

T.C.
HASAN KALYONCU ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI
KÜRESEL TİCARET YÖNETİMİ VE HUKUKU
TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

TÜRK HUKUKUNDA CEZA KOŞULU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN
SEZİN BOZATLI

GAZİANTEP- 2022

T.C.
HASAN KALYONCU ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI
KÜRESEL TİCARET YÖNETİMİ VE HUKUKU
TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

TÜRK HUKUKUNDA CEZA KOŞULU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN
SEZİN BOZATLI

TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. OĞUZ SADIK AYDOS

GAZİANTEP – 2022

ÖNSÖZ

Öncelikle beni bilimsel çalışmaya yönlendirerek sevdiğim işi bulmama öncülük eden, çalışmamın başından sonuna kadar kıymetli tavsiyelerini benden esirgemeyerek bana destek veren, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden değerli hocam Prof. Dr. Fikret EREN'e,

Bu çalışmada bana danışmanlık yapan, çalışmamı en iyi haliyle ortaya koyabilmem için bana yön gösteren ve her daim sabırla değerli fikirlerini benden esirgemeyen çok saygıdeğer danışman hocam Prof. Dr. Oğuz Sadık AYDOS'a,

Son olarak hayatımın her aşamasında olduğu gibi bu aşamasında da benden desteğini esirgemeyen en zor ve umutsuz anlarımda bana güç veren sevgili eşim Av. Mesut BOZATLI'ya,

Sonsuz teşekkürlerimi ayrı ayrı sunuyorum.

Sezin BOZATLI

Gaziantep-2022

ÖZET

Ceza koşulu, zaman içinde borç ilişkilerinin artması ve tarafların birbirine duyduğu güvenin azalması ile uygulamada sıklıkla başvurulmuş bir teminat yöntemi haline gelmiştir. Çalışmamızda Türk hukukunda ceza koşulu, TBK temel alınarak incelenmiştir. İnceleme yapılırken doktrindeki önemli görüşlere ve güncel Yargıtay kararlarına da yer verilmiştir.

Çalışmamız giriş, üç bölüm ve sonuçtan oluşmaktadır. Bu kapsamda birinci bölümde, ceza koşulu kavramı, tanımı, tarihçesi ve unsurları açıklanarak ceza koşulunun amacı ve uygulama alanları incelenmiştir. İkinci bölümde, ceza koşulunun türleri açıklanmış ve her bir tür kendi içinde unsurları ile ele alınmıştır. Üçüncü bölümde, ceza koşulunun zarar ile ilişkisi, aşırı ceza koşulunun indirimi ve usul işlemleri incelenmiştir. Devamında, ceza koşulunun tacirler bakımından TTK'ya göre incelenmesi yapılmış ve ceza koşulunun sona erdiği hâller izah edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Ceza koşulu, Ceza Koşulunun Unsurları, Ceza Koşulunun Türleri
Aşırı Ceza Koşulunun İndirilmesi

ABSTRACT

Penalty clause has become a way of assurance that is often applied in practice due to the increase of debtor-creditor relationship and the decrease amount of trust between parties. In our study, the penalty clause in Turkish Law is examined on the basis of Turkish Code of Obligations. During the analysis, notable opinions in the doctrine and current Supreme Court decisions are included.

Our study is comprised of introduction, three chapters and conclusion. Within this context, in the first chapter, the notion, history, definition and elements of penalty clause are explained and the aim and purview of the penalty clause are examined. In the second chapter, the types of penalty clause are explained and each type is addressed with their own elements. In the third chapter, the relationship of the penalty clause with cost, the reduction of the excessive penalty clause, and the procedural actions are analyzed. After that, the penalty clause is analyzed according to Turkish Commercial Code in terms of merchants and the conditions in which the penalty clause ends are explained.

Keywords: Penalty clause, Element of penalty clause, Types of penalty clause, The reduction the excessive penalty clause

İÇİNDEKİLER

	Sayfa No.
ÖNSÖZ.....	i
ÖZET.....	ii
ABSTRACT.....	iii
İÇİNDEKİLER.....	iv
KISALTMALAR.....	viii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

CEZA KOŞULU HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR	3
1.1. Ceza Koşulunun Tarihçesi.....	3
1.2. Ceza Koşulunun Terminolojik İncelemesi	4
1.3. Ceza Koşulunun Tanımı	5
1.4. Ceza Koşulunun Hukuki Niteliği	7
1.4.1. Ceza Koşulunun Ceza Niteliği Taşıdığı Görüşü	7
1.4.2. Ceza Koşulunun Götürü Tazminat Niteliği Taşıdığı Görüşü.....	8
1.4.3. Ceza Koşulunun Sigorta Niteliği Taşıdığı Görüşü	9
1.4.4. Ceza Koşulunun Ceza-Tazminat Niteliği Taşıdığı Görüşü	10
1.4.5.Sonuç.....	10
1.5. Ceza Koşulunun Benzer Hukuki Kurumlarla Karşılaştırılması	11
1.5.1. Cayma Parası ve Ceza Koşulu (Pişmanlık Akçesi-Zamanı Rücu)	11
1.5.2. Bağlanma Parası (Pey Akçesi) ve Ceza Koşulu.....	13
1.5.3. Götürü Tazminat ve Ceza Koşulu.....	14
1.5.4. Seçimlik Borç ve Ceza Koşulu	16
1.6. Ceza Koşulunun Amacı ve Uygulama Alanı.....	17
1.6.1. Ceza Koşulunun Amacı	17
1.6.2. Ceza Koşulunun Uygulama Alanı	19
1.6.2.1. Genel Olarak	19
1.6.2.2. Ceza Koşulunun Yer Aldığı Hukuk Alanları	20
1.6.2.2.1. Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu	20
1.6.2.2.2. İş Hukukunda Ceza Koşulu	23

1.6.2.2.3. Medeni Hukukta Ceza Koşulu.....	26
1.6.2.2.4. Ticaret Hukukunda Ceza Koşulu.....	27
1.6.2.2.5. Ceza Koşulunun Uygulanmasına İlişkin Bazı Yasaklı Haller.....	27
1.7. Ceza Koşulunun Unsurları.....	28
1.7.1. Ceza Koşulunun Sağlar Arası Bir Hukuki İşlemlerle Kararlaştırılması	28
1.7.2. Asıl Borcun Bulunması.....	29
1.7.2.1. Asıl Borcun Özellikleri	29
1.7.2.1.1. Asıl Borcun Geçerli ve Mevcut Bir Borç Olması.....	29
1.7.2.1.2. Asıl Borcun Her Türü Borç Olabilmesi.....	33
1.7.2.2. Asıl Borcu Doğuran Kaynaklar	34
1.7.3. Ceza Koşulunun Fer'i Niteliği	34
1.7.4. Ceza Koşulunun Asıl Borçtan Ayrı Bir Edim Teşkil Etmesi	35

İKİNCİ BÖLÜM

CEZA KOŞULUNUN TÜRLERİ.....	37
2.1. Seçimlik Ceza Koşulu	37
2.1.1. Seçimlik Ceza Koşulunun Tanımı	37
2.1.2. Seçimlik Ceza Koşulunun İstenilebilmesi İçin Gerekli Şartlar	39
2.1.2.1. Sözleşmenin Hiç veya Gereği Gibi İfa Edilmemesi.....	39
2.1.2.2. Sözleşmede Aksinin Kararlaştırılmamış Olması.....	40
2.1.3. Seçimlik Ceza Koşulunun Şekli ve Yapılma Anı	41
2.1.4. Seçimlik Ceza Koşulunun Hükümleri	41
2.1.4.1. Seçim Beyanı.....	42
2.1.4.2. Seçim Beyanının Bağlayıcılığı	43
2.1.4.3. Seçim Beyanının Sonuçları	44
2.1.4.3.1. Asıl Borcun İfasının İstenmesi	45
2.1.4.3.2. Ceza Koşulunun İstenmesi	45
2.2. İfaya Eklenen Ceza Koşulu	46
2.2.1. Genel Olarak	46
2.2.2. İfaya Eklenen Ceza Koşulunun Amacı ve İşlevi	47
2.2.3. İfaya Eklenen Ceza Koşulunun Talep Edilebilmesinin Şartları	48
2.2.4. İfaya Eklenen Ceza Koşulunun Hükümleri	49
2.3. İfayı Engelleyen Ceza Koşulu (Dönme Cezası)	51

2.3.1. Genel Olarak	51
2.3.2. Dönme Cezasının Amacı ve İşlevi	53
2.3.2.1. Sözleşmeden Dönmeyi Kolaylaştırma	53
2.3.2.2. Borçlunun Sorumluluğunu Sınırlandırma Amacı	54
2.3.3. Dönme Cezasının Talep Edilebilmesi İçin Gerekli Koşullar	54
2.3.3.1. Sözleşmede Dönmeye İlişkin Kayıt Olması	55
2.3.3.2. Borçlunun İspat Yükümlülüğünü Yerine Getirmesi	55

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

CEZA KOŞULUNUN HÜKÜMLERİ VE SONA ERMESİ

3.1. Ceza Koşulunun Borçlunun Kusuru ve Alacaklının Zararı İle İlişkisi	56
3.1.1. Ceza Koşulunun Borçlunun Kusuru İle İlişkisi	56
3.1.2. Ceza Koşulunun Alacaklının Zararı İle İlişkisi	57
3.2. Ceza Koşulunu Aşan Zararın Tazmini	59
3.2.1. Genel Olarak	59
3.2.2. Ceza Koşulunu Aşan Zararın Tazmin Koşulları	61
3.2.2.1. Ceza Koşulunu Aşan Bir Zararın Bulunması	61
3.2.2.2. Asıl Borcun İhlali İle Zarar Arasında İliyet Bağının Bulunması	62
3.2.2.3. Borçlunun Kusurlu Olması	62
3.2.2.4. Alacaklının Zarar ve Kusuru İspat Etmesi	63
3.3. Aşırı Ceza Koşulunun İndirimi	64
3.3.1. Genel Olarak	64
3.3.2. Ceza Koşulunun İndirilmesinin Amacı	65
3.3.3. Ceza Koşulunun İndirilmesinin Şartları	66
3.3.3.1. Geçerli ve Gerçek Bir Ceza Koşulu Anlaşmasının Bulunması	67
3.3.3.2. Ceza Koşulunun Muaccel Olması	68
3.3.3.3. Ceza Koşulunun İfa Edilmemiş Olması	69
3.3.3.4. Ceza Koşulunun Aşırı Derecede Yüksek (Fahiş) Olması	70
3.3.3.5. Aşırılığın Tespitinde Göz Önünde Bulundurulması Gereken Kistaslar	71
3.3.3.5.1. Alacaklının Menfaati	71
3.3.3.5.2. Borçlunun Kusurunun Ağırılığı	73

3.3.3.5.3. Tarafların Ekonomik Durumu	74
3.3.3.6. Aşırılığın Belirlenmesinde Esas Alınacak An.....	74
3.3.3.7. Yargıtay’ın Belirlediği Kıstaslara Göre Aşırı Ceza Koşulunun İndirilmesi	75
3.4. Ceza Koşulunun İndirilmesine İlişkin Usul İşlemleri	78
3.4.1. Genel Olarak	78
3.4.2. İndirim İçin Yetkili Makam	80
3.4.2.1. Mahkeme	80
3.4.2.2. Hakem	81
3.4.2.3. İndirme Talebi	81
3.4.3. Mahkemenin İndirme Kararı ve Mahiyeti	82
3.5. Tacirlerin Ceza Koşulunun İndirilmesini İsteyememesi	82
3.5.1. Koşulları.....	84
3.5.1.1. Borçlunun Tacir Sifatını Haiz Olması.....	84
3.5.1.2. Ceza Koşulunun Tacirin Ticari İşletmesi İle İlgili Taahhüt Edilmesi	87
3.5.2. Tacir Sifatını Haiz Borçlu Tarafından Taahhüt Edilen Ceza Koşulunun Ahlaka Aykırılığı.....	89
3.5.3. Tacir Sifatını Haiz Borçlu Tarafından Taahhüt Edilen Ceza Koşulunun Ahlaka Aykırılığı İle İlgili Yargıtay Karar İncelemeleri.....	91
3.6. Ceza Koşulunun Sona Ermesi	93
3.6.1. Ceza Koşulunun Asıl Borç İle Birlikte Sona Ermesi	94
3.6.2. Ceza Koşulunun Yalnız Başına Sona Ermesi	94
SONUÇ	96
KAYNAKÇA	97

KISALTMALAR

Bkz.	: Bakınız
B.	: Basım
BATİDER	: Banka Ve Ticaret Hukuku Dergisi
C.	: Cilt
E.	: Esas
eBK	: Eski Borçlar Kanunu
eMK	: Eski Medeni Kanunu
E.T	: Erişim Tarihi
f.	: Fıkra
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
EÜHFD	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
K.	: Karar
m.	: Madde
MÖ	: Milattan Önce
T.	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TMK	: Türk Medenî Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
s.	: Sayfa
S.	: Sayı

vb. : Ve Benzeri

vd. : Ve Devamı

Y. : Yıl

Yarg. : Yargıtay



GİRİŞ

Taraflar arasındaki güven ilişkisinin zaman içinde zayıflaması sebebiyle, borca aykırılık hallerinde alacaklının menfaatlerini koruyan çeşitli müesseseler ortaya çıkmıştır. Bu müesseselerden biri de ceza koşuludur. Ceza koşulu, alacaklının edimini teminat altına alma yöntemlerinden biridir. Ceza koşulunun tarihçesine bakıldığında MÖ 1760 yılında Mezopotamya'nın Babil Ülkesinde çıkan Hammurabi kanunlarında ve Roma Hukuku'nda dahi uygulandığı görülmüştür. Bu yönüyle ceza koşulu tarihsel açıdan da geçmişten günümüze uzanan önemli bir müessesedir.

Her geçen gün önemini arttıran ceza koşulu özellikle ekonomik değeri yüksek edimler içeren sözleşmelerde sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda ceza koşulunun asıl amacı, edimin ifasını kuvvetlendirmek ve borca aykırılık halinde alacaklıyı teminat altına almaktır.

Ceza koşulu uygulamada sıklıkla karşılaşılan etkili bir teminat yöntemidir. Buna karşılık uygulamada yeterince bilinmemektedir. Kanımızca, kanunlarda tanımının olmayışı da ceza koşulunun diğer teminat yöntemlerinden ayrılmasını zorlaştırmaktadır. Bu da uygulamada karışıklığa sebebiyet vermektedir.

Ceza koşulu yabancı hukuk sistemlerinde de önemli bir yere sahiptir ancak ayrıntılı incelemeyi gerektirmesi sebebiyle çalışmamızda yalnızca Türk Hukuku'nda ceza koşulu ele alınmıştır. Çalışmamız kapsamında incelenecek olan ceza koşuluna ilişkin hükümler, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 179 ila 182. maddeleri arasında düzenlenmiştir. İstisnai olarak borçlunun tacir olması halinde ceza koşuluna ilişkin uygulanacak hükümler 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiştir.

Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır.

Çalışmamızın birinci bölümünde, ceza koşuluna ilişkin genel bilgiler verilmiştir. Bu bölüme ilk olarak ceza koşulunun tarihçesi ve terminolojisi ele alınarak başlanmıştır. Çalışmamızın devamında ceza koşulunun kanunda tanımının olmaması sebebiyle doktrin ve uygulamada bulunan çeşitli tanımlar incelenmiş ve değerlendirilmiştir. Son olarak ceza koşulunun hukuki niteliğine ilişkin doktrindeki görüşler ele alınmış ve ceza koşulunun unsurları incelenmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, ceza koşulunun türleri incelenmiştir. Bu kapsamda doktrinde ve uygulamada kabul edilen üç tür üzerinden değerlendirme yapılmıştır. Bunlar, seçimlik ceza koşulu, ifaya eklenen ceza koşulu ve ifayı engelleyen ceza koşuludur (dönme cezası). İlk olarak seçimlik ceza koşulu incelenmeye başlanmıştır. Buna göre seçimlik ceza koşulunun tanımı şartları ve hükümleri incelenmiştir. İkinci olarak ifaya eklenen ceza koşulunun genel özellikleri ve amacı üzerinde durulmuş devamında hükümleri ve koşulları incelenmiştir. Üçüncü olarak ifayı engelleyen ceza koşulunun amacı ve işlevleri incelenmiş sonrasında koşulları ele alınmıştır.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde, ceza koşulu ile zarar arasındaki ilişki ve aşırı ceza koşulunun indirilmesi ele alınmıştır. Ceza koşulunun indirilmesinin şartları ve aşırılığın tespitinde dikkat edilmesi gereken kıstaslar Yargıtay kararlarından yararlanılarak açıklanmıştır.

Devamında ceza koşulunun indirilmesindeki usul işlemleri ve bazı 6zel h6k6mler incelenmiş ve ceza koşulunun hangi hallerde sona ereceğine ilişkin açıklamalar ile 66nc6 b6l6m bitirilmiiştir.



BİRİNCİ BÖLÜM

CEZA KOŞULU HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR

1.1. Ceza Koşulunun Tarihçesi

Ceza koşulu geçmiş dönemlerden itibaren uygulanan ve var olan bir kurumdur. Tarihçesi Babil dönemine kadar uzanmaktadır. Babil kralı Hammurabi tarafından MÖ 1760 yılında meydana getirilen Hammurabi Kanunlarında ceza koşuluna yer verildiği görülmüştür. Hammurabi Kanunlarında ceza koşulunun tanımının yapılmadığı ancak hukuki yaptırım olarak uygulandığı ve borçlunun borca aykırı davranması halinde borçluyu cezalandırmak amacıyla düzenlendiği görülmektedir¹.

Antik Roma Döneminde ise Corpus Iuris Civilis ile ceza koşulu uygulanmaktaydı. Corpus Iuris Civilis²'te ceza koşulunun tanımı olmamakla beraber, yaptırım olarak uygulandığı ve ceza koşulunu ifade etmek için “*poenae*” ve “*clasula*” kelimelerinin kullanıldığı görülmektedir. “*Poenae*” kelimesi “*ceza*” anlamına gelmektedir. Corpus Iuris Civilis'te düzenlenen ceza koşuluna ilişkin kurallar ile alacaklının teminat altına alındığı ve bu kurallar sayesinde borçlunun borca aykırı hareket etmesinin önüne geçilmesinin amaçlandığı görülmektedir. Buna göre, Corpus Iuris Civilis'te düzenlenen ceza koşulunun en önemli özelliğinin borcun yerine getirilmesini sağlamak olduğu kabul edilebilir³.

Roma Hukukunda ise sözleşmeler çoğunlukla sözlü olarak yapılırdı. Bu sebeple ceza koşulu söz ile hüküm altına alınırdı. Ceza koşulu, sözleşme kurulurken taahhüt eden ve taahhüt edilen arasında “...vermeyi/yapmayı taahhüt ediyor musun?”, “evet, taahhüt ediyorum.” gibi cümlelerle uygulanırdı⁴.

¹ Hammurabi Kanunları 112.madde: “Eğer bir kişi seyahate çıkar ve başka birisine gümüş, altın gibi değerli taşlar emanet eder ve ondan tekrar geri almayı istediğinde emanet edilen kişi bütün malları getirmeyip onları kendisi kullanırsa, o zaman bu kişi mahkûm edilir. Kendisine emanet edilen her şeyin beş katını öder. Hammurabi Kanunları 221.madde: Kendisine bakması için koyun ya da sığır emanet edilen bir çoban hatalı davrandıysa, doğal yoldan sürünün daha az artmasına yol açıtıysa ya da onları sattıysa mahkûm edilir ve kaybın on katını sürü sahibine verir.” <https://www.hukukihaber.net/pratik-bilgiler/mo1750de-olusturulan-hammurabi-kanunlari-h431109.html> E.T 12.03.2022

² Corpus Iuris Civilis, 529-534 yılları arasında Doğu Roma İmparatoru I. Justinianus tarafından hazırlatılan, Roma Hukuku konusunda en geniş ve derinlemesine bilgi veren, sonradan bu isimle anılan hukuk külliyaıdır. <https://tr.wikipedia.org/> E.T 13.03.2022

³ KAYAK, Sevgi: “Roma Hukukunda Cezai Şart”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2006, C.64, S.1, s. 238-239.

⁴ KAYAK, s.243. KOCAAĞA, Köksal: Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası), 2. B. , Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s.41-43.

1.2. Ceza Koşulunun Terminolojik İncelemesi

Ceza koşulunu ifade etmek için kanunlarda çeşitli terimler kullanılmıştır. Bu terimler incelenecek olursa; 818 sayılı eBK'da “*cezai şart*” terimi tercih edilirken 6098 sayılı TBK'da “*ceza koşulu*” terimi kullanılmıştır. 743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenisi'nde “*cayma tazminatı ve ceza şartı*”, 4721 sayılı TMK'da “*cezai şart*”, 865 sayılı mülga Ticaret Kanunu'nda “*maktu zarar ve ziyan*” veya “*maktuen tesmiye kılınan meblağ*”, 6762 sayılı TTK'da “*cezai şart*” ve “*ceza*”, 6102 sayılı TTK'da ise “*sözleşme cezası*” terimleri kullanılmıştır⁵. Görüldüğü üzere zaman içinde kanunlar değişse de terimler arasında ortak bir uyuma varılamamıştır.

Yargıtay'ın kararlarında da terim birliğinin bulunmadığı, bazen cezai şart bazen de ceza koşulu terimlerinin kullanıldığı görülmektedir⁶.

Doktrinde ise geçmişten günümüze kadar “*ceza şartı*”⁷, “*akdi ceza*”⁸, “*cezai akit kaydı*”⁹, “*sözleşme cezası*”¹⁰, “*cezai şart*”¹¹, “*ceza koşulu*”¹² gibi terimler kullanılmıştır¹³.

⁵ GÜLSEVEN, Hilal: **Cezai Şartın İndirilmesi**, Seçkin Yayıncılık, 2016, s.21.

⁶ Yarg. 3. HD 2020/5264 E. , 2021/5636 K. , 27.05.2021 T. “*Davacı eldeki dava ile geç teslim sebebiyle kira tazminatı talebinde bulunmuştur. 6098 Sayılı TBK'nın 131. maddesinde (818 Sayılı TBK'nın 113. maddesi) düzenlendiği üzere asıl borç ifa ya da diğer bir sebeple sona erdiği takdirde, rehin, kefalet, faiz ve ceza koşulu gibi buna bağlı hak ve borçlar da sona ermiş olur. Ancak işlemiş faizin ve ceza koşulunun ifasını isteme hakkı sözleşmeyle veya ifa anına kadar yapılacak bir bildirimle saklı tutulmuş ise ya da durum ve koşullardan saklı tutulduğu anlaşılmaktaysa, bu faizler ve ceza koşulu istenebilir.*” www.yargitay.gov.tr E.T 05.06.2021

Yarg. 15. HD 2020/2657 E. , 2021/2440 K. , 02.06.2021 T. “*Davacı vekilince açılan, asıl ve birleşen davada ödenen iş bedelinin iadesi ve cezai şart alacağının tahsili ile teminat senedinin iadesi davası sonucunda mahkemece asıl davanın reddine, birleşen davanın kısmen kabulüne karar verilmiş olup...*” 11. HD 2020/3027 E. , 2021/3649 K.14.04.2021 T. “*...davacının cezai şart talep hakkının bulunduğu, davacının 20.12.2012 tarihli yazıyla eksik akaryakıt alımı yapıldığı belirtilerek satış taahhüdünü ihlal nedeniyle doğmuş ve doğacak tüm hak ve taleplerin saklı tutulduğunun davalıya bildirildiği, bu durumda davacının ceza koşulundan zımnen feragat edildiği yönünde bir sonuca varılamayacağı...*” www.yargitay.gov.tr E.T 06.06.2021

⁷ Terimin kullanımı için Bkz. ARSLANLI, Halil: **Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumi Hükümler**, 3. B. , Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1960, s.62-63. ; ARSLANLI, Halil: **Ticari Bey**, 3. B. , İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1952, s.500 vd.

⁸ “*Akdi ceza*” kavramı Fransızca eserin Türkçeye çevrilmesiyle Türk hukukuna girmiştir. Bkz. VON TUHR, Andreas,(çevr. Cevat Edege): **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım II**, Yeni Matbaa, İstanbul, 1953, s.821.

⁹ “*Cezai Akit Kaydı*” teriminin kullanımı için Bkz. SAYMEN, F. Hakkı/ ELBİR, H. Kemal: **Türk Borçlar Hukuku**, C.1-2, İstanbul, 1966, s.833.

¹⁰ SEROZAN, Rona: **Sözleşmeden Dönme**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1975, s.855.

¹¹ eBK ile cezai şart terimi kullanılmaya başlanmış ve yazarlar tarafından benimsenmiştir. Bkz. TUNÇAMOĞ, **Cezai Şart**, s.3.

¹² EREN, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 26. B. , Yetkin Yayınları, 2021, s.1337 vd.

¹³ USLU, Ebubekir: **Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.22-23.

“Akdi ceza” terimi Fransızca bir eserin Türkçeye çevrilmesiyle hukukumuzda kullanılmaya başlanmıştır. “ceza şartı” terimi Halil Arslanlı tarafından kullanılmıştır. “cezai akit kaydı” terimi Saymen/Elbir tarafından yayınlanan eserde kullanılmıştır. “ceza koşulu” terimi TBK ile hukumuza girmiştir. “cezai şart” ise eBK yürürlüğe girmekle kullanılmaya başlanmıştır.

Ceza koşulunu ifade etmek için kullanılan dört terim doktrinde eleştirilmiştir¹⁴. Buna göre; “akdi ceza” terimi ceza koşulunun yalnızca sözleşme ile kararlaştırılabileceğini çağrıştırmaması yönünden, “cezai akit kaydı” yine aynı sebepten, “ceza şartı” ise kullanılan ifade sebebiyle ceza hukukundaki ceza ile karıştırılabileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Son olarak “cezai şart” terimi bir şartın varlığını çağrıştırdığı ancak bir şart olmadığı, şarta bağlı bir edim olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir.

Görüldüğü üzere kanunlarda ve doktrinde düzenlenen yukarıda söz ettiğimiz terimlerin hiçbirini konuyu açıklamakta yeterli değildir. Fakat 818 sayılı eBK ve doktrinde uzun yıllardır kullanılan “cezai şart” terimi yerine, 6098 Sayılı TBK’da ceza koşulu teriminin tercih edilmesi nedeniyle, çalışmamızda “ceza koşulu” terimini kullanmayı uygun gördük¹⁵.

Ceza koşulu terimi birbirinden farklı iki anlamda kullanılır. İlki, taraflar arasında yer alan ceza koşulunu doğuran hukuki işlemi ifade etme amacı ile kullanılan ceza koşulu anlaşmasıdır. İkincisi, bu terimden amaçlanan ve asıl belirleyici olan hukuki bir işlemle belirlenen ve asıl borçtan bağımsız olan edimi ifade eden ceza koşuludur¹⁶.

1.3. Ceza Koşulunun Tanımı

Ceza koşulu TBK’ da tanımlanmamış, yalnızca ceza koşulunun hüküm ve sonuçları düzenlenmiştir¹⁷. Kanunlarımızda ve doktrinde ceza koşulunu ifade etmeye ilişkin ortak bir

¹⁴ TUNÇAMOĞ, Kenan: **Türk Hukukunda Cezai Şart**, Baha Matbaası, İstanbul, 1963, s.4.

¹⁵ Aynı yönde Bkz. EREN, **Genel Hükümler**, s.1337 vd. ; KOCAAĞA, **Ceza Koşulu** s.30 vd. ; YAĞCIOĞLU, **Ceza Koşulu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.25.

¹⁶ TUNÇAMOĞ, Kenan: **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 6. B. , İstanbul, 1976, s.853. EKİNCİ, Hüseyin: **Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu**, Ankara, 2015, s.27-28.

¹⁷ YAĞCIOĞLU, Burcu: **Türk Ve İsviçre Hukukunda Ceza Koşulu (Cezai Şart)**, Seçkin Yayıncılık, 2019, s.19. ; DİRİCAN, Gökhan: **Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 15. ; EKİNCİ, Hüseyin: **Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 24–25.

tanım yer almamaktadır. Bu nedenle doktrinde bulunan çeşitli tanımları incelemek yerinde olacaktır¹⁸.

Buna göre;

“Ceza koşulu, borçlunun alacaklıya karşı mevcut bir borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde ödemeyi üstlendiği, belirli bir ekonomik değeri içeren edimdir¹⁹.”

“Cezai şart, yaşayanlar arasında yapılan öyle bir hukuki muameledir ki, onunla borçlu borcunun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde bir edada bulunmayı alacaklıya taahhüt eder²⁰.”

“Sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmediği hallerde borçlunun alacaklıya vermeyi taahhüt ettiği para ya da ekonomik değere cezai şart denir²¹.”

“Ceza koşulu, geçerli bir borcun yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesi ya da belli bir yerde belli bir zamanda yerine getirilmemesi durumunda, borçlunun ödemesi gereken malca bir değer olup bir hukuki işlem ile belirlenen götürü bir edimdir²².”

“Cezai şart, bir borç ilişkisinde, borcun zamanında ve gereği gibi ifasının teminatını teşkil etmek üzere alacaklıya icabından doğan zararını ispat yükümü altına girmeden belli bir tazminat alabilme hakkını veren kayıttır²³.”

Yargıtay içtihatlarında ise , *“Ceza koşulu, geçerli bir borcun yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesi ya da belli bir yerde, belli bir zamanda yerine getirilmemesi durumunda, borçlunun ödemesi gereken ve malca (ekonomik) değeri olup bir hukuk işlemiyle belirlenen götürü bir edim²⁴.”* olarak tanımlanmıştır.

Ceza koşuluna ilişkin doktrindeki tanımlamalar incelendiğinde aralarında bariz farklılıklar olmadığı, yalnızca tanımlarda kullanılan ifadeler arasında farklılıklar bulunduğu görülmektedir. Tanımlardan bazılarında *“hukuki işlem”* bazılarında ise *“edim”* ifadeleri kullanılmıştır. *“Edim”*, asıl borçtan bağımsız nitelikteki hukuki işlem ile kararlaştırılan edimi ifade ederken

¹⁸ KARAGÖZ, Veli: *İş Sözleşmesinde Cezai Şart*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s.22.

