla cezai şarttan indirim yapılmasını istemeyeceğinin belirtilmiş olması karşısında, somut olaydaki gibi, İş Kanununa tabi bir hizmet sözleşmesinde kararlaştırılmış da olsa, tacir sıfatı taşıyan cezai şart borçlu sunun hiçbir şekilde indirim istemeyeceği, mahkemenin de resen bu yola gidemeyeceği yönünde görüş bildirmişlerdir. Buna karşılık, özel daire sözcüleri; iş hukukunun kendine özgü yapısı uyarınca, tacir sıfatını taşıyan işveren ile işçi arasında İş Kanunu hükümleri çerçevesinde düzenlenen bir hizmet sözleşmesinin, işveren bakımından Türk Ticaret Kanunu'nun 3. maddesi anlamında ticari iş niteliğinde olmadığını; İş Kanunu hükümlerine tabi, kendine özgü bir hizmet sözleşmesi olarak kabulü gerektiğini, işçi-işveren ilişkilerinin kamu düzeni ile ilgili olmasının da bu kabulü zorunlu kıldığını, keza, İş Hukukunun temel ilkelerinden biri olan "tarafların dengeli tutulması" ilkesinin de bunu gerektirdiğini, özel dairesinin aynı yöndeki uygulamasının daha önce benzer davalarda Hukuk Genel Kurulu'na da benimsenmiş olduğunu dile getirmişlerdir. Gerçekten, [Hukuk Genel Kurulu'nun 15.10.1997 gün ve 1997/9-486-822 sayılı kararında](#), aynı ilkelere vurgu yapılmak suretiyle, tacir statüsünde olmasının, iş akdindeki cezai şart bakımından Türk Ticaret Kanunu'nun 24. maddesindeki kuralın işveren hakkında uygulanmasını gerektirmeyeceği; eş söyleyişle, cezai şart borçlusu işveren tacir de olsa, Borçlar Kanunu'nun 161/3. maddesindeki emredici hüküm uyarınca, fahiş görüldüğü takdirde cezai şarttan re'sen indirim yapılmasının zorunlu bulunduğu kabul edilmiştir. Görüşme sırasında çoğunluk bu görüşü benimsemiş, eldeki davada Borçlar Kanunu'nun 161/3. maddesinin uygulama yerinin bulunduğu kabul edilmiştir." (www.kazanci.com.tr.tr)

İş Kanunundan kaynaklandığı ve bu Kanunun hükümlerine bağlı ve bu çerçevede içerisinde bir hizmet sözleşmesi olduğu, iş hukukunun temel ilkesi olan “ tarafların dengeli tutulması” ilkesinin de bu bakımdan değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir.

Yargıtay’ın iş akitlerinde düzenlenen ceza koşulu hükümlerinde TBK m.182/3 (BK m.161/3) uyarınca cezada indirimine gidilmesine ilişkin içtihadı bazı yazarlar⁵⁴⁰ tarafından haklı olarak eleştirilmiştir. Doktrin, Yargıtay’ın görüşüne şu gerekçelerle katılmamaktadır⁵⁴¹;

1. TTK m. 3 (eTK m.3) uyarınca tacirin ticari işletmesiyle ilgili *tüm* işlemleri ticaridir. Bu konuda mevzuatta istisna gösterilmemiştir. İşveren tacirin işletmesiyle ilgili sözleşmelerden birisi de iş sözleşmeleridir. Dolayısıyla tacirin akdettiği iş sözleşmelerinin de TTK m.3 (eTK m.3) anlamında ticari nitelik taşıdığı muhakkaktır.
2. İş akitlerinin İş Kanununa tabi olmaları ve kendilerine özgü yapılarının olması da TTK m. 3 (eTK m.3) ve dolayısıyla TTK m.22 (eTK m.24)’nin uygulanmasını engellemeyecektir. Bir sözleşme türünün TBK veya TTK’da düzenlenmemiş olması veya özel kanunda düzenlenmesi ya da kendine özgü yapıya sahip olması da TTK m.3 (eTK m.3)’ün uygulanmaması için yeterli sebep değildir. Zira aksinin kabulü halinde sadece iş sözleşmeleri değil kendine özgü yapısı olan ve özel kanuna tabi olan tüm sözleşmeler bakımından (finansal kiralama sözleşmesi gibi) ticari niteliklerinin reddedilmesi gerekir ki kanun koyucu bu sonucu amaçlamış değildir.
3. Tarafların dengeli tutulması ilkesi de TTK m.3 (eTK m.3)’ün ve dolayısıyla TTK m.22 (eTK m.24)’nin uygulanmasını engellemeyecektir. İş hukuku işçiyi korumayı amaçlayan bir hukuk dalıdır. Bu nedenle de Yargıtay görüşünün aksine tarafların dengeli tutulması ilkesi işçiyi koruma prensibi gözetilerek değerlendirilmelidir. İşveren konumundaki tacirin tarafların dengeli tutulması ilkesi uyarınca işçi karşısında korunması amaca uygun olmadığı gibi tacirlere basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü uyarınca özel olarak uygulanan hükümlerden (TTK m.22 gibi) işçi aleyhine

⁵⁴⁰ Nomer Ertan, **a.g.m.**, s.35-37; Arkan, **Ticari İşletme**, s. 157, dn. 4; Karagöz, **a.g.e.**, s.58-59; Battal, **a.g.m.**, s.19 vd.; Bozer/ Göle, **a.g.e.**, s. 92-93; Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 144-145; Ülgen/ Helvacı/ Kendigelen/ Kaya/ Ertan, **a.g.e.**, s. 274. Aksi görüş için bkz. Uygur, **a.g.m.**, s. 1091.

⁵⁴¹ Nomer Ertan, **a.g.e.**, s.35-37.

sınırlaması da kabul edilebilir değildir. Bu durumun tek istisnası tacirin ceza edimi nedeniyle ekonomik açıdan yıkıma uğraması olabilir.

4. Özellikle atıf yapılan Yargıtay kararlarında işveren konumundaki kişilerin tüzel kişi tacir olduğu ve tüzel kişi tacirlerin adi iş sahalarının bulunmadığı dikkate alındığında sözleşmelerinin ticari olduğunun ve TTK m.22'nin (TK m.24) somut olaylara uygulanması gerektiğinin kabulü gerekir.

III.CEZA KOŞULUNUN AHLAKA AYKIRI OLMASI HALİNDE AŞIRI CEZA MİKTARINDA İNDİRİM

Yukarıda detaylıca ifade edildiği üzere, tacir sıfatına haiz bir borçlu, ticari işletmesiyle ilgili bir borçtan dolayı taahhüt ettiği ceza, aşırı olsa dahi ceza miktarının indirilmesini talep etmesi, TTK m.22 uyarınca mümkün değildir. Tacir basiretli olmak durumunda olduğundan onun için özel bir koruma sağlamak gereksiz olacaktır⁵⁴². Ancak TTK m. 22 nedeniyle tacirin taahhüt ettiği ceza edimini her durumda ödemekle yükümlü kılınması da genel hükümler kapsamında doğru olmayacaktır. Öncelikle TTK m.22, TBK 182/3'e yollama yaparak sadece aşırı cezanın indirilemeyeceğini hüküm altına almıştır. Dolayısıyla TTK m.22. uyarınca kişilik haklarına, ahlaka ve adaba aykırı derecede yüksek cezaların da geçerli olacağını kabul etmek doğru değildir. Ayrıca basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğünü ceza miktarı tacirin ekonomik yönden mahvına sebep olacak olsa bile tacirin ceza taahhüdüne aynen uyması gerektiği şeklinde oldukça geniş bir şekilde yorumlamak da adalete uygun bir çözüm olmayacaktır. Kaldı ki TBK m.26-27'de öngörülen ve sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlamalar, borçlu tacir tarafından taahhüt edilen ceza edimleri bakımından da geçerli olacaktır⁵⁴³. Nitekim TBK m.26'da tarafların sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar çerçevesinde özgürce belirleyebileceği hüküm altına alınmış; 27. maddede ise serbestinin sınırları ve sınırların aşılması halinde uygulanacak yaptırıma yer verilmiştir. Buna göre bir sözleşmenin ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olması halinde de sözleşme kesin olarak hükümsüzdür. Borçlu tacirler tarafından belirlenen

⁵⁴²Mehmet Bahtiyar, **Ticari İşletme Hukuku**, Güncellenmiş 19. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2018, s. 118.

⁵⁴³ Kocağa, **a.g.e.**, s. 261. Bilindiği üzere TTK m.1 uyarınca TTK, TMK'nın ayrılmaz parçasıdır. TBK'nın 646. Maddesi ise TBK'nın TMK'nın 5. Kitabı olduğu ve TMK'nın tamamlayıcısı olduğunu ifade etmektedir. TTK ve TBK'nın ayrılmaz parçası olduğu TMK'nın 5. Maddesi ise TMK ve TBK'nın genel nitelikli hükümlerinin uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanacağı belirtilmiştir. Bu durumda TBK'da yer alan genel hükümler TTK için de geçerli olacaktır.

ceza koşulunun TBK m.27 ve MK m. 23/2⁵⁴⁴ hükümlerinin denetiminde olduğu kabul edilmektedir⁵⁴⁵.

Sözleşmenin ahlaka aykırılığı, kişinin ekonomik özgürlüğünün oldukça sınırlandırılması şeklinde de ortaya çıkabilir⁵⁴⁶. Bu noktada cezanın TBK m. 182/3 anlamında aşırı derecede yüksek olması ve TBK m.27 anlamında ahlaka aykırı olmasını birbirinden ayırmak gereklidir. Cezanın sadece miktar olarak yüksek olması nedeniyle kişinin ekonomik özgürlüğünü oldukça sınırlandırdığı, ahlaka aykırı olduğu şeklinde bir değerlendirme yapmak mümkün değildir. Ekonomik özgürlüğü sınırlandıran bir sözleşmeyi ahlaka aykırı bir sözleşme olarak nitelendirebilmek için

⁵⁴⁴ Kişisel varlıkların başlıcalarından olan ekonomik özgürlük korunmalı ve kişi, ekonomik faaliyetinde korunmalıdır (Bilge Öztan, **Medeni Hukuk'un Temel Kavramları**, 42. Bası, Ankara, Turhan Kitapevi, 2017, s. 279). Tüzel kişiler de gerçek kişiler gibi kişiliğin korunması normlarından faydalanırlar; ancak bu koruma tüzel kişilerin onuru, ismi, fikri ve ekonomik bütünlüğüne tecavüz edilmesi halinde söz konusu olacaktır (M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, 16. Bası, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2016, s. 283).