¹⁹ EREN, Genel Hükümler, s.1337. ; TUNÇAMOĞ, Cezai Şart, s. 6. ; TEKİNAY, Sulhi /AKMAN, SERMET/Burcuoğlu, Haluk/ALTOP, Atilla: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7.B. , Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s.341 vd. TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 655; ERDEM, Nazif: *Türk Borçlar Kanunu Şerhi ve Davaları*, C. 1, Ankara 1987, s. 1028; GÜNAY, C. İlhan: *Cezai Şart*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, s.8. AKSOY, Hüseyin Can: *“Ceza Koşulunun Borçlunun Borca Aykırı Davranıştaki Kusuru İle İlişkisi Nedir?”*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 24, S. 2, 2018, s. 1000.

²⁰ BİLGE, Necip: *Cezai Şart*, Esat Arsebük’e Armağan, Ankara, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, 1958, s.39.

²¹ HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre: *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 5. B. , Vedat Yayıncılık, İstanbul 2021, s.399.

²² UÇAR, Salter: *Cezai Şart ve Uygulaması*, Alfa Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 1993, s.11.

²³ KAPLAN, İbrahim: *Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler*, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2001, s115.

²⁴ Yarg. 13. HD E. 1981/7896, K. , 1981/8497, 25.12.1981 T. www.yargitay.gov.tr E.T 12.08.2021

“hukuki işlem”, tarafların ya da yetkili temsilcilerin bir araya gelerek oluşturdukları ceza koşulunu meydana getiren sözleşmeyi ifade etmektedir²⁵.

Yine TBK’nın 179 ve devamındaki maddelerine bakıldığında da ceza koşulu kavramının farklı şekillerde kullanıldığı görülmektedir.

Şöyle ki; kanuna bakıldığında ceza koşulu kavramı bazen taraflar arasındaki hukuki işlemi, bazen bu hukuki işlem ile kararlaştırılan edimi, bazen de ceza koşulu kurumunu ifade edecek şekilde kullanılmıştır.

Kanaatimizce ceza koşulu; hukuki işlem ile kararlaştırılan ve bir borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde alacaklıya ödenen, mali değere sahip edimdir.

1.4. Ceza Koşulunun Hukuki Niteliği

Ceza koşulunun hukuki niteliğine ilişkin doktrinde yoğun tartışmalar bulunmaktadır. Doktrinde ceza koşulunun ceza niteliği taşıdığına ilişkin görüşler olduğu gibi, götürü tazminat, ceza-tazminat ve hatta sigorta niteliği taşıdığı görüşü de savunulmaktadır.

1.4.1. Ceza Koşulunun Ceza Niteliği Taşıdığı Görüşü

Doktrinde ceza koşulunun ceza niteliği taşıdığı görüşünü savunanlara göre ceza koşulunun borçlu üzerinde baskı oluşturarak asıl edimin ifasını güçlendirme ve güvence altına alma amacı, ceza amacı olarak ifade edilmiştir. Buna göre bir kısım yazarlar tarafından da “ceza” olarak nitelendirilmesine sebep olmuştur. Bu yönüyle ceza hukukunda “cezanın önleyicilik etkisi” caydırıcılık anlamında ceza koşulu ile ilişkilendirilmektedir²⁶.

Ceza koşulunun ceza niteliği taşıdığı görüşünün kanuni dayanağı TBK 180/1’de “Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir.”

²⁵ EKİNCİ, *Özel Hukuk Ceza Koşulu*, s.28. ; TUNÇAMOĞ, *Cezai Şart*, s.59. ; GÜLSEVEN, s.24.

²⁶ YAĞCIOĞLU, s.25. ; EKİNCİ, *Özel Hukuk Ceza Koşulu*, s.46.

şeklinde ifade edilmiştir. Bu hükme göre, alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile borçlu kararlaştırılan cezayı ödemek zorundadır.

Bizce bu görüşün temelini, cezanın caydırıcı etkisi sebebiyle borçluyu psikolojik olarak edimi ifaya zorlayacağı düşüncesi oluşturmaktadır.

1.4.2. Ceza Koşulunun Götürü Tazminat Niteliği Taşıdığı Görüşü

Ceza koşulunun hukuki niteliğine ilişkin ortaya atılan bir başka görüş ise ceza koşulunun götürü tazminat²⁷ niteliğinde olduğudur. Doktrinde bu görüşteki yazarlara göre ceza koşulunun amacı, borcun ifa edilmemesi halinde alacaklının uğrayacağı zararın götürü olarak önceden tespit edilebilmesidir²⁸. Götürü tazminat niteliğindeki ceza koşulunda borçlunun borca uygun hareket etmemesi halinde ödemesi için götürü bir miktar kararlaştırılmaktadır. Kural olarak tespit edilen götürü miktarın sonradan artırılıp azaltılabilmesi mümkün değildir.

Ceza koşulunun ceza niteliği taşıdığı görüşüne göre ceza koşulu ifa yanında talep edilebilirken götürü tazminat niteliği taşıdığı görüşünde ceza koşulu ifa yerine geçmektedir. Götürü tazminat niteliğindeki görüşe göre ceza koşulunun götürü olması sebebiyle, zararın varlığı aranmaz ve kararlaştırılan miktarın gerçek zarar miktarına uygun olması gerekmez²⁹.

Ceza koşulunun götürü tazminat niteliği taşıdığı görüşünün kanuni dayanağı TBK 179/I'dir. Buna göre sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde bir ceza kararlaştırılmış ise alacaklı ya borcun ifasını ya da cezanın ifasını isteyebilir denilmiştir. Bu kanun hükmüne göre, seçimlik ceza koşulunun söz konusu olan hallerde, ceza koşulunun ifaya yani ifa ile elde edilen menfaate eşit sayıldığı anlaşılmaktadır. Ayrıca zararın miktarının

²⁷ Ayrıntılı bilgi için Bkz. ERDEM, Mehmet: **“Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi”**, Gazi Üniversitesi Sorumluluk Ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2009, s.97-124. ; SARI, Suat: **“Götürü Tazminat Kavramı Üzerine”**, Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar Ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu, 26-27 Haziran 2008, İstanbul, 2011, s.299-304. ; BİRİNCİ UZUN, Tuba: **Götürü Tazminat**, Yetkin Yayınları, 2015. ; BÖRÜ, Şafak Parlak: **“Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış”**, TBBD, Mart-Nisan 2017, Y.29, s. 195-228.

²⁸ TUNÇAMOĞ, Cezai Şart, s.23-34. ; YAĞCIOĞLU, s.26. ; EKİNCİ, Özel Hukuk Ceza Koşulu, s.51; TUNÇAMOĞ, Kenan: **“Cezai Şartın Hukuki Mahiyeti”**, BATİDER, C.1, S.4, Haziran 1962, s.566-568. TUNÇAMOĞ, Genel Hükümler, s.861.

²⁹ TUNÇAMOĞ, Cezai Şart, s.2. ; BÖRÜ, s.207.

önceden kesin olarak belirlenmesinin imkânı olmadığına göre, bunun götürü bir miktar olması mantıken zorunludur.

Bu görüşün sonucu olarak miktarın götürü olması ve zararın miktarının önceden kesin olarak belirlenmesinin mümkün olmaması sebebiyle, miktarın hâkim tarafından değiştirilememesi gerekmektedir. Ancak bu durum götürü tazminatın türüne göre değişmektedir. Mutlak nitelik gösteren anlaşmalarda götürü miktarın zarara göre indirilmesi söz konusu değilken, nispi nitelik taşıyan anlaşmalarda götürü miktar zarardan fazla ise karşı taraf ispat etmek koşulu ile zarardan fazlasını talep edemez. Bu görüşün dayanağı TBK 182/2'dir³⁰.

Yine bu görüş, ceza koşulunun götürü bir tazminat niteliğinde olmasının onun borçlu üzerinde baskıya sebep olmasına engel olmayacağını ifade etmiştir. Çünkü borçlu sözleşmeye uygun davranmaması halinde karşılaşılabilecek sonucu önceden bilmekte ve bu da onu edimi gereği gibi ifa etmeye zorlamaktadır³¹.

1.4.3. Ceza Koşulunun Sigorta Niteliği Taşıdığı Görüşü

Bu görüş adından da anlaşıldığı üzere ceza koşulunun sigorta sözleşmesi niteliğinde olduğunu ifade etmektedir. Sigorta denmesinin sebebi alacaklıyı garantiye alması ve aynı sigorta sözleşmesinde olduğu gibi herhangi bir kusura ihtiyaç duymadan her koşulda alacaklıyı desteklemesi ve alacaklının menfaatlerini korumasıdır. Yani borçlunun edimin ifası için elinden gelen tüm gayreti göstermiş olduğunu ispat etmesi dahi borçluyu cezayı ödemekten kurtarmayacaktır. Çünkü borçlu bir kaza ve mücbir sebepten doğabilecek zararları da üzerine almıştır³².

Ceza koşulunun sigorta niteliği taşıdığı görüşü doktrinde birçok yönden eleştirilmiştir. Gerçekten bu görüş, borçlunun ekonomik olarak yıkımı pahasına alacaklıyı her türlü durumda

³⁰ BÖRÜ, s.223. ; YAĞCIOĞLU, s.27. ; TUNÇAMOĞ, **Cezai Şart**, s.30.

³¹ TUNÇAMOĞ, **Cezai Şart**, s.30. OZANOĞLU, s.89. ; ERDEM, s.102. ; BÖRÜ, s.208.

³² YAĞCIOĞLU, s.28 TUNÇAMOĞ, **Cezai Şart**, s.21. ; Aksi yöndeki görüş için Bkz. AKSOY, s.1013.

korumakta ve borçluyu altından kalkılamayacak zararlara sürüklenme ve gömme sonucunu vermektedir.

Bununla birlikte borçluyu, ileride doğabilecek sebebi belirsiz ve önemsiz her türlü zarara karşı sorumlu tuttuğuna dair borçlunun iradesi de bulunmamaktadır. Gerçekten de borçlu, ifa etmeme halinde bir miktar ceza koşulu ödemeyi taahhüt etmesine karşılık alacaklıyı bütün zararlara karşı koruyacağını düşünmemiştir³³.

Borçlunun gelecekte meydana gelebilecek bütün zararlara karşı alacaklıyı koruyacağı düşüncesi kanımızca da hakkaniyete uygun değildir. Bizce de savunulamayan bu görüşün kanuni yönden de bir dayanağı yoktur.

1.4.4. Ceza Koşulunun Ceza-Tazminat Niteliği Taşıdığı Görüşü

Alman hukukçular tarafından ortaya atılan bu görüş Alman ve İsviçre Hukuku'nda epey taraftar toplamıştır³⁴. Bu görüş ceza ve tazminat niteliğinin bir arada bulunduğunu savunmaktadır. Bu görüşe göre ceza koşulunun iki temel özelliği vardır. Bunlardan birincisi tazminat amacı ikincisi ise ceza amacıdır. Bu iki özellik duruma göre aynı anda bulunabileceği gibi ayrı ayrı da bulunabilirler. Yargıtay'ın bazı kararlarında bu görüşü desteklediği görülmektedir³⁵. Bu görüş ceza ve tazminat özelliğinin bir arada bulunmayacağı, ikisinin farklı amaçlara hizmet eden kavramlar olması yönüyle eleştirilmiştir.

1.4.5.Sonuç

Ceza koşulu kararlaştırılmasında amaç borçluyu cezalandırmaktan ziyade alacaklıya emniyet vermek, hakkını kolay yoldan ve emin suretle elde etmesini sağlamak, gerektiği

³³ EKİNCİ, *Özel Hukuk Ceza Koşulu*, s.49. ; TUNÇAMOĞ, *Cezai Şart*, s.27.

³⁴ TUNÇAMOĞ, *Cezai Şart*, s.24. ; YAĞCIOĞLU, s.28.

³⁵ Bkz. Yarg. 13 HD. 25.12.1981 T. , 7896/8497 E. www.yargitay.gov.tr E.T 12.03.2021; EKİNCİ, *Özel Hukuk Ceza Koşulu*, s.50. dpn 124 naklen.

durumda zararını ve karşı durumun kusurunu ispat etmek zorunda kalmadan belirlenen miktardaki tazminata kavuşmasını temin etmektedir³⁶.

Ceza koşulu asıl alacağı kuvvetlendirme amacı güder³⁷. Borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde kararlaştırılan ekonomik değeri haiz ödemeyi yapması gerekmektedir. Bize göre ceza koşulunun asıl amacı borçluyu ifaya zorlama ve üzerinde bir baskı oluşturmaktır. Bu da ceza koşulunun sırf ceza, ceza-tazminat veya sigorta niteliği olduğu anlamına gelmemektedir.

Bizim de katıldığımız görüşe göre³⁸ ceza koşulu teminat niteliği taşımaktadır. Ceza koşulu asıl borç ifa edilinceye kadar borçlu üzerinde oluşturduğu psikolojik baskı sayesinde ifaya yönelik bir teminat, borca aykırılık halinde alacaklının zararlarını tazmin konusunda kolaylık salama şeklinde bir teminat niteliği taşımaktadır.

1.5. Ceza Koşulunun Benzer Hukuki Kurumlarla Karşılaştırılması

Ceza koşulu kanunlarda tanımının olmaması sebebiyle uygulamada benzer hukuki kurumlarla karıştırılabilmektedir.

1.5.1. Cayma Parası ve Ceza Koşulu (Pişmanlık Akçesi-Zamanı Rücu)

Cayma parası, TBK'nın 178. maddesinde *“Cayma parası kararlaştırılmışsa, taraflardan her biri sözleşmeden caymaya yetkili sayılır; bu durumda parayı vermiş olan cayarsa verdiğini bırakır, almış olan cayarsa aldığının iki katını geri verir.”* şeklinde düzenlenmiştir.

³⁶ FEYZİOĞLU, N. Feyzi: **Borçlar Hukuku Akdin Muhtelif Nevileri**, C.1 Yenilenmiş ve Gözden geçirilmiş, 4.B., İstanbul Hukuk Fakültesi 1980, s. 388. ; YAĞCIOĞLU, s.40. ; USLU, s.30.

³⁷ EREN, **Genel Hükümler**, s.1338. ; SAYMEN/ ELBİR, s.836-837. ; BİLGE, s.67. ; YAĞCIOĞLU, s.39. ; USLU, s.35.

³⁸ Ayrıntılı bilgi için Bkz. YAĞCIOĞLU, s.29-35.

Doktrinde “cayma akçesi” veya “pişmanlık akçesi” olarak da adlandırılırken, eBK’ da “zamanı rücu” ve TBK’da ise “cayma parası” olarak düzenlenmiştir. Bu müessese halk arasında “kaparo” adıyla bilinmektedir³⁹.

Cayma parası öğretide daha çok dönme cezasıyla kıyaslanmaktadır. Her ikisi de sözleşmeden dönülmesi durumunda bir miktar paranın ödenmesi ile ilgilidir. Ayrıca her ikisi de sözleşmeden dönüp dönmeme hakkında seçimlik yetki verir⁴⁰.

Cayma parası ile ceza koşulunun benzer özelliklerinden birisi de her ikisinin de teminat niteliği taşıyor olmasıdır. Cayma parasında, parayı vermiş olan sözleşmeden dönerse verdiğini bırakırken, parayı almış olan dönerse aldığı iki katını verir.

Yargıtay bir kararında⁴¹ “...sözleşmenin tek taraflı olarak feshedilmesi halinde feshin haklı olup olmadığının araştırılıp cayma parasının istenip istenemeyeceğinin belirlenerek sonucuna göre hüküm kurulması...” gerektiğini belirtmiştir.

³⁹ HATEMİ/GÖKYAYLA, s.410. ; USLU, s.90.

⁴⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 340 – 341. ; USLU, s.94.

⁴¹Yarg. 15. HD 2014/6685 E. 2015/335 K. , 22.01.2015 T. “Taraflar arasında imzalanan 27.06.1997 tarihli sözleşme ile davacı yüklenici davalı iş sahibi kooperatife ait inşaatların yapım işini üstlenmiştir. İş devam ederken davalı kooperatifin yönetimi değişmiş, oluşturulan yeni yönetim 13.07.1998 tarih ve 4722 yevmiye nolu ihtarnamesi ile taraflar arasında imzalanan sözleşmenin feshedildiğini ve yüklenicinin 5 gün içinde inşaat sahasını terk etmesini istemek suretiyle anılan sözleşmeyi tek taraflı olarak feshetmiştir. 27.06.1997 tarihli sözleşmenin 47. maddesinde, “Yönetim kurulu değişikliği olsa bile işin yapımını sonuna kadar devam ettirecektir. Kooperatif ve müteahhit karşılıklı rıza ile taahhüitten vazgeçebilir. Bunun dışında cayan taraf karşı tarafa 10.000.000.000 (on milyar TL) tazminat ödemek zorunda kalacaktır. Müteahhidin muhatabı kooperatif tüzel kişiliğidir” hükmü getirilmiştir. Davacı yüklenici sözleşmenin bu hükmüne dayanarak 10.000.000.000 (10.000,00 TL)'nin tahsili için icra takibine girişilmiş, davalı iş sahibinin itirazı üzerine yerel mahkemede itirazın iptâli davası açmış ve yargılama sırasında da vermiş olduğu 24.05.1999 tarihli davanın konusunu açıklayan dilekçesinde de, sözleşmenin davalı tarafça tek taraflı olarak feshedilmesi sonucu sözleşmenin 47. maddesi gereğince ödenmesi gereken cayma cezası alacağının tahsili istemine ilişkin olduğunu belirtmiştir.Yerel mahkemece davacı vekilinin 24.05.1999 tarihli talep açıklama dilekçesine atıfta bulunularak taraflar arasındaki sözleşme kapsamında verilmiş olan bir pey akçesi bulunmadığından 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 156. maddesi gereğince tarafların cayma tazminatı talep edemeyecekleri kabul edilerek davanın reddine karar verilmiştir. 818 Sayılı BK'nın 156/I-II fıkralarında “pey akçesi” düzenlenmiştir. Pey akçesi; bir sözleşme yapılırken, taraflardan birinin öbür tarafa sözleşmenin yapıldığına delil olmak üzere verdiği bir miktar para veya başkaca taşınır bir maldır. Pey akçesine “kapora” da denir. Pey akçesi bir cayma parası değildir ancak sözleşmenin bir kanıtıdır. Cayma parası ise, taraflara sözleşmeden serbestçe cayabilme yetkisi veren bir miktar paradır ve uygulamada, cayma akçesi, zamanı rücu, pişmanlık akçesi isimleriyle anılmaktadır. Bu ayrımı göz önüne alan kanun koyucu da 6098 Sayılı TBK'nın 177. maddesinde 156 maddesinin I ve II. fıkralarını kapsar şekilde bağlanma parası, 178. maddesinde ise 156/III. fıkrayı kapsar şekilde cayma parasını düzenlemiştir.Bu haliyle yanlar arasında imzalanan sözleşmenin 47. maddesinde kararlaştırılan ve dava konusu edilen 10.000,00 TL bir cayma cezasıdır. Sözleşmeyi tek taraflı olarak fesheden iş sahibi kooperatifin bu cezadan sorumlu tutulmaması için fesihte haklı olması gerekir. Ne var ki yerel mahkemece bu yönde bir araştırmaya girilmemiştir. Bu nedenle mahkemece, dava konusu paranın bir cayma cezası olarak kabul edilerek, sözleşmeyi tek taraflı olarak fesheden iş sahibi kooperatifin fesihte haklı olup olmadığı araştırılıp davacı yüklenicinin cayma cezasını isteyip isteyemeyeceği belirlenerek sonucuna göre bir hüküm kurulması gerekirken anılan gerekçelerle davanın reddi doğru olmamış kararın bu nedenlerle bozulması gerekmektedir.”www.yargitay.gov.tr E.T 10.04.2021

Ceza koşulu ile cayma parası arasında benzerlikler olduğu kadar farklılıklar da bulunmaktadır. İlk olarak cayma parası sözleşme kurulurken verilen bir miktar para iken, ceza koşulu sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde verilir. Sonra ceza koşulu miktarına kıyasla cayma parası daha düşüktür. Bir diğer fark ise, cayma parası sözleşmeden dönmeyi kolaylaştırırken, ceza koşulu edimi kuvvetlendirme ve tarafları ifaya zorlama amacı taşır. Gerçekten ceza koşulu, edimin ifa edilmemesi halinde alacaklının tazminat alacağını peşinen tespit ettiği için sözleşmeyi kuvvetlendirir ve ifayı kolaylaştırır⁴². Cayma parası taraflara sözleşmeden serbestçe dönme yetkisi verdiğinden, taraflar sözleşmeden dönme nedeniyle uğranılan zararların ayrıca tazminini isteyemez⁴³.

1.5.2. Bağlanma Parası (Pey Akçesi) ve Ceza Koşulu

Bağlanma parası eBK deyiimiyle “*pey akçesi*”, TBK 177’de “*Sözleşme yapılırken bir kimsenin vermiş olduğu bir miktar para, cayma parası olarak değil sözleşmenin yapıldığına kanıt olarak verilmiş sayılır. Aksine sözleşme veya yerel adet olmadıkça, bağlanma parası esas alacaktan düşürülür.*” şeklinde düzenlenmiştir.

Bağlanma parasına ilişkin eBK’deki düzenleme TBK’deki düzenlemenin tam tersi nitelikteydi. eBK’deki düzenleme verilen bağlanma parasının esas alacaktan mahsup edilmeyeceği şeklindeydi. Lakin bu düzenleme uygulamada çıkan sorunlar ve doktrinde yapılan eleştiriler dikkate alınarak TBK 177/II’de, alınan bağlanma parasının esas alacaktan düşürüleceği şeklinde yeniden düzenlenmiştir. Sözleşme yapılırken borçlunun alacaklıya vermiş olduğu bir miktar paraya bağlanma parası denir. Bağlanma parasının sözleşmenin yapıldığına kanıt oluşturmak ve kısmi ifa olmak üzere iki amacı vardır. Bağlanma parası veren taraf sözleşmenin ortadan kalkmasına kendisi sebep olsa dahi verdiği bağlanma parasını isteyebilir. Bağlanma parası taraflara sözleşmeden cayma hakkını vermez. Bağlanma parası bu

⁴² TUNÇAMOĞ, *Cezai Şart*, s.33; TUNÇAMOĞ, *Genel Hükümler*, s.901; HATEMİ/GÖKYAYLA, s.399. ; YAĞCIOĞLU, s.85.

⁴³ KAPANCI, Kadir Berk: “*Dönme Cezası (TBK M. 179 F.3) Ve Cayma Parası (TBK M. 178) Kavramları Arasında Kısa Bir Karşılaştırma*”, MÜHF - HAD, C.22, S.2, s.257. ; TUNÇAMOĞ, *Cezai Şart*, s.47. ; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.340. ; REİSOĞLU, Safa: *Türk Borçlar Hukuk Genel Hükümler*, 23.B. , Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012, s.455.

özellikleri ile ve sözleşme yapılırken peşin verilen bir para olmasından ötürü ceza koşulundan, dönme cezasından ve cayma parasından farklıdır⁴⁴.

Bağlanma parası ile ceza koşulu aralarında benzerlikler olmasına rağmen birbirlerinden büyük ölçüde farklılardır. Şöyle ki, bağlanma parasında belirlenen para sözleşmenin kurulduğu esnada borçluya verilirken ceza koşulunda ödenmek üzere sadece ileriye yönelik üstlenilmektedir⁴⁵.

1.5.3. Götürü Tazminat ve Ceza Koşulu

Götürü tazminatın, ceza koşulundan ayırt edilmesi yukarıda anlatılan bağlanma parası ve cayma parasına nispet ile daha zordur. Götürü tazminatta taraflar sözleşmenin yapılması sırasında önceden, borçlunun borca aykırılık halinde ödeyeceği tazminata bir üst sınır getirmektedir. Bu miktar edime bağlı olarak zararın tahmini değeri üzerinden taraflarca belirlenmektedir.

Götürü tazminat borçlunun çıkarlarını koruyan bir kurumdur. Şöyle ki; ortaya çıkan zarar, götürü tazminat olarak belirlenen miktardan yüksek ise borçlu yalnızca götürü tazminattan sorumludur. Zararın fazlasını karşılama yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ortaya çıkan zararın götürü tazminattan düşük olduğu zamanlarda ise yalnızca zararın tazminini gerçekleştirmekle yükümlüdür. Yani götürü tazminatın tamamını değil yalnızca ortaya çıkan zarar miktarınca ödeme yapması gerekmektedir.

Götürü tazminat, asıl sözleşmede düzenlenebileceği gibi ayrı bir sözleşme ile de kararlaştırılabilir⁴⁶. Götürü tazminat anlaşmasının tarafları kural olarak asıl borç ilişkisinin de taraflarıdır. Doktrine göre, asıl borç ilişkisinin tarafı olmayan üçüncü kişiler götürü tazminat ediminin alacaklısı veya borçlusu olamazlar. Buna göre götürü tazminat ediminin alacaklısı

⁴⁴ HATEMİ/GÖKYAYLA, s.410. ; EREN, **Genel Hükümler**, s.1349. ; OĞUZMAN, M. Kemal /ÖZ, Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. II**, 12.B. , Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s.550. ; USLU, s.85. ; YAĞCIOĞLU, s.82.

⁴⁵ EREN, **Genel Hükümler**, s.1349. ; YAĞCIOĞLU, s.83.

⁴⁶ KAPANCI, Kadir Berk: “Götürü Tazminat Anlaşması Ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi” Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s.656-657; BÖRÜ, s.196-197. ; YAĞCIOĞLU, s.89.

kimse asıl borç ilişkisinin alacaklısı da aynı kişidir. Çünkü götürü tazminatın amacı, asıl sözleşmenin alacaklısının menfaatini korumak ve alacaklının uğramış olduğu zararı gidermektir. Götürü tazminatın üçüncü bir kişiye ödenmesi bu amaca ters düşmektedir. Bununla birlikte; üçüncü kişi aleyhine bir durum yaratmamak koşuluyla, asıl sözleşmenin TBK 129/II anlamında tam üçüncü kişi yararına sözleşme olması halinde, götürü tazminat ediminin alacaklısının asıl sözleşmenin alacaklısından farklı olarak yararına sözleşme yapılan üçüncü kişi olabileceği kabul edilmektedir⁴⁷.

Götürü tazminatın başlıca iki amacı vardır. Bunlar ödenecek tazminat miktarını önceden peşin olarak tespit etmek ve alacaklıyı zararın miktarı ve varlığına ilişkin ispat yükünden kurtarmaktır. Ceza koşulunun amacı ise borçluyu edimi ifaya zorlamak, bu sayede asıl borcu kuvvetlendirmek ve edimin ifa edilmemesi halinde ödenecek miktarı önceden belirleyerek alacaklının zararını gidermektir⁴⁸.

Ceza koşulu ile götürü tazminatın farkları TBK’da açıkça düzenlenmemiştir. Bu sebepten doğrudan kanun hükümlerine dayanarak bu iki kavramın birbirlerinden ayrıldıkları yönleri ve aralarındaki sınırı tespit etme imkânı bulunmamaktadır. Bu durumda bu iki kavram arasındaki sınırların tespit edilebilmesi ve birbirleri arasındaki farklılıkların ortaya çıkarılabilmesi için özellikle götürü tazminat kavramının tazminat hukukuna dayanarak açıklanması gerekmektedir. Ceza koşuluna ilişkin ayrımın ise TBK’nın m. 179-182’deki düzenlemelerinden yararlanılarak yapılması gerekmektedir⁴⁹.

Götürü tazminat adından da anlaşıldığı üzere bir tazminattır. Bu sebepten ceza koşuluna ilişkin hükümler kıyas yoluyla dahi götürü tazminata uygulanamaz. Götürü tazminata ilişkin çıkan uyuşmazlıklarda tazminat hukukuna ilişkin hükümler uygulanarak çözüm bulunması son derece önemlidir. Burada gündeme gelecek bir diğer husus, götürü tazminatın indirilmesine ilişkin olacaktır. Şöyle ki; götürü tazminatın oluşan zarar miktarından daha yüksek olması halinde ceza koşulunun indirilmesine ilişkin hükümlere değil, tazminat hukukuna ilişkin hükümlere başvurulması gereklidir⁵⁰.

⁴⁷ OERTLİ, Theres, *Der Vertraglich Pauschalierte Schadenersatz (unter Berücksichtigung der Abgrenzung zur Konventionalstrafe)*, Luzern, 2004, N.1-2, N.116, dpn.143. BÖRÜ, s.202. dpn.26 naklen.

⁴⁸ KOCAAĞA, Köksal, *“İnşaat Sözleşmelerinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart Mı Yoksa Götürü Tazminat Mıdır?”*, TBBD S.74, 2008, s.150.

⁴⁹ KOCAAĞA, *Götürü Tazminat*, s.152. ; USLU, s. 82.

⁵⁰ KOCAAĞA, *Götürü Tazminat*, s.154.

1.5.4. Seçimlik Borç ve Ceza Koşulu

TBK'nın 87. maddesinde “*Seçimlik borçlarda, hukuki ilişkiden ve işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça, edimlerden birinin seçimi borçluya aittir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Seçimlik borçta, aynı borç ilişkisindeki birden fazla borçtan, yalnız birinin ifası gerekmektedir. Kural olarak aksi düzenlenmedikçe seçim yetkisi borçluya verilmiştir. Seçim beyanı karşı tarafa varması gerekli ve yenilik doğuran haklardandır⁵¹.

Ceza koşulu ile seçimlik borcun birbirine benzediği ve ayrıldığı bazı noktalar vardır. Ceza koşulu ve seçimlik borç içlerinden birisi ifa edilecek muhtelif edim içermektedir. Ancak birbirlerinden farklı özelliklere de sahiptir. Şöyle ki, ceza koşulunda asıl borç ve asıl borca bağlı yan borç mevcut olduğu halde seçimlik borçta ortada tek bir borç olmasına karşılık hepsi birbirlerine eşit ve esas nitelikte çeşitli edimler vardır⁵².

Bir diğer farklılık ceza koşulunda borç, edim ifa edilmezse doğmaktadır. Ancak seçimlik borçta borç doğmuştur, yalnızca konusu belli değildir. Son olarak ceza koşulu, edimin borçlu tarafından hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde ifa olunurken, seçimlik borç edimlerden birinin yerine getirilmesinin imkânsızlığı halinde kararlaştırılan diğer edimin ifasıyla yerine getirilir⁵³.

⁵¹ TUNÇAMOĞ, **Cezai Şart**, s.32. ; SELİÇİ, Özer: “*Seçimlik Borçların İfası*”, İÜHFM, C.34, S.1-4, s.386. ; ŞENGÜL, Mehmet: “*Seçimlik Borçlara İlişkin Temel Özellikler Ve Seçimlik Borçların İfası*”, EÜHFD, C.XV, S.3-4, 2011. s.211. ; GÜLSEVEN, s.48.

⁵² TUNÇAMOĞ, **Cezai Şart**, s.32. ; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.811. ; ŞENGÜL, s.209. ; GÜLSEVEN, s.48. ; PEKTAŞ, Ahmet: **Eser Sözleşmesinde Ceza Koşulu**, Ankara, Gazi Kitabevi, 2021, s.68.

⁵³ TUNÇAMOĞ, **Cezai Şart**, s.32-33. ; ŞENGÜL, s.220.

1.6. Ceza Koşulunun Amacı ve Uygulama Alanı

1.6.1. Ceza Koşulunun Amacı

Ceza koşulu zararı tazmin amacından ziyade sözleşmeden doğan borcun ifasını sağlama amacı güder. Ceza koşulu ile kararlaştırılan ceza miktarı kural olarak tazminat miktarından yüksek tutulur ve böylece borçlu sözleşmeden doğan borcunu ifa edebilmek için daha çok gayret sarf eder.

Ceza koşulunun başlıca amacı borçluyu ifaya zorlamaktır ancak bunun yanında TBK’da düzenlenen üç amacı daha vardır. Bunlar; teminatla birlikte ceza amacı, tazminat amacı ve sözleşmeden dönme amacıdır⁵⁴.

Yargıtay⁵⁵ kararlarının da bu yönde olduğu görülmektedir.

Yargıtay HGK 16.03.2016 sayılı kararı , “*Cezai şartın çeşitleri ise 818 sayılı BK’nın 158. maddesinde (6098 sayılı TBK 179) üç fıkra halinde üç çeşit olarak düzenlenmiştir. Buna göre 1. fıkrasında “seçimlik cezai şart”, 2. fıkrasında “ifaya eklenen cezai şart” ve 3. fıkrasında ise “dönme cezası” ya da “ifayı engelleyen cezai şart” olarak sayılabilir. Bu cezai şart çeşitlerinden cezai şartın başlıca üç amacı olduğu anlaşılmaktadır. Bunlar; teminatla birlikte ceza amacı, tazminat amacı ve sözleşmeden dönme amacıdır.*”

⁵⁴EREN, **Genel Hükümler**, s. 1340. ; Yarg. 14. HD 1999/2536 E., 1999/3371 K. 05.05.199 T. ; Yarg. 14. HD bir kararında cezai şartın amaçlarını, cezai şartın türleri ile ilişkilendirerek şu şekilde tespit etmiştir. “*Cezai şart, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde borçlunun belirli 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.*” www.yargitay.gov.tr E.T 13.08.2021

⁵⁵ Yarg. HGK, 2014/1013 E. , 2016/318 K. , 16.03.2016 T. www.yargitay.gov.tr E.T 13.08.2021

Ceza koşulunun doktrine göre iki amacı vardır. Bunlar, edimin ifasının kuvvetlendirmek ve edime aykırılık halinde alacaklının uğrayacağı zararı önceden tespit etmektir⁵⁶.

Uygulamada ceza koşuluna genellikle ekonomik değeri yüksek edimler içeren hukuki işlemlerde sıklıkla rastlanır. Ceza koşulu tazminat miktarından yüksek tutulduğu için borçlunun üzerinde, edime uygun davranması yönünde psikolojik olarak baskıya da sebebiyet vermektedir. Ancak borçluyu ifaya zorlama amacına hizmet etse de yalnızca bu amaca hizmet eden ceza koşuluna uygulamada pek rastlanmaz. Bu amacın yanında tazminat amacı da az veya çok miktarda mutlaka bulunmaktadır⁵⁷.

Ceza koşulu, asıl edime uygun davranılmaması halinde alacaklının zararı oluşmasa bile, uğradığı mağduriyeti giderebilmesi yönünde kolaylık sağlamaktadır. Şöyle ki, normal şartlar altında borçlu borcunu ifa etmediğinde, alacaklı temerrüt şartları oluşuktan sonra uğradığı zararın tazminini isteyebilecektir. Bu halde, alacaklı bir taraftan zarara uğradığını, diğer taraftan da bunun miktarını ispat etmek zorundadır. Oysaki ceza koşulunda, edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde borçludan doğrudan ceza koşulunun ödenmesi istenmektedir. Görüldüğü üzere ceza koşulunun bir diğer amacı da alacaklıyı zararı ve onun miktarını ispat gibi güç bir işten kurtarmaktır.

Doktrinde bazı yazarlar ceza koşulunun asıl ve temel amacının alacaklıyı oluşacak muhtemel zararları ispat etme yükümlülüğünden kurtarmak olduğunu savunmaktadır. Ancak bu görüşler TBK'nın 180. maddesinin birinci fıkrasına açıkça aykırıdır. Gerçekten de hükme göre ceza koşulu alacaklının zararına bağlı değildir, yani alacaklı herhangi bir zarara uğramasa bile ceza koşulu muaccel olduysa kendisine ifa edilecektir⁵⁸.

Ceza koşulu anlaşmasının amaçlarını genel olarak sıralayacak olursak;

⁵⁶ BİLGE, 81.vd; BERKİ, Osman Fazıl, *“Pey Akçesi, Rücu Tazminatı Ve Cezai Şart (Mukavele Cezası) Etrafında Tetkikler”*, İstanbul Barosu Mecmuası, S.5, Mayıs, 1943, s.281 vd.

⁵⁷ USLU, s.29; TUNÇAMOĞ, *Cezai Şart*, s.49. ; Borçluyu ifaya zorlama yönündeki karar için Bkz. Yarg. 15.HD 2008/7818 E. 2009/3871 K. , 26.06.2009 T. *“Doktrinde cezanın aşırı olup olmadığının hakkaniyet ölçüsüne göre belirleneceği benimsenmekle birlikte, cezai şartın amacı, borçluyu ifaya zorlayan bir tazyik vasıtası olduğu, borcun ifası halindeki menfaat ile cezai şartın ödenmesi halindeki menfaat arasında makul ve adil denge kurulması gerektiği, cezai şart miktarının borçlunun ezilmesini ve ekonomik olarak mahvına neden olacak dereceyi bulması halinde fahiş kabul edilmesi ve uygun bir miktara indirilmesi gerektiği kabul edilmektedir.”* www.yargitay.gov.tr E.T 10.08.2021

⁵⁸ YAĞCIOĞLU, s.41. Bkz. TBK m.180/1 *“Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir.”*

- Borçluyu ifaya zorlamak ve asıl edimi güçlendirmek.
- Borcun ifa edilmemesi halinde ödenecek tazminatın miktarını önceden belirlemek⁵⁹.

Yukarıda sayılanlar kanaatimizce ceza koşulunun başlıca amaçlarını oluşturmaktadır.

1.6.2. Ceza Koşulunun Uygulama Alanı

1.6.2.1. Genel Olarak

Ceza koşulu geniş bir uygulama alanına sahiptir. Başlı başına bir inceleme konusu olabilecek kadar detaylı bir konu olmasından ötürü biz konuyu başlıklar halinde genel bir fikir verecek şekilde açıklayacağız.

Asıl borç yoksa ceza koşulu söz konusu olmaz. Bu niteliği itibariyle ceza koşulu asıl borca bağlı bir yan borçtur. Asıl borç hukuki işlemde doğabileceği gibi, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden ve hatta nafaka borçlarında olduğu gibi aile hukukundan doğması da mümkündür. Asıl borcu içeren hukuki işlem ilke olarak bir sözleşmedir. Bu nedenle, ceza koşuluna “*sözleşme cezası*” da denilmektedir. Bununla birlikte, asıl borcun yer aldığı hukuki işlem veya bir ortaklık ya da dernek tüzüğü de olabilir. Bu sonuncu halde “*dernek cezası*” söz konusu olur⁶⁰. Ticari veya sınaî işletmelere ilişkin hususlarda da ceza koşulu kararlaştırılabilir. Ancak ölüme bağlı tasarruflarda ceza koşulu kararlaştırılması mümkün değildir. Aynı şekilde kanunla da ceza koşulu düzenlenemez. Bunun sebebi ise ceza koşulunun tarafların serbest iradelerine dayanmak zorunda olmasıdır. Tam borçlar gibi eksik borçların ifasının da ceza koşuluyla kuvvetlendirilmesi kural olarak mümkündür⁶¹.

⁵⁹ ÇAKIROĞLU, Mehmet: **İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Sorumluluğu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.83. BİLGE, s.81 vd. ; EKİNCİ, **Özel Hukuk Ceza Koşulu**, s.54. ; TUNÇAMOĞ, **Cezai Şart**, s.48-109. ; KOCAĞA, **Ceza Koşulu**, s.31. ; GÜLSEVEN, s.25.

⁶⁰ YAĞCIOĞLU, s.66. ; KOCAĞA, **Ceza Koşulu**, s.48. ; EREN, **Genel Hükümler**, s.1338. Bu nedenle “*akdi ceza*” deyimini isabetli değildir. Bkz. TUNÇAMOĞ, **Cezai Şart**, s.4.

⁶¹ USLU, s.37. ; GÜLSEVEN, s.35. ; EREN, **Genel Hükümler**, s. 1339.

Ceza koşulu sözleşmelerde sıklıkla düzenlenmektedir. Özellikle, taşınmaz satım sözleşmeleri⁶², hizmet sözleşmeleri, eser sözleşmeleri⁶³, rekabet yasağına ilişkin sözleşmelerde, iş sözleşmelerinde, ticari sözleşmelerde, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde⁶⁴ sıklıkla uygulanmaktadır. Miras hukukunda ceza koşulu uygulanmaz⁶⁵.

1.6.2.2. Ceza Koşulunun Yer Aldığı Hukuk Alanları

1.6.2.2.1. Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu

Ceza koşulu TBK’da düzenlenmiştir. Ceza koşulunun en sık uygulama alanı bulduğu hukuk disiplini borçlar hukukudur. Borçlar hukukunda sözleşmeler irade serbestisi ilkesine göre kurulur. Ceza koşulu da, tarafların serbest iradesi ile taahhüt edilir. İstisnaları olmakla beraber bu alandaki sözleşmelerde ceza koşulu kararlaştırmak çoğunlukla mümkündür⁶⁶.

⁶² Yarg. 3. HD 2020/5030 E. , 2021/3884 K. , 08.04.2021 T. “...yine sözleşmenin 3.maddesi gereğince cezai şart alacaklarının olduğunu belirterek; dava konusu taşınmazın adına devredilmesi sebebiyle tapu iptal tescil talebi konusuz kaldığından davalı...” Yarg. (Kapatılan) 13. HD 2016/15329 E. , 2019/12843 K. 19.12.2019 T. “...dava konusu bağımsız bölümün teslim tarihinin taraflar arasındaki sözleşmenin B/8 maddesi uyarınca 30/08/2008 tarihi olduğu, taşınmazın halen teslim edilmediği anlaşılmakla, kira tazminatı sebebiyle; 1.800-USD cezai şartın dava tarihinden itibaren işleyecek avans faizi ile birlikte davalı yüklenici...” www.yargitay.gov.tr E.T 10.08.2021

⁶³ Yarg. 15. HD 2020/2444 E. , 2021/726 K. , 09.03.2021 T. “Uyuşmazlık, eser sözleşmesinden kaynaklanmakta olup yüklenici tarafından açılan asıl dava, bakiye iş bedeli alacağının tahsili amacıyla başlatılan icra takibine itirazın iptali istemine, iş sahibi tarafından açılan karşı dava ise, eksik ve kusurlu işlerin giderim bedeli ile cezai şart istemlerine ilişkindir.” www.yargitay.gov.tr E.T 10.08.2021

⁶⁴ Yarg. HGK 2020/519 E. , 2020/851 K. , 10.11.2020 Tarihli kararı “...bilirkişi raporlarında inşaatın sözleşmeye göre %92 oranında bitirildiğinin belirtildiği görülmüştür. Açılan davalarda kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi yönünde bir talep bulunmayıp, asıl davada davacının talebinin eksik tadilat, kira kaybı ve geç teslim nedeni ile cezai şart bedelinin tahsili istemine...” www.yargitay.gov.tr E.T 10.08.2021

⁶⁵ YAĞCIOĞLU, s.69. ; İNAN/YÜCEL, s.565. ; TUNÇAMOĞ, Ceza Koşulu, s.54.

⁶⁶ TİRYAKİ, Murat: “Özel Hukuk Alanında Cezai Şart, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)”, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2005, s.18. ; YAĞCIOĞLU, s.64. ; EKİNCİ, Özel Hukuk Ceza Koşulu, s.102.

Taşınmaz satışı veya taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinde de ceza koşulu kararlaştırılabilir. Bu tür sözleşmelerde söz konusu taşınmaz tapuda kayıtlı olduğu için ceza koşulu anlaşmasının yazılı ve resmi şekilde yapılması şarttır⁶⁷.

Ceza koşulu anlaşmasına uygulamada⁶⁸, “*Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*”⁶⁹ veya “*Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*”⁷⁰ şeklinde ifade edilen sözleşmelerde de sıklıkla rastlanır.

Biz çalışmamızda bu tür sözleşmeleri ifade etmek için Yargıtay kararlarında daha sık yer verilmesi sebebiyle “*kat karşılığı inşaat sözleşmesi*” ifadesini kullanmayı tercih ettik. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları arsa sahibi⁷¹ ve yüklenicidir⁷². Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde tarafların yükümlülükleri eser sözleşmesindeki gibidir⁷³. Yüklenici, arsa sahibinin arsasına yapacağı inşaat karşılığında, arsa sahibinden bedel olarak arsanın bağımsız belirli paylarının mülkiyetini; arsa sahibi de yükleniciden inşaatın zamanında bitirilip teslim edilmesini bekler. Görüldüğü üzere kat karşılığı inşaat sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen,

⁶⁷ Ceza koşulu asıl borca bağlı bir yan borçtur. Bu sebepten asıl sözleşmenin yapılmasında geçerli olan bir şekil şartı var ise ceza koşulu da o şekil şartına uygun yapılmak zorundadır. Aksi halde geçersiz hale gelecektir. Buna ilişkin Bkz. EKİNCİ, **Özel Hukuk Ceza Koşulu**, s.61. ; TUNÇAMOĞ, **Cezai Şart**, s.53. USLU, s.61.

⁶⁸Yarg. 15. HD, 2020/2403 E. , 2021/1785 K. , 19.04.2021 T. “...*kat karşılığı inşaat sözleşmesi düzenlendiğini, 28.02.2014 tarihinde tam ve eksiksiz olarak teslim edilmesi gerektiğini, teslim edilmediği takdirde her ay için 15.000,00 TL gecikme tazminatı ile sözleşmeye uyulmaması halinde 150.000,00 TL ceza-i şartın ödenmesi gerektiğini...*” Yargıtay E.T 19.08.2021 Aynı yönde başka kararlar için Bkz. Yarg 3. HD, 2020/5030 E. , 2021/3884 K. 08.04.2021 T. ; Yarg. 15. HD 2020/1170 E. , 2021/1144 K. , 24.03.2021 T. www.yargitay.gov.tr E.T 10.08.2021

⁶⁹ ATAMULU, İsmail: **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi**, Ankara, 2014, s. 25; FİLİNTEPE, Nurettin/ PİŞKİNPASA, Duygu: “*Yargıtay Kararları Işığında Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*”, İBD, C. 84, S. 3, Y. 2010, s. 1477; KOSTAKOĞLU, Cengiz: **İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, 10. B. , İstanbul, 2017, s. 17; YÜCEL, Özgü, “*Yargıtay Kararı Işığında Geçersiz veya Feshedilmiş Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi İlişkisinde Haksız Yapı Hükümlerinin Uygulanabilirliği*”, AÜHFD, C. 62, S. 2, Y. 2013, s.540. ; USTA, Oğuz: **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Cezai Şart ve Kira Tazminatı**, Ankara, 2017, s. 5.

⁷⁰AYAN, Serkan: **İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 30. ;EREN, Fikret: “*İsimsiz Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar*”, Prof. Dr. Turgut Akıntürk’ e Armağan, Beta Yayınları, İstanbul 2008, s. 92; COŞKUN, Mahmut: **İnşaat Sözleşmelerinden Kaynaklanan Davalar**, Ankara, 2017, s. 379; DUMAN, İlker Hasan: **İnşaat Hukuku**, 6. B., Ankara, 2014, s. 96; ERMAN, Hasan, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, 3. B., Der yayınları, İstanbul, 2010, s. 1; s. 576; KIRMIZI, Mustafa, **Açıklamalı İçtihatlı Eser Sözleşmesi Ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Şen Matbaa, Ankara, 2014, s. 611.; COŞKUN, Gürkan, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan Üçüncü Kişinin Hukukî Durumu**, Yetkin Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 26.

⁷¹ İnşaat yapılacak arsanın mülkiyetine sahip kişi.

⁷² İnşaatı yapmayı üstlenen kişi, müteahhit (genelde inşaat şirketi). ZEVLİLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, Emre: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 21. B, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, s. 501.

⁷³ TBK m.470 “*Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.*”

çift tipli karma bir sözleşme niteliğindedir⁷⁴. Yüklenicinin ya da arsa sahibinin her türlü sözleşmeye aykırı davranışı için ceza koşulu kararlaştırılabilir⁷⁵.

Yargıtay'ın ceza koşuluna ilişkin verdiği kararların önemli bir kısmını kat karşılığı inşaat sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıklar oluşturur⁷⁶. Bu sözleşmelerde kararlaştırılan ceza

⁷⁴ ERMAN, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 4; ATAMULU, s. 32; YAVUZ, **Özel Hükümler**, s. 1070-1071; KIRMIZI, s. 627. ; Kaya, Özgür Katip: **Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi**, Kazancı Yayınları, İstanbul 1993, s. 18–19; SÜTÇÜ, Nezi: **Uygulama Ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi C. 1**, Güncellenmiş Ve Genişletilmiş 5.B., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 27. ; Çift tipli karma sözleşme niteliğinde olduğuna ilişkin görüşler için Bkz. SELİÇİ, Özer: **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978, s. 11.; ÖZ, M. Turgut: **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 6. ; ANTALYA, Gökhan: **Borçlar Hukuku Genel hükümler C.-I**, Beta Yayınları, 2. B., İstanbul 2019, s. 278. ; KARTAL, Bilal: **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Ankara, 1993, s. 28. ; KARADAŞ, İzzet: **Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri**, 3.B., Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 41. ; ERMAN, s. 4 vd; KOSTAKOĞLU, s. 61. ; YAVUZ, Cevdet: **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, Beta Yayınları, 10. Baskı, İstanbul 2014, s. 1071-1072. ; YAVUZ, Nihat: **Yeni ve Eski Türk Borçlar Kanunu'na Göre Eser ve Hizmet Sözleşmeleri**, Adalet Yayınları, Ankara 2011, s. 619. ; EREN, **“İsimsiz Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar”**, s.92–93.

⁷⁵ AYAN, s.193-194.

⁷⁶ Bkz. Yarg. 15. HD 2020/994 E. , 2020/3319 K. , 23.12.2020 T. “Asıl ve birleşen dava kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesinden kaynaklanmış olup, asıl dava arsa sahibinin alacak talebi, birleşen dava ise yüklenicinin cezai şartın tahsili istemine ilişkindir. Mahkemece asıl davanın kısmen kabulüne, birleşen davanın kabulüne dair verilen karar, davalı-birleşen dosya davacısı vekili ve davacı-birleşen dosya davalısı vekilince temyiz edilmiştir. Asıl davada davacı arsa sahibi, davalı ile aralarında 26.04.2011 tarihli kat karşılığı inşaat sözleşmesi düzenlendiğini, bu sözleşmeye göre davalı tarafından yapılacak toplam 36 bağımsız bölümlü binanın sözleşme tarihinden itibaren en geç 730 gün içerisinde tamamlanacağını taahhüt edildiğini, bu süre içerisinde bitirilmemiş ise rayiç her ay 500 Dolar kira bedeli ödeneceğinin kararlaştırıldığını, davalının belirlenen sürede inşaatı bitirmediğini, kendisine düşecek 4 dairenin kira bedelini, fazladan yapılan bağımsız bölüme ilişkin ve eksik ayıplı imalat bedeli karşılığının davalıdan tahsilini talep etmiş, davalı savunmasında davacı arsa sahiplerinin yükümlülüklerini yerine getirmediği için inşaat gecikme yaşadığını, inşaatın %95 oranında tamamlandığını, herhangi bir gecikmenin bulunmadığını, davacının eksik ve ayıplı imalat nedeniyle talepte bulunamayacağını, artan bağımsız bölümlere ilişkin talebinin haksız olduğunu, artan veya azalan bir dairenin bulunmadığını belirterek davanın reddini istemiş, birleşen dosyada açtığı davasında kat karşılığı inşaat sözleşmesinin 3/h maddesine göre müteahhidin satış yetkisi talebinden itibaren 7 gün içinde mal sahipleri yahut mirasçıları tarafından verilmemesi durumunda satış yetkisi vermeyen mal sahibinin günlük 5.000,00 TL ceza ödeyeceğinin kararlaştırıldığını, davalıdan 06.11.2013 tarihli ihtarname ile satış yetkisinin istendiğini, satış yetkisinin 25 gün gecikmeli verilmiş olduğunu belirterek 125.000,00 TL'nin davalıdan tahsilini talep etmiştir. Mahkemece asıl dava yönünden bozmaya uyularak yapılan yargılama neticesi işin geç teslimi nedeniyle 18 ay 24 günlük bir gecikmenin yaşandığı ve bozma sonrası ilave edilen süreye göre davacının esas dava yönünden 79.232,32 TL kira alacağının bulunduğu belirlenmiş olup, bu miktar yönünden esas davanın kabulüne, birleşen Ankara 8. Asliye Hukuk Mahkemesi dosyasında sözleşmedeki açık düzenleme karşısında 05.11.2013 tarihli ihtarda satış yetkisi istenirken ayrıca cezai şartla ilgili bir talepte bulunulmamış olmasının sözleşmedeki cezai şart yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağı kanaatine varıldığı gerekçesiyle gecikilen 25 günlük süre karşılığı günlük 5.000,00 TL'den toplam 125.000,00 TL ceza şartın birleşen davanın davalısından tahsiline karar verilmiştir. Karar davalı-birleşen dosya davacısı vekili ve davacı-birleşen dosya davalısı vekilince temyiz edilmiştir.1-Dosyadaki yazılara ve mahkemece uyulan bozma kararı gereğince inceleme yapılarak hüküm verilmiş olmasına, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına ve bozmanın şümulü dışında kalarak kesinleşen cihetlere ait temyiz itirazlarının incelenmesi artık mümkün olmamasına göre davalı- birleşen dosya davacısının tüm temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir. 2-Davacı birleşen dosya davalısının temyizine gelince ; Taraflar arasında düzenlenen kat karşılığı inşaat sözleşmesinin 3/h bendinde yükleniciye tapu devri yetkisinin süresinde verilmemesi halinde günlük 5.000,00 TL cezai şartın ödenmesi kabul edilmiş olup, kararlaştırılan bu cezai şart niteliği itibarıyla 6098 Sayılı TBK'nın 179/2. maddesinde (818 Sayılı Mülga Borçlar Kanunu 158/2) düzenlenen ifaya ekli cezadır. Sözleşmede aksi bir düzenleme bulunmadığından ve bu cezanın talep edilebilmesi için teslim anında ihtirazi kayıt konulması gerekirken dosya kapsamına göre birleşen dosya davacısı yüklenicinin tapu devir talepli ihtarnamesinden sonra gerekli vekaletnamenin verildiği tarihte ihtirazi kayıt ileri sürdüğünü kanıtlayamadığı anlaşıldığından birleşen davanın reddi yerine kabulü doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur.”

koşulu genellikle yüklenicinin inşaatı zamanında bitirip arsa sahibine teslim etmesine yönelik kararlaştırılır. Ceza koşuluna ilişkin uyuşmazlıkları detaylı incelemek adına da kat karşılığı inşaat sözleşmeleri uygulamada önemli bir yere sahiptir. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin inşaatı zamanında teslim etmemesi halinde kararlaştırılan ceza koşulu, edimi belirli yer veya zamanda ifa etmeye ilişkin olduğundan ifaya eklenen ceza koşuludur⁷⁷.

1.6.2.2.2. İş Hukukunda Ceza Koşulu

İş hukukunda ceza koşuluna ilişkin uyuşmazlıkların kaynağı genellikle işçilerin işverene karşı güçsüz duruma getirilmesine yönelik iş sözleşmesinde düzenlenen hükümlerdir. İş Kanununda ve TBK’da iş hukukunda ceza koşuluna ilişkin bir hüküm bulunmaması sebebiyle uyuşmazlıkların çözümünde yorum yöntemi kullanılmaktadır. eBK döneminde iş sözleşmelerine ilişkin işçinin aleyhine ceza koşulu düzenlenemeyeceği hüküm altına alınmıştı. Ancak TBK’da işçi aleyhine ceza koşulu koyulamayacağına yönelik düzenleme yoktur. Ancak Yargıtay kararlarında eBK’da düzenlenen hüküm yürürlükteymiş gibi sadece işçinin aleyhine koyulacak ceza koşulu hükümlerini geçersiz saymıştır. Yargıtay uyuşmazlıkların çözümünde kararlarını kanunda hüküm olmaması dolayısıyla ceza koşulunun unsurlarını ve amacını doktrindeki görüşlere göre işçi lehine yorumlayarak vermektedir⁷⁸.

İşçinin korunması amacıyla, İş hukukunda emredici hukuk kurallarının yapısı kendine özgü biçimde değişime uğratılmış ve bunlara nispi emredici bir nitelik kazandırılmıştır⁷⁹.

www.yargitay.gov.tr E.T 10.08.2021 Ceza koşuluna ilişkin bu uyuşmazlıkta, ceza koşulunun bir türü olan ifaya eklenen ceza koşuluna ilişkin bir karar verilmiştir. İfaya eklenen ceza koşulunda, alacaklı ifayı ihtirazi kayıt dermeyan etmeksizin kabul ederse artık ceza koşulunu talep edemez.

⁷⁷ TEKEİOĞLU, Numan: *"İnşaat Sözleşmelerinde Cezai Şart ve Götürü Tazminat"*, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 2017, S.2, s. 170. ; Yarg. 15. HD 2019/3216 E. , 2020/2960 K. , 11.11.2020 T. "...Söz konusu maddede ceza, borcun belirlenen zamanda ifa edilmemesi durumunda ödenmek üzere kararlaştırılmış olduğundan sözleşme tarihinde yürürlükte bulunan 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 106/II ve 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 6098 Sayılı TBK'nın 179/II maddesinde tanımlanan ifaya ekli cezai şart niteliğindedir." **www.yargitay.gov.tr E.T 12.10.2021**

⁷⁸ DEMİRCİOĞLU, A. Murat: *İş Hukukunda Cezai Şart*, Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010, s. 161.

⁷⁹ ÖZDEMİR, Erdem: *"İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri"*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, C.54, S.3, s. 97.

Yargıtay 9. HD'nin 25.03.2021 tarihli kararı “*cezai şart, 6098 sayılı TBK'nın 179-182. maddeleri arasında düzenlenmiş olup, İş Kanunlarında konuya dair bir hükme yer verilmemiştir. İş hukuku açısından Türk Borçlar Kanununun söz konusu hükümleri uygulanmakla birlikte, Dairemizce bazı yönlerden İş hukukuna özgü çözümler üretilmiştir. İş hukukunda “İşçi Yararına Yorum İlkesi”nin bir sonucu olarak sadece işçi aleyhine yükümlülük öngören cezai şart hükümleri geçersiz sayılmış ve bu yönde yerleşmiş içtihatlar öğretide de benimsenmiştir. Hizmet sözleşmeleri açısından cezai şartla ilgili olarak 818 sayılı Yasada açık bir hüküm bulunmaz iken, Dairemizin uygulamasına paralel olarak; 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı TBK'nın 420. maddesi “Hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir.” hükmünü getirmiştir. Bu itibarla hizmet sözleşmelerine işçi aleyhine konulan cezai şartlar geçersiz, işçi lehine konulan cezai şartlar ise geçerli kabul edilmelidir.*” şeklindedir. Görüldüğü üzere TBK'da ve ilgili kanunlarda iş sözleşmelerine yönelik ceza koşuluna ilişkin düzenleme olmamasına rağmen Yargıtay işçi lehine yorum ilkesi gereği kararlarını işçi lehine vermektedir.

Hizmet sözleşmelerinde, işçinin yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmesi işçinin edimidir. İşçinin edimi hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde ceza koşulu ödeyeceği iş sözleşmesinde taahhüt edilir. İş sözleşmelerinde işçinin sözleşmeyi haksız olarak feshetmesini önlemek için ayrıca ceza koşulu düzenlenmektedir⁸⁰.

İş sözleşmelerinde ceza koşulu feshe yönelik düzenlendiğinde teminat amacı taşımaktadır. Buna göre işçinin işi gereği gibi ifa etmesi halinde ödeyeceği miktarı önceden bilmesi işvereni mağdur etmemesi için işçi üzerinde caydırıcı bir etki sağlamaktadır. Bir diğer amacı ise işçinin sözleşmeye aykırı hareket etmesi halinde işverenin zararını tazmin etmektir⁸¹.

İşçi ve işverenin ceza koşuluna ilişkin menfaatlerinin karşılıklılık ilkesi gereğince dengede olması esastır. Örneğin işçinin bir işin yapılması için aldığı eğitim masrafları, işçinin sözleşmeyi zamanından önce feshetmesi halinde işverenin zararını karşılamaya yetmelidir. Yargıtay'a göre eğitim masrafları kararlaştırılan ceza koşulu ile ölçülü olmalıdır⁸². İşçi ve

⁸⁰ ARICI, Kadir: “*Hizmet Akitlerine Cezai Şart Konulması*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, Haziran, 1997, s. 35; ÖZDEMİR, s. 112.

⁸¹ DEMİR, Müslim: “*İş Sözleşmesinde Cezai Şartın Geçerliliği*”, Mali Çözüm, Kasım-Aralık 2014, s.181-185.

⁸² Yarg. 9. HD 2019/7323 E. , 2020/16546 K. , 24.11.2020 T. “*Cezai şartın işçi ve işveren hakkında ve iki taraflı olarak düzenlenmesi gereği, işçi aleyhine kararlaştırılan cezai şartın işveren aleyhine kararlaştırılardan daha fazla olmaması sonucunu da ortaya koymaktadır. Başka bir anlatımla işçi aleyhine olarak belirlenen cezai şartın, koşulları ve ceza miktarı bakımından işverenin sorumluluğunu aşması düşünülemez. İki taraflı cezai şartta işçi aleyhine bir eşitsizlik durumunda, cezai şart hükmü tümünden geçersiz olmamakla birlikte, işçinin yükümlülüğü işverenin sorumlu olduğu miktarı ve halleri aşamaz. İşçiye verilen eğitim karşılığı*

işverenin ikisi için de kararlaştırılan ceza koşulu ilke olarak işçinin daha aleyhine olmamalıdır⁸³.