⁵⁴⁵ Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 555; Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 308-309; Ateş, **a.g.e.**, s. 268; Tercier/Pichonnaz/ Develioğlu, **a.g.e.**, s. 432; Ülgen/ Helvacı/ Kendigelen/ Kaya/ Ertan, **a.g.e.**, s. 273. Eren ticari kişilik hakkı kavramını kullanmaktadır (Eren, **a.g.e.**, s. 1217). Belirtmek gerekir ki, doktrinde bazı yazarlar tarafından tacirler açısından yapılan değerlendirmede TMK m. 23 veya kişilik hakkından söz edilmemesi gerektiği ifade edilmektedir. Karabağ Bulut, ceza koşulunun borçluyu ifaya zorlama ve zararın tazminin daha kolay sağlama gibi amaçları olduğunu, ancak kararlaştırılan ceza koşulunun alacaklının hakkaniyete aykırı olarak kazanç elde etme aracı olarak kullanılmaması gerektiğini, alacaklının borçluyu istismar etmemesi gerektiğini, aşırı cezada ortaya çıkan bu sonuçların ise borçlunun kişi özgürlüğünün zarar görmesinden ziyade ahlaki açıdan korunan değerlerin ihlali anlamına geldiğini ifade etmektedir. Karabağ Bulut, Yargıtay kararlarında da ekonomik özgürlükten bahsedilmekle birlikte açıkça TMK m. 23/2'ye atıf yapılmadığını, ancak Yargıtay kararlarında tespit edilen kriterlerden ceza ediminin borçlunun ekonomik özgürlüğünü tehlikeye düşürmesi veya ortadan kaldırması kriterlerinin esasında ahlaka aykırılık kavramına aykırı olduğu, TMK m.23/2'nin tespitine ilişkin kriterlerden olduğunu, oysaki ahlaka aykırılığın tespitinde kullanılacak kriterlerin TBK m. 27 çerçevesinde tespit edilmesi gerektiğini, TMK m.23/2 hükmünün her kişi açısından korunmaya duyduğu ihtiyaç ölçüsünde ele alınacağını, bu nedenle de her kişi bakımından farklı sonuçlara ulaşılabileceğini, oysaki ahlaki değerlerle hem toplum hem bireyler korunduğundan kişinin içinde bulunduğu şartların sonuca etkisinin de azalacağını, aksinin kabulünde malvarlığı fazla olan kişiler bakımından ahlaka aykırılığın gündeme gelmesinin neredeyse imkansız olacağını belirtmektedir. Bu noktada hakim ahlaka aykırılık ölçütünü kullanarak indirim oranının tespit ederken tarafların tacir olduğunu göz önünde tutmalı ve TTK m.22 hükmünün amacı doğrultusunda ceza miktarı yüksek tutulmalıdır (Karabağ Bulut, **a.g.e.**, s. 200-206). Başpınar ise TMK m.23 anlamında ahlaka aykırılığın da eBK m. 20 (TBK m.27) anlamında içerik sakatlığı nedeni olduğunu TMK m.23'ün kişinin kişilik haklarının ahlaka aykırı derecede sınırlandırılması halinde uygulanan bir hüküm olduğunu, TBK m. 27'de düzenken sakatlık sebeplerinin hakim tarafından kendiliğinden dikkate alınması gerekirken TMK m. 23 uyarınca ahlaka aykırı şekilde kişilik haklarının kısıtlandığını düşünen kişinin bunu ileri sürmesi gerektiğini, hakim bu durumun tespitini kendiliğinden yapamayacağını, her iki hükmün tarihi kökleri aynı olduğundan her somut olayda, hükümlerin amaçlarından hareket etmek gerektiğini belirtmektedir (Başpınar, **a.g.e.**, s. 141-142). Eren'e göre de her somut olayda TMK m.23/2 ve TBK m.27/1'in birlikte dikkate alınarak bu normların koruma amaçları tespit edilmelidir. TMK m.23/2'ye tabi sözleşmelerin TBK m.27/1'e tabi olmasında sakınca yoktur (Eren, **a.g.e.**, s. 355). Serozan da TMK m.23 ve TBK m.27'nin bir madalyonun iki yüzü olduğunu ve gerek uygulama şartları ve gerekse de etkileri bakımından aynı hukuki potada toplandıklarını, kısacası ahlaka aykırı kişilik özverilerinin kesin olarak hükümsüz olduğunu ifade etmektedir (Serozan, **Medeni Hukuk**, s. 462).

⁵⁴⁶ Başpınar, **a.g.e.**, s. 140 vd.

taahhütte bulunan kişinin ekonomik özgürlüğünü yok etmesi, ağır şekilde kısıtlaması veya ekonomik geleceğini tehlikeye atması gerekir⁵⁴⁷. Bu noktada bir kişinin ekonomik varlığını yok etme tehlikesinin mevcudiyeti de sözleşmenin ahlaka aykırı olarak nitelendirilmesi için yeterlidir⁵⁴⁸. Ancak ekonomik hürriyetin sınırlandırıldığı sözleşmelerde sınırlamanın ağırlığı ile sınırlama ile edilen yarar arasında uygun bir oranın, dengenin bulunup bulunmadığına da bakılmalıdır. Zira elde edilen yarar veya karşı edim, bu sınırlamanın hukuka aykırılığını ortadan kaldırılabılır⁵⁴⁹.

Miktar bakımından ahlaka aykırı ceza ve aşırı cezayı birbirinden ayırmak her durumda kolay değildir⁵⁵⁰. Sözleşmenin ahlaka aykırı olup olmadığının belirlenmesinde, edimin kapsamı, içeriği veya süresi dikkate alınacaktır⁵⁵¹. Yargıtay bir kararında İsviçre Federal Mahkemesi 29.4.1958 tarihli bir kararına da atıf yapmak suretiyle tacirin hayatını başka yolda düzenlemek, özellikle masraflarını azaltmak ve

⁵⁴⁷Başpınar, **a.g.e.**, s. 140; Kocağa, **a.g.e.**, s. 261. Bir sözleşme, kişinin ekonomik varlığını sürdürmesi için lazım gelen tüm araçları elinden alıyorsa TMK m.27/2'ye göre aykırı ve TBK m.27 kapsamında kesin hükümsüzdür (Mustafa Dural/ Tufan Ögüz, Türk Özel Hukuku, Cilt III, **Kişiler Hukuku**, 13. Baskı, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2018, s. 149).

⁵⁴⁸ Başpınar, **a.g.e.**, s. 140, dn. 169.

⁵⁴⁹Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş, **Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku**, Cilt 1, Yenilenmiş 14. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2018, s. 377.

⁵⁵⁰ Kocağa, **a.g.e.**, s. 123, Taylan, **a.g.m.**, s. 52. Fahiş tutar ile ahlaka aykırı tutar arasındaki çizginin anlaşılabilir olmadığından hareketle tacirler açısından fahiş cezanın indirilmesi için tacirin ekonomik açıdan çöküntüye uğramasına gerek olmadığına, makul hadde indirme için normun koruma amacından hareket edilmesi gerektiği ve fahiş cezanın ahlaka aykırı olup olmadığı tartışması yapılmadan değiştirilmiş kısmi butlanın yeğlenmesi gerektiğine ilişkin Yücel'in görüşleri için bkz. s.23.

⁵⁵¹ Başpınar, **a.g.e.**, s. 140; Kocağa, **a.g.e.**, s. 261.Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 27.06.2013 tarihli 2013/5922 E., 2013/12111 K. sayılı kararında "...Cezai şartın miktarı bakımından gerekli görüldüğünde davalının ticari defterleri üzerinde inceleme yaptırılıp yeni bir bilirkişi raporu alınarak belirlenen cezai şart toplamının davalının mahvına neden olup olmayacağı üzerinde durulmalıdır..."; Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 10.06.2010 tarihinde 2009/12903 E., 2010/7227 K. sayılı kararı kararında "...Kararlaştırılan cezai şart miktarı borçlunun ekonomik yönden mahvına neden olacak derecede yüksek ise o takdirde cezai şarttan indirim yapılabileceği Yargıtay'ca da kabul edilmektedir. Ne var ki, bu şekilde bir indirime gidilebilmesi için borçlunun ekonomik ve sosyal durumunun araştırılması, ticari defter ve kayıtları üzerinde muhasebe tekniği konusunda uzman bir bilirkişiye inceleme yaptırılması ve bu inceleme sonucunda indirime gerek bulunup bulunmadığının, gerek varsa hangi oranda indirim yapılması gerektiğinin değerlendirilmesi lazımdır. Bu hususların çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektirdiğinden HUMK' un 275. Maddesi uyarınca bilirkişinin görüşü alınmalıdır. Mahkemenin kendisini bilirkişi yerine koyarak bu konuda inceleme yapıp indirime gitmesi belirtilen yasa hükmüne aykırılık oluşturur. Kaldı ki, indirim oranının tayininde somut olayın özelliği, borçlunun sermayesi, mal varlığı, gelir ve gider dengesi, karlılık durumu gibi mali kriterlerin dikkatle irdelenip, değerlendirilmesi gerekmektedir. Mahkemece bu yönler üzerinde durulup, yeterli araştırma ve inceleme yapılmadan yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir... Aynı yönde kararlar için bkz. Yargıtay 19. HD., 07.03.2013 T., 2012/16814 E., 2013/4336 K. sayılı kararı; Yargıtay 15 HD'nin 23.3.2010 tarihli, 2009/1814 E. ve 2010/1643 K. sayılı kararı; Yargıtay 19 HD'nin 30.3.2007 tarihli, 2006/10269 E. ve 2007/3205 K. sayılı kararı (www.kazanci.com.tr)

bazı ihtiyaçlarından vazgeçmek mecburiyetinde kalmasının, ahlak ve adaba aykırılığın kabulü için yeterli olmadığını ifade etmiştir⁵⁵².

Doktrinde de borçlu tacirin sadece hayatını başka şekilde düzenlemesinin, masraflarını azaltmasının, birtakım ihtiyaçlarından vazgeçmek durumunda kalmasının ceza miktarının ahlaka aykırı olduğu anlamına gelmeyeceğini⁵⁵³, mahkemenin önüne gelen olayda işin değerini, tarafların özellikle borçlunun ceza koşulunun kararlaştırıldığı tarihteki ekonomik durumunu uzman bilirkişiler aracılığıyla tespit etmesi gerektiğini belirtmektedir⁵⁵⁴. Ancak ceza miktarı, taahhüt edildiği anda ahlaka aykırı derecede yüksek olmakla birlikte, ifanın talep edildiği tarihte enflasyon nedeniyle cezanın ahlaka aykırı derecede yüksek olduğu söylenemiyorsa, ceza koşulunun ahlaka aykırılık nedeniyle geçersiz olduğu kabul edilmemelidir⁵⁵⁵.

Yargıtay tarafından da tacirin ekonomik mahvına yol açacak derecede yüksek ceza koşulunun ahlaka aykırı olduğu yerleşik içtihat olarak kabul edilmiştir⁵⁵⁶.

⁵⁵² Yargıtay HGK'nın, 20.3.1974 tarihli, 1970/1053 E. ve 1974/222 K. sayılı kararı (www.kazanci.com.tr).

⁵⁵³ Arkan, **Ticari İşletme**, s. 160.

⁵⁵⁴ Arkan, **Ticari İşletme**, s. 160; Karahan, **a.g.e.**, s. 105. Aynı yönde bkz. Yargıtay HGK'nın, 20.3.1974 tarihli, 1970/1053 E. ve 1974/222 K. sayılı kararı (www.kazanci.com.tr).

⁵⁵⁵ Arkan, **Ticari İşletme**, s. 160, dn. 3; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 262. Kırkbeşoğlu, doktrinde cezanın aşırı olması ile ahlaka aykırı olmasının birbirinden farklı olduğunu kabul edilmesinin sonucu olarak "ahlaka aykırılık" tespitinde sözleşmenin kurulma anındaki şartların dikkate alınması gerektiği, "fahişlik" sınırının belirlenmesinde ise borcun ihlal edildiği andaki şartlara bakılması gerektiğini belirtmektedir (Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 305-306).

⁵⁵⁶ Yargıtay 19 HD'nin 1.3.208 tarihli, 2016/9422 E. ve 2018/1089 K. sayılı kararı; "...Mahkemece sözleşme hükümlerine ve hukuka aykırı olarak düzenlenen bilirkişi raporlarındaki hukuki yorumların hükme esas alınması doğru değildir. Mahkemece yapılacak iş, sözleşme hükümlerine göre davalının sözleşme hükümlerini ihlal edip etmediğini maddi vakıalara göre saptayıp, katkı payı iade sorumluluğu sözleşmeden kaynaklandığından, kısa süreli tutuklanmış olmasının da işletmeyi kapatması için mücbir sebep oluşturmayacağından, davacının davalıdan talep edebileceği katkı payı ve cezai şart miktarı yönünden mevcut mali müşavir bilirkişi raporunda yapılan hesaplamalar esas alınıp, talep edilen cezai şartın davalının ekonomik mahvına sebep olup olmayacağı da değerlendirilerek, talep edilen cezai şartın davalının ekonomik mahvına sebep olacak nitelikte olması halinde uygun bir indirim yapılarak varılacak uygun sonuca bir karar vermekten ibaret olmalıdır. Yukarıda açıklanan yönler gözetilmeden yanılgılı değerlendirme ile yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır..."; Yargıtay 11 HD'nin 30.11.2017 tarihli, 2016/6257 E. ve 2017/6784 K. sayılı kararı; " 6762 Sayılı TTK'nun 24. maddesi (6102 Sayılı YTTK'nın 22 madde uyarınca; "Tacir sıfatını haiz bir borçlu Borçlar Kanunu'nun 161. maddesinin 3. fıkrasında yazılı hallerde, fahiş olduğu iddiasıyla cezai şarttan indirim yapılmasını mahkemeden isteyemez." Ancak, kararlaştırılan cezai şart miktarının ekonomik yönden borçlunun mahvına sebebiyet verecek ölçüde yüksek olduğunun saptanması durumunda cezai şarttan makul oranda indirim yapılabileceği Yargıtay uygulamalarında kabul edilmektedir. Ne var ki, bu şekilde bir indirime gidilebilmesi için borçlunun ekonomik durumu yönünden ayrıntılı bir inceleme yapılması ve kararlaştırılan cezai şartı ödemesinin ekonomik yönden mahvına sebep olup olmayacağı hususunun belirlenmesi gerekmektedir."; Yargıtay 19 HD'nin 22.5.2017 tarihli, 2016/20657 E. ve 2017/4040 K sayılı kararında; "...Mahkemece bozmaya uyularak yapılan yargılama neticesinde; davacı ile davalı ... arasında düzenlenen

Yargıtay kararları uyarınca, ceza koşulunun ahlaka aykırı olup olmadığının tespiti için borçlu ve borçlunun işletmesinin durumu araştırılmalı, cezanın ifası sonrası tacirin ticari hayatını eskiden olduğu gibi devam ettirmesinin mümkün olup olmadığına bakılmalı ve mümkün değilse tacirin ekonomik mahvına neden olup olmadığı değerlendirilmelidir⁵⁵⁷. TBK m. 182/3 kapsamında cezanın aşırı olup olmadığının tespitinde kullanılan ölçütlerin ceza koşulunun ahlaka aykırı olup olmadığı noktasında da Yargıtay tarafından kullanıldığı görülmektedir. Yargıtay, tarafların iktisadi durumu, özel olarak borçlunun ödeme kabiliyeti ile beraber borcunu yerine getirmemiş olması dolayısıyla sağladığı yarar, borçlunun kusur derecesi ve borca aykırılığı ölçü olarak alınmak suretiyle, cezanın hak, adalet ve

sözleşmelerin diğer davalı ... tarafından müşterek borçlu müteselsil kefil sıfatıyla imzalandığı, davalı ...'ın tacir olup diğer davalı ...'ın tacir olduğuna dair delil sunulmadığı, davacının 24.087,60 TL kar mahrumiyeti isteyebileceği, 24.087,60 TL kar kaybının 01.07.2011 tarihinden itibaren değişen oranlarda avans faiziyle davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline, cezai şart yönünden Yargıtay bozma ilamına uyulmak suretiyle aynı konuda iki ayrı cezai şart kararlaştırılmış olması, ekonomik sözleşme özgürlüğünü ahlak ve adaba aykırı şekilde kısıtlamış olacağından sözleşmeden ayrı olarak taahhütnamede öngörülen cezai şartta ayrıca hükmedilemeyeceğinden yalnızca 31.000 USD cezai şartın hükme bağlanması gerektiği, cezai şartın davalıların ekonomik yönden mahvına sebep olacağı, bu itibarla cezai şart alacağından tenkis yapılması gerektiği gerekçeleriyle davalı ... yönünden 1/5 oranına, davalı ... yönünden 1/8 oranına kadar indirilmek suretiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiş, hüküm davacı ve davalı vekillerince temyiz edilmiştir.....2-) Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair itirazlarının reddi gerekmiştir.3-)TBK'nun 589/2-1 maddesi uyarınca kefilin asıl borç ile borçlunun kusur veya temerrüdünün yasal sonuçlarından sorumlu olduğundan ve kefilin sorumluluğunun asıl borçlu ile aynı miktarda olması gerektiğinden mahkemece cezai şart konusunda kefil olan davalı ... hakkında asıl borçluya oranla daha fazla indirim yapılması doğru görülmemiştir.”; Yargıtay 19 HD'nin 31.10.2017 tarihli, 2016/11562 E. ve 2017/7463 K. sayılı kararında; “...6102 Sayılı TTK'nun 22. Maddesine göre tacir sıfatına haiz bir borçlu fahiş olduğu iddiasıyla cezai şarttan indirim yapılmasını mahkemeden isteyemez. Ancak kararlaştırılan cezai şart miktarının borçlunun ekonomik yönden mahvına sebebiyet verecek derecede yüksek olduğunun belirlenmesi halinde hakimün uygun bir miktarda indirimde bulunabileceği Yargıtay kararları ile kabul edilmektedir. Ancak davalıların somut olayda böyle bir savunmaları olmadığı gibi davalıların mali durumlarının tespiti yönünde de bir inceleme yapılmadan cezanın indirilmesi doğru değildir. Ayrıca davalıların asgari alım taahhüdünü ihlal ettiği çekişmesizdir. Asgari alım taahhüdü ihlal edilen dönem sonrası mal verilmeye devam olunmuş ise önceki dönem yönünden asgari alım taahhüdünün ihlaline dair cezai şart istenemez ise de akdin haksız olarak davalılar tarafından feshedildiği dikkate alındığında fesih dönemine dair asgari alım taahhüdünün yerine getirilmemiş olması halinde bu dönem için cezai şart istenebileceğinin gözden kaçırılması da isabetsizdir...” Yargıtay 13 HD, 3.10.1988 tarih, 1988/2765 E ve 1988/4383 K. sayılı kararı; “...Ceza şartı miktarı davacı borçlunun iktisaden mahfına sebep olacak derecede bulunduğu takdirde ahlak ve adaba aykırılığı dolayısıyla geçersiz sayılmalıdır. Davacı tacir dahi olsa BK.nun 19 ve 20. maddeleri uyarınca ceza şartının geçersizliğini ileri sürebilir. TTK.nun 24. maddesi davacının böyle bir talepte bulunmasına engel değildir HGK. 20.3.1974, E: 1970/T-1053, K: 1974/222. Davacı tacir değilse, esasen BK.nun 161. maddesine göre cezasının fahiş olmadığı mahkemece re'sen göz önünde tutulmak gerekir. Ne var ki bu olayda ceza şartının niteliğinden ve alacaklı tarafından açılmış bir tahsil davası bulunmadığından ceza şartının BK.nun 161 /son maddesine göre fahiş olup olmadığı tartışma konusu yapılmaz....” (www.kazanci.com.tr)

⁵⁵⁷Karabağ Bulut, a.g.e, s. 198.

nesafet kurallarına uygun olarak tespit edilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁵⁵⁸. Yargıtay ayrıca asıl borcun ifa edilmesi halinde elde edeceği yarar ile cezanın ödenmesinin sağlayacağı yarar arasındaki makul adil ölçü, sözleşmeye aykırı davranılması yüzünden alacaklının uğradığı zararın da tespiti gerektiğini belirtmektedir⁵⁵⁹.

⁵⁵⁸Yargıtay 13 HD'nin 17.2.2003 tarihli, 2002/14711 E. ve 2003/1355 K. sayılı kararında "...Sözleşmenin tarafları, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde sözleşmenin konusunu ve cezai şartın miktarını belirlemede özgür iseler de, bu özgürlüğün sınırsız ve sonsuz olduğu söylenemez. BK.nun 19, 20, 160/2 maddeleri bu özgürlüğün sınırını çizmiş olup, TTK.nun 24. maddesi ile tacir olan şahsa ve akidine tanınmış olan bu sözleşme serbestisi, bütün sözleşmeler için sınır çekmiş olan anılan yasa hükümleri ile sınırlandırılmıştır. Cezai şart borçlunun iktisaden mahvına sebep olacak derecede ağır ve yüksek ise, adap ve ahlaka aykırı sayılarak tamamen veya kısmen iptal edilmesi gerekir. Ortada ahlak ve adaba aykırılık söz konusu olduğuna göre TTK.nun 24. madde hükmünün, bu genel müeyyidenin uygulanmasına engel sayılacağı düşünülemez. Bu açıklamalardan sonra somut olaya dönecek olursak, tacir olan davalıların murisi tarafından imzalanan 15.8.1998 tarihli Müşavirlik Protokolü'nün özel Hükümler" başlıklı 4. maddesinde, müşavirlik hizmeti ücretinin zamanında ödenmemesi durumunda her geçen gün için %10 cezai müeyyide uygulanacağı kararlaştırılmıştır. Temerrüt halinde alacağa uygulanması kararlaştırılan günlük %10 gibi fahiş cezai şartın yukarıda belirtilen yasal düzenleme ve ilkelere aykırı olduğunun kabulü zorunludur. Bu itibarla, günlük %10 cezai şartı içeren sözleşme hükmünün dikkate alınmamasında bir isabetsizlik yok ise de, acaba, bu sözleşme hükmünün, hiçbir anlam ve amacı yok mudur? Bu soru üzerinde önemle durmak gerekir. Özellikle somut olayda uyuşmazlık konusu cezai şart bir yerde temerrüt faizine ilişkindir. Tarafların sözleşme ile, yasal düzenlemelerin üzerinde temerrüt faiz oranı belirlemelerinde ise bir sakınca yoktur. Yeter ki, bu düzenleme BK.nun 19 ve 20 maddelerinde belirtilen sınırlamalar içinde kalmasına özen gösterilmiş olsun, bir başka anlatım ile taraflar makul seviyelerde olmak kaydıyla, yasal düzenlemelerle açıklanan oranların üzerinde temerrüt faizi kararlaştırılabilirler. Bu aynı zamanda sözleşme serbestisinin de bir gereğidir. Davalı taraf daha sözleşme kurulurken günlük %10 gibi bir cezai şart niteliğinde temerrüt faizini kabul etmiş ise artık, kendisinden yasa gereği istenebilecek oranın üzerinde temerrüt faizi ödemeyi kabul etmiş sayılmalıdır. Sonuç itibarıyla, tarafların bu yönde birleşen ortak iradelerine bir anlam ve değer verilmelidir. Böyle bir sözleşme hükmünü tamamen yok saymak mümkün değildir. O halde mahkemece tarafların iktisadi durumu, özel olarak borçlunun ödeme kabiliyeti ile beraber borcunu yerine getirmemiş olması dolayısıyla sağladığı yarar, borçlunun kusur derecesi ve borca aykırılığı ölçü olarak alınmak suretiyle, hüküm altına alınacak temerrüt faizi niteliğindeki cezai şartın hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun tespit edilmesi gerekirken, bu yönde hiçbir inceleme ve irdeleme yapmadan yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir...." denilmektedir (www.sinerjimevzuat.com.tr). Sözleşmenin kurulması anında mevcut olmayan, bilinmesi mümkün olmayan borca aykırılık, zarar miktarı gibi TBK 182/3 kapsamında kullanılan bir kısım ölçütlerin cezanın ahlaka, kişilik haklarına aykırı ve dolayısıyla kesin hükümsüz olup olmadığı değerlendirmesinde dikkate alınmasının kesin hükümsüzlük kurumunun doğasına uygun olmadığı söylenebilir. Nitekim ahlaka aykırılığın tespitinde sözleşme kurulduğu andaki şartların değerlendirilmesi gerekecektir. Ancak hak ve nesafet açısından somut olay özelinde bu ölçütlerin kullanılabileceği değerlendirilmektedir.

⁵⁵⁹Yargıtay 6 HD'nin 22.4.2010 tarihli, 2009/6629 E. ve 2010/4935 K. sayılı kararında; "...Her ne kadar TTK'nın 24. maddesi gereğince tacir sıfatını haiz borçlu BK'nın 161/3. maddesinde yazılı cezanın indirilmesini mahkemeden isteyemez ise de hükmedilecek cezanın ekonomik yönden davalının mahvına sebep olması halinde cezadan indirim yapılabileceği uygulamada kabul edilmektedir. Bir olayda, cezai şart miktarının fahiş olup olmadığı belirlenirken; tarafların ekonomik durumları, özel olarak borçlunun ödeme gücü, alacaklının, asıl borcun ifa edilmesi halinde elde edeceği yarar ile cezai şartın ödenmesinin sağlayacağı yarar arasındaki makul adil ölçü, sözleşmeye aykırı davranılması yüzünden alacaklının uğradığı zarar, borçlunun borcunu yerine getirmemek suretiyle sağladığı yarar, borçlunun kusur derecesi ve borca aykırı davranışının ağırlığı, ölçüt alınarak gerekirse bu konuda özel bilgisi olan bilirkişiden de yararlanılarak ve sonuçta hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun bir cezai şart miktarına hükmedilmelidir. Hakim, bu kuralı uygularken kullanacağı takdir hakkının, Yargıtay denetimine elverişli esaslara dayanması da zorunludur.