İş sözleşmesinde kararlaştırılan ceza koşulu karşılıklılık ilkesine uygun ise sözleşmenin haksız olarak süresinden önce feshedilmesi halinde işçi işverene kararlaştırılan ceza koşulunu ödemekle yükümlüdür. İşveren, işçinin iş yerinde çalışmaya hazır olması amacıyla öncesinde eğitim verebilir. Eğitimden sonra işçinin çalışma süresini ayrı olarak belirleyebilir. Sözleşmede belirlenen eğitim süresi ve devamında işçinin çalışma süresince süresinden önce sözleşmeyi haksız olarak fesheden tarafın eşit miktarda ceza koşulu ödeyeceği sözleşmede kararlaştırılmış ise bu halde sözleşmeyi süresinden önce haksız olarak fesheden taraf işçi dahi olsa karşılıklılık ilkesine göre tarafların menfaat dengesi sağlandığı için ceza koşulunu ödemek zorundadır. Yargıtay kararları da bu yöndedir.

Yargıtay 9. HD'sinin 01.10.2020 tarihli kararı "*Davalı ..., imzaladığı taahhütname ile 3 yıl mecburi hizmet yapmayı ve iş sözleşmesi ile haklı nedenler haricinde 3 yıllık mecburi hizmet süresi içinde sözleşmenin feshedilmesi halinde 10.000 TL ceza-i şart ödemeyi kabul etmiştir. Sözleşmede işveren yönünden de aynı koşulda ceza-i şartın hüküm altına alındığı, taraflar arasında denklik/karşılıklılık bulunduğu anlaşıldığından Mahkemece ceza-i şart isteminin, davacı ile davalılar arasında denklik içermemesi gerekçesi ile reddi yerinde değildir. Açıklanan nedenle ceza-i şart isteminin kabulü gerekirken reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.*"⁸⁴ şeklindedir. Yargıtay'ın bu kararı denklik/karşılıklılık ilkesinin açıklayıcı bir örneğidir. Bu karara göre her iki taraf içinde iş sözleşmesinde ceza

belli bir süre çalışması koşuluna bağlı olarak kararlaştırılan cezai şart tek taraflı olarak değerlendirilemez. İşçiye verilen eğitim bedeli kadar cezai şartın karşılığı bulunmakla eğitim karşılığı cezai şart hükmü belirtilen ölçüler içinde geçerlidir." www.yargitay.gov.tr E.T 10.08.2021

⁸³ Canbolat, Talat/ERENER, Ebru: "*Asgari Süreli İş Sözleşmelerinde Cezai Şart*", İş ve Hayat Dergisi, s. 233-235.

⁸⁴Yarg. 9. HD 2020/2679 E. , 2020/10344 K. , 01.10.2020 T. "*Davalı ..., 27/10/2008 tarihinde imzaladığı taahhütnamede, Bankacılık Okulunda eğitimini tamamlamadan veya tamamladıktan sonra davacı Bankanın görev vereceği birimler veya şubelerde 8 aylık eğitim süresine karşılık 3 yıllık mecburi hizmeti kayıtsız, şartsız kabul etmiştir. Taraflar arasında imzalanan iş sözleşmesinin "Mecburi Hizmet ve Süresi" başlıklı 3.maddesinde; "Personel, Bankacılık okulunda eğitimini tamamlamadan veya tamamladıktan sonra Bankanın görev vereceği birimler ve şubelerde 3 yıl mecburi hizmet yapacaktır. Banka tarafından, Disiplin mevzuatının ilgili hükümleri, Bankacılık Okulu Yönetmeliği ve taahhütname hükümleri ile sair ve saklı haklı nedenler haricinde öğrenim süresi ile 3 yıllık mecburi hizmet süresi içinde işbu sözleşme feshedilemez. Sözleşmenin S.lan haller dışında feshedilmesi halinde, Banka personele 10.000,00 TL tutarında cezai şart öder. Personel tarafından ise haklı nedenler haricinde, öğrenim süresi ve 3 yıllık mecburi hizmet süresi içinde iş bu sözleşme feshedilemez. Sözleşmenin haklı nedenler dışında feshedilmesi halinde, personel tarafından Bankaya 10.000,00 TL tutarında cezai şart ödenir..." hükmü ile ceza-i şart hususu açıkça düzenlenmiştir. Dosyada mevcut bilgi ve belgelerden iş sözleşmesinin feshinin davalı işçi tarafından sözleşmede belirlenen 3 yıllık süre dolmadan ve haklı neden gösterilmeden gerçekleştirildiği sabittir.* www.yargitay.gov.tr E.T 10.08.2021

koşulu düzenlenmiştir. İşçinin ifa yükümlülüğü ve işverenin ifa yükümlülüğü sözleşmede düzenlenmiş ve ceza koşulu ile teminat altına alınmıştır Her iki taraf içinde borcun gereği gibi ifa edilmeme halinde ödemesi gereken denk bir ceza koşulu anlaşması bulunmaktadır.

İşçinin sözleşmeyi süresinden önce feshetmesi halinde karşılıklılık ilkesi göz önünde bulundurularak ceza koşulunun geçerli olması, sözleşmenin belirli süreli iş sözleşmesi olmasına bağlıdır. Mamafih, objektif şartları haiz olmadığı gerekçesiyle belirsiz süreli olarak nitelendirilen iş sözleşmelerinde taahhüt edilen ceza koşulu geçerlidir⁸⁵.

1.6.2.2.3. Medeni Hukukta Ceza Koşulu

Ceza koşulu tarafların serbest iradesi ile kararlaştırılır. Medeni hukukta ceza koşulu uygulanmaz. TMK'daki hükümler genellikle emredici nitelikte olup tarafların serbest iradesiyle kararlaştırılamaz.

TMK'nın 23. maddesi ile çelişebilecek yani kişilik haklarına aykırı düşebilecek işlemler ceza koşuluyla teminat altına alınamaz⁸⁶.

Bahis ve kumardan doğan eksik borçlarla, evlenme tellallığından doğan eksik borçlar ceza koşuluna bağlanamaz⁸⁷.

⁸⁵Yarg. 9. HD 2019/7323 E. , 2020/16546 K. , 24.11.2020 T. “Gerek belirli gerekse belirsiz iş sözleşmelerinde, cezai şart içeren hükümler, karşılıklılık prensibinin bulunması halinde kural olarak geçerlidir. Ancak, sözleşmenin süresinden önce feshi koşuluna bağlı cezai şartın geçerli olabilmesi için, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin belirli süreli olması zorunludur. Bu kural yönünden Yargıtay İçtihatları Birleştirme Genel Kurulu'nun 08.03.2019 tarihli 2017/10 esas 2019/1 karar Sayılı kararı ile belirli süreli olarak yapılmış ancak objektif şartları taşımadığı için belirsiz süreli kabul edilen iş sözleşmesinde kararlaştırılan "süreden önce haksız feshe bağlı cezai şart hükmünün geçerli olduğuna" hüküm kurulduğundan, artık sözleşmenin belirli süreli ve belirsiz süreli olmasının cezai şartın geçerliliğine etkisi bulunmamaktadır .”www.yargitay.gov.tr E.T 10.08.2021

⁸⁶ HATEMİ/GÖKYAYLA, s.400. ; BİLGE, s.115. ; USLU s. 41 TMK m.23 “(1)Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. (2) Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz.”

⁸⁷ ERİN, Genel Hükümler, s. 1339. ; TUNÇAMOĞ, Cezai Şart, s. 11-12.

TMK 119/2: “Evlenmeden kaçınma hâli için öngörülen ceza şartı dava edilemez; ancak yapılan ödemeler de geri istenemez.” Bu hükme göre evlenmeden kaçınma hali için ceza koşulu düzenlenemez. Düzenlendiyse bile geçersizdir.

1.6.2.2.4. Ticaret Hukukunda Ceza Koşulu

Ticari hayatın gelişmesi ile tacirlerin yaptıkları işlerde, özellikle ticari işletmenin devrinde ve şirket sözleşmelerinde ceza koşuluna sıklıkla rastlanmaktadır. Örneğin anonim ve limited şirketlerde sermaye koyma borcunu yerine getirmeyen ortaklar için esas sözleşmeye ceza koşulu koyulabilmektedir⁸⁸.

1.6.2.2.5. Ceza Koşulunun Uygulanmasına İlişkin Bazı Yasaklı Haller

Kanundaki hükümlere bakıldığında, bazı hallerde ceza koşulunun kullanılmasının açık ya da örtülü şekilde yasaklandığı görülmektedir.

TMK m.119/II'deki evlenmeye ilişkin hüküm kanunun açık olarak ceza koşulunu yasakladığı hallerdendir.

Kanunun dolaylı yoldan yasakladığı hükümlerden bazıları şekille ilgili hükümlerden, bazıları ise kuvvetlendirilmek istenen borçların özelliklerinden meydana gelmektedir. Ceza koşulu konulmasına engel olan şekille ilgili hükümlere örnek olarak poliçeyi düzenleyen hüküm verilebilir. Poliçeye bazı ihtiyari kayıtların konulması mümkündür. Ancak poliçede yer

⁸⁸TTK m.482/III: “Esas sözleşmeyle, pay sahipleri, temerrüt hâlinde, sözleşme cezası ödemekle zorunlu tutulabilirler.” ; PULAŞLI, Hasan: **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, 6.B. , Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s.293.

alması gereken kayıtların hepsi kanunda tek tek sayılmıştır. Buna göre poliçeye kanunda yazılanlar dışında kayıt konulamaz⁸⁹.

Poliçe kayıtsız ve şartsız ödeme vaadini içerir. Poliçeye koyulacak şart poliçeyi geçersiz hale getirir. Buna göre poliçeye, “*C emrine 100.000 TL ödeyiniz aksi halde şahsıma 100.000 TL ceza ödeyeceksiniz.*” şeklinde hüküm konulursa bu poliçe geçersizdir.

1.7. Ceza Koşulunun Unsurları

Ceza koşulunun unsurları; ceza koşulunun sağlar arası bir hukuki işlemle kararlaştırılması, ortada bir asıl borcun bulunması, ceza koşulunun fer’i nitelikte olması ve ceza koşulunun asıl borçtan ayrı bir edim teşkil etmesidir.

1.7.1. Ceza Koşulunun Sağlar Arası Bir Hukuki İşlemle Kararlaştırılması

Ceza koşulu bir hukuki işlemle kararlaştırılmalıdır. Bu hukuki işlem tek taraflı olabileceği gibi çok taraflı da olabilir. Ceza koşulu taraflar arasında serbestçe belirlenebilir. Ancak edimin hiç veya gereği gibi ifa edilememesi halinde bizzat kanun tarafından ödenmesi gereken miktar belirlenmişse bu halde ceza koşulundan bahsedilemez⁹⁰.

⁸⁹ TTK MADDE 671- “(1) Poliçe; a) Senet metninde “poliçe” kelimesini, senet Türkçeden başka bir dille yazılmışsa, o dilde poliçe karşılığı olarak kullanılan kelimeyi, b) Belirli bir bedelin ödenmesi hususunda kayıtsız ve şartsız havaleyi, c) Ödeyecek olan kişinin, “muhatabın” adını, d) Vadeyi, e) Ödeme yerini, f) Kime veya kimin emrine ödenecek ise onun adını, g) Düzenlenme tarihini ve yerini, h) Düzenleyenin imzasını, içerir.” Poliçe kayıtsız ve şartsız havaleyi içermektedir. Poliçe üzerine koyulacak şarta ilişkin bir kayıt. Poliçeyi geçersiz kılacaktır.

⁹⁰ HATEMİ/HÖKYAYLA, s.403. ; TUNÇAMOĞ, **Cezai Şart**, s.16. ; GÜLSEVEN, s.39.

1.7.2. Asıl Borcun Bulunması

Ceza koşulundan söz edebilmemiz için her şeyden önce teminat altına alınan bir asıl borcun mevcut olması gerekmektedir. Ortada bir asıl borç mevcut değil ise ceza koşulunun varlığından söz edilemez⁹¹. Ceza koşulunun taahhüt amaçlarından birisi de, asıl borcun ifasını güvence altına almaktır. Bu sebepten ceza koşulu anlaşmasının varlığından söz edilebilmesi için bağlı olduğu bir asıl edimin varlığı şarttır.

Ceza koşulunun konusunu oluşturan asıl borç bazı özelliklere tabidir. Bu borcun doğduğu borç ilişkilerinin kaynakları da çeşitlilik arz edebilir.

1.7.2.1. Asıl Borcun Özellikleri

1.7.2.1.1. Asıl Borcun Geçerli ve Mevcut Bir Borç Olması

Ceza koşulunun varlığından söz edebilmek için bağlı olduğu bir asıl borcun varlığı ve bu borcun geçerli olması gerekmektedir. Buna göre asıl borcun geçersiz olması ceza koşulunun da geçersiz olması demektir. Geçersizlik hali çeşitli durumlardan kaynaklanabilir. Şöyle ki; borcun başlangıçta imkânsız olması, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına⁹² ve şekle aykırılık halleri⁹³, ehliyetsizlik, muvazaa, irade sakatlığı gibi

⁹¹ EREN, **Genel Hükümler**, s.1338. ; GÜLSEVEN, s.33; YAĞCIOĞLU, s.109; USLU, s.52; TUNÇAMOĞ, **Cezai Şart**, s.7. BİLGİLİ, Fatih/ DEMİRKAPI, Ertan: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Dora yayınevi, Ankara, 2018, s.217. ; DOĞAN, Murat/ ATAMULU, İsmail/ ŞAHAN, Gökhan: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 2.B, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s.346.

⁹² Örneğin kişinin dinine, siyasi partiye üye olup olmamasına, evlenme hürriyetine yönelik bir asıl borç için ceza koşulu anlaşması yapması geçersizdir. Çünkü asıl borcun geçersiz olması ceza koşulunun da geçersiz olması demektir. Bu durumun kaynağı TMK. m.23'tür. Buna göre "Kimse kişilik haklarından kısmen ya da tamamen vazgeçemez."

⁹³Yarg. 23. HD, 2016/5965 E. , 2019/4035 K. , 03.10.2019 T. "...Geçersiz sözleşmelerde kararlaştırılan cezai şart hükümlerinin de geçersiz olduğu..." "...Mahkemece geçerli olmayan taşınmaz satış sözleşmesine dayanılarak cezai şart da istenemez. Zira cezai şart asıl borca ilişkin ferî

sebepler bu durumlara örnek olabilir. Bu nedenlerle asıl borcun geçersiz olması halinde yapılan ceza koşulu anlaşması, asıl borç gibi geçersizdir. Tarafların, asıl borcun geçersiz olması halinde dahi ceza koşulunun geçerli olacağına ilişkin düzenledikleri anlaşma da geçersizdir⁹⁴.

Ceza koşulu asıl borcun geçerliliğine bağlıdır. Bundan ötürü geçersizlik sebeplerini özellikle doktrinde tartışmalı bulunan ve açıklanması gereken hususlar üzerinde durarak incelemek uygun olacaktır.

İlk olarak asıl borcun imkânsız olması halinde ceza koşulunun akıbetini inceleyelim. 818 sayılı eBK döneminde asıl borcun başlangıçta imkânsız olması halinde ceza koşulunun geçerli olup olmayacağı konusunda tereddütler mevcuttu. Şöyle ki, eBK’da ceza koşuluyla ilgili düzenlemede sadece iki geçersizlik haline yer vermişti. Bunlardan birisi kanuna aykırılık hali diğeri ise ahlaka aykırılık haliydi. Kanunun bu konuda sessiz kalması çeşitli görüşlerin ortaya atılmasına sebebiyet vermiştir. Bu görüşlerden birisi, bazı hallerde imkânsız bir asıl borcun ceza koşuluna bağlanabileceğini, anlaşmanın ciddi olması koşuluyla, bunun bağımsız bir vaat olacağını ve bu gibi hallerde alacaklının seçimlik hakka sahip olmayıp yalnızca ceza koşulunu isteyebileceğini ifade etmiştir. Bir diğer görüş ise burada gerçek anlamda bir ceza koşulunun olmadığını ifade etmiştir. Bu görüşe göre, asıl borç yok ise ortada bir ceza koşulu da olmadığından alacaklının ifayı isteme hakkı yoktur denmiştir. Devamında ise, böyle bir durumda gerçekte imkânsız ve geciktirici şarta bağlı bir hukuki işlemin söz konusu olmasından hacetle, bu şekilde şarta bağlanmış işlemlerin ise geçersiz olduğunu bu sebepten ceza koşulunun da geçersiz sayılması gerektiği ifade edilmiştir⁹⁵. TBK’daki düzenleme ile bu tartışmalara son verilmiştir. TBK 182’de “*Asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise...*” denilerek başlangıçtaki imkânsızlık halini de kapsayacak şekilde ifade edilmiştir⁹⁶.

İkinci olarak asıl borcun ahlaka aykırı olması halinde kararlaştırılan ceza koşulu da geçersiz olacaktır. Bunun sebebi ceza koşulunun yapısı gereği borçluyu ifaya zorlama amacı

haklardandır. Asıl borç hükümsüz olunca, cezai şart da hükümsüzdür...” aynı yöndeki karar için Bkz. Yarg. 20. HD, 2017/6101 E. , 2018/1140 K. , 19.02.2018 T. www.yargitay.gov.tr E.T 10.08.2021

⁹⁴ İlgili kanun maddeleri için Bkz. TBK m.19, 27, TMK m.9 VD. 23/II YAĞCIOĞLU, s.109-110. ; Ayrıntılı bilgi için Bkz. EKİNCİ, **Özel Hukuk Ceza Koşulu**, s.96-98

⁹⁵ Tunçamoğ, **Cezai Şart**, s.83. ; Görüşler için Bkz. OSER, Hugo/ SCHÖNENBERGER, Wilhelm: **Das Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, 2. A. , Zürich, 1929, s.708, kn. 3,4. Tunçamoğ, **Cezai Şart**, s.83. dñn naklen

⁹⁶ Yarg. 23. HD 2015/1990 E. , 2017/2533 K. , 04.10.2017 T. “*Taraflarca müşterek olarak bilinen bir hususun sonucunun taraflardan yalnızca birine yükletilmesinin hukuka ve hakkaniyete uygun olmayacağı, sözleşmenin kurulduğu anda dava konusu taşınmaz için objektif imkansızlığın söz konusu olduğu, 6098 Sayılı TBK’nun 27. maddesi gereğince hükümsüz olan sözleşme de uygulanacak cezai şartında hükümsüz olacağı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir. ...*” www.yargitay.gov.tr E.T 10.08.2021

gütmesidir. Bu halde ahlaka aykırı bir edimin ifasını sağlamak için ceza koşulunun zorlayıcı etkisini kullanmak ceza koşulunun da geçersiz sayılması demektir. Bu duruma örnek olarak hizmet sözleşmeleri kapsamındaki rekabet yasağı verilebilir. Bu kapsamda geçersizliğine karar verilen rekabet etmeme borcuna bağlı olarak kararlaştırılmış olan ceza koşulu da geçersiz olacaktır⁹⁷.

Yargıtay bir kararında, “...*hizmet sözleşmesinin rekabet yasağına ilişkin maddesinde yer alan coğrafi alan sınırlaması, işçinin iktisaden mahvına sebep olacak düzeyde geniş bir alanı kapsadığından yukarıda açıklanan çalışma özgürlüğüne, akit serbestisine ilişkin yasal düzenlemelere aykırı olup bu nedenle cezai şarta ilişkin sözleşme hükmünün batıl sayılması gerektiğini...*” ifade etmiştir⁹⁸.

Üçüncü olarak asıl borcun yanılma, aldatma, korkutma veya aşırı yararlanma sebebiyle sakatlanması halinde hem ceza koşulunun hem asıl borcun geçerliliği, iradesi sakatlanmış olanın beyanına bağlıdır. İradesi sakatlanan sözleşmeyi iptal ettiğini bildirir ise hem ceza koşulu hem de asıl borç geçersiz olur. Ancak bu kişinin sözleşmeyi iptal ettiğine dair beyanda bulunmaması veya iptal sürelerini geçirmesi halinde hem ceza koşulu hem de asıl borç başlangıçtan itibaren geçerliymiş gibi hüküm ve sonuç doğurur. İradesi sakatlanan kişi sözleşmeyi iptal edinceye veya söz konusu süreler geçinceye kadar asıl borç ve ceza koşulu askıda kalır⁹⁹.

Diğer taraftan iradesi sakatlanan kişi, sakatlığı öğrendikten sonra ceza koşulunu ödemeye yönelik taahhütte bulunmuşsa, iptalden vazgeçtiği anlamına gelir ve ceza koşulu tekrar geçerli hale gelir¹⁰⁰.

Şekle tabi bir asıl borcun, şekil şartlarına uygun yapılmaması halinde hem sözleşme hem de ceza koşulu geçersiz olacaktır. Yargıtay’ın kararları da bu doğrultudadır. “*davacı alıcı ile davalı satıcı ... arasındaki ilişkinin taşınmaz satış vaadi ilişkisi olduğu, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin resmi şekilde yapılması zorunlu olup bu şekil şartının geçerlilik şartı olduğu, taşınmaz satış vaadi resmi şekilde yapılmadığı için geçersiz olduğu, geçersiz sözleşmedeki ceza koşulunun da geçersiz olduğu gerekçesiyle davalı ... vekilinin istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının davalı ... yönünden kaldırılarak, bu*

⁹⁷ EKİNCİ, **Özel Hukuk Ceza Koşulu**, s.31. ; TUNÇAMOĞ, **Cezai Şart**, s.82-83. ; YAĞCIOĞLU, s.111.

⁹⁸ Yarg 11. HD 2016/2751 E. , 2017/1589 K 16.03.2017 T. www.yargitay.gov.tr E.T 12.10.2020

⁹⁹ KOCAĞA, **Ceza Koşulu**, s.157-158. ; TUNÇAMOĞ, **Cezai Şart**, s.84. ; YAĞCIOĞLU, s.112.

¹⁰⁰ USLU, s.56. ;TUNÇAMOĞ, **Cezai Şart**, s.84. ; YAĞCIOĞLU, s.112.

davalı hakkında açılan davanın reddine karar verilmiştir."¹⁰¹ Yargıtay'ın bu kararına bakıldığında sözleşmenin geçersiz olması halinde ceza koşulu anlaşmasının da geçerli olmayacağı anlaşılmaktadır.

Geçersizlik hallerinin ceza koşuluna etkisi ceza koşuluna ilişkin hükümler arasında ayrıca düzenlenmiştir (TBK 182/II). Şunu ifade etmek gerekir ki, geçersizlik hallerine ilişkin eBK ile TBK arasında farklılıklar bulunmaktadır.

Şöyle ki, eBK m.161/II'ye göre, *"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."* Bu maddeden görüldüğü üzere TBK geçersizlik sebeplerini daha genel bir ifadeyle *"asıl borcun herhangi bir sebeple geçersiz olmasından"* söz ederken eBK, *"kanuna ve ahlaka aykırılık"* hallerinden söz etmiştir.

Kanuna aykırılık hallerine örnek olarak TBK m. 512'de düzenlenen *"Vekâlet veren ve vekil, her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilir."* hükmüne aykırı şekilde düzenlenen ceza koşulu anlaşması verilebilir. Yargıtay bir kararında, kanuna aykırı şekilde düzenlenen sözleşmelerin geçersiz olduğunu bunun aksini öngören kararlaştırmaların da geçersiz olacağını belirtmiştir. *"Oysa ki vekalet sözleşmesi, karşılıklı güvene dayalı bir sözleşme olup, güven, sözleşmenin temelini oluşturan, olmazsa olmaz önemli bir özelliğini teşkil eder. Bu nedenle 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*

¹⁰¹ Yarg. 11. HD 2020/6808 E. , 2021/6524 K. 24.11.2021 T. www.yargitay.gov.tr E.T 12.03.2022 *"İşbu karara karşı davacı vekili temyiz kanun yoluna başvurmuştur. İlk Derece Mahkemesince verilen karara yönelik olarak yapılan istinaf başvurusu üzerine HMK'nın 355 vd. maddeleri kapsamında yöntemince yapılan inceleme sonucunda Bölge Adliye Mahkemesince esastan verilen nihai kararda, dosya kapsamına göre saptanan somut uyumsuzluk bakımından uygulanması gereken hukuk kurallarına aykırı bir yön olmadığı gibi HMK'nın 369/1. ve 371. maddelerinin uygulanmasını gerektirici nedenlerin de bulunmamasına göre usul ve yasaya uygun Bölge Adliye Mahkemesi kararının onanmasına karar vermek gerekmiştir."*

kararlaştırmalar da geçersizdir. (Bkz. Dairemize ait aynı yöndeki 1997/7395 E. 1997/8923 K. sayılı 7.11.1997 tarihli kararı) O halde dava konusu olayda sözleşmenin az yukarda belirtilen 6. maddesindeki sözleşmenin feshi durumunda, “beş yıllık ücret karşılığının ödenmesi gerektiğine” ilişkin kararlaştırma da geçersizdir.”¹⁰²

1.7.2.1.2. Asıl Borcun Her Türlü Borç Olabilmesi

Her türlü asıl borç için ceza koşulu düzenlenebilir. Konusu, olumlu edimler olabileceği gibi olumsuz edimler de olabilir¹⁰³. Ceza koşulu TBK 26’da düzenlenen sözleşme özgürlüğü ilkesine göre olarak her türlü borç için kararlaştırılabilir.

Diğerk taraftan borcun ekonomik bir değert taşıması şart değildir. Zira “*alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir.*” şeklindeki TBK 180/1 hükmü de bunu desteklemektedir. Bu hükümden de anlaşıldığı üzere ceza koşulu, alacaklının yalnız maddi nitelikteki menfaatlerinin değil manevi nitelikteki menfaatlerinin de korunabilmesine imkân saėlamaktadır¹⁰⁴.

Para borçları için ceza koşulunun kararlaştırılıp kararlaştırılamayacağı hakkında uygulamada tartışmalar mevcuttur. Bu konuda Yargıtay’ın eski tarihli kararları ile yeni tarihli kararları arasında çelişkiler mevcuttur. Lakin Yargıtay’ın son yıllarda vermiş olduğu kararlarda para borçlarında ceza koşulunun kararlaştırılmasını kabul ettiğik grlmektedir¹⁰⁵.

¹⁰² Yarg. 13. HD 2014/19562 E. , 2015/20555 K. , 16.6.2015 T. www.yargitay.gov.tr E.T 13.03.2022

¹⁰³ BİLGE, s.59. ; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.343. ; YAĞCIOĞLU, s.114. ; USLU, s.47. ; CANSEL/ÖZEL, s.718. ; EKİNCİ, **Özel Hukuk Ceza Koşulu**, s.35.

¹⁰⁴ TUNÇAMOĞ, **Cezai şart**, s.7. ; YAĞCIOĞLU, s.115; USLU, s.47

¹⁰⁵ GÜLSEVEN, s.34; TUNÇAMOĞ, **Cezai şart**, s.8; USLU s.48; YAĞCIOĞLU s.118.

1.7.2.2. Asıl Borcu Doğuran Kaynaklar

Asıl borcun kaynağı TBK'nın 179'uncu maddesinde ifade edilmiştir. Bu maddeye göre, *“Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa...”* denilmiştir. Bu hükümden ceza koşulunu doğuran olayın genellikle bir sözleşme olduğu anlaşılmaktadır. Ancak sözleşme dışında da asıl borcu doğuran kaynaklar mevcuttur. Örneğin haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden doğabilir. Kişinin hak ve hürriyetlerini sınırlamamak şartıyla, nafakaya ilişkin borçtan da doğabilir¹⁰⁶.

1.7.3. Ceza Koşulunun Fer'i Niteliği

Ceza koşulu, asıl alacağı kuvvetlendirme amacı güder. Bu bakımdan ceza koşulu, kuvvetlendirilecek bir asıl borcun mevcut olmasını gerektirir. Bu niteliği itibarıyla ceza koşulu asıl borcun yanında fer'i bir borç niteliğindedir.

Ceza koşulunun amacı asıl borcu teminat altına almak ve ifayı sağlamaktır. Bu amacını gerçekleştirebilmesi için akıbetinin teminat altına aldığı asıl borca bağlı olması gerekir. Örneğin kira sözleşmesinin geçersiz olması halinde kararlaştırılan ceza koşulu da geçersiz olacaktır¹⁰⁷.

¹⁰⁶BİLGE, 60-61. ;TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.343. ; TEKELLİOĞLU, s.166. ; YAĞCIOĞLU, s.123. ; TUNÇAMOĞ, **Cezai Şart**, s.9-11.

¹⁰⁷ EREN, **Genel Hükümler**, s.1339; GÜLSEVEN, s.37. Bkz. Yarg. 11. HD, 2020/3499 E. , 2020/5703 K. ,07.12.2020 T. www.yargitay.gov.tr **E.T 05.08.2021** *“...Cezai şartın amacı, borçluyu borca uygun davranmaya sevk etmektir. Cezai şart, asıl alacağı kuvvetlendirme amacı güder. Bu bakımdan cezai şart, kuvvetlendirilecek asıl borcun mevcut olmasını gerektirir. Asıl borç yoksa cezai şart da söz konusu olamaz. Bu niteliği itibarıyla cezai şart asıl borca bağlı fer'i bir borçtur. Asıl borç, mevcut ve geçerli ise, cezai şart da borç doğurur. Asıl borç sona ermiş ya da geçersiz doğmuşsa, cezai şart bağımsız bir borç oluşturmaz. Cezai şart, asıl borcun bağlı olduğu şekle tabidir. Asıl borç bir geçerlilik şekline bağlanmışsa, cezai şartın borç doğurabilmesi aynı şekilde kararlaştırılmış bulunmasına bağlıdır. Ancak, geçerlilik şekline bağlı olan bir sözleşme bu şekle uygun olarak yapılmadığı halde, şekle aykırılığı ileri sürmenin dürüstlük kurallarıyla bağdaşmaması nedeniyle dinlenmediği hallerde, sözleşme geçerli sayıldığından, onun fer'i niteliğinde olan cezai şart da geçerli sayılacaktır. Cezai şartın fer'ilik niteliği asıl borca bağlı olduğu sürece devam eder. Başka bir anlatımla cezai şartın fer'iliği, muaccel olduğu ana kadar devam eder. Borçlu, borca aykırı davrandığında cezai şart muaccel hale geldiğinden artık fer'i değil, asli (bağımsız) bir alacak niteliğini kazanır. Cezai şart, sağlararası hukuki işlemlerde ve özellikle sonuçlarını hayatta doğuran sözleşmelerde kararlaştırılır. (Bkz.Tunçomağ Kenan; Türk Borçlar Hukuku I.C. Genel Hükümler İstanbul 1976 Sh.853 vd., EREN Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler 5.Bası, C. 2 Sh.1169-1171Reisoğlu Safa; Borçlar Hukuku Genel Hükümler 12. Bası Sh. 362.)* **“www.yargitay.gov.tr E.T 13.08.2021**

Yargıtay bayilik sözleşmesi ile ilgili bir kararında da ceza koşulunun fer’ilik niteliği ile ilgili “*cezai şartın amacının borçluyu borca uygun davranmaya sevk etmek olup, asıl borcun yokluğu halinde cezai şartın olamayacağı, fer’i bir borç olması nedeniyle takip edilen yılda henüz bayiye mal vermeden önce ceza koşulu ile ilgili ihtirazı kayıt bulunmadan davalıya mal satışına devam ettiği, her yıl sonunda bir önceki yıla dair ceza koşulunun istenebilmesinin, takip eden yılda henüz ifaya başlanmadan önce çekince koşuluna bağlı bulunup, bu çekince olmaksızın ifaya devam edilmesi karşısında davacının cezai şart isteminin yerinde görülmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.*”¹⁰⁸ şeklinde hüküm kurmuştur.

Ceza koşulu asıl borca bağlıdır ancak asıl borç ceza koşulundan ayrı bir edimi ifade eder. Bunun anlamı ceza koşulunun akıbetindeki değişimlerden asıl borcun etkilenmeyeceğidir. Bu durum TBK’da “*ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hale gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez.*” şeklinde ifade edilmiştir.

Ceza koşulunun doğumunun asıl borca bağlı olması sona ermesinin de asıl borca bağlı olmasını gerektirir. Asıl borcun sona ermesi halinde ceza koşulu da sona erer. Emredici hükümlere, ahlaka, kişilik haklarına aykırılık, baştaki objektif imkânsızlık vb. hallerde geçersiz olan asıl borç için kararlaştırılan ceza koşulu da geçersizdir¹⁰⁹.

1.7.4. Ceza Koşulunun Asıl Borçtan Ayrı Bir Edim Teşkil Etmesi

Ceza koşulunun asıl borçtan ayrı ve ekonomik değer taşıyan bir edim olması gereklidir¹¹⁰. Ceza koşulunun asıl borçtan ayrı ve bağımsız olmasından ötürü, borcun ifa edilmemesi halinde bir hakkın sınırlandırılması, değişikliğe uğraması veya sona ermesi halinde ceza koşulundan söz edilemez. Bu ve benzeri durumlarda edimin ifa edilmemesi değil, borçlunun bir hak veya yetkisini kaybetmesi söz konusudur. Örneğin; karşı tarafın temerrüde düşmesi halinde tarafların arasındaki sözleşmenin feshedilebileceğine, faizler ödenmediği takdirde borç verilen paranın muaccel olacağına dair anlaşma, müteahhidin eseri teslimde geciktiği her ay

¹⁰⁸ Yarg. 11. HD 2020/3229 E. , 2021/5630 K. , 21.09.2021 T. www.yargitay.gov.tr E.T 12.02.2022

¹⁰⁹EKİNCİ, **Özel Hukuk Ceza Koşulu**, s.31. ; USLU, s.60. ; GÜLSEVEN, s.38.

¹¹⁰ USLU, s.58. ; GÜLSEVEN, s.35. ; EKİNCİ, **Özel Hukuk Ceza Koşulu**, s.42.

için alacağının bir kısmını talep hakkını kaybedeceğine dair anlaşmalar ceza koşulunu oluşturmayacaktır¹¹¹.



¹¹¹ USLU, s.59. ; TUNÇAMOĞ, **Cezai Şart**, s.13. ; GÜLSEVEN, s.36. ; YAĞCIOĞLU, s.125.

İKİNCİ BÖLÜM

CEZA KOŞULUNUN TÜRLERİ

Ceza koşulu TBK’da düzenlenirken üç tür amaçtan yola çıkıldığı görülmektedir. Bunlar; teminatla birlikte ceza amacı, tazminat amacı ve sözleşmeden dönme amacıdır¹¹². Ceza koşulunun türleri kanunda açıkça düzenlenmese de amaçlarından yola çıkarak doktrinde isimlendirilmiştir. Bunlar; seçimlik ceza koşulu, ifaya eklenen ceza koşulu ve ifayı engelleyen ceza koşuludur.

2.1. Seçimlik Ceza Koşulu

2.1.1. Seçimlik Ceza Koşulunun Tanımı

Seçimlik ceza koşulu TBK 179/I’ de düzenlenmiştir. 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.*” Görüldüğü üzere kanunda alacaklıya seçimlik bir hak verilmiştir. Alacaklı edimin ifa edilmemesi halinde ya ceza koşulunun ödenmesini ya da edimin ifasını talep edebilir yani iki seçenekten birini seçmek durumundadır. Burada söz konusu olan ilke taleplerin yarışması ilkesidir. Seçimlik ceza koşulunda, taraflara kanunen sunulan seçenekler birbiri ile yarışmakta ve bunun sonucunda yalnızca bir seçenek seçilebilmektedir. Alacaklı, hem asıl edimin ifasını hem de ceza koşulunun ödenmesini borçludan isteyemez¹¹³.

¹¹² EREN, **Genel Hükümler**, s.1340.

¹¹³ HATEMİ/GÖKYAYLA, s.403-404. ; EREN, **Genel Hükümler**, s.1341.; Yarg. 11. HD 2017/1496 E. , 2019/448 K. 17.01.2019 T. “*Taraflardan herhangi birinin işbu protokolle üstlendikleri yükümlülükleri yerine getirmeyerek protokolü ihlal etmeleri halinde, ihlal eden taraf, karşı tarafa 500.000,00 TL cezai tazminat ödemeyi*

Ceza koşulunun alacağı kuvvetlendirme amacından ötürü borçlu, borcunu gereği gibi ifa etmek için üzerinde bir baskı hisseder. Borçlu borcunu ifa etmez ise sözleşmede kararlaştırılmış olan ceza koşulunu ödemekle yükümlü hale gelir. Kanunun bu hükmüne göre borçlunun sözleşmede kararlaştırılan asıl edimi gereği gibi ifa etmemesi halinde önüne iki seçenek çıkmaktadır. Bunlar, borçlunun edimi gereği gibi ifa etmesi ya da kararlaştırılan ceza koşulunu ödemesi şeklindedir. Görüldüğü üzere kanun bu hükümle borçluyu sorumluluktan kurtarmamış, alacaklının haklarını koruma altına almıştır¹¹⁴.

Şunu belirtmek gerekir ki istisnası ceza koşulunun indirilmesiyle ilgili olan hüküm olmak üzere, seçimlik ceza koşulunu düzenleyen hüküm de ceza koşuluna ilişkin diğer hükümler gibi emredici nitelikte değil, düzenleyici niteliktedir. TBK 179/I'de geçen “*aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça...*” şeklindeki ifadeden anlaşıldığı üzere, taraflar taleplerin yarışması ilkesine göre değil taleplerin birleşmesi ilkesine göre yeni bir düzenleme yapabilecektir. Ancak taleplerin toplanması ilkesinin geçerli olması ceza koşulunun türünün değişmesi anlamına gelir. Buna göre, ceza koşulu artık seçimlik ceza koşulu değil, ifaya eklenen ceza koşuludur. Bu, tür değişikliğinin sonucu olarak olası bir uyuşmazlık halinde taraflar ortada artık bir seçim hakkının olmadığını yani taleplerin yarışmadığını, aksine toplandığını ispatlamakla yükümlü olacaktır. Bunun anlamı alacaklı aksini sözleşme ile kararlaştırdıklarını ispat etmek şartı ile hem asıl edimin aynen ifasını hem de borcun yerine getirilmemesi hali için

kabul ve taahhüt eder.” hükmüne yer verilmiş olup sözleşme maddesindeki cezai şart, seçimlik cezai şarttır. Davacı sözleşmenin maddesinin e bendinden kaynaklanan ifayı da istemiş, yani bu madde uyarınca verilmesi gereken çek bedeli tutarı olan 400.000,00 TL’yi de takip konusu yapmış olup akdin ifasını isteyen davacı artık seçimlik cezai şartı talep edemeyecektir.” www.yargitay.gov.tr E.T 13.08.2021

¹¹⁴ Bkz. Yargıtay seçimlik ceza koşulunu bu şekilde ifade etmiştir. Yarg. HGK 2017/113 E. , 2018/1994 K. , 20.12.2018 T. “Seçimlik cezai şart; 6098 Sayılı TBK’nın 179/I. (818 Sayılı BK’nın 158/1.) maddesinde, “Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir.” şeklinde ifade edilmiştir. Bu hükme göre, taraflar, sözleşmede borçlunun ya borcunu sözleşmeye uygun olarak ifa etmesi ya da cezai şartın ödenmesini kararlaştırmış olabilirler. Bu durumda, borçlu borca uygun hareketle yükümlüdür. Ancak, borçlu borca uygun hareket etmediği takdirde, kendisini bir yaptırım beklemektedir. Bu yaptırım, sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın ödenmesidir. Bu hüküm, borçluya borca aykırı davranarak ve böylece ifası gereken edim yerine kararlaştırılan cezai şartı ödeyerek borçtan kurtulma olanağını vermemektedir. Borçlu borca aykırı davrandığı takdirde, sözleşmede ceza koşulu kararlaştırılmasına rağmen, alacaklı borçludan aynen ifayı talep edebilir. Bu nedenle, 6098 Sayılı TBK’nın 179/I. (818 Sayılı BK’nın 158/1.) maddesi de borçluya borca aykırı davranarak bunun yerine cezai şartı ödeyip borçtan kurtulma yetkisini değil, buna karar verme yetkisini alacaklıya vermiştir. Alacaklı, borçlunun borca aykırı davranışı hâlinde, aynen ifayı talep edebileceği gibi, bundan vazgeçerek cezai şartın ödenmesini talep edebilir. Burada, alacaklıya tanınmış bir seçimlik hak söz konusudur. Bu nedendir ki, cezai şartın bu türüne “seçimlik cezai şart” adı verilmektedir (Kılıçoğlu, Ahmet M.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s. 773)” www.yargitay.gov.tr E.T 13.08.2021

kararlaştırılan ceza koşulunun ödenmesini aynı anda isteyebilecektir. Bu durum kanuni bir karine olan TBK m. 179/I'in sonucudur¹¹⁵.

2.1.2. Seçimlik Ceza Koşulunun İstenilebilmesi İçin Gerekli Şartlar

Seçimlik ceza koşulunun istenebilmesi için sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi ve sözleşmede aksinin kararlaştırılmamış olması gereklidir.

2.1.2.1. Sözleşmenin Hiç veya Gereği Gibi İfa Edilmemesi

Seçimlik ceza koşulundan söz edebilmek için sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi hali için kararlaştırılmış bir ceza koşulunun varlığı gerekmektedir. Borçlu borca aykırı hareket etmemiş ve edimi gereği gibi ifa ettiğini ispat etmiş ise alacaklının ceza koşulunu talep etme hakkı yoktur. Bunun anlamı, borçlunun edimi gereği gibi ifa etmesi halinde, alacaklının seçimlik hakkının olmamasıdır¹¹⁶.

Alacaklı seçimlik hakkını tek taraflı, varması gerekli bir irade beyanıyla kullanır. Yenilik doğuran haklar kategorisine girmesi dolayısıyla seçim hakkı, yenilik doğurucu hakların bütün özelliklerini gösterir. Alacaklının seçimi, karşı tarafa ulaştığı anda hüküm ve sonuçlarını doğurur. Buna göre alacaklı seçim hakkını kullandığında artık bu seçiminden geri dönemez¹¹⁷.

Ceza koşulu, tazminattan farklı olarak zararın varlığını aramaz. Bunun anlamı alacaklı açısından, borçlu tarafından ceza koşulunun ödenmesi için sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa

¹¹⁵ YAĞCIOĞLU, s.57-58. ; Yarg. 23. HD 2015/7583 E. , 2017/2953 K. "...sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın seçimlik cezai şart olduğu, sözleşmede aksi kararlaştırılmadığından, davacı tarafça sözleşme bedeli yani ifa da istenmekle, artık TBK'nın 179/I. maddesi uyarınca cezai şartın istenmesinin mümkün olmadığı, ..." www.yargitay.gov.tr E.T 13.08.2021

¹¹⁶ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.349. ; KOCAAĞA, **Ceza Koşulu**, s.134; YAĞCIOĞLU, s.56. ; USLU, s.67.

¹¹⁷ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 349. ; TUNÇAMOĞ, **Cezai Şart**, s.109. ; EREN, **Genel Hükümler**, 1341.

edilmemesi halinde bir zarara uğramasının gerekli olmadığı gibi zarara uğramış ise bunu ispat etme yükümlülüğünün de olmamasıdır. Alacaklı seçim hakkını ceza koşulunun ödenmesini seçerek kullanmışsa bu durumda borçlu her koşulda ceza koşulunu ödemek zorundadır. Ancak bu değildir ki alacaklı meydana gelen zararların tazminini borçludan ayrıca isteyemez; aksi düşünülürse ceza koşulunun sözleşmedeki varlığı manasız olacaktır¹¹⁸.

Alacaklı, borçlunun borca uygun hareket etmemesi halinde hem ceza koşulunun ödenmesini hem de uğramış olduğu zararların tazminini borçludan isteyebilir. “*Ceza koşulunun talep edilmesi halinde alacaklının uğramış olduğu zararların giderilmesini isteme hakkı yoktur.*” şeklinde bir görüş ceza koşulunun amacına tamamiyle ters düşmektedir. Böyle bir durumda ceza koşulunun sözleşmede düzenlenmemesi daha lehe olacaktır. Bu sebepten böyle bir görüş kabul edilemez. Alacaklı hem seçimlik hakkını ceza koşulunu isteyerek kullanıp hem de uğramış olduğu zararın tazminini borçludan talep edebilir. TBK’daki düzenlemede bu yöndedir¹¹⁹.

2.1.2.2. Sözleşmede Aksinin Kararlaştırılmamış Olması

Kanunda yer alan ifade, “*aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça...*” alacaklı seçimlik hakkını kullanabilir şeklindedir(TBK m. 179/I). Bu hüküm emredici değil düzenleyici niteliktedir. Taraflar aksini kararlaştırabilirler. Örneğin, borçlunun borca aykırı davranması halinde alacaklının ceza koşulu ile edimin ifasını aynı anda talep edebileceğini kararlaştırabilirler.

¹¹⁸ EREN, **Genel Hükümler**, s.1344-1345.

¹¹⁹ Bkz. TBK m.180 de bunu desteklemektedir; “*Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir. Alacaklının uğradığı zarar kararlaştırılan ceza tutarını aşıyorsa alacaklı, borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmedikçe aşan miktarı isteyemez.*”

2.1.3. Seçimlik Ceza Koşulunun Şekli ve Yapılma Anı

Seçimlik ceza koşulu, ceza koşulunu düzenleyen sözleşmenin içerisinde veya sözleşmeden ayrı olarak başka bir sözleşme ile de kararlaştırılabilir. Burada önemli olan husus ceza koşulu asıl sözleşmeye bağlı yani fer'i nitelikte olduğundan, asıl borcun akıbetidir. Şöyle ki, ceza koşulu anlaşması yapıldığında asıl borç var olmaya devam etmelidir¹²⁰.

Seçimlik ceza koşulu şekle bağlı değildir, yazılı veya sözlü olarak kararlaştırılabilir. Ancak seçimlik ceza koşulunun kararlaştırıldığı sözleşmenin şekli, asıl edimin kararlaştırıldığı sözleşmenin şekli ile aynı olmak zorundadır. Bunun dayanağı ceza koşulunun fer'i niteliğidir¹²¹.

2.1.4. Seçimlik Ceza Koşulunun Hükümleri

Sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde taraflar arasında kararlaştırılan ceza koşuluna seçimlik ceza koşulu denildiğini yukarıda ifade edilmişti. TBK m. 179/I'de düzenlenen bu hüküm alacaklının önüne iki seçenek sunmaktadır. Alacaklı sunulan seçim hakkına göre borçludan ya ifayı ya da borca aykırılık halinde ödenmesi için kararlaştırılan ceza koşulunu isteyebilecektir. Her ikisini de talep etme hakkı bulunmamaktadır.

¹²⁰TUNÇAMOĞ, *Cezai Şart*, s.62. ; YAĞCIOĞLU, s.190. ; EKİNCİ, *Özel Hukuk Ceza Koşulu*, s.135.

¹²¹ TUNÇAMOĞ, *Cezai Şart*, s.61. ; EKİNCİ, *Özel Hukuk Ceza Koşulu*, s.135.

2.1.4.1. Seçim Beyanı

Seçimlik ceza koşulu niteliği itibariyle değiştirici yenilik doğurucu bir haktır¹²². Yenilik doğurucu haklar karşı tarafa ulaşmakla sonuçlarını doğurur; seçimlik ceza koşulu da hüküm ve sonuçlarını, alacaklının beyanının karşı tarafa ulaşması ile doğurur. Alacaklının seçim hakkını ceza koşulunun ifa edilmesi yönünde kullanması halinde asıl borç ortadan kalkmış olur¹²³.

Kanun bu hakkı alacaklıya vermiş olmakla birlikte TBK'nın 179'uncu maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen bu hüküm emredici nitelikte olmadığından taraflar seçim yetkisini borçluya da verebilirler. Ancak seçim yetkisinin kendisine verildiğini borçlu ispat etmek zorundadır. Taraflar seçim hakkını kendileri kullanabileceği gibi yetkili temsilcileri aracılığıyla da kullanmakta özgürdürler¹²⁴.

Seçim beyanı karşı tarafa ulaşmakla hüküm ve sonuç doğuracaktır bu konuda tartışma bulunmamaktadır. Ancak bu beyanın ne şekilde ve nasıl ulaşması gerektiği kanunda düzenlenmemiştir. Doktrindeki ortak görüş seçimlik borçlara ilişkin hükümlerin uygulanması yönündedir¹²⁵. Seçim beyanı yazılı veya sözlü olabilir. Hatta örtülü olmasında da kanunen bir sakınca yoktur¹²⁶. Alacaklının veya borçlunun seçimlik hakkını nasıl kullanacağına ilişkin yapacağı tercih ispat açısından hak sahibine avantaj sağlar.

¹²² BİLGE, s.98-99. ; UÇAR, s.54. ; PEKTAŞ, s.60.

¹²³ CANSEL/ÖZEL, s.723. , TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.351. ; USLU, s.66

¹²⁴ EKİNCİ, **Özel Hukuk Ceza Koşulu**, s.147. ; TUNÇAMOĞ, **Cezai Şart**, s.107-108.

¹²⁵ TUNÇAMOĞ, **Cezai Şart**, s.106-108. ; KARAHASAN, Mustafa Reşit: **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.2, Beta Yayıncılık, 2003,s.1386. ; ÖKTEM ÇEVİK, Seda, **“Ceza Koşulu-Bağlanma Parası-Cayma Parası”**, Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Konferansları III, 26-27 Mayıs 2012, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2014, s.104.. ; GÖKÇEOĞLU, Kamil Haluk: **Cezai Şart Ve Güncel İçtihatlar**, Kazancı Hukuk Yayınevi, İstanbul, 2007, s.52. ; CANSEL, Erol/ ÇAĞLAR, Özel: **“Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu”**, Prof. Dr. Aydın Zevkililer'e Armağan, C.1, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C.8, Özel S., 2013, s.722.

¹²⁶ TUNÇAMOĞ, **Cezai Şart**, s.110.

2.1.4.2. Seçim Beyanının Bağlayıcılığı

Yenilik doğurucu haklar karşı tarafa ulaşır ulaşmaz artık kesin olarak bağlayıcıdır, bunlardan geri dönülemez¹²⁷.

Seçim beyanının yenilik doğuran haklardan olmasının sonucu, kural olarak alacaklının seçim hakkını kullandığı ve bu beyanın borçluya ulaştığı andan itibaren vazgeçilemez olmasıdır. Bundan ancak karşı tarafın rızası halinde vazgeçilebilir. Örneğin alacaklı borçludan asıl edimin ifasını talep ettiğini iadeli taahhütlü mektupla borçluya bildirdiğinde, borçluya

¹²⁷ Bu hak niteliği itibariyle değiştirici yenilik doğuran bir haktır. Her yenilik doğuran hak gibi kullanıldıktan sonra bundan da dönülemez. Bu itibarla alacaklı seçim hakkını kullandığı zaman, seçmiş olduğu borç, kesin borç haline dönüşür ve artık bundan dönemez, bunu geri alamaz. EREN, **Genel Hükümler**, s.69; Aynı görüşte Bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 349. ; TUNÇAMOĞ, **Cezai Şart**, s.109.

tebliğ edildiği andan itibaren alacaklı ceza koşulunu isteme hakkından vazgeçmiş sayılır¹²⁸. Aksi durumda da yenilik doğurucu haklara ilişkin bu kural aynen uygulanır¹²⁹.

2.1.4.3. Seçim Beyanının Sonuçları

Seçimlik ceza koşulunun düzenlendiği TBK'nın 179.'uncu maddesinin birinci fıkrasında, kanun alacaklıya iki tane seçimlik hak tanımıştır. Bunlar, asıl borcun aynen ifa edilmesini veya kararlaştırılan ceza koşulunun ifa edilmesini borçludan talep edebilmesidir. Ancak kanun her ne kadar alacaklıya borçlunun sözleşmeyi hiç veya gereği gibi ifa etmemesi

¹²⁸ Yarg. 13. HD, 2015/20822 E. , 2018/3110 K. , 15.03.2018. T. "Davacı, davalı şirkette 1.1.2007 tarihinden itibaren pilot olarak görev yaptığını, 1.1.2011 tarihli sözleşme ile yenilendiğini, davalının 10.9.2011 tarihli ihtarla sözleşmenin feshedildiğini bildirdiğini ileri sürerek, davalının sözleşmeyi tek taraflı ve haksız olarak feshi nedeni ile sözleşmede öngörülen 15.000 euro cezai şart ile 2010 yılı 24 günlük yıllık ücretli izin alacağı, dönem sonuna kadar ücret kaybı alacağı toplamından şimdilik 2750 euronun faizi ile ödetilmesini istemiş, ıslah ile talebini artırmıştır. Davalı, davacının tutum ve davranışları nedeni ile sözleşmenin haklı olarak feshedildiğini savunarak davanın reddini dilemiştir. Mahkemece, akdin feshinin haksız olduğunun tesbitine, 15.000 euro cezai şart, 1.250 euro yıllık izin ücreti, 1.250 euro ücret alacağının akdin fesih tarihinden itibaren faizi ile davalıdan tahsiline karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir. Dava, sözleşmenin haksız feshedildiği iddiasına dayalı maddi tazminat istemine ilişkin olup, taraflar arasındaki 1.1.2011 tarihli sözleşmenin 5. maddesinde, sözleşmenin 1.1.2011 tarihinde yürürlüğe girip, 31.12.2011 tarihinde sona ereceği ve taraflarca sözleşmenin tek taraflı olarak haksız feshedilmesi halinde diğer tarafa 15.000 euro ceza-i tazminat ödeyeceğinin kararlaştırıldığı ve davalının davacıya gönderdiği 6.9.2011 tarihli ihtarla, talimat ve yönetmeliklere aykırı davranışı nedeni ile sözleşmenin feshedildiğini bildirildiği, dosyadaki bilgi ve belgelerle, tüm dosya kapsamı ile anlaşılmaktadır. Davacı, taraflar arasındaki sözleşmede kararlaştırılan cezai şartla birlikte sözleşmenin tek taraflı ve haksız feshi nedeni ile dönem sonuna kadar olan ücret alacağını da eldeki dava ile talep etmiştir. Fesih tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan, Borçlar Kanunu'nun 158. ve devamı maddelerinde düzenlenen cezai şart, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde borçlunun belirli bir miktar para ödeme taahhüdüdür. Anılan maddenin 1.fıkrasında seçimlik cezai şart, 2.fıkrasında ise ifaya eklenen cezai şart düzenlenmiştir. Seçimlik cezai şartın düzenlendiği Borçlar Kanununun 158.maddesinin 1.fıkrasında, "Akin icra edilmemesi veya natamam olarak icrası halinde tediye edilmek üzere cezai şart kabul edilmiş ise hilafına mukavele olmadıkça alacaklı, ancak ya akdin icrasını veya cezanın tediyesini isteyebilir." hükmü mevcut olup, madde metninden de açıkça anlaşıldığı üzere sözleşme gereği hiç ya da gereği gibi yerine getirilmediği takdirde aksine kararlaştırma yoksa alacaklı ya edimin ifasını yada cezai şartın ödenmesini isteyebilir. İkisini bir arada talep etmesi mümkün değildir. Bu açıklamaların ışığı altında dava konusu olaya bakılacak olursa, taraflar arasındaki sözleşmenin 5. maddesindeki kararlaştırma, az yukarda açıklanan BK. 158/1 maddesinde düzenlenmiş olan seçimlik cezai şart niteliğinde olup, alacaklı sözleşmeye aykırılık halinde ya cezai şartı ya da akdin ifasını isteyebilir. Davacı, dava dilekçesinde sözleşmede öngörülen cezai şartla birlikte sözleşme gereğince ödenmesi gereken ücretin de ödetilmesini istemişse de, seçimlik cezai şartta alacaklının bu iki olanaktan yalnız birini seçmesi zorunlu olduğundan, mahkemece davacıya iki haktan hangisini tercih ettiği sorulup, sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken açıklanan hususlar gözardı edilerek yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir." www.yargitay.gov.tr E.T 10.08.2021

¹²⁹ Bkz. Yarg. 15. HD 2018/2963 E. , 2018/4699 K. , 27.11.2018 T. "Bu durumda, sözleşmenin hiç ya da gereği gibi ifa edilmediğini düşünen taraf sözleşmenin ifası ya da bu cezanın tahsilini isteyebilecektir. Bir başka deyişle sözleşmenin ifasını isteyen taraf aksi sözleşmede açıkça yazılı olmadığı sürece cezayı, ceza isteyen ise ifayı isteyemez. Alacaklı, seçimlik hakkını kullandığında bununla bağlıdır. Yenilik doğurucu hak niteliğinde olduğundan seçim hakkını kullanma halinde bu haktan diğer tarafın rızası olmadığı sürece vazgeçilmesi mümkün değildir." www.yargitay.gov.tr E.T 10.08.2021; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 349. ; TUNÇAMOĞ, Cezai Şart, s.109.

halinde seçimlik haklar vermiş ise de alacaklının hakları TBK m. 179/I' de sayılanlarla sınırlı değildir.

TBK'da borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümler yeri geldiğinde aynen uygulanır. Bunun anlamı alacaklının, borçlunun temerrüdüne ilişkin haklarının her zaman devam ettiğidir.

2.1.4.3.1. Asıl Borcun İfasının İstenmesi

Bu durumda alacaklı kanunda belirtilen seçimlik hakkını edimin ifası yönünde kullanmıştır. Borçlunun asıl edimin ifasında temerrüde düşmesi halinde TBK'nın temerrüde ilişkin hükümleri uygulanır¹³⁰. Ancak edimin ifası borçlunun kusuru nedeniyle imkansızlaşmış ise borçlu artık edimi ifa edemez. Borçlu edimi ödemek yerine alacaklıya tazminat öder. Seçim hakkı asıl borç ifa edilmek suretiyle kullanıldıktan sonra borçlunun kusuru ile imkansızlaşmış ise asıl borcun ifasının alacaklının seçimine bağlı olarak kendiliğinden tazminat talebine dönüştüğü kabul edilir¹³¹.

2.1.4.3.2. Ceza Koşulunun İstenmesi

Alacaklı ifa yerine ceza koşulunun ödenmesini istemişse borçlu edimi ifa yükümlülüğünden kurtulur. Alacaklının seçim beyanı borçluya bildirildiğinde hüküm ve sonuçlarını doğurur. Yukarıda da açıklandığı üzere seçim beyanı karşı tarafa varmakla geri dönülemez bir hal alır. Bu durum seçim hakkının değiştirici yenilik doğurucu bir hak olmasından ötürüdür.

¹³⁰ TBK m.125 uyarınca; “Temerrüde düşen borçlu, verilen süre içinde, borcunu ifa etmemişse veya süre verilmesini gerektirmeyen bir durum söz konusu ise alacaklı, her zaman borcun ifasını ve gecikme sebebiyle tazminat isteme hakkına sahiptir. Alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir. Sözleşmeden dönme hâlinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Bu durumda borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir.” ; EKİNCİ, **Özel Hukuk Ceza Koşulu**, s.312.

¹³¹ CANSEL/ÖZEL, s.723-724. ; YAĞCIOĞLU, s.190. ; TUNÇAMOĞ, **Cezai Şart**, s.110-111. ; EKİNCİ, **Özel Hukuk Ceza Koşulu**, s.313. ;

Borçlu edimin tamamını değil de bir kısmını alacaklıya ödemişse, alacaklı eksik kalan borç için ceza koşulunun ödenmesini isteyebilir. Yani borçlu ifayı tamamen gerçekleştirmemiş ve alacaklı da kısmi ödemeyi kabul etmiş olsa dahi, alacaklı ceza koşulunun ödenmesini isteyebilir. Alacaklı, eksik ödeme nedeniyle ceza koşulunun ödenmesini talep etmiş ise edimin ifasından vazgeçmiş sayılır ve borçlunun kısmi ödemesini iade etmek zorundadır. Alacaklı artık seçim hakkını kullanmış demektir ve edime ilişkin aldığı tüm ifaları iade etmekle yükümlüdür. Aksi halde alacaklı için sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanır¹³².

Kararlaştırılan ceza koşulu bir miktar paradan oluşuyorsa ve borçlu ceza koşulunu ödemediğinde temerrüde düşerse, ceza koşuluna ek olarak temerrüt faizi de ödemek zorundadır¹³³.

Alacaklının seçimlik hakkını ceza koşulunun ödenmesi yönünde kullanması ve bu beyanın borçluya ulaşmasından itibaren borçlu, ceza koşulunu ödemek yükümlülüğündedir.