Mahkemenin bu hususlar üzerinde durmadan daha genel nitelikte bulunan TMK. 4. maddesine göre takdir hakkını kullanarak indirim yapması usul ve yasaya aykırı olduğundan hükmün bozulması gerekmiştir....” denilmiştir(www.sinerjimevzuat.com.tr). Bilindiği üzere TBK 325 ve 345. maddeleri, 6217 sayılı Kanun’un 6353 sayılı Kanun ile değişik Geçici Madde 2 hükmü ile kiracının Türk Ticaret Kanunu’nda tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralari açısından uygulanması 8 yıl süreyle ertelenmiş hükümler arasındadır. Anılan madde uyarınca ise kira sözleşmelerinde bu maddelerde belirtilmiş olan konulara ilişkin olarak sözleşme serbestisi gereği kira sözleşmesi hükümleri tatbik olunur. Bu kapsamda tacirle akdedilen işyeri kiralalarına konulan cezai şart hükümleri halihazırda da geçerlidir. Kira sözleşmelerinde hüküm olmayan hallerde mülga Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Tacirin kirası bakımından verilen kararlarda ise Yargıtay tarafından farklı değerlendirmeler yapılabildiği görülmektedir. Örneğin, Yargıtay 6 HD’nin 29.5.2014 tarihli, 2013/15121 E ve 2014/7081 K. sayılı kararında; “...Davacı vekili, dava dilekçesinde davalının müvekkiline ait işyerinde 22.10.2010 başlangıç tarihli ve beş yıl süreli sözleşme ile kiracı olduğunu ve sözleşmenin 7. maddesinin ikinci paragrafında belirtilen sürelerle uymadan kira sözleşmesini feshedip, kiralananı müvekkilinin haberi olmadan tahliye ettiğini ve 26.09.2011 tarihli ihbarname ile kiralananı tahliye ettiğini davacıya bildirdiğini, Sakarya 1. Sulh hukuk Mahkemesinin 2011/76 Değişik iş sayılı dosyası ile işyerini boşaltılmış olduğunun tespit edildiğini belirterek sözleşmenin 7.maddesi gereği kira sözleşmesi en erken 24 ayın sonunda feshedilebilecekken bu süreden 12 ay önce feshedilmesi sebebiyle davalı bakiye 12 aylık kira bedelinden sorumlu olup, şimdilik altı aylık kira bedeli 27.201,72.- TL ile yine aynı maddedeki düzenleme gereği 3 aylık cezai şart alacağı 13.600,86.- TL olmak üzere toplam 40.802,58.- TL’nin tahsilini istemiştir. Davalı vekili kiralananın yer aldığı alışveriş merkezinin gerekli müşteri potansiyeline ulaşmadığı gibi, yeterli reklam çalışmasının da yapılmadığını, davacının sözleşmedeki yükümlülüklerini yerine getirmemesi nedeniyle sözleşmenin haklı sebeple fesih edildiğini ve davanın reddini savunmuştur. Davaya dayanak yapılan ve hükme esas alınan 22.10.2010 başlangıç tarihli ve beş yıl süreli kira sözleşmesi konusunda taraflar arasında bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Sözleşmenin 7. Maddesinde "Sözleşmenin kiracı tarafından ancak en erken ikinci kira yılının (24 ay) sonunda ve 24. Aydan sonra herhangi bir zamanda kiraya verene gönderilecek bir yazılı ihbarname ile ihbarnamenin tebliğinden itibaren üç ay sonra geçerli olmak kaydıyla yazılı fesih beyanı ile sona erdirilebilir. Sözleşmeyi fesih süresine uymadan ve 24. aydan önce feshetmesi halinde kiracı 24. ayın sonuna kadarki tüm kira bedellerinden kayıtsız şartsız sorumlu olacaktır. Ayrıca üç aylık kira bedelini, cezai şart olarak kiraya verene nakden ve defaten ödeyecektir. Kiracı işbu kira sözleşmesi kapsamında kiralamadan itibaren 24 aydan sonra kira sözleşmesini, 3 ay önceden yazılı olarak ihbar ederek feshedebilir. Kiracının işbu sözleşme kapsamında taahhüt ettiği 24 aylık kira bedeli dışında, tazminat cezai şart, kira bedeli farkı vs. Gibi hiçbir taahhüdünün söz konusu olmadığı kararlaştırılmıştır. Davalı kiracı 26.09.2011 keşide 03.11.2011 tebliğ tarihli ihtarname ile kira sözleşmesinin 23.09.2011 tarihi itibarıyla feshedildiğini ve kiralananın da bu tarihte tahliye edildiğini bildirmiş ise de, davalının bu fesih ihtarı sözleşmesinin 7.maddesinde belirlenen sürelerle uygun değildir. Kiracının kira süresi sona ermeden kira sözleşmesini tek taraflı olarak feshederek kiralananı tahliye etmesi halinde kural olarak kira süresinin sonuna kadar kira parasından sorumludur. Bununla birlikte davacı kiralayanın da bu yerin yeniden kiralınması konusunda gayret göstermesi, böylece zararın artmasının önlenmesi için kendi üzerine düşen görevi yapması gerekir. Bu durumda davacının zararı, tahliye tarihinden kiralananın aynı koşullarla yeniden kiraya verilebileceği tarihe kadar boş kaldığı süreye ilişkin kira parasından ibarettir. Mahkemece taşınmazın taraflar arasındaki sözleşmedeki aynı koşullar ve kira bedeli ile yeniden ne kadar sürede kiraya verilebileceğinin bilirkişi aracılığıyla tespit edilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmadığı gibi kira sözleşmesinin 7. maddesinin son cümlesindeki düzenleme gereğince kiracının sözleşmeyi 24.aydan önce feshetmesi halinde 24 aylık kira bedeli dışında cezai şart vs. talep edilemeyeceğinden 3 aylık cezai şart alacağının reddine karar verilmesi gerekirken, bu istemin kabulüne karar verilmesi de doğru değildir”. Aynı dairenin 11.7.2012 tarihli, 2012/5538 E. ve 2012/10456 K. sayılı kararında “...Ancak, taraflar bu kuralın dışında bir kararlaştırma da yapabilirler. Sözleşmeye, haklı nedene dayalı olmayan tek taraflı fesih (erken tahliye) durumunda, kiracının kira süresinin sonuna kadar işleyecek kira paralarının tümünden sorumlu olacağı yolunda hüküm konulabilir; bu nitelikteki bir hüküm cezai şart niteliğindedir ve geçerlidir, tarafları bağlar. Kiracının tacir olmadığı hallerle sınırlı olarak, sadece ve ancak, Borçlar Kanunu’nun 161/ son maddesi çerçevesinde, cezanın indirilmesi söz konusu olabilir.” ifadeleriyle bu tür kayıtları cezai şart olarak nitelendiren Yargıtay’ın örnek kararında taşınmazın taraflar arasındaki sözleşmedeki aynı koşullar ve kira bedeli ile yeniden ne kadar sürede kiraya verilebileceğinin bilirkişi aracılığıyla tespit edilerek sonucuna göre karar verilmesi gerektiğine hükmettiği görülmektedir. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi’nin 09.04.2014 tarihli ve 2013/13008 E.

2014/4631 K. sayılı kararında “Taraflar arasında 09.07.2012 tarihli 3 yıl süreli kira sözleşmesi hususunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Kira sözleşmesinin 9. maddesinde “Sözleşmenin uzatılması yeni yapılacak sözleşme ile geçerli olup kısaltılması ya da sözleşmenin iptali durumunda bir yıllık kira bedeli kiralayan tarafından ödenecektir. Kiraya alan bunu peşinen kabul ve taahhüt eder.” düzenlemesi yer almaktadır. Mahkemece söz konusu sözleşme hükmü cezai şart olarak değerlendirilerek hüküm kurulmuş ise de, sözleşmedeki bu koşulun cezai şart olarak nitelendirilmesi somut olaya uygun düşmemiştir. Kira sözleşmesi davalı tarafından haksız şekilde feshedildiğine göre kural olarak kiracı, kira dönemi sonuna kadarki kira parasından sorumludur. Ancak TBK’nun 114. maddesi göndermesi ile aynı Kanun’un 52. maddesi uyarınca kiraya verenin de zararın artmasına neden olmaması gerekir. Davalı kiracının sorumluluğu kiralananın kira sözleşmesindeki bedel ve koşullarda yeniden kiraya verilebileceği süre kadardır. Esasen kanun koyucu bu kuralı 6098 sayılı TBK’nun 325. maddesiyle kanun hükmü haline getirmiştir. Kira sözleşmesine konu aracın yeniden kiraya verilip verilmediği üzerinde durularak ve kiralanan aracın aynı şartlarla ne kadar süre içinde kiraya verilebileceği gerektiğinde uzman bilirkişi aracılığıyla tespit edilerek, tespit edilecek bu makul süre kadar kira parasından davalının sorumlu tutulması gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ile karar verilmesi doğru olmadığından hükmün bozulması gerekmiştir.” ifadeleriyle sözleşmede yer alan hüküm bu sefer ceza koşulu olarak nitelendirilmeyerek yalnızca makul süre tazminatına hükmedilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Yargıtay 6 HD’nin 11.3.2014 tarihli, 2013/12626 E. ve 2014/2876 K. sayılı kararı; “... Davada dayanılan ve hükme esas alınan 17.01.2008 başlangıç tarihli ve 10 yıl süreli kira sözleşmesi konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Sözleşme ile davacıya ait alışveriş merkezi dahilindeki 309 nolu mağaza davalı firmaya kiraya verilmiştir. Davacı sözleşmenin davalı kiracı tarafından haklı bir nedene dayanmaksızın süresinden önce feshedildiğini belirterek, erken tahliye nedeniyle kira tazminatı ve cezai şartın tahsilini istemiştir. Sözleşmeye bağlılık ilkesi uyarınca taraflar sözleşme süresi ile bağlı olup kural olarak akdin süresinden önce ve haklı bir nedene dayanmaksızın feshi durumunda feshe maruz kalan taraftan tazminat miktarını sözleşmenin başlangıcında maktuen tayin etmiş olabilirler. Nitekim sözleşmenin 12/24.maddesinde erken fesih durumunda kiracının kira süresi sonuna kadar işleyecek olan kira bedelleri ile birlikte 100.000 Euro ceza ödeyeceği kararlaştırılmıştır. Uyuşmazlığa konu olayda davalı kiracı keşide ettiği 15.05.2009 tarihli ihtarda; sözleşme aşamasında alışveriş merkezinin yüksek düzeyde müşteri potansiyeline sahip bir AVM olarak lanse edildiği, ancak mecurun bir türlü istenen düzeyde ticari potansiyele sahip olamadığı, tahliye edilen ve kiraya verilemeyen yerler nedeniyle AVM’deki ticari hayatın beklenen düzeyde olmadığı belirtilerek akdin 31.05.2009 tarihi itibarıyla sonlandırılacağı bildirilmiş ise de feshin haklılığına ilişkin ileri sürülen olguların varlığı davalı tarafından kanıtlanabilmiş değildir. Bu durumda yukarıda açıklandığı üzere erken fesih nedeniyle kiraya verenin uğradığı kayıpların tazmini gerekir. Taraflar sözleşmede erken fesih durumunda ödenecek tazminat tutarını 100.000 Euro olarak belirlemişlerdir. Sözleşmenin tarafları ceza miktarını tayinde serbest olmakla birlikte hükmedilecek ceza tutarının hak, adalet ve nesafet kurallarına da uygun olması gerekir. Hakim borçluyu iktisaden sarsan ceza miktarını tenkisle mükellef olup hakim tarafından resen nazara alınması gereken bu hüküm açısından; borca aykırı davranılması yüzünden uğranılan zarar ile tayin edilen ceza tutarı arasında adalet ve hakkaniyet ölçüsünü zedeleyen bir fark bulunmamalıdır. Öte yandan TTK’nun 24. Maddesi gereğince tacir sıfatını haiz borçlu cezanın indirilmesini isteyemez ise de kararlaştırılan ceza tutarı borçlunun iktisaden sarsılmasını, çöküntüye uğramasını mucip olacak ise indirim isteyebileceği uygulamada kabul edilmektedir. Somut olayda kiralanan taşınmazın tahliye tarihinden itibaren üç aylık bir süre zarfından yeniden kiraya verilebileceği bilirkişi raporunda açıklanmıştır. Erken tahliye durumunda kiraya verenin maruz kaldığı zarar ile bu zararı karşılamaya matuf ceza miktarı arasında adalet ve hakkaniyet ölçüsünü zedeleyen bir fark bulunup bulunmadığı mahkemece irdelenerek bu yönde olumlu-olumsuz bir kanaat bildirilmediği gibi sözleşmede tayin edilen ceza tutarının davalının ticari işletmesinin boyutu itibarıyla borçluyu iktisaden sarsıntıya uğratacak derecede yüksek olup olmadığı da yeterince araştırılmış değildir. Mahkemece açıklanan bu yönler üzerinde durularak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile karar verilmesinde isabet görülmemiştir”. Anılan kararda da yeniden kiraya verilme süresini dikkate alarak mahkemenin zarar ile ceza miktarı arasında hak ve nesafete göre bir karar vermesi gerektiği ifade edilmiştir. Aynı yönde bkz. Yargıtay 6 HD’nin 11.3.2014 tarihli, 2013/ 11397 E ve 2014 / 2875K sayılı kararı. Ancak Yargıtay’ın mecurun kiralana bileceği makul süreyi değerlendirmede kararları da mevcuttur. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi’nin 08.12.2015 tarihli ve 2015/242 E. 2015/10838 K. sayılı kararında; “Mahkemece kira alacağının 7.340,55 TL, cezai şartın ise makul süre kirası ile sınırlı olarak 9.540,07 TL yönünden kısmen kabulüne karar verilmiştir...Kira sözleşmesi özel şartlar 3. maddesinde; kiracının kira dönemi sona ermeden faaliyetini durdurması sözleşmenin feshine neden

Taraflar arasında düzenlenen sözleşmelerde çoğunlukla ceza koşulu belirlendikten sonra, borçlunun ceza miktarını ifaya elverişli olduğunu ve cezanın indirilmesini talep etmeyeceğine ilişkin hükümlere yer verilmektedir. Uçar, ticari işlerde indirim caiz görülmesi dahi cezanın indirilebileceğine ilişkin sözleşmede hükme yer verilebileceğini ifade etmektedir⁵⁶⁰.