2.2. İfaya Eklenen Ceza Koşulu

2.2.1. Genel Olarak

İfaya eklenen ceza koşulu TBK m. 179/II’de düzenlenmiştir. Buna göre “*Ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir.*”

Seçimlik ceza koşulunda taleplerin yarışması ilkesi söz konusuysa ifaya eklenen ceza koşulunda taleplerin toplanması(birleşmesi) ilkesi geçerlidir¹³⁴. Buna göre alacaklı, borcun

¹³²CANSEL/ÖZEL s.723. ; BİLGE, s.102. ; TUNÇAMOĞ, *Cezai Şart*, s.111. ; Kısmi ifaya ilişkin doktrindeki çeşitli görüşler için Bkz. YAĞCIOĞLU, s.196-198.

¹³³ YAĞCIOĞLU, s.198. KUDAT, Arkun: “*Cezai Şartın Mahiyeti Ve Ceza İle Münasebeti*” ,Ankara Barosu Dergisi, C.5, S.58-59, Şubat 1949, s.30; TUNÇAMOĞ, *Cezai Şart*, s.112.

¹³⁴ Yarg. 11. HD 2020/3499 E. , 2020/5703 K. , 07.12.2020 T. “*Akaryakıt bayilik sözleşmelerinde (veya sözleşme eki taahhütnamelerde) yer alan “yıllık asgari alım taahhüdü”ne uymama halinde öngörülen ceza koşulu (cezai şart) hükümleri TBK’nın 179/II. (BK. md. 158/II) maddesindeki ifaya ekli ceza koşulu (cezai şart) niteliğinde olduğundan burada bu tür ceza koşulu üzerinde durulması gerekmektedir. TBK’nın 179/II maddesine*

belirli zaman veya yerde ifa edilmemesi halinde hem ifayı hem de ceza koşulunu aynı anda isteyebilecektir¹³⁵.

İfaya eklenen ceza koşulunda borçlunun edimi gereği gibi ifa etmemesinin haricinde, kararlaştırılan yer veya zamanda ifa etmemesi hali söz konusudur. Asıl edimin ifasının belirlenen yer veya zamanda gerçekleşmemiş olması halinde borçluyu daha ağır bir yaptırım beklemektedir. Şöyle ki, alacaklı seçimlik bir hak olmaksızın hem edimin ifasını hem de kararlaştırılan ceza koşulunu borçludan talep edebilir.

2.2.2. İfaya Eklenen Ceza Koşulunun Amacı ve İşlevi

İfaya eklenen ceza koşulunun başlıca amacı edimin ifasını kuvvetlendirmek ve alacaklıyı edimin ifasında güvence altına almaktır. Borçlu, borca aykırı hareket ederek kararlaştırılan yer ve zamanda edimi ifa etmezse hem ceza koşulunu hem edimi aynen ifa etmek zorunda olduğunu bilerek hareket etmektedir. Bu durumda borçlu üzerinde edimi gereği gibi ifa etmeye yönelik bir baskı oluşturmaktadır.

Seçimlik ceza koşulunda alacaklının kanunda düzenlenen iki haktan birisini tercih etmesi gerekmektedir. Alacaklı edimin ifasını talep etmiş ise ceza koşulundan vazgeçmiş, ceza koşulunu talep etmiş ise ifadan vazgeçmiş sayılmaktadır. Halbuki ifaya eklenen ceza koşulunda alacaklı, bu iki tercihle bağlı kalmaksızın hem edimin ifasını hem ceza koşulunun ödenmesini aynı anda isteyebilmektedir.

göre; “ceza borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir.” anılan yasa hükmünden de açıkça anlaşılacağı gibi, ifaya eklenen ceza koşulunda, şart gerçekleştiği takdirde alacaklı, hem ifayı hem de cezayı talep edebilecektir. Buna öğretide “taleplerin birleşmesi” veya “toplanması” denmektedir.” www.yargitay.gov.tr E.T 10.08.2021

¹³⁵ Yarg. 3. HD 2020/7412 E. , 2021/1279 K. , 11.02.2021 T. “İfaya eklenen cezai şart; 6098 Sayılı TBK’nın 179/II. maddesinde (818 Sayılı TBK’nın 158/II.) “Ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir”. Bu hükme göre, borçlunun borca aykırı davranışı halinde, alacaklı hem aynen ifayı, hem de kararlaştırılan cezanın ödenmesini talep edebilecektir. Bu nedenle, burada ceza koşulunun aynen ifaya ilave olarak (kümülatif) talep edilebilmesi olanaklıdır. Seçimlik ceza koşulundan farklı olarak, alacaklı ya aynen ifayı ya da cezayı talep etmek zorunda bırakılmamıştır. Alacaklı burada her ikisini de talep yetkisine sahiptir.” www.yargitay.gov.tr E.T 10.08.2021

2.2.3. İfaya Eklenen Ceza Koşulunun Talep Edilebilmesinin Şartları

İfaya eklenen ceza koşulunun talep edilebilmesi için gerekli şartlar TBK m. 179/II'de düzenlenmiştir. Buna göre ilk olarak edimin ifası için sözleşmede belirli bir zaman veya yer kararlaştırılmış olması, ikinci olarak alacaklının bu hakkı kaybetmemiş olması gereklidir.

İfaya eklenen ceza koşulunda, alacaklının ceza koşulunu talep etme hakkını kaybetmesinin iki yolu vardır. Bunlar; alacaklının, borçlunun edimi ifasını çekince koymaksızın kabul etmesi veya bu hakkından açıkça feragat etmiş olmasıdır. Alacaklı bu iki durumu da yapmamış ise hem ifayı hem de ceza koşulunu birlikte isteyebilir. Alacaklı çekince koymaksızın ifayı kabul etmiş ise ceza koşulu hakkında temelli vazgeçmiş sayılır.

Yargıtay'ın bir kararında alacaklının, inşaatın tesliminin geciktiğini protokol imzalanmadan önce bildiğini ve buna rağmen sözleşmeyi çekince koymaksızın imzaladığını belirtmiş, alacaklının ifayı çekincesiz olarak kabul etmesinden ötürü artık ceza koşulu talep edemeyeceğine ilişkin hüküm kurmuştur¹³⁶.

Yargıtay ifaya ekli ceza koşulunun söz konusu olduğu bir başka kararında; ceza koşulunun talep edilebilmesi için ifanın ihtirazi kayıtlı (çekinceli) olarak kabul edilmesi gerektiğini ancak alacaklının taşınmazı tapudan ihtirazi kayıt koymaksızın teslim ve devir aldığını, bu sebepten artık ceza koşulu talep edemeyeceğine ilişkin hüküm kurmuştur¹³⁷.

¹³⁶Yarg. 15. HD 2020/1789 E. , 2021/852 K. , 15.03.2021 T. "...ceza-i şart talebine ilişkin olarak iş sahibince ödemelerin zamanında yapılmadığı, inşaatın tesliminin geciktiği belli olduktan sonraki tarihte düzenlenen protokolün, inşaatın geciktiğine dair hiçbir çekince ileri sürülmeden imzalandığı buna göre davalı-karşı davacı iş sahibinin öncelikli edimlerini yerine getirmeden karşı taraftan edimini yerine getirmesini beklemeyeceğinden ceza-i şart talebinin reddine karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle asıl ve karşı davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Karar, davacı-karşı davalı yüklenici vekilince temyiz edilmiştir.1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacı-karşı davalı vekilinin yerinde olmayan sair temyiz itirazlarının reddine karar verilmiştir." www.yargitay.gov.tr E.T 13.08.2021

¹³⁷ Yarg. HGK 2017/2245 E. , 2021/880 K. , 29.06.2021 T. "Cezayı isteme hakkının saklı tutulması (çekince, ihtirazi kayıt), yenilik doğuran bir irade beyanı olup, ifa anında açıkça yapılmalıdır. Saklı tutma, teslim-kabul tutanağına düşülecek bir kayıtlı veya ifayı kabulden önce yapılacak yazılı bildirimle yahut iş bedelinin ceza alacağı kesilerek ödenmesi gibi buna delalet eden bir eylem veya işlem ile gerçekleştirilebilir. 33. Açık feragat ise, borçluya yöneltilen ve varması gereken bir irade beyanıyla veya sözleşmeye önceden ifanın çekincesiz kabul edileceğine ilişkin bir hükmün konulmasıyla olur. Bazen de, çekincenin varlığı bazı koşulların gerçekleşmesine bağlanabilir (Selimoğlu, Y.E.; Eser Sözleşmesi, 4. Baskı, ... 2017, s. 350-353). 34. Tüm bu

2.2.4. İfaya Eklenen Ceza Koşulunun Hükümleri

İfaya eklenen ceza koşulunun TBK m. 179/II'deki hükmü incelendiğinde iki parçaya ayırarak inceleme yapmak uygun olacaktır. Bunlardan ilki, ifa ve ceza koşulunu aynı anda isteyebilme ikincisi, ifa ve ceza koşulunun hangi koşullarda istenemeyeceğidir.

İfa ve ceza koşulunun birlikte istenmesi, ceza koşulunun muaccel hale gelmesi halinde mümkündür. Bu sayede alacaklının zararı tazmin edilmiş olacaktır. Bir örnek vererek açıklamak gerekirse tahliye akdine eklenmiş bir ceza koşulu anlaşmasında, kiracının edimi belirlenen yer veya zamanda ifa etmemesi halinde taraflar hem gayrimenkulün tahliyesini hem de ceza koşulunun ödenmesini kararlaştırabilir. Böyle bir durumda gayrimenkulün belirlenen zamanda boşaltılmaması halinde ceza koşulu muaccel hale gelir, alacaklı hem ceza koşulunun ödenmesini hem de gayrimenkulün tahliye edilmesini birlikte isteme hakkına sahiptir. Ancak gayrimenkulün boşaltılmadığı süre içinde borçludan ayrıca kira bedelinin ödenmesini isteme hakkı yoktur. İfaya eklenen ceza koşulu zaten alacaklının zararını karşılamak amacıyla düzenlenmiştir¹³⁸. Böyle bir durumda alacaklının borçludan bir de kira bedelini talep etmesi haksız ve kötü niyetli olacaktır.

açıklamalar ışığında somut uyuşmazlık irdelendiğinde, davaya konu taşınmazlar ihtirazi kayıt ileri sürülmeksizin, diğer bir deyişle bu hak saklı tutulmaksızın teslim alınmış olduğundan, artık yükleniciden cezai şart talep edilemez ve bu husus hâkim tarafından re'sen dikkate alınır. Bu nedenle, davanın reddine dair mahkemece verilen direnme kararı yerindedir.” www.yargitay.gov.tr E.T 12.03.2022

¹³⁸ Bkz. Yarg. 13. HD 2016/25388 E. , 2019/10913 K. , 06.11.2019 T. “Yine davacı ile davalılardan ... arasında imzalanan “Daire Satış Sözleşmesi”nin VII. CEZAI ŞARTLAR bölümünün 1. maddesinde, Dairenin iş bu sözleşmede belirtilen şartlara uygun olarak gününde teslim edilmediği taktirde, satıcı tarafından alıcıya rayiç kira bedelinin ödeneceği belirtilmiştir; 4. maddesinde ise, hangi sebeple olursa olsun satıcının kendisinden kaynaklanan nedenlerle dairenin satışından vazgeçerse, alıcının ödediği miktarın %10 fazlasıyla iade etmek zorunda olduğu belirtilmiştir. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun 179. ve devamı maddelerinde düzenlenen cezai şart, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde borçlunun belirli bir miktar para ödeme taahhüdüdür. Anılan maddenin 1. fıkrasında seçimlik şart, 2. Fıkrasında ise ifaya eklenen şart düzenlenmiştir. İfaya eklenen cezai şartın düzenlendiği TBK’nın 179. maddesinin 2. fıkrasında; “Ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir.” hükmü mevcut olup alacaklı akdin ifası ile birlikte cezai şartın ödenmesini de talep edebilir. Davacı, eldeki davada hem ifaya eklenen cezai şart niteliğindeki kira tazminatı hem de davalı ile söz konusu sözleşmeyi feshederek daire satışından kaynaklı olarak davacı tarafından davalılara ödenen bedelin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre tahsilini istemiştir. Mahkemece, her ne kadar her iki talebin kabulüne karar verilmiş ise de; “Daire Satış Sözleşmesi”nin VII.CEZAI ŞARTLAR bölümünün 1.maddesinde öngörülen cezai şart, geç teslim nedeni ile uğranılan kira kaybı zararının karşılığıdır. Dolayısıyla hem sözleşme

Özetle ifaya eklenen ceza koşulu söz konusu olduğunda alacaklı, borçludan yalnızca ifayı ve ceza koşulunu isteyebilir.

İfaya eklenen ceza koşulunda alacaklı kanunda düzenlenen hükümden anlaşılacağı üzere iki halde ifayı ve ceza koşulunu birlikte isteyemez. Bu iki halden birincisi, borcun belirlenen yer veya zamanda ifa edilmemesi halinde alacaklının ifayı ve ceza koşulunu birlikte talep etme hakkından açıkça vazgeçmiş olması, ikincisi ise alacaklının ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmasıdır¹³⁹.

Alacaklının ifayı çekincesiz olarak eBK deyiimiyle “*ihtirazi kayıt dermeyan*” etmeksizin kabul etmesi ceza koşulundan vazgeçtiği anlamına gelir. Borçlu ifayı borca aykırı şekilde ya da sonradan borca uygun şekilde ifa edebilir. Alacaklı, borçlunun ifasını kabul ederken ceza koşulu hakkını saklı tuttuğunu çekince koyarak belirtmek durumundadır. Bu kayıt herhangi bir şekle bağlı değildir. Şunu belirtmek gerekir ki taraflar sözleşmede çekince ileri sürülmezsizin ceza koşulunun istenebileceğine ilişkin düzenleme yapabilirler, hukuki bir engel yoktur¹⁴⁰.

feshedilip ödenen bedelin iadesi hem de kira tazminatının birlikte talep edilmesi mümkün değildir. Taraflar arasındaki sözleşmedeki kararlaştırma, TBK 179/2 maddesinde düzenlenmiş olan ifaya eklenen cezai şart niteliğinde olduğundan, Mahkemece kira tazminatına yönelik talebin reddine karar verilmesi gerekirken; bu kalem isteğin kabulü usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir. 3-Kabule göre de, davanın reddedilen kısmı üzerinden davalı ... yararına karar tarihinde yürürlükte bulunan AAÜT gereğince nispi vekalet ücretine hükmedilmesi gerekirken, maktu vekalet ücretine hükmedilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.” www.yargitay.gov.tr E.T 10.08.2021; TUNÇAMOĞ, Cezai Şart, s.114.

¹³⁹ Yarg. 11. HD 2020/3499 E. , 2020/5703 K. , 07.12.2020 T. “TBK’nın 179/II. maddesine göre, iki halde alacaklı, ceza koşulunu isteyemez. Eğer alacaklı, ceza koşulunu isteme hakkından açıkça vazgeçmişse artık bu yönde bir talepte bulunamaz. Diğer yandan alacaklı, çekince koymadan ifayı kabul etmiş veya sözleşmeden doğan edimlerini ifa etmeye devam etmişse bu takdirde de ceza koşulunu isteyemez. Örneğin; beş yıl süreli bir “akaryakıt bayilik sözleşmesinde (veya eki taahhütnamede) bayinin yıllık asgari ürün alımı taahhüdü bulunmasına rağmen yıllar itibariyle bu taahhüde uyulmamış ise tedarikçi (sağlayıcı) firmanın, TBK’nın 179/II. md. uyarınca hem ifayı hem de ceza koşulunu talep edebilmesi için takip eden yılda henüz bayiye mal vermeden önce ceza koşulu ile ilgili “çekince” (ihtirazi kayıt) bildirmesi ya da bu konuda bayiye noterden bir ihtarname göndermesi gerekir. Çekince için bir şekil şartı getirilmemiştir. Tedarikçi, taahhüde aykırı davranılmış olan yılı takip eden yeni yıldaki ilk fatura ve irsaliyeye koyacağı bir açıklama (şerh) ile bu koşulu yerine getirebilir. Bu şekilde bir çekince (ihtirazi kayıt) konulduktan veya ihtar çekildikten sonra tedarikçi (sağlayıcı) firma, mal vermeye (ifaya) devam etse bile önceki yıla ilişkin ceza koşulu alacağını sözleşme zamanasımı süresi içinde her zaman talep edebilir. Sonraki yıllarda da aynı kural geçerlidir. Tekrarlamak gerekirse, her yıl sonunda bir önceki yıla dair ceza koşulunun istenebilmesi, takip eden yılda henüz ifaya başlanmadan önce çekince (ihtirazi kayıt) bildirilmesi veya ihtar çekilmesine bağlıdır. Bunlar yapılmadan müteakip yılın ifası gerçekleşmişse artık bir önceki yıla ait ceza koşulu istenemez. Çekince konmuş veya ihtar çekilmiş olan yıllarla ilgili ceza koşulunun istenebileceği ise kuşkusuzdur. Yerel mahkemenin bu hususlara değinen gerekçesinde isabetsizlik yoksa da somut olay bakımından delillerin değerlendirilmesinde yanlışlığa düşülmüştür. Zira, yukarıda açıklanan ve yerel mahkemece de benimsenen gerekçelerle somut olayda önceki yıllara ait cezai şart istenemez ise de, son yıla ilişkin cezai şart talebinin kabulü gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir” gerekçesiyle asıl dava yönünden hükmün bozulmasına karar verilmiştir.” www.yargitay.gov.tr E.T 13.08.2021

¹⁴⁰ Yarg. 15. HD 2018/446 E. , 2018/4507 K. , 15.11.2018 T. “...ihtirazi kayıt dermeyan edilmeksizin edanın kabul edilmesi halinde cezanın düşeceği hususu düzenlenmiştir. Sözleşmede ihtirazi kayıt ileri sürülmesine gerek olmaksızın cezai şartın isteneceğine dair hüküm bulunmamaktadır.” www.yargitay.gov.tr E.T 13.08.2021

Yargıtay bir kararında ifaya ekli ceza koşulu ile ilgili; “...ifaya ekli cezai şart olup, teslim tarihinin 14.03.2011 olarak kararlaştırılmasına rağmen, dosyada bulunan sevk irsaliyesinden fiili teslim tarihinin 12.10.2011 olduğu ve sözleşme konusu makinenin gecikme ile davacıya teslim edildiği, davacı, sahibinin herhangi bir çekince ve ihtirazi kayıt koymaksızın eksikleri ile birlikte makineyi teslim aldığı anlaşılmaktadır.¹⁴¹ şeklinde ifade ederek alacaklının artık ceza koşulunun talep edilemeyeceğine ilişkin karar vermiştir. Bu hükümden de anlaşıldığı üzere ifaya ekli ceza koşulunun herhangi bir çekince ve ihtirazi kayıt konulmadan eksikleri ile teslim alınması halinde alacaklı artık ceza koşulunu talep edemeyecektir.

2.3. İfayı Engelleyen Ceza Koşulu (Dönme Cezası)

2.3.1. Genel Olarak

İfayı engelleyen ceza koşulu TBK m. 179/III’te hükme bağlanmıştır. Buna göre “Borçlunun kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklıdır.” denilmektedir. Görüldüğü üzere ifaya eklenen ceza koşulu borçluya, kararlaştırılan ceza koşulunu ödemek suretiyle sözleşmeden dönme veya fesih imkânı vermektedir¹⁴². Bu tür ceza koşulunda alacaklı, borçludan cezanın ödenmesini isteyebilir ancak edimin ifasını isteyemez. Dönme cezası, borçluya sözleşmeden dönme hakkını vermektedir.

¹⁴¹ Yarg. HGK 2017/3169 E. , 2021/948 K. , 07.07.2021 T. “...ifaya ekli cezai şart olup, teslim tarihinin 14.03.2011 olarak kararlaştırılmasına rağmen, dosyada bulunan sevk irsaliyesinden fiili teslim tarihinin 12.10.2011 olduğu ve sözleşme konusu makinenin gecikme ile davacıya teslim edildiği, davacı, sahibinin herhangi bir çekince ve ihtirazi kayıt koymaksızın eksikleri ile birlikte makineyi teslim aldığı anlaşılmaktadır. Mahkemece dava konusu talebin, ayıptan doğan zarara ilişkin olmayıp, geç teslimden kaynaklı cezai şart olduğu, sözleşme konusu makineyi ihtirazi kayıt ileri sürmeden teslim alan davacının, sözleşmede de aksi kararlaştırılmadığından geç teslimden kaynaklanan ifaya ekli cezai şartı talep edemeyeceği gözetilmeksizin, davalı yüklenicinin geç teslim ettiği makinenin ayıplı olduğu, ayıbın sonradan ortaya çıkması nedeniyle davacının teslim sırasında ihtirazi kayıt ileri sürmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle verilen direnme kararı usul ve yasaya uygun değildir.” www.yargitay.gov.tr E.T 12.02.2022

¹⁴² TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 352; TUNÇAMOĞ, Cezai Şart, s. 47.

İfayı engelleyen ceza koşulu aslında gerçek anlamda bir ceza koşulu değildir. Zira ceza koşulunun amacı asıl edimin ifasını kuvvetlendirmek, teminat altına almak suretiyle ifasının sağlanması ve böylece alacaklının hukuki durumunun sağlamlaştırılması değil, tam tersine dilerse sözleşmeden dönmek veya onu feshetmek suretiyle borçlunun durumunun kolaylaştırılması söz konusudur. Bu sebeple dönme cezası niteliği itibari ile cayma parasına benzemektedir¹⁴³.

Sözleşmeden dönme hakkı yenilik doğuran haklardandır. Bunun anlamı bir kez kullanmakla geri dönülemeyeceğidir. Yenilik doğuran hakların bir özelliği de şarta bağlanamamalarıdır¹⁴⁴. Sözleşmeden dönme hakkı da bir tür yenilik doğuran hak olduğundan kullanımı şarta bağlanamaz. Borçlunun dönmeye ilişkin irade beyanı bütün yenilik doğuran haklarda olduğu gibi karşı tarafa ulaştığı andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurur¹⁴⁵. Dönme hakkı bir kez kullanılmakla son bulur.

Ceza koşuluna ilişkin TBK'daki hükümler istisnası cezanın tenkisi ile ilgili olan hüküm olmak üzere emredici nitelikte değildir. TBK m. 179/III'te düzenlenen dönmeye ilişkin hüküm de emredici değil düzenleyici niteliktedir. Bu sebepten taraflar sözleşmede aksini kararlaştırabilirler.

Ceza koşulunda hâkim gerekli gördüğü hallerde indirim yapma yetkisine sahipken, Yargıtay'a göre dönme cezasında hâkimin indirim yapma yetkisi yoktur¹⁴⁶. Zaten dönme

¹⁴³ EREN, **Genel Hükümler**, s.1343. ; TUNÇAMOĞ, **Cezai Şart**, s.31; Pişmanlık akçesiyle dönme cezası arasındaki başlıca fark, pişmanlık akçesinde akdin yapıldığı anda bir para ödenirken dönme cezasında akitten dönerken para ödenmektedir. TUNÇAMOĞ, **Cezai Şart**, s.31.

¹⁴⁴ BUZ, Vedat: **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara: Yetkin Yayınları 1998 s. 72-76.

¹⁴⁵ EREN, **Genel Hükümler**, s.69-70. ; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, S. 352.

¹⁴⁶ Yarg. 23. HD 2015/9232 E. , 2017/3536 K. , 30.11.2017 T. “Dairemizin 20.11.2013 tarih ve 4854 Esas, 7245 Karar Sayılı ilamıyla, davalı vekilinin tüm, davacı vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine, taraflar arasındaki sözleşmede arsa sahibinin sözleşmeden vazgeçmesi halinde yükleniciye diğer zararların yanında arsa bedeli kadar cezai şart bedeli de ödeyeceğinin kararlaştırıldığı, bu hükmün hukuki nitelik itibarıyla BK'nın 158/III (TBK m.179/son) maddesinde yer alan dönme cezası niteliğinde olduğu, kural olarak dönme cezası kararlaştırılan hallerde diğer tazminat kalemlerinin (masraflar dışında) talep edilebilmesi mümkün değilse de emredici olmayan bu hükmün aksinin, somut olayda olduğu gibi düzenlenebilmesinin mümkün bulunduğu, keza, dönme cezasına hükmedildiği hallerde tenkis isteminin dinlenebilmesinin de mümkün olmadığı (BK m. 161/III, TBK m. 182/ III), ne var ki, kararlaştırılan cezai şartın BK'nın 20. maddesinde tarif edilen şartlara aykırı olduğunun tespiti halinde batıl sayılacağı ve bu yöndeki bir istemin reddi gerekeceği, somut olayda da, mahkemece sözleşmenin bu hükmünün BK'nın 20. maddesine aykırı olduğu, borçlu arsa sahibinin iktisaden mahvına neden olacağı belirtilerek dönme cezasına yönelik isteğin reddine karar verilmiş ise de, hüküm yerinde dönme cezasının ne suretle fahişlik oranını aşacak yani davalının mahvına neden olacak nitelikte bulunduğu tartışılmadan soyut ifadelerle yazılı şekilde ret kararı verilmesinin yerinde olmadığı belirtilerek bozulmuş, bozma ilamına uyularak yapılan yargılamada, iddia, savunma, benimsenen ek bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, davalıya düşecek dairelerin toplam değerinin 160.000,00 TL olduğu, yaptırılan sosyal ve ekonomik durum araştırmasında davalının 840,00 TL emekli aylığı aldığı ve üzerine kayıtlı dört adet dairesinin bulunduğu tespit edildiği, bu dairelerin yanlar arasındaki sözleşmenin feshinden sonra başka bir yüklenici

kararını veren borçlu taraftır. Edimi ifa etmek yerine sözleşmeden dönmeyi tercih ediyorsa dönme cezasını ne kadar fahiş olursa olsun ödemek zorundadır.

2.3.2. Dönme Cezasının Amacı ve İşlevi

Dönme cezası kanımızca ceza koşulunun amacına ters düşen bir uygulamadır. Ceza koşulunun amacı; edimin gereği gibi ifa edilmesini sağlama, alacaklıyı güvence altına alma ve borçluyu edimi ifaya zorlama olarak sayılabilir. Bununla birlikte edimin ifasını sağlamak için borçlu üzerinde psikolojik bir baskıya da sebep olmaktadır. Oysa dönmeye ilişkin TBK m. 179/III' teki hüküm bu amaçları zayıflatmakta ve borçluya edimi ifadan kaçınma hakkı vermektedir. Borçlu, kararlaştırılan cezayı ödeyerek edimi ifa etmeme hakkına sahiptir. Ceza koşulu bir nevi ifanın yerini almaktadır¹⁴⁷.

2.3.2.1. Sözleşmeden Dönmeyi Kolaylaştırma

İfayı engelleyen ceza koşulu adından da anlaşılacağı üzere, borçluya ifa yerine ceza koşulunu ödeyerek sözleşmeden dönme hakkını vermektedir. Bu sayede borçlu istediği zaman sözleşmede böyle bir cezanın kararlaştırılmış olduğunu ispat etmek şartıyla sözleşmeden dönebilmektedir. Diğer ceza koşulu türlerinde örneğin seçimlik ceza koşulunda, borçlunun borca aykırı hareket etmiş olması gerekirken ifayı engelleyen ceza koşulunda, borçlunun borca

tarafından arsa üzerine yapılacak inşaatın dolayısıyla davalıya düşen daireler olduğu, davalının sözleşmeye konu arsa dışında başkaca bir taşınmazının bulunmadığı, bu itibarla sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın davalının ekonomik ve sosyal durumu dikkate alındığında BK'nın 20. maddesine aykırı olduğu, davalı arsa sahibinin iktisaden mahvına neden olacak düzeyde ağır ve yüksek olduğu sonucuna varılarak, davanın kısmen kabulü ile 20.763,00 TL kâr kaybının 5.000,00 TL'sinin dava tarihinden itibaren, bakiye 15.763,00 TL'sinin ıslah tarihi olan 26.03.2013 tarihinden itibaren işleyecek reeskont faizi ile birlikte davalıdan tahsiline, davacının diğer taleplerinin reddine dair verilen karar, davacı vekilinin temyizi üzerine Dairemiz'in 02.10.2015 tarih, 2014/7661 Esas ve 2015/6219 Karar Sayılı ilamı ile onanmıştır. Bu kez davacı vekili, karar düzeltme isteminde bulunmuştur. Dosyadaki yazılara, mahkeme kararında belirtilip Yargıtay ilamında benimsenen gerektirici sebeplere göre, HUMK'nın 440. maddesinde sayılan hallerden hiçbirisine uymayan karar düzeltme isteminin reddi gerekmektedir." www.yargitay.gov.tr E.T 11.08.2021

¹⁴⁷ CANSEL/ÖZEL, s.726. ; KILIÇOĞLU, Ahmet: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25.B. , Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s.919.

aykırı hareket etmesi gerekmez. Yine seçimlik ceza koşulunda seçim hakkı alacaklıya verilmişken ifayı engelleyen ceza koşulunda cezayı ödeyerek dönme hakkı borçluya verilmiştir.

2.3.2.2. Borçlunun Sorumluluğunu Sınırlandırma Amacı

Ceza koşulu sözleşmedeki asıl borcun ifa edilmemesi halinde alacaklının uğrayacağı yaklaşık zararın altında kararlaştırılmış ise borçlunun sorumluluğunu tamamen veya kısmen ortadan kaldırmaktır. TBK m. 115 ve TBK m. 116’da düzenlenen emredici hükümlerden¹⁴⁸ kaçmak için dönme cezası hileli kararlaştırılmış ise geçersiz sayılması gereklidir¹⁴⁹.

2.3.3. Dönme Cezasının Talep Edilebilmesi İçin Gerekli Koşullar

Dönme cezasının talep edilebilmesi için sözleşmede dönmeye ilişkin kayıt olması ve borçlunun dönme cezasının varlığına ilişkin ispat yükümlülüğünü yerine getirmesi gereklidir.

¹⁴⁸ TBK m.115: “(1) Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. (2) Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. (3)Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.”

TBK m.116/III: “Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.”

¹⁴⁹ EKİNCİ, **Özel Hukuk Ceza Koşulu**, s.225. ; TUNÇAMOĞ, **Cezai Şart**, s.51.

2.3.3.1. Sözleşmede Dönmeye İlişkin Kayıt Olması

İfayı engelleyen ceza koşulunun uygulanabilmesi için sözleşmede dönmeyle ilişkin kayıt olması gereklidir. Borçluya, edimi ifadan kaçınma hakkı veren bu kayıt taraflar arasında sözleşme yapılırken kararlaştırılmış olmalıdır.