Tacirler açısından da ceza miktarı borçlu tacirin ekonomik mahvına yol açacak derecede yüksek ise ceza koşulunun geçersizliğine karar verilmesi gerektiği Yargıtay tarafından da kabul edilmekle birlikte, sözleşmede cezanın indirilemeyeceğine ilişkin hükümlerden yola çıkarak verdiği aksi kararlar da mevcuttur. Nitekim Yargıtay 11 HD'nin 10.3.1997 tarihli, 1997/1132 E. ve 1997/1439 K. sayılı kararında “.....*Dava; bayilik sözleşmesine aykırı hareket ettiği iddiasıyla, cezai şartın tahsili isteminden ibarettir. Mahkemece, cezai şartın fahiş olduğu gerekçesiyle, bu cezanın, BK.nun 161/3. maddesi gereğince indirilmesine karar verilmiştir. TTK.nun 24. maddesi hükmüne göre; tacirin, borçlu olduğu cezai şartın tenkisini istemesi mümkün değildir. Kaldı ki, taraflar arasında düzenlenen sözleşmenin 14 /son maddesinde de, kararlaştırılan cezanın indirilmesinin istenemeyeceği anlaşılmaya bağlanmış bulunmaktadır. Ayrıca, davalının bu konuda bir istemi olmadığı gibi, ekonomik yıkıntıya neden olacak ağır ve yüksek olduğu da, davalı tarafça ileri sürülmemiştir. Mahkemece, yukarıda açıklanan hususlar dikkate alınmadan yazılı olduğu şekilde cezanın tenkisi yoluna gidilerek hüküm tesisi doğru*

olması halinde kalan süreye ait kira bedeli kiracıdan tahsil edileceği kararlaştırılmıştır. Davalının şirket olması karşısında, özgür irade ile belirlenmiş bu şart geçerli olup tarafları bağlar. Bu sebeple davacının sözleşmenin 3. maddesi gereğince tahliye tarihinden sonrası için belirlenecek cezayı istemesine engel değildir. Bu durumda mahkemece tahliye tarihinden sonrası için sözleşmenin 3. maddesi gereğince hesaplanacak cezai şarta hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.” ifadeleriyle kiracının tacir sıfatı vurgulanarak cezai şartın makul süre kirası ile sınırlı tutulmaksızın ödenmesi gerekliliği hükme bağlanmıştır; Aynı yönde Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 18.01.2017 tarihli ve 2017/784 E. 2017/258 K. sayılı kararında “Sözleşmenin 4.maddesinde “Kiracı veya kiraya veren kontrat bitiminden evvel tahliye ettiği veya tahliyesini istediği takdirde bakiye kira bedelleri dışında üç aylık kira bedeli kadar karşılıklı olarak cezai şart ödemeyi ve bu cezai şartın fahiş olmadığını şimdiden kabul ve taahhüt eder. Aksi halde meydana gelen tüm zarar kira kaybı mahrumiyetinden mesul olduğunu şimdiden kabul eder” hükmüne yer verilmiştir...Bu düzenlemeler ışığında davalı kiracının tacir olduğunun dosyadaki evraklardan anlaşılması ve TBK 325. maddesinin tacirler için ertelenmiş olması karşısında sözleşme serbestisi hükümlerine göre tarafların sözleşmeye uymalarının gerektiği, davalı kiracı tarafından anahtar tesliminin ispatlanamadığı ve davaya konu taşınmazın 01.05.2010 tarihinde tahliye ve teslim edildiği hususunda tarafların mutabık olmadığının anlaşılmasına göre tacir olan davalının dönem sonuna kadar olan kiradan ve sözleşme serbestisi gereği cezai şarttan sorumlu olduğu bu defaki incelemeden anlaşılmalı...” ifadeleriyle sözleşme serbestisi çerçevesinde kiracının cezayı ödemekle yükümlü olduğu yönünde hüküm tesis edilmiştir(www.kazanci.com.tr).

⁵⁶⁰Uçar, a.g.e, s. 118-119.

görülmemiş ve kararın bu yönden bozulması gerekmiştir.” ifadelerine yer vermiştir⁵⁶¹.

TBK m.27 ve TMK m.23/2 kapsamında denetimin yapıldığı bir konuda tacirler arasında cezanın indirilmesinin istenemeyeceğine ilişkin bir hükmün yargılamada değerlendirmeye alınmaması gerektiği, ahlaka ve kişilik haklarına aykırı bir hükmün uygulanmasına tacir borçlu tarafından sözleşme ile izin verilmesinin/hakkından feragat etmesinin hukuki bir anlamının olmadığı, tacirin ceza ediminin miktarının ekonomik mahvına neden olacağını ileri sürmemesinin de mahkemenin bu konuda araştırma yapma yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağı sabit olduğundan Yargıtay’ın belirtilen kararına katılmak mümkün görünmemektedir.

Bazı durumlarda ise Yargıtay, ceza miktarının borçlu tacirin ekonomik mahvına neden olup olmadığını tartışmadan da ceza koşulunu geçersiz addedebilmektedir. Ceza koşulunun Anayasa’nın 18. Maddesinde düzenlenen angarya yasağına aykırı olması durumunda da ceza koşulu geçersiz kılınabilmektedir⁵⁶².

⁵⁶¹Yargıtay 15 HD’nin 16.06.2003 tarihli 2003/1184 E. ve 2003/3210 K. sayılı kararında; “....Öte yandan davalının, sözleşmedeki peşinatı iki adet ileri tarihli çekle almış olması, sözleşmeye aykırılık olarak değerlendirilebilir ise de, davalı bu şekilde bir ödemeyi kabul etmekle, peşinattan vazgeçmiş kabul edilmelidir. Esasen çeklere tarih konulmuş olması da, çeklerin ibraz edildiğinde ödenmesi gerektiği ve ödemelerin, tediye tarihlerindeki TC Merkez Bankası döviz alış kuru üzerinden TL. olarak yapılacağına dair sözleşme hükümleri, çeklerin bankaya ibraz olunup karşılıksız çıktığına dair bir delilin dosyada bulunmaması karşısında, böyle bir tediye şeklinin kabul edilmesi sözleşmeye aykırılık olarak düşünülmemiştir. Davalı, davacıya gönderdiği 17.4.1998 tarihli ek sözleşme tasarısında, programın ilk yayın tarihinin 15.6.1998 olmasını istemiştir, oysa bu tarihte de davalının Kanal D ile olan anlaşması yürürlüktedir. Aynı teklifte cezai şartın 2.500.000 USD olmasını kabul etmiştir. Sözleşmede, cezai şartın fahiş olduğuna itiraz edilemeyeceği, tenkisinin istenemeyeceği hususuna da yer verilmiştir. Bu nedenle cezanın tenkisi cihetine gidilemeyeceği de ortadadır.” ifadeleriyle sözleşmede tenkisin talep edilemeyeceğine ilişkin hükmün geçerli ve uygulanabilir olduğu sonucuna varmıştır. Öte yandan aynı kararda borçlunun cezanın indirilme imkanından önceden feragatinin geçersiz olduğu hususu vurgulanarak muhalefet şerhi konulmuştur “...15.4.1998 tarihli sözleşmeyi “sunucu” sıfatı ile davalı M.A.E. imzalamıştır. Davalı gerçek kişi TTK’nın kabul ettiği manada tacir olmayıp sanatçıdır. Sözleşmenin tarafları cezai şartın miktarını belirlemekte serbest iseler de hakim aşırı (fahiş) gördüğü cezai şart miktarını indirmekle mükellef olduğundan, hakkaniyet ölçüsüne göre BK. 161 /son madde hükmü gereğince sözleşmede yer alan 1.000.000 USD (Bir milyon Amerikan Doları) cezai şartın tenkisi gerekeceği, borçlunun cezai şartın indirilme imkanından önceden feragatinin geçersiz olduğu gözetilmeden sayın çoğunluğun yazılı şekilde bozma kararına muhalifim.” (www.kazanci.com.tr). TBK m.182/3’ün uygulama alanı bulabildiği bir durumda da sözleşmeye konulan hükümle bu haktan feragat edilemeyeceği gözetildiğinde bu karara da katılmak mümkün değildir.

⁵⁶²Arkan, **Ticari İşletme**, s. 161; Ateş, s. 270. Yargıtay 15 HD’nin 11.5.2000 tarihli, 1999/4655 E. ve 2000/234 K. sayılı kararı; “....3- 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

Bu noktada ahlaka, kişilik haklarına aykırı ceza miktarının yaptırımının tartışılması gerekmektedir. Kısmi hükümsüzlük yaptırımının uygulanabilmesi için sözleşme hükmünün bölündüğünde, yani hükümsüz olan kısmın sözleşmeden çıkarılması halinde geride anlamlı bir bütün oluşturacak bağımsız bir sözleşmenin kalması gerekir⁵⁶³. Ahlaka aykırı derecede tacirin ekonomik özgürlüğünü sınırlayan bir ceza koşulunun tamamını geçersiz kılmak yerine, TBK m. 27/2’de hüküm altına alınan kısmi hükümsüzlük yaptırımının uygulanarak sadece ahlaka aykırı kısmı geçersiz sayarak cezayı indirmenin mümkün olup olmadığına ilişkin ise doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüş TBK m.27/2’de yer alan “*Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının*” ifadesinden hem sözleşmenin içerdiği bireysel kısımları hem de borçlanılan edimin miktar itibarıyla bir kısmını anlamaktadır. Bu görüş, bölünebilir sözleşmelerde olduğu gibi miktar bakımından bölünebilir edimlerde de kısmi hükümsüzlük yaptırımının uygulanabileceğini kabul etmektedir. Bölünemez edim ve sözleşmeler açısından ise sözleşme tüm kısımlarıyla birlikte bir bütün arz ettiğinden kısmi hükümsüzlük yaptırımı uygulanamaz⁵⁶⁴. Bu görüş taraftarları ceza anlaşmasının sadece ahlaka aykırı kısmını hükümsüz kılmak suretiyle muhafazasının mümkün olduğu görüşündedir.

Diğer görüşe göre TBK m.27/2’deki “*Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının*” ifadesi ile amaçlanan sözleşmenin parçalarını oluşturan bireysel anlaşmalardır. Yalın sözleşmelerde sözleşme içeriğinin bir kısmını düzenleyen her bir kısmı “anlaşma” olarak adlandırılır⁵⁶⁵. Dolayısıyla satım, kira gibi yalın sözleşmelerde herhangi bir unsur düzenleyen bir anlaşma, sözleşmenin bir kısmını oluşturur. Madde hükmünden, edimin miktar olarak belli kısmı sonucu

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 -durduğu, 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 iktisadan 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).

⁵⁶³Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 606-607.

⁵⁶⁴Eren, s. 355. Aynı zamanda iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler açısından edim ile karşı edim arasında genetik ve fonksiyonel bir bütünlüğün varlığı nedeniyle kısmi butlan uygulanamaz. Kısmi butlan tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler ile eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde uygulanabilir (Eren, **a.g.e.**, s. 356).

⁵⁶⁵ Başpınar; **a.g.e.**, s. 63. Bileşik sözleşmelerde ise TBK m.27/2 anlamında sözleşmenin bir kısmı, bireysel sözleşmelerin her biridir (Başpınar; **a.g.e.**, s. 67 vd).

çıkarılamaz⁵⁶⁶. Bu anlamda da sözleşmeler esasında birden çok anlaşmadan meydana gelmektedir. Örneğin sözleşmede düzenlenen satılan mal, malın karşılığı para, ifa yeri, zamanı, cezai şart, faiz vb. hükümlerin her biri, sözleşmenin bir kısmı, her biri bir anlaşmadır⁵⁶⁷. Bu görüş uyarınca, sözleşmede yer alan edim miktarının ahlaka aykırı olması halinde edimin ahlaka aykırı olan kısmı ve ahlaka uygun olan kısmı şeklinde iki kısma ayrılması ve TBK m. 27/2 uyarınca sözleşmenin bir kısmı olarak değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır⁵⁶⁸. Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük görüşüne göre ise, kesin hükümsüz hükmün yerini geçerli bir hüküm geçirilerek TBK m.27/2 uygulanabilecektir; burada gerçek anlamda bir indirim yoktur⁵⁶⁹.