2.3.3.2. Borçlunun İspat Yükümlülüğünü Yerine Getirmesi

İfayı engelleyen ceza koşulunu yani dönme cezasını ispat yükümlülüğü kanuna göre borçludur.

Rekabet yasağına aykırılık hallerinde ödenecek dönme cezasıyla ilgili karine TBK m. 446/III’te düzenlenmiştir. Buna göre “*Rekabet yasağına aykırılık halinde ceza koşulu konulmuş ise borçlu kural olarak kararlaştırılan ceza koşulu miktarını ödemek suretiyle yasaktan kurtulabilir.*” şeklinde ifade edilmiştir¹⁵⁰.

Borçlunun ceza koşulunu ödeyerek sözleşmeden dönme hakkının var olduğunu ispat edebilmesi için böyle bir kayıtların sözleşmede yer alması gerekmektedir. Aksi halde sözleşmeden bu şekilde dönülmesi borçlu açısından mümkün olmayacaktır.

Dönme cezasının kararlaştırıldığı sözleşmelerde alacaklının zararı dönme cezasının üstünde bir miktar olsa bile alacaklının bu fazla zararı talep etme hakkı yoktur.

Bu sebepten alacaklı dönme cezası kararlaştırılan sözleşmelerde cezanın miktarını iyi tespit etmelidir.

¹⁵⁰ EREN, Genel Hükümler, 1343.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

CEZA KOŞULUNUN HÜKÜMLERİ VE SONA ERMESİ

3.1. Ceza Koşulunun Borçlunun Kusuru ve Alacaklının Zararı İle İlişkisi

3.1.1. Ceza Koşulunun Borçlunun Kusuru İle İlişkisi

Sözleşmeye aykırılık borçlunun kusurundan kaynaklanmalıdır. Kusurun derecesi önemli değildir. Borçlu ister ağır ister hafif kusurlu olsun her hâlükârda ceza koşulunu ödemekle yükümlüdür. Borçlu kusurunun bulunmadığını ispat etmedikçe ceza koşulunu ödemekle yükümlüdür¹⁵¹.

Ceza koşulunun muaccel hale gelmesi için borçlunun kusurunun gerektiği TBK m. 182/II’de “*Asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse, cezanın ifası istenemez. Ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hâle gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez.*” denilmiştir. Buna göre asıl borcun imkânsızlaşmasında borçlunun kusuru yok ise ceza koşulu istenemeyecektir¹⁵².

Bu maddeye göre seçimlik ceza koşulu söz konusu olduğunda ifa borçlunun kusuru olmadan imkânsızlaşmışsa ceza koşulu talep edilemez. Aynı şekilde ifaya eklenen ceza koşulunda borçlu, ifanın belirlenen yer veya zamanda yapılamamasında kusursuz ise alacaklı ceza koşulunu talep edemez.

TBK m. 182/II emredici nitelikte değildir, düzenleyici niteliktedir. Bu sebepten taraflar, kusurdan bağımsız şekilde ceza koşulunun geçerli olacağına ilişkin sözleşmeye kayıt koyabilirler. Sözleşmede borçlunun kusuru olsun ya da olmasın ceza koşulunun talep

¹⁵¹ HATEMİ/GÖKYAYLA, s.406. ; GÜLSEVEN, s.50.

¹⁵² TUNÇAMOĞ, *Cezai Şart*, s.101 vd. ; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 359 vd. ; GÜLSEVEN, s.50.

edilebileceğine dair bir kayıt var ise bu durumda borçlunun kusuru aranmaksızın ceza koşulu talep edilebilir¹⁵³.

3.1.2. Ceza Koşulunun Alacaklının Zararı İle İlişkisi

Ceza koşulu zarardan bağımsızdır. Bu yönüyle de alacaklıyı teminat altına almaktadır. TBK m.180/I’ de *“Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın*

¹⁵³ BİLGE, s.108-109.

ödenmesi gerekir.” şeklinde düzenlenmiştir¹⁵⁴. Ceza koşulu için zararın varlığı aranmadığı gibi alacaklının herhangi bir zarar oluşmuşsa zararı ispat yükümlülüğü de bulunmamaktadır¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Yarg. 9. HD 2019/3155 E. , 2021/2225 K. , 26.01.2021 T. “İlk derece mahkemesince, davalı işçinin, davacı şirkette çalıştığı dönemde işverenin mesleki sır teşkil edebilecek bilgileri kullandığı veya üçüncü kişilere vererek sır saklama yükümlülüğünü ihlal ettiği ve şirket menfaatlerinin davalının eylemi ile zarar gördüğü yönünde dosya kapsamında somut delil bulunmayıp bu iddianın davacı tarafından ispatlanamadığı, sözleşme gereği zarar şartına bağlı cezai şart talep koşullarının oluşmadığı kabul edilerek davanın reddine karar verilmiştir. İstinaf başvurusu : İlk derece mahkemesinin kararına karşı, davacı vekili istinaf başvurusunda bulunmuştur. Bölge Adliye Mahkemesi Kararının Özeti : Bölge adliye mahkemesince, davalının sadakat yükümlülüğüne aykırı hareket ettiği ve rekabet yasağına aykırı davrandığına yönelik davacı firma içinde çalıştığı ve ayrıldığı sözleşme kapsamındaki belirtilen süreyi kapsayan döneme ilişkin iddianın somut delillerle ortaya koyulup ispatlanamadığı, davacı tarafın kendi anlatımına göre çalıştığı dönem içerisinde davacı şirket nezdinde ve toplantılarda vakıf olduğu ve şirket ticari sırları kapsamında değerlendirilecek hususi bilgileri davacı aleyhine haksız rekabet teşkil edecek şekilde kullandığı ve bu yolla davacı şirketi zararlandırdığı ya da sözleşmeye-rekabet yasağına aykırı hareket ettiği hususunun somut olarak ortaya konulamadığı, davalının işten ayrılacağı süreçte şeffaf davranmamış olsa bile, bu hususun tek başına davacı iddialarını ispatlayan ve doğrulayan hususlardan olmadığı, bu kapsamda dosya münderecatına göre ilk derece mahkemesinin dosya münderecatına uygun düşen bilirkişi raporuna itibar ederek davalının iddialarını somut delillerle ispatlayamamasını değerlendirerek davanın reddine karar vermesinde herhangi bir isabetsizlik ve kamu düzenine aykırılık durumuna rastlanmadığını belirterek ilk derece mahkemesi kararının usul ve esas yönünden hukuka uygun olduğu gerekçesiyle, istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir. Temyiz başvurusu : Kararı, davacı şirket vekili temyiz etmiştir. Gerekçe: 6098 Sayılı TBK’nun 396. Maddesi uyarınca “İşçi, yüklendiği işi özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır. İşçi, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamaz ve özellikle kendi işvereni ile rekabete girer. İşçi, iş gördüğü sırada öğrendiği, özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgileri, hizmet ilişkisinin devamı süresince kendi yararına kullanamaz veya başkalarına açıklayamaz. işverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde işçi, hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra da sır saklamakla yükümlüdür. Keza kanunun TBK’nun 427. Maddesi uyarınca “Hizmet buluşları üzerinde işçinin ve işverenin hakları, bunların kazanılması ile diğer sınai ve fikri mülkiyet hakları konusunda özel kanun hükümleri uygulanır. Diğer taraftan Rekabet yasağı 6098 Sayılı T. Borçlar Kanunu’nun Genel Hizmet Sözleşmesi hükümleri içinde 444 ila 447. maddelerinde düzenlenmiştir. Bunun nedeni ise rekabet etmemenin sadakat borcunun bir gereği olmasıdır. İş sözleşmesinin kurulması ile doğan sadakat borcu, işçi tarafından işverenin çıkarlarını koruma ve gözetme borcudur. Rekabet etmeme borcu ise, iş sözleşmesinin sonuçlarından olan; işçinin işverene sadakat borcu içinde yer alan alt bir yükümlülüktür. Taraflar iş ilişkisi devam ederken sözleşmenin bitiminden sonra işçinin rekabet etmeyeceğine ilişkin bir hükmün iş sözleşmesine konulmasına veya bu konuda ayrı bir sözleşme (rekabet yasağı sözleşmesi) yapılmasını kararlaştırabilirler. Rekabet yasağının ihlaline bağlı taraflarca kararlaştırılmış olan belli bir ödemeyi öngören yaptırım, niteliği itibarıyla bir cezai şart hükmüdür. İş akdinin devamı süresince işçinin işvereni rekabet etmemesi sadakat borcu içinde yer alan bir yükümlülüktür. Buna karşılık, taraflar iş ilişkisi devam ederken sözleşmenin bitiminden sonra işçinin rekabet etmeyeceğine ilişkin bir hükmün iş akdine konulmasını veya bu konuda ayrı bir sözleşme (rekabet yasağı sözleşmesi) yapılmasını kararlaştırabilirler. İş akdi sona erdikten sonra işçinin işvereni rekabet etmeme borcu ancak böyle bir yükümlülük sözleşme ile kararlaştırıldığı takdirde söz konusu olmaktadır. (Süzek, S. İş Hukuku, Yenilenmiş 10. Baskı İstanbul 2014, S:344., YHGK. 22.09.2008 gün ve 2008/9-517 E, 2008/566 K. Sayılı ilamından. Aynı atıflar YHGK. ‘nun 21.09.2011 gün ve 2011/9-508 E, 2011/545 K ile Y. HGK. 27.02.2013 gün ve 2012/9-854 E, 2013/392 K. Sayılı ilamlarında da yapılmıştır). Borçlar Kanunu’nun 180. Maddesinin 1. Fıkrasında “Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir” hükmü yer aldığından, işverenin herhangi bir zararı ispatlamak zorunda bulunmaksızın sözleşmede kararlaştırılan cezai şartı isteyebilmesi olanağı vardır. Bu durumda işverenin cezai şartı talep edebilmesi için rekabet yasağının ihlal edildiğini ispatlaması yeterlidir. (Süzek, S. İş Hukuku, Yenilenmiş 11. Baskı İstanbul 2015, S:378) Somut olayda, taraflar arasında TBK 444. vd. maddelerine uygun rekabet yasağı sözleşmesi yapıldığı anlaşılmaktadır. Davalı işçinin davacı şirkette 02.08.2010 tarihinde akdedilen yazılı iş sözleşmesi ile satış temsilcisi olarak işe başladığı, taraflar arasında 02.08.2010 tarihli iş sözleşmesinin eki olarak düzenlenmiş aynı tarihli Rekabet Yasağı ve Sır Saklama Sözleşmesinin 1. maddesi ile davalının gerek iş sözleşmesinin devamı sırasında ve gerekse iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra işvereni ve işle ilgili mesleki sır ve gizli belgeleri kendi kişisel amaçları veya herhangi bir başka kişi, şirket, kurum veya kuruluşun çıkarları için kullanmayacağını ve/veya herhangi bir kişi, şirket ve kuruluşa ifşa etmeyeceğini beyan ve taahhüt ettiği ve sözleşmenin 2. maddesinde

Ceza koşulunun amacına uygun olarak düzenlenen bu hüküm ceza koşulunun caydırıcı etkisini desteklemekte ve alacaklıyı, borcun gereği gibi ifa edilmesi hususunda teminat altına almaktadır. Bu yönüyle ceza koşulu, borcun gereği gibi ifa edilmesi için alacaklıya bir güvence sağlamaktadır. Bu hüküm ile alacaklı edimin gereği gibi veya hiç ifa edilmemesi halinde ortaya bir zarar çıkmamış olsa dahi ceza koşulunun ödenmesini borçludan talep edebilecektir. Bu da ceza koşulunun borçlu üzerinde caydırıcı bir etkiye sebep olmasını sağlamaktadır.

3.2. Ceza Koşulunu Aşan Zararın Tazmini

3.2.1. Genel Olarak

Ceza koşulu alacaklıyı borca aykırılık haline karşılık güvence altına alır. Alacaklı, sözleşme kurulurken, edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmeme ihtimalini düşünür. Ceza koşulunu kararlaştırırken bu ihtimali düşünerek ceza koşulunu belirler. Belirlediği miktar genellikle iyi hesaplanmış ise edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde alacaklının uğradığı zarar miktarını karşılar. Alacaklının asıl amacı edimin ifasını güvence altına almak için ceza koşulu kararlaştırmaktır. Bu sebepten ceza koşulunu önceden tespit ederken edimin değerini ve ifa edilmeme halinde uğrayacağı olası zararı hesaplayarak miktarı belirler. Genellikle tespit edilen ceza koşulu sözleşmenin konusu olan edimin değerinin üstündedir. Eğer alacaklı ceza koşulunu kararlaştırırken edimin ifasındaki menfaatlerini iyi ölçmüş ve bunu

de, davalının iş akdinin devam ettiği dönemde veya iş akdi sona erdikten sonra yukarıda belirtilen sır saklamaya ilişkin yükümlülüklerini herhangi bir şekilde ihlal ettiği takdirde işverenin haklı fesih hakkı saklı kalmak kaydıyla davalının son aylık brüt ücretinin 12 katı tutarındaki ceza bedelini ve bu ihlal neticesinde uğradığı tüm zararların ceza bedelinden fazla olması hâlinde fazla olan kısmını talep ve tahsil edebileceği ve davalının ceza bedelini ve ceza bedelini aşan zararı kendisine yapılacak yazılı ihbar veya ihtarın tebliğinden itibaren 7 gün içinde işverene ödeyeceğini kabul ve beyan ettiği görülmektedir. Sözleşmenin geçerli olduğu İlk Derece Mahkemesi ve Bölge Adliye Mahkemesinin kabulündedir. Davalı işçinin iş sözleşmesinin sona ermesinden itibaren 3 gün sonra aynı il sınırlarında aynı alanda istigal eden işyerinde işe başladığı da sabittir. Nevarki davacı işveren cezai şart isteğinin zararın varlığı ve miktarının ispatlanamadığı gerekçesiyle reddi doğru olmamıştır. Cezai şart alacaklısını ispat yükünden kurtarır. Mahkemece yapılacak iş TBK 182/son hükmünü de göz önünde bulundurmak suretiyle cezai şart alacağı talebini kabul etmektir. Sonuç:Temyiz olunan ilk derece mahkemesi kararının ve bu karara karşı istinaf başvurusunu esastan reddeden bölge adliye mahkemesi kararının, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA... ”www.vargitav.gov.tr E.T 11.08.2021

¹⁵⁵ HATEMİ/GÖKYAYLA, s.407.

karşılıyacak miktarda bir ceza koşulu belirlemişse kendini garanti altına almış ve zararını tazmin ettirebilme imkânını elde etmiş demektir.

Alacaklının borçlunun borca aykırı davranışı halinde ceza koşulunu talep edebilmesi için zararın varlığı aranmamaktadır. Keza zarar ortaya çıkmış ise bunun ispatı da gerekli değildir. Ancak ceza koşulu sözleşme kurulurken iyi hesaplanamamış ise edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde alacaklının zararı ceza koşulu miktarını aşabilir. Bu durumda alacaklının ceza koşulunu aşan zararı borçludan talep edebilmesi için borçlunun kusurunu ispat edebilmesi gerekmektedir. Bu husus TBK m. 180/II’de “*Alacaklının uğradığı zarar kararlaştırılan ceza tutarını aşıyorsa alacaklı, borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmedikçe aşan miktarı isteyemez.*” şeklinde ifade edilmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise alacaklının borçlunun kusurunu ispat etmesi halinde yalnızca ceza koşulunu aşan miktarı isteyebileceğidir, zararın tamamını değil¹⁵⁶.

Yargıtay’da kararlarında ceza koşulunu aşan kısmın borçlunun kusurlu olduğunun ispat edilmesi halinde istenebileceğine yönelik hüküm kurmuştur¹⁵⁷.

Seçimlik ceza koşulunda ve ifaya eklenen ceza koşulunda aşan zarar istenebilirken; ifayı engelleyen ceza koşulunda, ceza koşulunu aşan zarar borçludan talep edilemez. Kanuna göre ifayı engelleyen ceza koşulunda, borçlu kararlaştırılan cezayı ödeyerek sözleşmeden dönebilir. Hüküm emredici nitelikte olmadığından taraflar sözleşmeye, kararlaştırılan ceza koşulunun alacaklının zararını karşılamaya yetmemesi halinde aşan zararın borçludan talep edilebileceğine ilişkin bir kayıt koymuşlarsa bu halde alacaklı aşan zararı isteyebilecektir¹⁵⁸.

¹⁵⁶ YAĞCIOĞLU, s.217. ; TUNÇAMOĞ, **Cezai Şart**, s.120 vd. ; USLU, s.162. ; EKİNCİ, **Özel Hukuk Ceza Koşulu**, s.344-347. ; EREN, **Genel Hükümler**, s.1344.

¹⁵⁷ Yarg. 23. HD 2016/8825 E. , 2017/2964 K. , 30.10.2017 “*Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde inşaatın süresinde teslim edilememesi halinde arsa sahibi alacaklının ifadan vazgeçmeden sözleşmede kararlaştırılmış olması halinde cezai şart talep edebileceği gibi, sözleşmede yazılı olmasa bile kira tazminatı talebinde bulunabilir. Gecikme cezasının ve kira tazminatının birlikte talep edilebilmesi sözleşmede bu konuda ayrıca hüküm bulunmasına bağlıdır. Cezanın talep edilebilmesi teslimde ihtirazi kayıt konulmasına bağlı iken, kira tazminatının talep edilebilmesi için böyle bir ihtirazi kayda gerek yoktur. Ceza ve tazminatın ayrı ayrı istenebileceği sözleşmede yazılı değilse arsa sahibi cezayı ve yüklenicinin kusurlu olduğunu isbat ederek cezayı aşan zararını talep edebilecektir. Somut olayda taraflar arasında düzenlenen sözleşmenin 22. maddesinde kira tazminatı, 23. maddesinde ise cezai şart kararlaştırılmış olmasına rağmen her ikisinin de talep edilebileceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda mahkemece yukarıda açıklamalar doğrultusunda inceleme yapıp karar verilmesi gerekirken, hem kira hem de cezai şarta karar verilmesi doğru görülmemiştir.*” www.yargitay.gov.tr E.T 09.09.2021

¹⁵⁸ EKİNCİ, **Özel Hukuk Ceza Koşulu**, s.344. ; AYAN, **Genel Hükümler**, s.106. ; TUNÇAMOĞ, **Cezai Şart**, s.122. ; EREN, **Genel Hükümler**, s.1344.

3.2.2. Ceza Koşulunu Aşan Zararın Tazmin Koşulları

3.2.2.1. Ceza Koşulunu Aşan Bir Zararın Bulunması

TBK m. 180/II’de düzenlenen “aşan zarar” ile kast edilen, alacaklının sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde ortaya çıkan zararının, kararlaştırılan ceza koşulunun üzerinde bir miktar olması demektir. Bu hükümle amaçlanan, alacaklının borca aykırılık halindeki tüm zararlarının giderilmesini sağlamaktır.

Alacaklı böyle bir zararın varlığı halinde ancak aşan zararı borçludan talep etme hakkına sahiptir. Örneğin sözleşme ile kararlaştırılan ceza koşulu 200.000 TL, alacaklının edimin ifa edilmemesi nedeniyle uğradığı toplam zarar 250.000 TL olsun. Bu halde alacaklı hem 200.000 TL’lik ceza koşulunu hem de 250.000 TL’lik zararını borçludan talep edemez. Yalnızca 50.000 TL’lik aşan miktarı talep edebilir. Toplam zarar kararlaştırılan ceza koşulu miktarını aşıyorsa, tazmin edilecek miktar hesaplanırken alacaklının uğramış olduğu toplam zarardan kararlaştırılan ceza koşulu miktarı düşürülür, bunun sonucunda geriye kalan miktar borçludan talep edilir. Ancak ortaya çıkan toplam zarar, ceza koşulu ile eşit miktarda veya daha düşük ise tarafların aksini kararlaştırmamaları halinde alacaklı, ayrıca zararın ödenmesi talep edemez¹⁵⁹.

TBK m. 180/II hükmü emredici nitelikte değildir. Bu sebepten taraflar, sözleşmeye aykırılık halinde ceza koşulunun ve oluşan toplam zararın ayrı ayrı eksiksiz olarak ifa edilmesini düzenleyebilirler.

¹⁵⁹EKİNCİ, *Özel Hukuk Ceza Koşulu*, s.345. EREN, *Genel Hükümler*, s.1344-1345.

3.2.2.2. Asıl Borcun İhlali İle Zarar Arasında İlliyet Bağının Bulunması

Borçlunun borca aykırı davranışı ile alacaklının zararı arasında uygun illiyet bağının varlığı, aşan zararın tazmini için gerekli koşullardandır. Buna göre borçlar hukuku genel hükümlerde düzenlenen haksız fiile ilişkin hükümlerde olduğu gibi fiil ile meydana gelen zarar arasında uygun nedensellik bağının varlığı gereklidir¹⁶⁰. Fiil ile zarar arasında illiyet bağı yok ise alacaklı aşan zararın tazmini borçludan talep edilemez. Aşan zararın talep edilebilmesi için asıl borcun ihlali ile ortaya çıkan ceza koşulunu aşan zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir.

3.2.2.3. Borçlunun Kusurlu Olması

Alacaklının ceza koşulu miktarını aşan zararının giderilmesini isteyebilmesi için borçlunun kusurlu olması gerekmektedir. Alacaklının zararı, borçlunun yanında çalışan yardımcı kişilerin fiillerinden kaynaklı da meydana gelebilir. Örneğin bir çikolata fabrikasında çalışan işçinin, çikolatanın hammaddesini değiştirmesi halinde meydana gelen zarar yardımcı kişinin kusurlu hareketi sebebiyle meydana gelmiştir¹⁶¹.

¹⁶⁰ EREN, **Genel Hükümler**, s.731. ; AYAN, Mehmet: **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, 12.B, Adalet Yayınevi, 2020, s.328. ; DOĞAN/ ATAMULU/ ŞAHAN, s.205.

¹⁶¹ EREN, **Genel Hükümler**, s.1345. ; KAYIHAN, Şaban/ ÜNLÜTEPE, Mustafa: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 6.B., 2018, s.292-295. ; AYAN, **Genel Hükümler**, s.337-341. ; Adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz. DOĞAN/ATAMULU/ŞAHAN, s.217-220. Bkz. Yarg. 15. HD 2018/5290 E. , 2019/1015 K. , 08.03.2019 T. “Asıl davadaki davacının talebi, dava dilekçesi, dosya kapsamı ve birleşen davadaki talebiyle birlikte değerlendirildiğinde, sözleşmenin 22/IV. maddesinde kararlaştırılan süre içinde inşaatın tamamlanıp iskan maddesini almış şeklinde yazılmış ise de; bunun iskan müşadesini almış şeklinde anlaşılması gerekli olup maddi hata sonucu maddesi şeklinde yazıldığından, gecikilen her gün 25,00 TL gecikme cezası uygulanacağı kararlaştırıldığı ve bu maddedeki ceza-i şart 818 Sayılı BK’nın 158/II. maddesindeki ifaya ekli ceza olduğundan, aynı Yasa’nın 159. maddesinde düzenlenen cezayı aşan zarar istemidir. Davacı arsa sahibinin BK’nın 159/II. maddesi hükmünce sözleşmenin 22/IV. maddesinde kararlaştırılan cezayı aşan gecikme nedeniyle zararının varlığını kanıtlaması ve gecikmede yüklenicinin kusurunun bulunması halinde cezayı aşan zararını yükleniciden talep etmesi mümkündür. Davalı yüklenici de sözleşmenin 22/IV. maddesinde iskan iznini-yapı kullanma izin belgesi alınmış olarak yükleniciye ait bağımsız bölümleri tamamlayıp teslim etmeyi üstlenmiş olduğundan yapı kullanma izin belgesinin alındığı tarihe kadar gecikmeden sorumludur. Yapı kullanma izin belgesi alınmak üzere yükleniciye arsa sahibince verilmiş vekâletname bulunmasa dahi yüklenici vekâletname verilmesini talep etmek ya da yapı kullanma izin belgesi alınması için yapması gereken

3.2.2.4. Alacaklının Zarar ve Kusuru İspat Etmesi

Alacaklının ceza koşulunu aşan zararı, borçludan talep edebilmesi için zararı ve borçlunun kusurunu ispat etmesi TBK m. 180/II'de ifade edilmiştir. Gerçekten de alacaklının aşan zararını isteyebilmesi için ortada bir zararın olması gereklidir. Aksi halde sözleşmede kararlaştırılan ceza koşulunun ödenmesi alacaklı için yeterli olacaktır.

TBK m. 112¹⁶² borçlu aleyhine kusur karinesini düzenlemiştir. Borçlu TBK m. 112 de düzenlenen genel kurala göre kusursuz olduğunu ispat etmediği müddetçe alacaklının edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde uğrayacağı zararı ödemek zorundadır. Ancak TBK m. 180/II, TBK m. 112'nin aksine borçlu aleyhine ispatı ortadan kaldırarak, ispat yükünü alacaklı üzerine bırakmıştır.

Bizce kanunun TBK m. 180/II'deki düzenlemesi yerinde olmuştur. Şöyle ki, ceza koşulunun amacı alacaklıyı, hem edimin ifasında hem de edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmeme ihtimaline karşı güvence altına almaktır. Borçlu, sözleşme yapılırken ceza koşulunun miktarını önceden bilmekte ve kabul etmektedir. Ceza koşulu borca aykırılık halinde bir nevi tazminat yerine geçmektedir. Ayrıca tazminattan farklı olarak alacaklının, borçlunun kusurunu

işlemlerin yapılmasını arsa sahibinden isteyerek arsa sahibini alacaklı temerrüdüne düşürdüğünü ileri sürüp kanıtlamadığından vekâletname bulunmaması yükleniciyi sorumluluktan kurtarmaz. Otopark S.sındaki artış nedeniyle ek süre, davacı arsa sahibince süre uzatımı olarak verilen 281 gün içinde davalıya süre olarak verilmiş olmasına rağmen, inşaat süresi içinde yüklenici tarafından tamamlanıp yapı kullanma izin belgesi de alınarak teslim edilmediğinden davalı yüklenici temerrütte kusurludur. Davalı yüklenici otopark S.sındaki artış nedeni ile fazla iş yaptığı ve fazladan harç ödediğini de savunmakta olduğundan bu savunmasının mahsup itirazı niteliğinde olduğu düşünülebilir ise de; mahkemece incelenen ... 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2011/477 Esas Sayılı dosyasıyla birleşen ... 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2011/586 Esas Sayılı dosyasında davaya konu edilerek ödenmesi talep edildiğinden eldeki davada söz konusu fazla imalât ve ödenen harcın alacaktan mahsup edilmesi mümkün değildir. Bu durumda bölge adliye mahkemesince asıl davada davacı arsa sahibinin teslimdeki gecikme nedeni ile ve yüklenici gecikmede kusurlu olduğundan teslimi gereken tarih 25.06.2009 ise de; talep 24.06.2010 tarihinden olduğundan bu tarihten yapı kullanma izin belgesinin alındığı 26.04.2011 tarihine kadar gecikme nedeni ile talep ettiği bağımsız bölümleri kiraya verememesi sebebi ile uğradığı zarar ve aynı dönem için sözleşmenin 22/IV. maddesine göre isteyebileceği gecikme cezası-cezai şart miktarı konusunda uzman bilirkişiden gerekçeli ve denetime elverişli rapor alınıp hesaplanacak zarardan istenebilecek gecikme cezası düşüldükten sonra kalan miktarın asıl davada cezayı aşan zarar olarak hüküm altına alınması gerekirken ilk derece mahkemesi kararı kaldırılıp gerekçesi değiştirilmek ve harç hususu düzeltilmek sureti ile asıl davanın reddi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur.” www.yargitay.gov.tr E.T 12.08.2021

¹⁶² TBK m.112 “Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.” şeklinde düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, borçlunun borca aykırı hareket etmesi halinde kusursuzluğunu ispat etmediği sürece alacaklının zararını gidermekle yükümlüdür.

ve zararı ispat yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu sebepten alacaklı sözleşme yapılırken, sözleşmenin ifa edilmemesi halinde ödenecek ceza koşulunu iyi tespit etmelidir. Buna rağmen ceza koşulu miktarının üzerinde bir zarar oluşmuş ise alacaklı, zararı ve borçlunun kusurunu ispat etmek zorundadır, aksi halde aşan miktarı talep edemez.

3.3. Aşırı Ceza Koşulunun İndirimi

3.3.1. Genel Olarak

Ceza koşulu tarafların serbest iradelerine göre kararlaştırılır ve sözleşme özgürlüğü ilkesine dayanır. TBK m. 182/II’ de düzenlendiği üzere taraflar ceza miktarını bu ilkeler içinde serbestçe belirleyebilir. Taraflar serbest iradeleri ile meydana getirdikleri sözleşmelere aynen uymak zorundadırlar. Bu sözleşmelerin taraflardan yalnız birinin iradesi ile değiştirilmesi mümkün değildir. Bu ilkeye “*Ahde Vefa*” bir diğer adıyla “*Pacta Sund Servanda*” denilmektedir. Ancak bu ilke özellikle modern hukuklarda birçok yönden sınırlanmıştır. Bu sınırlamanın sık karşılaşılan hallerinden biri de hâkime tanınan sözleşmeye müdahale yetkisidir. Hâkim kanunun kendisine verdiği bu özel yetkiye dayanarak tarafların serbest iradeleri ile meydana getirdikleri sözleşmeleri baştan veya karar anından itibaren hüküm doğurmak üzere değiştirebilmekte veya tamamen ortadan kaldırabilmektedir. Böylece hâkim bu yetkiye dayanarak taraflar arasındaki menfaatleri dengelemek için taraflar arasındaki hukuki ilişkiye müdahale etmektedir¹⁶³.

¹⁶³ TUNÇAMOĞ, *Cezai Şart*, s129-130; GÜLSEVEN, s.55.

3.3.2. Ceza Koşulunun İndirilmesinin Amacı

Ceza koşulunun indirilmesine ilişkin düzenleme TBK m. 182/III’te “*Hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir.*” şeklindedir.