Ceza koşulunun, teminat altına aldığı asıl sözleşmenin unsuru olduğu ve sözleşmenin bir kısmını oluşturduğu ve asıl sözleşmenin parçası olan ceza koşulunun ayrıca bölünmesinin mümkün olmadığı hakim görüş tarafından kabul görmektedir⁵⁷⁰. Bu değerlendirme bağlamında da ceza koşulunun içeriğinin sakat olması halinde anlaşmanın tamamı hükümsüz olacaktır. Bu durumda da ceza ediminin miktarı tacir borçlunun ekonomik mahvına neden olacak derecede yüksek ise tamamen kesin hükümsüzdür⁵⁷¹.

Doktrinde tacir borçlunun, taahhüt ettiği ceza miktarının ekonomik mahvına neden olacağı durumlarda ceza koşulunun tamamen geçersiz sayılması yanında miktarın uygun düzeye indirilmesini de talep edebileceği kabul edilmektedir⁵⁷².

⁵⁶⁶ Başpınar, **a.g.e.**, s. 62.

⁵⁶⁷ Başpınar, **a.g.e.**, s. 63-64.

⁵⁶⁸ Başpınar, **a.g.e.**, s. 63.

⁵⁶⁹ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 608-609. Ancak bu hüküm uygulanmadan sözleşmenin yapılmayacağı anlaşılırsa, yani hüküm sübjektif açıdan esaslı nokta ise sözleşme tümü ile kanunda aksi düzenlenmemişse hükümsüz olur (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 610).

⁵⁷⁰ Bentele, s. 61; Hürlimann; Nr.159 vd. ; Gauch/Schluep/Schmid, Nr. 692; Scherrer, s. 89 vd (Naklen Kocaağa, **a.g.e.**, s. 263-264). Kocayusufpaşaoğlu, söz konusu görüşün klasik görüş olduğunu ve bu görüş uyarınca TBK m.27/2'nin uygulanmasının, kısmen geçersizliğin kabul edilmemesi nedeniyle, mümkün olmadığını ifade etmektedir (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 607).

⁵⁷¹ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 264. Aynı görüşte Çınar, **a.g.m.**, s. 105. Çınar makalesinde aşırı cezanın tacirin mahvına sebep olması halinde, ceza koşulunun tamamen hükümsüz kılınmaması gerektiğini, TBK m.182/3 uyarınca aşırı cezanın indirilmesini isteyemeyen tacir bu miktarı ödemek zorunda iken, ekonomik mahvına sebep olacak nitelikteki cezayı hiç ödememek suretiyle avantajlı konuma geçtiğini, bu nedenle de ahlaka aykırı olsa da tamamen kaldırılmadan, tarafların ve özellikle tacirin ekonomik durumuna, kusurun ağırlığına göre tacirin ödeyebileceği azami miktar üzerinden cezaya hükmedilmesi gerektiğini, bu çözümün “çoğun için de az da vardır” ilkesi ile dürüstlük kuralına da uygun bir çözüm olacağını ifade etmektedir (Çınar, **a.g.m.**, s. 105).

⁵⁷² Eren, **a.g.e.**, s. 1217.

Yargıtay tarafından da ahlaka aykırı ceza koşulunun hâkim tarafından tamamen ortadan kaldırılabilmesi veya makul düzeye düşürülebileceği içtihat edilmiştir⁵⁷³.

Eren, ceza miktarının tacir borçlunun ekonomik mahvına neden olması, bu nedenle de ticari kişilik hakkı ve hakkaniyete aykırı bir durum oluşması halinde hakimin ceza koşulu hükümlerine başvurmadan TBK m.27/2'yi uygulayabileceği veya koşulları varsa TBK m.182/e göre ceza miktarını da indirebileceğini ifade etmektedir⁵⁷⁴.

Oğuzman/Öz ise, ahlaka ve kişilik haklarına aykırı ağırlıktaki cezanın TBK m.27/2 uyarınca indirilemeyeceğini, anılan maddenin sadece tüm ceza koşulunun geçersizliği veya hem ceza koşulunun hem de tüm işlemin geçersiz sayılması sonuçlarından birine izin vereceğini, bu nedenle çözüm olarak TTK m.1530'un kıyasen uygulanması gerektiğini belirtmektedirler. Yine yazarlara göre bu çözüm yolunun dürüstlük kuralı ile TBK m.27/2'nin kısmen uygulanmasına dayandırılarak açıklanması da mümkündür⁵⁷⁵.

Hatemi'ye göre, burada gerçek olmayan bir boşluğun bulunduğu kabul edilerek TTK m.22'de yer alan engelleyici kuralın TMK m. 2 uyarınca düzeltilmesi yoluna gidilmelidir. Yazar, TMK m.1 uyarınca konulacak kural gereği ceza koşulunun tümü hükümsüz sayılmayıp TTK m.1530 uyarınca indirim yapılması gerektiğini ifade etmektedir⁵⁷⁶. Yazarın daha sonra yaptığı terim açıklamaları uyarınca burada “gerçek olmayan boşluk” değil “örtülü boşluk” mevcuttur⁵⁷⁷. Kırkbeşoğlu'na göre de, tacirin ekonomik mahvına yol açacak derecede yüksek cezanın indirilmesinde, TTK m.1530 hükmünün uygulanması gerekir. Hakim, indirimde esas alacağı kriterler bakımından ise TBK m. 182/3 hükmünü kıyasen uygulamalıdır⁵⁷⁸. Yine bazı yazarlarca dolanbaçlı yollardan çeşitli hükümleri uygulayarak cezayı indirmek yerine, doğrudan

⁵⁷³ Yargıtay HGK'nın, 20.3.1974 tarihli, 1970/1053 E. ve 1974/222 K. sayılı kararı; “Cezai şart borçlunun iktisaden mahvına 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.... ”(www.kazanci.com.tr.tr).

⁵⁷⁴ Eren, **a.g.e.**, s. 1217.

⁵⁷⁵ Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s.555.

⁵⁷⁶ Hatemi, **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 221, dn.113

⁵⁷⁷ Hatemi'ye göre gerçek olmayan boşluk ile örtülü boşluk kavramları birçok eserde karışmakla birlikte örtülü boşluk gerçek olmayan boşluğun alt kavramı değil ve fakat gerçek boşluğun alt kavramıdır. (Hüseyin Hatemi, **Medeni Hukuk'a Giriş**, Gözden Geçirilmiş 8. Bası, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2017, s.105-107)

⁵⁷⁸ Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 310.

TBK m.182/3 hükmünü uygulayarak madde uyarınca cezayı makul bir hadde indirmenin uygun olacağı ifade edilmektedir⁵⁷⁹.

Kocağa ise, TBK m.27/2'nin aslında ceza miktarının indirilmesinden ziyade ya tüm ceza koşulunun ya da ceza koşuluyla birlikte asıl borç ilişkisinin geçersiz olmasına neden olacağından, böyle durumlarda cezanın indirilmesine ilişkin çözümün TTK m.1530/1'in kıyasen uygulanması olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁵⁸⁰. Ateş de, ahlaka aykırı sayılan ceza koşulundan kaynaklanan edimi indirim imkanının temelini TBK m.27/2'de düzenlenen kısmi hükümsüzlükten almadığını, cezanın indirilmesinin TTK m. 1530'un kıyasen uygulanması suretiyle değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük ile sağlanabileceğini ifade etmektedir. Yazar bu görüşünün gerekçesini, miktar bakımından bölünebilir edimlerde kısmi hükümsüzlüğün uygulanabilmesine dayandırmaktadır⁵⁸¹. Bu görüşlerin yanında tacirlerin TBK m.27 hükmünden faydalanmak suretiyle aşırı ceza koşulunun ahlaka aykırılık nedeniyle tamamen geçersiz olmasını sağlayabilecekleri, TBK m.27'nin TTK m.22'den önce uygulanan bir hüküm olduğu ve TTK m.22'nin emredici bir hüküm olan TBK m. 27 hükmüne tabi olduğunu ifade eden görüşler de mevcuttur⁵⁸².

Son olarak TTK m.22 ile tacirin TBK'nın 182/3 hükmünden faydalanması engellenmiş olduğundan, borçlu tacirin iradesini sakatlayan nedenlerin mevcut olması halinde sözleşmenin iptalini (TBK m.30 vd) talep etmesi ve böylelikle miktar olarak yüksek cezayı ödemekten kurtulması mümkündür. Ancak tacir borçlunun aşırı yararlanma hükümlerine başvurması, ceza koşulu bir karşı edim karşılığında taahhüt edilmiş bulunmadığından mümkün değildir (TBK m.28)⁵⁸³.

⁵⁷⁹ Arkan, **a.g.m.**, s. 98.

⁵⁸⁰ Kocağa, **a.g.e.**, s. 264.

⁵⁸¹ Ateş, **a.g.e.**, s. 271.

⁵⁸² Fatih Bilgili/Ertan Demirkapı, **Ticaret Hukuku Bilgisi**, 13. Bası, Ocak, Dora Yayıncılık, 2018, s. 65.

⁵⁸³ Bilge, **a.g.e.**, s. 114; Arkan, **a.g.m.**, s. 98; Eren, **a.g.e.**, s. 1218; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 555; Çınar, **a.g.m.**, s. 106. Aksi görüş bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 357; Karayalçın, **a.g.e.**, s. 221. Birsell, Arkan ve Poroy/Yasaman, tacirin gabinle ilgili hükümlere sözleşmeyi zor durumda kalarak yapmak durumunda kalmışsa başvurulabileceğini ifade etmektedir (Arkan, **Ticari İşletme**, s. 159; Birsell, **a.g.e.**, s.160; Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 145-146).

SONUÇ

Türk Hukukunda aşırı cezanın indirilmesi konusunun irdelendiği işbu tezde indirim kurumuna ilişkin hususlara yer vermeden önce genel olarak ceza koşuluna ilişkin bilgilere yer vermekte fayda görülmüştür. Ceza koşulunu kısaca borçlunun borcunu tam veya gereği gibi ifa etmemesi halinde, alacaklıya ödemeyi kabul ettiği ceza hususundaki anlaşma olarak nitelendirmek mümkündür.

Tezde ceza koşulunun amacı değerlendirilmiştir. Ceza koşulunun amaçları konusunda doktrinde farklı görüşler olsa da, ceza koşulunun asıl amacının borçluyu ifaya zorlamak ve borcun ifa edilmemesi halinde doğacak zararı önceden ve götürü olarak tespit etmek olduğunu söylemek mümkündür. Ceza koşulunun amacının belirlenmesi, özellikle, cezanın indirilmesi noktasında hakimin kullanması gereken ölçütlerden biri olarak kritik önemi bulunmaktadır.

Ceza koşulunun unsurlarının değerlendirilmesi de cezanın indirilmesi noktasında ilk önce değerlendirilmesi gereken hususlardandır. Nitekim hukuki açıdan ceza koşulu olarak değerlendirilemeyecek bir sözleşme hükmü yoksa ceza koşulunun indirilmesi kurumunu işletmek de kural olarak mümkün olmayacaktır. Bu bakımdan da işbu tezde ceza koşulunun unsurları değerlendirilmiş olup, ceza koşulunun varlığından söz edebilmek için geçerli bir asıl bir borcun bulunması, ceza olarak kararlaştırılan edimin asıl borçtan ayrı bir edim olması, ceza koşulu ile asıl borç arasında aslilik-ferilik ilişkisi bulunması, cezanın düzenlendiği hukuki işlemin ise sağlar arası işlem olması gerekmektedir.

Tezde ceza koşulunun türlerine yer verilmiş olup her ne kadar dönme cezası kanun sistematığında ceza koşulu altında düzenlenmiş olsa da ceza koşulunun amacı olan asıl borcun ifasını güçlendirme amacının aksine, borcun ifasını zayıflatıcı bir rolü bulunduğundan gerçek anlamda bir ceza koşulu değildir. Bu açıdan da isabetli olarak hakim görüş, dönme cezasının indirilemeyeceği noktasındadır.

Cezanın indirilmesinde amaç, tarafların menfaat dengesini korumak, istismarı önlemektir. Burada TBK m.182/3 uyarınca hakime olağanüstü bir yetki ile, sözleşmeye müdahale etme görevi verilmiştir. Üstelik söz konusu hüküm emredici

olduğundan, taraflarca aksinin kararlaştırılması, bu haktan önceden feragat edilmesi de mümkün değildir. İndirim kurumunun hukuki niteliği doktrinde oldukça tartışılmıştır. Doktrinde, indirimin hukuki niteliği kesin hükümsüzlük, iptal, sebepsiz zenginleşme, ortalama yaptırım, yargısal yenilik doğuran hak, değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük, düşey kısmi hükümsüzlük ile açıklanmaya çalışılmıştır. Doktrin görüşleri bakımından bir değerlendirme yapmak gerekirse, cezanın aşırı olup olmadığı, borca aykırılığın ağırlığı, kusur oranı, zarar gibi sözleşmenin kurulması aşamasında belli olmayan bir kısım ölçütlerin değerlendirilmesi sonucu tespit edilecektir. Bu durum da kesin hükümsüzlüğün hukuki mahiyetine uygun düşmemektedir. Ayrıca indirim hakkının dava veya defî şeklinde ileri sürülmesi zorunlu da olmadığından indirim hakkını yargısal yenilik doğuran hak olarak nitelendirmek de kanaatimizce mümkün değildir. Açıklanan nedenlerle kanaatimizce TBK m.182/3’de düzenlenen indirim hükmünü, doktrinde tartışılan hukuki kurumlardan bağımsız, kendine özgü bir hukuki kurum olarak değerlendirmek daha doğru bir yaklaşım olacaktır.

Cezanın indirilebilmesi için, doktrinde bir kısmı tartışmalı olmakla birlikte, aranan bir kısım koşullar mevcuttur. Öncelikle gerçek ve geçerli bir ceza koşulunun taraflar arasında kararlaştırılmış olması gerekir. Ceza koşulunun kendisi geçersiz veya asıl borç geçersiz ise ceza koşulu da geçersiz olacağından, aşırı ceza ediminin indirilmesi de söz konusu olmayacaktır. Ceza koşulu olmasa bile ceza koşulunda indirime ilişkin hükmün kıyasen uygulandığı durumlar mevcuttur. İlk olarak TBK m. 181’de ceza koşuluna ilişkin hükümlerin dönme durumunda ifa edilmiş olan kısmın alacaklıya kalacağını öngören sözleşmelere de uygulanacağı öngörülmüştür. Kıyasen uygulamanın kabul edildiği ikinci durum, faiz veya iratların ya da bağışlanmış paranın ödenmesinde temerrüde düşen borçlunun icra ve mahkemeye başvurulmadan önce de temerrüt faizi ödeyeceğini taahhüt etmesidir. Kanun tarafından düzenlenmemekle birlikte cezanın indirilmesine ilişkin hükmün bağımsız (gerçek olmayan) cezai şartlara da kıyasen uygulanması ve indirime tabi tutulması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir.

Cezanın talep edilebilmesi için onun muaccel olması gerekmektedir. Muacceliyet şartları sözleşmede kararlaştırılmış ise öncelikle sözleşme hükümlerine göre cezanın muacceliyet anı tespit edilmelidir. Taraflar mucceliyet şartlarını sözleşmede düzenlemek suretiyle borçlunun sorumluluğunu artırabilir veya

azaltabilirler. Belirtmek gerekir ki, ceza ödeme borcu muaccel olmadıkça ne borçlu cezanın indirilmesini isteyebilir ne de hakim indirme kararı verebilir. Ceza muaccel olmadıkça bağımsız bir alacak olmadığından hukuki yararın olmadığı kabul edilmektedir.

Cezanın indirilmesi için doktrinde bir kısım yazarlar ceza ediminin ifa edilmemiş olması gerektiğini ifade etmektedirler. Kanaatimizce emredici bir hüküm olan TBK m.182/3'e aykırı olarak anlaşma yapılmasının mümkün olmaması ve/veya ceza aşırı iken ödenmesi halinde iadenin söz konusu olamayacağına ilişkin açık bir kanun hükmünün de yer almadığı göz önünde tutulduğunda, ödemenin yapılmış olmasının, borçlunun aşırı cezayı indirim talebinden feragat ettiği anlamını taşıması ya da daha önemlisi hakimın aşırı cezayı indirim görevinin ifa ile ortadan kalktığını savunmak güçtür. Gerçekten de borçlunun aşırı olan cezayı tamamen ödemesinin, cezanın borçlu açısından aşırı olmadığı anlamına geldiği söylenebilecek olsa da bu tespit mutlak değildir; her somut olay bazında değerlendirme ve araştırmaya muhtaçtır. Nitekim borçlu, kendisini oldukça zor duruma düşürecek olsa da icra tehdidi altında iken ya da hataen ödeme yapmak durumunda kalmış olabilir. En yüksek sınıra indirmeyi düzenleyen TTK m1530'da da sınırı aşan edimlerin hata ile yerine getirilmesi halinde iade alınacağına ilişkin açık hüküm mevcuttur ve temelde istismarı önleme amacı taşıyan TTK m.1530 ile TBK m.182/3 hükümleri açısından aynı çözümün benimsenmesi uygun olacaktır. Ancak TBK m.182/3 kapsamında aşırı cezanın ifası sonrası iadeye ilişkin açık hüküm bulunmadığından sebepsiz zenginleşme hükümleri kapsamında değerlendirme yapılmalıdır. Zira ödemenin yapılması ile ceza miktarının aşırı olmaktan çıktığı kabulüyle devam edildiğinde, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre ödemenin iade alınması şartları dahi değerlendirmeye tabi tutulmadan talebin reddedilmesi gerekecektir ki; bu sonuç TBK m.182/3'ün düzenlenme amacına uygun değildir.

818 sayılı Kanun döneminde indirim için borçlunun talepte bulunması konusunda madde lafzından dolayı doktrinsel tartışmalar bulunmakla birlikte 6098 sayılı TBK döneminde madde lafzından dolayı hakimın aşırı gördüğü cezayı kendiliğinden talep olmaksızın indirebileceği doktrin tarafından kabul edilmektedir. Yargıtay uygulaması da hükmün kamu düzeninden olduğu kabulüyle gerek eBK döneminde gerekse de TBK döneminde bu yöndedir. Kanaatimizce gerek 818 sayılı

Kanun ve gerekse TBK döneminde hakime verilen bu görev emredici olduğundan borçlunun talebi olmaksızın aşırı cezanın indirilmesi gerekmektedir.

Kanunda aşırılığın tespiti konusunda bir ölçüt bulunmamaktadır. Ancak doktrin ve yargı içtihatları incelendiğinde, sözleşmenin niteliği ve süresi, borçlunun kusuru, sözleşmenin ihlalinin dolayı alacaklının uğradığı zararlar, alacaklının ortak kusuru, taraflar arasındaki menfaat dengesi, kusurun derecesi, tarafların sözleşmedeki üstünlüğü, tarafların ekonomik durumları, borcun tarafların ekonomik özgürlüğü üzerindeki etkisi, tarafların ceza koşulu belirlerken içinde bulundukları durum, ceza koşulu ile elde edilmek istenen menfaat yani ceza koşulunun sözleşmedeki fonksiyonu gibi ölçütler aşırılığın tespitinde faydalanılabilecek ölçütler arasında sayılabilir. Hâkim adalet ve hakkaniyet esaslarına uygun olarak cezanın aşırı olup olmadığını tespit etmelidir. İndirim yaparken ana kuralın sözleşme serbestisi olduğu unutulmamalı, indirime ilişkin olağanüstü yetki, hakim tarafından ölçülü kullanılmalıdır.

Cezanın aşırılığı tespit edilirken hem öznel hem de nesnel koşullara bakılmalı; ceza miktarının nesnel olarak yüksek olması yanında bu yüksekliğin tarafların öznel durumu bakımından da adalet ve hakkaniyete aykırı olması halinde aşırı cezanın indirilmesi gerekmektedir. Ancak alacaklının zararının üstünde ceza tutarının belirlenmiş olması, cezanın aşırı olduğu ve mutlaka indirilmesi gerektiği anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla ceza ile zarar arasındaki dengenin alacaklı lehine olması, aşırı olmadığı sürece cezanın indirilmesi sonucu doğurmayacaktır. Aşırılığın tespitinde hangi anın dikkate alınacağı konusunda bazı yazarlar, ceza koşulunun kararlaştırıldığı anın, bazı yazarlar ceza ödeme borcunun muaccel olduğu anın dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir. Bu konudaki bir diğer görüş ise olayın özellikleri dikkate alınarak değişik zamanların aşırılığın tespitinde esas alınmasını önermektedir. Dava tarihinin esas alınması gerektiğini ya da hükmün tesis edildiği anın dikkate alınması gerektiğini öneren yazarlar da mevcuttur. Kanaatimizce de tarafların ekonomik durumunu değerlendirebilmek açısından hükmün tesis anının aşırılığın tespitinde dikkate alınması faydalı olacaktır.

Aşırı cezanın indirilmesi konusunda ayrı bir mahkeme belirlenmemiş olduğundan, genel hükümler uyarınca yetkili ve görevli mahkeme tayin edilecektir. Kanunda bu konuda açık bir hüküm bulunmasa da cezanın indirilmesi hususunda

tahkim yoluna gidilebilir. Önüne gelen davada borçlunun talebi olmasa dahi hakim, aşırı cezayı indirecektir. Borçlu, hakimin aşırı cezayı indirim görevi baki kalmakla birlikte, isterse ikame edeceği bir davayla indirim talep edebilir veya alacaklı tarafından ikame edilen davada cezanın aşırı olduğunu, indirilmesi gerektiğini ileri sürebilir.

Hakim HMK m.26/1’de düzenlenen taleple bağlılık ilkesi gereği, ceza miktarını talep edilen indirim miktarın altına indiremeyecektir. Ancak alacaklı tarafından açılan davada, borçlu cezanın aşırılığını ileri sürerse belli bir miktar göstermek durumunda değildir.

İndirim kararının hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlarca kararın açıklayıcı niteliği bulunduğu ifade edilmekteyse de hakim görüşe göre cezanın indirilmesi davası sonucu verilen karar, nitelik bakımından inşai karardır. Bu bağlamda mahkeme kararının kesinleşmesiyle birlikte ceza, artık taraflarca kararlaştırılmış olan miktar üzerinden değil, hakim tarafından belirlenen miktar üzerinden geçerli olacaktır. Cezanın indirilmesine yönelik olarak tesis edilen mahkeme kararı geçmişe etkili olarak hüküm ve sonuç doğurur.

Tacir sıfatına haiz bir borçlunun, ticari işletmesiyle ilgili bir borçtan dolayı taahhüt ettiği ceza, aşırı olsa dahi TTK m.22 uyarınca indirilmesi mümkün değildir. Tacir basiretli olmak durumunda olduğundan onun için özel bir koruma sağlamak gereksiz olacaktır. Ancak TTK m. 22 nedeniyle tacirin taahhüt ettiği ceza edimini her durumda ödemekle yükümlü kılınması da genel hükümler kapsamında doğru olmayacaktır. Borçlu tacirler tarafından belirlenen ceza koşulunun TBK m.27 ve TMK m. 23/2 hükümlerinin denetiminde olduğu kabul edilmektedir. Yargıtay tarafından da tacirin ekonomik mahvına yol açacak derecede yüksek ceza koşulunun ahlaka aykırı olduğu yerleşik içtihat olarak kabul edilmiştir.

KAYNAKÇA

Akıntürk, Turgut / Ateş, Derya, Borçlar Hukuku, 27. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık 2018

Akipek, Jale / Akıntürk, Turgut / Ateş, Derya Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Cilt 1, Yenilenmiş 14. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2018

Akkayan Yıldırım, Ayça; “Cezai Şartın İşlevi Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.LXI, S.12, 2003, s.357-414.

Ansay, Sabri Şakir; Hukuk Yargılama Usulleri, 7. Bası, Ankara 1960

Antalya, Gökhan; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I. İstanbul, Legal Yayınevi, 2015

Arkan, Azra; “Cezai Şart”, İstanbul Barosu Dergisi, 1997, cilt 71, sayı 1-2-3, s. 77-103.

Arkan, Sabih; Ticari İşletme Hukuku, 24. Bası, Ankara Ankara Bankacılık ve Ticaret Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2018 (Ticari İşletme Hukuku)

Arsebük, Esat; Borçlar Hukuku C.1-2, Ankara, Güney Matbaacılık, 1950

Arsebük, Esat; Cezai Şart Mefhumu Etrafında Tahliller(Tahliller), Adliye Ceridesi, S. 16, Nisan 1936, s. 987-1001.

Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder / Taşpınar Ayvaz, Sema; Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2017,

Arslanlı, Halil; Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumi Hükümler, 3. Bası, İstanbul, 1960

Aşçıoğlu, Çetin; “Yargıtay Kararlarında Cezai Şart- Geçersiz Sözleşmelerde (Biçim Koşulu Açısından) Ceza Koşulu, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIV, Ankara 1997, s. 112-138

Atamer, Yeşim; Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi 1. Bası, Ağustos 1999

Ateş, Derya; Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, Ankara Turhan Kitabevi, 2007

Aydoğdu, Murat; “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı” Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 13, Sayı: 2, 2011, s.1-50 (Basım Yılı: 2013)

Bahtiyar, Mehmet; Ortaklıklar Hukuku, 12. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2017

Bahtiyar, Mehmet; Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş 19. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2018.

Başpınar, Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara, Bankacılık ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, 1998.

Battal, Ahmet, Tacirin İş Kanununa Tabi Bir Sözleşmeden Doğan Cezai Şart Borcuna TK 24(İndirim Yasağı) Uygulanabilir mi? BATIDER 1999, C.XX, S.2, s. 15-23

Berki, Osman, “Pey Akçesi, Rücu Tazminatı ve Cezai Şart (Mukavele Cezası) Etrafında Tetkikler”, İBD 1943, C.XVII, S.5. s. 279-303.

Bilge, Necip; Cezai Şart, Esat Arsebük Armağanından Ayrı Bası, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1957, s.37-128.

Bilgili, Fatih / Demirkapı, Ertan; Ticaret Hukuku Bilgisi, 13. Bası, Ocak 2018

Bingöl, İtir, Temerrüde Düşen Borçlunun Ödeyeceği Tazminat Miktarına, Alacaklının 3. Kişiye Ödeyeceği Cezai Şartın Etkisi, Prof. Dr. Mualla Öncel’e Armağan, Cilt II, Ankara 2009, s. 1399-1415.

Birsel, Mahmut T.; Ticari İşletme Hukuku, C.I., İzmir, 1970,

Birsen, Kemaleddin; Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1967

Bozer, Ali / Göle, Celal; Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, Ankara, Bankacılık ve Ticaret Araştırma Enstitüsü ,2017

Buz Vedat; Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005

Çınar, Ömer; Türk Borçlar Kanunu ve Alman Medeni Kanuna Göre Cezai Şartın İndirilmesi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi, Yıl:8 Sayı; 16, Güz 2009, s. 93-115.

Dalamanlı, Lütfi / Kazancı, Faruk/ Kazancı, Muharrem; İlmi ve Kazai İçtihatlarla Açıklamalı Borçlar Kanunu, C. II, İstanbul 1990.

Demir, Fevzi “Karar İncelemesi, Temsilcinin Sözleşmesinin Feshinde Kötüniyet Tazminatı ve Cezai Şart”, Kamu İş Dergisi, C.9, S.1/2007, s. 29- 51.

Demir, Mehmet, “Cezai Şart Kaydına Genel İşlem Koşulları Arasında Yer Verilmesi Sorunu”, Prof. Dr. Şeref Gözübüyük’e Armağan, Ankara 2005, s. 437-447.

Develioğlu, Murat, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Yer Alan Ön Ödemeli Satım Sözleşmesi ile İlgili İsviçre Öğretisinde Yapılan Bazı Açıklamalar ve Bu Açıklamaların Türk Hukuku Açısından Kısaca Değerlendirilmesi”, Doç. Dr. Melike Batur Yamaner’in Anısına Armağan, Cilt II, 2014/2, s.909-925.

Dirican, Gökhan; Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007.

Doğanay, İsmail; Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Cilt I, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2004

Dural, Mustafa / Öğüz, Tufan; Türk Özel Hukuku, Kişiler Hukuku, Cilt III, 13. Baskı, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2018.

Düzceer Rıza; Pey Akçesi ve Zımanı Rücu, Adalet Dergisi, Yıl: 47(1956), Sayı:3, s.342-354.

Edgü, Ekrem; Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, Balkanoğlu Matbaası, 1965.

Ekinci, Hüseyin; Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004

Erdem, Mehmet, “Pey Akçesi-Pişmanlık Akçesi- Dönme Tazminatı”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, Cilt 1, İstanbul 2009, s.663-684, (Dönme Tazminatı).

Erdem, Mehmet, “DelendaEstCarthago (VelStipulatioPoenae)”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, Cilt 2, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, s.321-328 (DelendaEstCarthago).

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları 2018.

Eriş, Gönen; Ticari İşletme ve İşlemler, Cilt I, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017,

Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-II, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1977.

Göktürk, Hüseyin Avni; “Cezai Şart Müessesesi”, İzmir Barosu Dergisi, Sayı 1-13, 1938, s. 397-406.

Gönensay, Saim, “Mukavelelerin Hakim Tarafından Tadil veya Feshi”, Prof. Dr. Cemil Birsell’e Armağan, İstanbul 1939, s.161-171.

Günay, Cevdet İlhan, Cezai Şart, Ankara 2002.

Günay, İlhan Cevdet, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 2012.

Güral Jale; Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanunun Sistemi, Ankara 1953

Hatemi, Hüseyin, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1976.

Hatemi, Hüseyin / Gökyayla, Emre; Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4. Bası, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2017

Hatemi, Hüseyin; Medeni Hukuk’a Giriş, Gözden Geçirilmiş 8. Bası, İstanbul Oniki Levha Yayıncılık, 2017,

Helvacı, Mehmet; Para Borçlarında Faiz Kavramı, İstanbul, 2000

İnan, Naim A. / Yücel, Özge, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenip Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2014.

Kanık, Tahir; Cezai Şart, Adalet Dergisi, Ağustos, 1950, Sayı 8, s. 1071-1082.

Kaplan, İbrahim, Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, 2. Baskı, Ankara, 2007.

Karabağ Bulut, Nil; Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2014,

Karagöz, Veli; İş Sözleşmesinde Cezai Şart, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006.

Karahan, Sami; Ticari İşletme Hukuku, 27 Baskı, Konya 2015

Karahasan, Mustafa Reşit, “Para Borçlarında Cezai Şart” (Cezai Şart), İBD 1966, Medeni Kanunun 40. Yılı Özel Sayısı, s. 469-494.

Karahasan, Mustafa Reşit, “Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt 2, Ankara Beta Yayıncılık, 2003

Karayağcın, Yaşar; Ticaret Hukuku Cilt. I. Giriş-Ticari İşletme, 3. Baskı, Ankara 1968

Kayak, Sevgi; “Roma Hukukunda Cezai Şart”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXIV, S.1, 2006, s. 237-257.

Kılıç, Şebnem, “İş Sözleşmelerinde İbraname ve Cezai Şartın Türk Borçlar Kanunu Açısından Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan, Cilt II, İstanbul 2014, s.2829-2867.

Kılıçoğlu, Ahmet; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 22. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, 2018

Kırkbeşoğlu, Nagehan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Uyarlanmış Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2011.

Kocaağa, Köksal, Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, Ankara 2003.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip; “Değişik Kısmi Hükümsüzlük” ve “Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük” Kavramları İle İlgili Düşünceler, Prof. Dr. Selim Kaneti’ye Armağan, İstanbul 1996, s. 25-33.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip / Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Cilt I, 7. Bası, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2017,

Kunter, Nurullah; Fahiş Cezai Şartlar, Adliye Ceridesi Dergisi 1940, s. 971-983.

Kuru, Baki; İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2018.

Nomer, Haluk; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 15. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2017

Nomer Ertan, Füsün “İş Aktinden Doğan Cezai Şart Hükümlerine TTK m. 24 Uygulanır mı?” Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, Cilt 1, İstanbul 2007, s. 29-37.

Oğuzman, M. Kemal/ Öz, Turgut; Borçlar Genel Hükümler, Cilt.I, Gözden Geçirilmiş 16. Bası, İstanbul Vedat Kitapçılık, 2018,

Oğuzman, M. Kemal / Öz, Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, Gözden Geçirilmiş 14. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018

Oğuzman, M. Kemal / Barlas, Nami; Medeni Hukuk, 24. Bası, İstanbul, Vedat Yayıncılık 2018,

Oğuzman, M. Kemal / Seliçi, Özer / Oktay Özdemir, Saibe; Kişiler Hukuku, 16. Bası, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2016

Olgaç, Senai; İlmi ve Kazai İçtihatlarla Borçlar Kanunu, C. II, Ankara 1976

Ozanoğlu, Hasan Seçkin; Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satış Sözleşmesi, Ankara 1999, s. 268.

Öcal, Akar; “Para Borçlarındaki Cezai Şart Hakkında Yargıtay’ın Görüşleri”, Adalet Dergisi, Y. 52, 1961, S.5, 525-527.

Önen, Ergun İnşai Dava, Ankara 1981

Özdemir, Erdem, İş Hukukunda Eğitim Karşılığında Öngörülen Cezai Şart, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2005/1, s. 143-156

Öztan, Bilge; Medeni Hukuk’un Temel Kavramları, 42. Bası, Ankara, Turhan Kitapevi, 2017

Pekcanitez, Hakan; Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, Cilt 2, 15. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017

Poroy, Reha / Yasaman, Hamdi; Ticari İşletme Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 17. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018

Pulaşlı, Hasan, Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları, Ankara, Kadioğlu Matbaası, 1989

Reisoğlu, Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış 25. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2014.

Sarı, Suat; Götürü Tazminat Kavramı Üzerine, Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu (26-27 Haziran 2008)

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

Serozan, Rona; Medeni Hukuk Genel Bölüm, 8. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.

Serozan, Rona; Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007

Sirmen, Lale; Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara, Ayyıldız Matbaası, 1992

Soyer, Polat; Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, s. 363-380.

Sungurbey, İsmet; Acemoğlu'nun Tapulama Kanunu" Eşya Hukuku Meseleleri" Adlı Kitapları ve Serozan'ın Hukukçuluk Yöntemi Üstüne Notlar, İstanbul, 1971

Süzek, Sarper; İş Hukuku, 16. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2018

Taylan, Erbay, Ödencel Eklenti Sözleşme: Ceza Koşulu, Yasa Hukuk Dergisi, 1978, Cilt 1, s. 47-55

Tekinay, Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993

Tunçomağ, Kenan, Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul, Baha Matbaası, 1963.

Tunçomağ, Kenan, Borçlar Hukuku, Cilt I, Genel Hükümler, Beşinci Bası, İstanbul 1976.

Uçar, Salter, Hukukta Cezai Şart ve Uygulaması, İstanbul, Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1993.

Uygur, Turgut; Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Şerh), Cilt 1, Ankara Seçkin Yayıncılık, 2012,

Uygur, Tanju; “Cezai Şartın Tenkisi”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 6, 1975, s. 816-819.

Ülgen, Hüseyin / Helvacı, Mehmet / Kendigelen, Abuzer / Kaya, Arslan / Nomer Ertan, Füsün; Ticari İşletme Hukuku, 5. Bası, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2015

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

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet / Kaynar, Reşad; Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, 3. Bası, Tan Matbaası, 1960

VonTuhr, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı C.1-2, Çev. Cevat Edege, Yargıtay Yayınları No:15, Ankara, Olgaç Matbaası, 1983,

Tercier, Pierre / Pichonnaz, Pascal / Develioğlu, Murat; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, İstanbul OnikilevhaYayıncılık, 2016

Yılmaz, Halil, Borçların İfasında İhtirazi Kayıt İleri Sürülmesi ve Uygulaması, Ankara 2002.

Yücel, Özge, “Fahiş Cezai Şartın Tenkisi”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan Cilt III, İstanbul 2011, s. 2945-2956.

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr

Sinerji İçtihat Bilgi Bankası, www.sinerjimevzuat.com.tr

ÖZGEÇMİŞ

1988 yılında Ankara’da doğdu. 2006 yılında Çağrıbey Anadolu Lisesi’nden, birincilikle mezun olarak Ankara Hukuk Fakültesinde 2010 yılında hukuk eğitimini tamamladı. 2011 yılında avukatlık stajını tamamladı. 2011 yılında Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalında, Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans programında yüksek lisansa başladı. 2019 yılında “Türk Hukukunda Aşırı Cezanın İndirilmesi” başlıklı tezle tezli yüksek lisansını tamamladı.



TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : GİZEM KARA
Tez Başlığı :TÜRK HUKUKUNDA AŞIRI CEZANIN İNDİRİLMESİ
Savunma Tarihi : 25 / 02/ 2019 SAAT 11.30
Danışmanı : PROF. DR. MEHMET ERDEM

JÜRİ ÜYELERİ

Unvanı, Adı Soyadı

İmza

PROF. DR. MEHMET ERDEM



DR. MEHTAP İPEK İŞLETEN



DR. ZAFER KAHRAMAN



Enstitü Müdürü

Prof. Dr. M. Yaman ÖZTEK