Ceza koşulunun indirilmesi tarafların menfaatlerini korumaya yöneliktir. Şöyle ki; ceza koşulu genel anlamıyla bakıldığında alacaklının menfaatlerini koruma amacına hizmet etmektedir. Ceza koşulu alacaklıya, borçlunun borca hareket etmesi halinde zarar oluşmasa bile borçludan kararlaştırılan cezayı ödemesini talep etme hakkını vermektedir. Ceza koşulunun amacının dışına çıkmaması ve kötü niyetli kullanımının önüne geçilmesi amacıyla indirim ile ilgili hükümler düzenlenmiştir. TBK m. 182/III’te indirimi düzenleyen hüküm emredici nitelikteyken ceza koşulunu düzenleyen diğer bütün hükümler düzenleyici niteliktedir.

Ceza koşulunun indirilmesi maddi ve manevi yönden daha güçlü olan alacaklının, maddi ve manevi olarak daha zayıf olan borçluyu zor duruma sokmasını ve ekonomik yönden mahvına sebep olmasını önlemek amacıyla getirilmiştir. Ceza koşulunun aşırılığı neticesinde hâkim indirim yetkisini kullanır. Bu aşırılık hâkimin takdirine bırakılmıştır. Alacaklının uğradığı zarar ile ceza koşulu arasındaki oranla aşırılığın ilgisi bulunmamaktadır. Aşırılık borçlunun ceza koşulunu ödeme gücüyle ilgilidir. İndirim yetkisi, hâkime sözleşmeye müdahale etme hakkını vermektedir. Ceza koşulu tarafların serbest iradeleriyle kurulur. Bu sebepten hâkimin takdir yetkisini kullanırken iki tarafın menfaatini çok iyi ölçüp tartarak karar vermesi gereklidir. Aksi halde tarafların iradesini ortadan kaldırmaya yönelik bir araç haline gelecektir¹⁶⁴.

Yargıtay’ın kararlarının da hâkimin takdir yetkisinin ceza koşulunun indirilmesi konusunda sınırsız olmadığı yönünde olduğu görülmektedir.

Yargıtay 3. HD 04.02.2021 tarihli kararında bu duruma ilişkin detaylı bir açıklama yapmıştır; “*Hâkim, cezanın aşırı olup olmadığını, hakkaniyet ölçülerini aşıp aşmadığını araştırırken, özellikle, alacaklının asıl borcun ifa edilmesi halinde elde edeceği yarar ile cezai şartın ödenmesinin sağlayacağı yarar arasındaki makul (adil) ölçü, sözleşmeye aykırı*

¹⁶⁴ GÜLSEVEN, s.56.

davranılması yüzünden alacaklının uğradığı zarar, borçlunun borcunu yerine getirmemek suretiyle sağladığı yarar, borçlunun kusur derecesi ve borca aykırı davranışının ağırlığı, alacaklının ortak kusurunu ve tarafların (özellikle borçlunun) ekonomik durumu ile sözleşmenin süresini dikkate alır. Bu unsurlar dikkate alındığında, alacaklının uğradığı zarar ile kararlaştırılan ceza arasında hakkaniyet ölçüleri ile bağdaşmayan açık bir nispetsizlik varsa ceza indirilir. Hâkimin, bu kuralı uygularken kullanacağı takdir hakkının, Yargıtay denetimine elverişli esaslara dayanması da zorunludur.”¹⁶⁵ Görüldüğü üzere her ne kadar TBK’da hâkimin indirim yetkisinin sınırına ilişkin bir hüküm bulunmasa da incelenen kararlar neticesinde varılan sonuçlara göre de Yargıtay’ın indirimin yapılmasında belirli kıstaslar aradığı görülmektedir.

3.3.3. Ceza Koşulunun İndirilmesinin Şartları

Ceza koşulunun indirilmesi için geçerli ve gerçek bir ceza koşulu anlaşmasının bulunması, ceza koşulunun muaccel olması, ceza koşulunun ifa edilmemiş olması ve ceza koşulunun aşırı derecede yüksek olması gereklidir.

¹⁶⁵ Yarg. 3. HD 2020/6904 E. , 2021/921 K. , 04.02.2021 T. “Hukukumuzda sözleşmeye bağlılık ilkesi (Ahde Vefa- Pacta Sunt Servanda) yanında sözleşme serbestisi ilkeleri kabul edilmiştir. Bu kurala göre sözleşme yapıldığı andaki gibi aynen uygulanmalı ve hükümlerine riayet edilmelidir. Sözleşmeye bağlılık ilkesi hukuki güvenlik, doğruluk ve dürüstlük kuralının bir gereği olarak, sözleşme hukukunun temel ilkelerinden biridir. Karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde, edimler arasında mevcut olan denge şartlarının sözleşmenin tümü, birlikte yorumlanarak değerlendirilmelidir. Borçlar Kanunundaki genel kural; tarafların bu sözleşme ile gerçek ve ortak amacın varlığını ortaya koyabilecek şekilde bir düzenleme ve yorum, tüm sözleşmede belirlenen amaç da göz önüne alınarak yapılmalıdır. Cezai şartı düzenleyen TBKnun 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 miktarını serbestçe belirleyebilirler." denilmekte ise de bu serbestlik sınırsız değildir. Maddenin son fıkrasında yer alan; "Hakim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir." hükmüne yer verilmiştir. Görüldüğü gibi, yukarıdaki maddenin birinci fıkrası, cezai şart miktarını tayin konusunda serbesti esasını koymuş; buna karşılık son fıkrada ise serbestiye indirme hakkı vasıtasıyla özel bir sınır çizmiştir. Somut uyumsuzlukta; dosya kapsamına göre davacı, davalı şirkete gönderdiği istifa dilekçesi ile hiçbir gerekçe göstermeden hizmet akdini taahhüt ettiği tarihten önce sonlandırmakla, davalının sözleşmede yer alan cezai şartta hak kazanmasına sebebiyet vermiştir. Bu durumda davacıdan tahsil edilmesi gereken cezai şart miktarı belirlenirken 6098 Sayılı TBK’nun 182. maddesinin değerlendirilmesi zorunludur.” www.yargitay.gov.tr E.T 08.09.2021

3.3.3.1. Geçerli ve Gerçek Bir Ceza Koşulu Anlaşmasının Bulunması

Ceza koşulunun indirilmesinden söz edilebilmesi için ortada mevcut ve geçerli bir ceza koşulu anlaşmasının bulunması gerekmektedir. Ceza koşulunun geçersiz olması halinde indirimden söz edilemez.

Ceza koşulu asıl borca bağlı fer'i nitelikte bir borçtur. Asıl borcun geçerliliği ile ceza koşulunun geçerliliği zincirleme bir ilişki içindedir. Asıl borcun geçersiz olması durumunda ceza koşulu da geçersizdir. Ceza koşulunun geçersiz olması halinde ceza koşulunun indirilmesi de mümkün olmayacaktır. Çünkü ortada mevcut ve geçerli bir ceza koşulu yoktur.

Asıl borcu geçersiz hale getiren bütün hallerde ceza koşulu da geçersiz hale geleceğinden indirimden söz edilemeyecektir¹⁶⁶.

¹⁶⁶ Yargıtay'ın asıl borcun geçersizliği halinde ceza koşulunun da geçersiz olacağına ilişkin kararı için Bkz. Yarg.11. HD 2018/4033 E. , 2019/5411 K. , 16.09.2019 T. “Davacı vekili, davalının 08.03.2010 tarihinde müvekkili şirket nezdinde çalışmaya başladığını, taraflar arasında imzalanan 29.06.2012 tarihindeki belirsiz süreli iş sözleşmesi ile 12.02.2015 tarihine kadar görevini sürdürüp o tarihte iş akdini davalının sonlandırdığını, davalının en son Orta Anadolu - Karadeniz Bölge Müdürlüğü'nde “saha satış müdürü” olarak çalıştığını, bu sırada müvekkiline keşide ettiği ihtarname ile ödenmediğini iddia ettiği işçilik alacaklarının 3 gün içinde ödenmemesi halinde sözleşmenin feshedileceğini ihtar ettiğini, davalının herhangi bir ödenmemiş alacağının bulunmadığını, buna rağmen davalının sözleşmeyi anılan nedenle feshederek rakip şirket olan Türkiye Petrolleri Dağıtım A.Ş'de Karadeniz bölge saha müdürü olarak çalışmaya başladığını, davalının rekabet etmeme yasağına aykırı davrandığını ileri sürerek davalının yıllık brüt ücretine denk gelen 51.000 TL cezai şartın dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsilini, davanın rekabet etmeme yasağına aykırılık oluşturan fiiline derhal son verilmesine karar verilmesini talep etmiştir. Davalı vekili, sözleşmenin haklı nedenle feshedildiğini, ödenmeyen işçi alacaklarının tahsili için açılan İstanbul 5. İş Mahkemesi'nin 2015/402 E. Sayılı dava dosyasının bekletici mesele yapılması gerektiğini, rekabet etmeme yasağına dair cezai şart hükmünün bulunduğu 29.06.2012 tarihli sözleşmenin müvekkiline zorla imzalandığını, ayrıca sözleşmedeki bu hükmün sadece müvekkili açısından yükümlülük öngördüğünden geçersiz olduğu gibi, tüm Türkiye sınırları içerisinde rekabet etmeme yönünden öngörülen bu düzenlemeye geçerlilik tanınamayacağını, müvekkilinin rekabet yasağına aykırı eyleminin olmadığını, davacı tarafın müvekkilinin davranışının önemli bir zarara sebep olduğunu da kanıtlaması gerektiğini, sektörde benzer görevi farklı işverenler bünyesinde yerine getiren satış elamanlarının tümünün yaklaşık olarak aynı ve/veya eş değer ticari bilgiye sahip olduklarını, müvekkilinin yeni işverenin akaryakıt alanında faaliyette bulunurken eski işverenin ise Lpg alanında faaliyet gösterdiğini, kabul anlamına gelmemek kaydıyla cezai şartta hükmedilmesi halinde cezai şarttan indirim yapılması gerektiğini savunarak davanın reddini istemiştir. Mahkemece tüm dosya kapsamına göre, Anayasa'nın Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti başlıklı 48 ve devamı maddeleri gereğince herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olduğu, BK 19/1. maddesinde (TBK 26) bir aktin konusunun kanunun gösterdiği sınır dairesinde serbestçe tayin olunacağı, BK 20. maddesinde (TBK 27) ise kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmelerin kesin olarak hükümsüz olacağının düzenlendiği, buna göre taraflar arasındaki sözleşmenin rekabet yasağını düzenleyen 8. madde hükmünün Anayasa ile güvenceye alınmış olan çalışma hürriyetinin ihlali anlamına geldiği ve bu nedenle anılan düzenlemenin geçersiz olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Karara karşı davacı vekili tarafından istinaf yoluna başvurulmuştur. İstanbul Bölge Adliye

Ceza koşulunun indirim tabi olabilmesi için konusunun para edimi olacağına dair bir kaide yoktur, indirim istenilen ceza koşulu para ya da kıymetli evrak edimi olabileceği gibi başka edimlerden de olabilir¹⁶⁷.

Ceza koşulu herhangi bir hukuki işlemle kararlaştırılabilir, kararlaştırıldığı hukuki işlemin ceza koşulunun indirilmesine ilişkin bir etkisi yoktur¹⁶⁸.

3.3.3.2. Ceza Koşulunun Muaccel Olması

Ceza koşulu muaccel hale gelmeden borçlunun indirim talep edemeyeceğine ilişkin bir hüküm TBK'da düzenlenmemiştir.

Ceza koşulu muaccel olmadan indirim yapılabilmesi mümkün değildir. Muaccel olmayan ceza koşulu, henüz muaccel bir edim niteliği kazanmadığı için bunun indirilmesi de

Mahkemesince, tüm dosya kapsamı, mevcut delil durumu ve ileri sürülen istinaf sebeplerine göre, davalının iş akdini haklı olarak feshettiği ilk derece mahkemesi ve İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 28. HD'nin 21.06.2018 tarih, 2017/4014 E. - 2018/952 K. Sayılı kararı tespit edildiğinden davacı işverenin rekabet yasağı sözleşmesi sebebiyle tazminat isteminin yerinde olmadığı gerekçesiyle davacı vekilinin istinaf başvurusunun esastan reddine, HMK.m.33 ve 355 uyarınca ilk derece mahkemesinin kararının gerekçesinin düzeltilmesi gerektiğinden ilk derece mahkemesinin istinafa konu kararının kaldırılarak esas hakkında yeniden hüküm verilerek davanın reddine karar verilmiştir. Bölge Adliye Mahkemesi kararı, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. İlk Derece Mahkemesince verilen karara yönelik olarak yapılan istinaf başvurusu üzerine HMK'nın 355 vd. maddeleri kapsamında yönteminde yapılan inceleme sonucunda Bölge Adliye Mahkemesince esastan verilen nihai kararda, dosya kapsamına göre saptanan somut uyuşmazlık bakımından uygulanması gereken hukuk kurallarına aykırı bir yön olmadığı gibi HMK'nın 369/1. ve 371. maddelerinin uygulanmasını gerektirici nedenlerin de bulunmamasına göre usul ve yasaya uygun Bölge Adliye Mahkemesi kararının onanmasına karar vermek gerekmiştir." www.yargitay.gov.tr E.T 13.08.2021

¹⁶⁷ YAĞCIOĞLU, s.231. ; KOCAAĞA, **Cezai Şart**, s.331. ; EREN, **Genel Hükümler**, s.1346.

¹⁶⁸ TUNÇAMOĞ, **Cezai Şart**, s.142. ; Yarg. 9. HD 2013/6564 E. , 2013/27985 K. , 04.11.2013 T. "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." Kararda görüldüğü üzere toplu iş sözleşmesinde ceza koşulunun varlığı indirilmesine bir etkide bulunmamaktadır. www.yargitay.gov.tr E.T 13.08.2021

söz konusu olmaz¹⁶⁹. Kaldı ki ceza koşulu muaccel hale gelmeden cezanın miktarının fahiş olup olmadığının tespiti de mümkün değildir.

Bu durumda borçlunun da muaccel olmayan bir edim ile ilgili indirim talep etme hakkı bulunmamaktadır. Gerçekten ceza koşulu muaccel olmadan borçlunun ceza koşulunu ifa etme zorunluluğu bulunmadığından, indirim istemede de menfaati bulunmamaktadır.

3.3.3.3. Ceza Koşulunun İfa Edilmemiş Olması

Doktrinde yaygın olan ve bizim de katıldığımız görüşe göre, ceza koşulunu ifa eden borçlu bunun indirilmesini talep edemez. Bunun sebebi ifanın borcu sona erdiren hallerden olması ve borçlunun indirim talebinden vazgeçmesi anlamına gelmesidir¹⁷⁰.

Doktrinde bu konuda çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, borçlu ceza koşulunu ifa etse bile onun indirilmesini talep edebilir¹⁷¹. Bu görüşün iki temel unsuru vardır. Bunlardan biri, TBK m. 180/I de düzenlenen hükümdür. Bu görüşe göre, alacaklıya kalacağı taahhüt edilen kısmi ödemelerde indirim yapılabilecekse alacaklının tahsil ettiği ceza koşulu bakımından da indirim söz konusu olmalıdır. Bir diğer unsur ise geçersiz bir sözleşmenin geçerli hale gelemeyeceği ve her zaman geçersizliğinin ileri sürülebileceği hususundadır. Buna göre aşırı ceza koşulu, ahlaka veya emredici hukuk kurallarına aykırı ise geçersizdir, ifa edilmesi borçlunun indirim talep edebilmesine engel teşkil etmeyecektir¹⁷².

Bu konuda değinilmesi gereken bir başka husus ise ceza koşulunun kısmen ödenmesi halinde indirim talebi hakkında nasıl bir yol izleneceğine ilişkindir. Eğer ceza koşulunun tamamı aşırı ise kural olarak indirime gidilir. Bu indirim sonucunda borçlu, ödemediği kısmı

¹⁶⁹EREN, *Genel Hükümler*, s.1346.

¹⁷⁰ ERÇİN, Ferhat, “*Yargıtay Kararları Işığında Tacirlerin Ahlaka Aykırı Cezai Şartın İptalini Veya Tenkisini İsteyememeleri*” İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.1, Ocak 2011, s.92. ; TUNÇAMOĞ, *Cezai Şart*, s.156. ; USLU, s.193. ; EREN, *Genel Hükümler*, s.1346.

¹⁷¹YAĞCIOĞLU s.235. ; SAYMEN/ELBİR, s.845. ; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.356.

¹⁷² YAĞCIOĞLU s.235. ; TBK m.180/I : “*Ceza koşuluna ilişkin hükümler, dönme durumunda ifa edilmiş olan kısmın alacaklıya kalacağını öngören sözleşmelere de uygulanır.*” TBK m.180/I’in ödenmiş ceza koşulunun indirimini düzenlediğine ilişkin olduğu görüşü için Bkz. GÜLSEVEN, s.93. ;

tamamen veya kısmen ödemekten kurtulur. Aksi halde aşırılığı gidermek için ödenmiş olan kısımda indirim yapılması gerekse bile borçlu bunu isteyemez¹⁷³.

3.3.3.4. Ceza Koşulunun Aşırı Derecede Yüksek (Fahiş) Olması

Ceza koşulunun indirilmesindeki en önemli sebep kararlaştırılan ceza koşulunun aşırı derecede yüksek olmasıdır. TBK'nın indirimi düzenleyen hükmünde aşırılık ile kast edilenin ne olduğu açıklanmamış yalnızca hâkimin aşırı gördüğü ceza koşulunu indirim yetkisi hükmüne bağlanmıştır.

Hâkimin takdir yetkisini kullanmasının somut çerçevesi TBK'da düzenlenmemiştir. Ancak Alman Medeni Kanunu bu konuya bazı sınırlar getirmiştir. Bu kanuna göre hâkim, indirime ilişkin takdir yetkisini kullanırken her iki tarafın menfaatlerini koruyacak şekilde karar verecek yani sadece borçlunun ya da alacaklının değil her ikisinin de çıkarlarını göz önünde tutması gerektiği hüküm altına alınmıştır¹⁷⁴. Yargıtay'ın son yıllarda vermiş olduğu kararların da bu yönde olduğu görülmektedir.

Yargıtay'ın da bu görüşte olduğu ve ceza koşulunun söz konusu olduğu sözleşmelerde, ceza koşulunun aşırı olup olmadığının göz önünde tutulmadan verilen hükümleri bozduğu görülmektedir.

Yargıtay 3. HD. 04.02.2021 tarihli kararında “...Ceza-i şart borcunun yerine getirilmesi için davalı üzerinde bir baskı yaptığı da gözetilip böyle bir baskının ortadan kaldırılması sonucunu doğuracak şekilde aşırı indirimden kaçınılmalıdır. Bu durumda yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda ceza-i şartın fahiş olup olmadığı, indirim gerekip gerekmediği, fahiş ise ne oranda indirim yapılması gerektiği saptanıp, sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken, anılan hususlar gözardı edilerek, eksik inceleme, soyut ve yetersiz gerekçe ile hüküm verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.”¹⁷⁵ Görüldüğü üzere Yargıtay

¹⁷³ YAĞCIOĞLU, s.237. ; GÜLSEVEN, s.94. ; TUNÇAMOĞ, **Cezai Şart** s.156.

¹⁷⁴ Alman Medeni Kanunun 343. Paragrafında “Mahkemece, cezai şartın uygunluğu takdir edilirken, sadece alacaklının mali menfaatleri değil, her iki tarafında haklı menfaatleri göz önünde tutulmalıdır.” denilmiştir. Bu hükümden kanunun her iki tarafın menfaatlerini dengede tuttuğu anlaşılmaktadır.

¹⁷⁵ Yarg. 3. HD 2020/6904 E. , 2021/921 K. , 04.02.2021 T. www.yargitay.gov.tr E.T 08.09.2021

ceza koşulu miktarının fahiş olup olmadığı ve indirim gerekip gerekmediği değerlendirilmeden verilen kararları bozmaktadır.

TBK 182/III “*Hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir.*” emredici nitelikte bir hükümdür. Tarafların aksini kararlaştırmaları mümkün değildir. Borçlu indirim hakkından ceza koşulu muaccel hale gelmeden vazgeçemez¹⁷⁶. Tarafların sözleşmeye ceza koşulunun aşırı olmadığına ilişkin kayıt koymaları halinde bu kayıt hukuk âleminde geçersiz sayılacaktır. Ceza koşulu muaccel hale geldikten sonra borçlu feragat edebilir ancak doğmamış haklardan feragat edilemez¹⁷⁷. Yargıtay kararları da bu yöndedir¹⁷⁸.

3.3.3.5. Aşırılığın Tespitinde Göz Önünde Bulundurulması Gereken Kistaslar

3.3.3.5.1. Alacaklının Menfaati

Ceza koşulu edimin ifasını güvence altına almak ve borçluyu edimi ifaya zorlamak gibi amaçlara hizmet eder. Ceza koşulu taraflar arasında sözleşme kurulurken kararlaştırılır. Borçlu ve alacaklı kararlaştırılan ceza koşulu miktarına sözleşme yapılırken rıza gösterir.

Ceza koşulu, sözleşmenin konusunu oluşturan asıl edimin ifasını güvence altına almak için alacaklının menfaatlerini düşünerek kararlaştırılır. Sözleşme ve ceza koşulu anlaşması tarafların serbest iradesiyle belirlenir. Hâkim ceza koşulunu indirim yetkisini kullanırken tarafların ceza koşulunu düzenleme amacını göz önünde bulundurması gerekir. Yani ceza miktarının aşırılığı derecelendirilirken, ceza koşulunun amacı unutulmamalıdır.

¹⁷⁶ KIRMIZI, s.1150. ; ERÇİN, s.93. ; USLU, s.196.

¹⁷⁷ SÜTÇÜ, s.1034.

¹⁷⁸ Örnek karar için Bkz. Yarg. 13. HD 2004/6611 E. , 2004/14120 K. , 11.10.2004 T. “*Her ne kadar davalı-karşı davacı sözleşmenin 7.maddesinde bu cezai şartın fahiş olmadığına dair hüküm bulunduğunu belirtmiş ise de; doğmamış bir haktan peşinen feragat edilemeyeceğinden, sözleşmenin bu hükmü geçersizdir. Mahkemece hükmedilen cezai şartın fahiş olup olmadığı tartışılmalı, şayet fahiş görülür ise indirilecek miktar belirlenip sonucuna uygun bir karar verilmelidir. Eksik incelemeyle yazılı şekilde hükmedilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.*” www.yargitay.gov.tr E.T 13.08.2021

Ceza koşulu alacaklı zarara uğrasa da uğramasa da ödenmek zorundadır. Ancak alacaklı sözleşmenin gereği gibi ya da hiç ifa edilmemesinden ötürü bir zarara uğramışsa, hâkim ceza koşulunu indirirken bu zararın altında bir miktara karar vermemelidir¹⁷⁹. Alacaklı normal şartlar altında ceza koşulu olmasaydı da uğramış olduğu zararın tazminini borçludan talep edecekti. Hâkimin aşırılığı değerlendirirken alacaklının zararının altında kalan bir miktara hükmedilmesi ceza koşulunun amacına ters düşecektir.

Ceza koşulu hakkaniyete aykırı şekilde fahiş bir miktar belirlenmemelidir. Aynı şekilde hâkimin aşırı gördüğü cezayı indirmesi halinde karar verilen miktar da hakkaniyete uygun olmalıdır. Ceza miktarında indirim yapılırken tarafların menfaatlerine aykırı düşmeyecek bir miktara karar verilmelidir. Her olayın kendine özgü nitelikleri vardır hâkimin ceza koşulunu indirim yetkisi kullanırken olayların her birini kendi içinde değerlendirmelidir.

Alacaklının yalnızca ekonomik değere sahip menfaatleri değil manevi menfaatleri de borcun ifa edilmemesinde ötürü zarar görecektir. Ceza koşulu yalnızca ekonomik değeri olan borçları teminat altına almaya değil manevi nitelikteki edimleri de teminat altına almaya yarar¹⁸⁰.

Alacaklının uğrayacağı manevi zarar edimin niteliğine göre değişiklik gösterir. En basit örnekle alacaklı, sözleşmenin ifa edileceğine yönelik güven duygusunu borcun ifa edilmemesi neticesinde kaybetmektedir. Sözleşmenin konusunu oluşturan asıl edim alacaklı için maddi bir menfaatten daha fazla manevi menfaat içeriyor olabilir. Bu sebepten alacaklının uğradığı maddi zararın miktarına göre ceza miktarında indirim yapılması hakkaniyete uygun olmayacaktır.

Örneğin alacaklı, edime aykırılık halinde görünürde maddi zarara uğramamış olabilir ancak manevi olarak aşırı derecede yıpranmış olabilir. Bu koşulda yalnızca maddi menfaatler irdelenerek ceza miktarının belirlenmesi doğru olmayacaktır. Her iki tarafın somut olayın koşullarına göre menfaatleri incelenmeli ve değerlendirilmelidir.

Hâkim ceza koşulunun indirilmesi gerektiği hallerde öncelikle alacaklının menfaatlerini göz önünde bulundurarak karar vermelidir. Ceza koşulunun başlıca amacı alacaklının menfaatlerini korumaktır. Borçlu borca aykırı hareket ederek zaten alacaklının menfaatlerini

¹⁷⁹ REİSOĞLU, s.459.

¹⁸⁰ BİLGE, s.121.

ihlal etmiştir. Bir de ceza koşulunun miktarına ilişkin yapılacak orantısız bir indirim alacaklıyı daha da kötü bir konuma düşürecektir.

3.3.3.5.2. Borçlunun Kusurunun Ağırılığı

Aşırı görülen ceza koşulunun indirim miktarı belirlenirken borçlunun kusurunun ne derecede olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Aynı miktar ceza koşulu ödemesi gereken aynı konumda bulunan iki borçludan, kusur derecesi daha ağır olanın indirim miktarı daha düşük olmalıdır. Borçlunun borca aykırı davranışının ağırlığına göre ceza koşulunun indirim oranı değişiklik göstermelidir.

Örneğin borca aykırılık hali ağır derecedeysen, ceza koşulunda indirim yapılmaması veya az miktarda indirim yapılması gerekir. Ancak borçlunun kusurunun ağırlığı alacaklının sözleşme ile elde edeceği menfaate oranla hafif kalıyorsa aşırı görülen ceza koşulunda indirim yapılır¹⁸¹.

TMK m. 2' de “(1)Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. (2)Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.” Denilmiştir. Hâkim indirim yetkisini kullanırken TMK m. 2'yi göz önünde bulundurmalıdır. Borçlunun borca aykırılık halinde kasten kusurlu olduğunun anlaşıldığı hallerde indirim yapılmaması gerekir¹⁸². Aksi halde kamu düzenine aykırı bir karar vermiş olur.

¹⁸¹ TUNÇAMOĞ, *Cezai Şart*, s.147. ; GÜLSEVEN, s.105.

¹⁸² TAMER, Ahmet: “*Tacirler Bakımından Cezai Şart (Ceza Koşulu)*”, TAAD, Türkiye Adalet Akademisinin 10.Yılı Kuruluş Armağanı, S:14, Y:4, Temmuz 2013, s.748. ; ÇINAR, Ömer, “*Türk Borçlar Kanunu Ve Alman Medeni Kanuna Göre Ceza Koşulunun İndirilmesi*”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y.8, S.16, Güz 2009, s.110-111.

3.3.3.5.3. Tarafların Ekonomik Durumu

Ceza koşulunun indirimi gereken hallerde tarafların ekonomik durumu dikkate alınmalıdır. Özellikle ceza koşulunun hakkaniyet ve adalet ölçülerine aykırı kararlaştırıldığı ve borçlunun sözleşme yapılırken ceza koşulu kabul etmek zorunda kaldığı durumlarda önem arz etmektedir. TBK 180/III güçlünün zayıfı ezmesinin önüne geçmek için düzenlenmiş bir hükümdür. Borçlunun ekonomik olarak mahvına sebebiyet verecek miktarda kararlaştırılan ceza koşulu hâkim tarafından kendiliğinden indirilecektir. Aynı şekilde alacaklının ekonomik olarak daha fazla etkilendiği borca aykırılık hallerinde indirim miktarı da buna göre değerlendirilecektir.

3.3.3.6. Aşırılığın Belirlenmesinde Esas Alınacak An

Doktrinde bu konuda çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bu görüşler; ceza koşulu anlaşmasının yapıldığı an, ceza koşulunun muaccel olduğu an ve mahkeme kararının verildiği andır¹⁸³.

Ceza koşulu anlaşmasının yapıldığı anın dikkate alınacağına ilişkin görüş doktrinde kabul görmemektedir. Zira alacaklının ve borçlunun menfaatleri, anlaşmanın yapıldığı andan sonra çok değişmiş olabilir. Alacaklı anlaşmanın yapıldığı anda edime ilişkin sağlayacağı fayda, ceza koşulunun ifa edileceği sırada çok artmış olabilir ya da borçlunun ceza koşulunu ödemesi anlaşma anında borçluyu zorlamayacakken cezanın ifa edileceği sırada borçlunun ekonomik durumu çöküşe geçmiş ve ceza koşulunu ödemesi borçlunun yıkımına sebep olacak seviyeye gelmiş olabilir.

¹⁸³ GÜLSEVEN, s.121. ; USLU, s.205. ; TUNÇAMOĞ, *Cezai Şart*, s.150. EKİNCİ, *Özel Hukuk Ceza Koşulu*, s.360. ; YAĞCIOĞLU, s.238.

Ceza koşulunun muaccel olduğu anda aşırılığın tespit edilmesi gerektiği görüşü doktrinde kuvvetle savunulmuştur¹⁸⁴. Bu görüşünde olumsuz yönleri bulunmaktadır. Şöyle ki; ceza koşulunun muaccel olduğu andan, karar anına kadar geçen süre zarfında borçlunun ekonomik durumu ve alacaklının menfaatleri değişebilir. Örneğin ceza koşulu muaccel hale geldikten sonra karar anına geçen süre zarfında borçlunun ekonomik durumu kötüyken mahkemenin karar vereceği tarihte borçlunun ekonomik durumu iyileşmiş olabilir. Bu halden olumsuz etkilenen ise borcun ifa edilmemesi nedeniyle de zarara uğrayan alacaklı olacaktır.

Son olarak bizimde katıldığımız doktrindeki görüş, mahkemenin karar anını dikkate alarak aşırılığı tespit ettiği görüşüdür. Karar anında iki tarafın da menfaatine uygun şekilde hâkim aşırılığı tespit edebilecek ve buna göre en doğru kararı verebilecektir. Çünkü en az değişiklik bu anda olacaktır¹⁸⁵.

3.3.3.7. Yargıtay'ın Belirlediği Kıstaslara Göre Aşırı Ceza Koşulunun İndirilmesi

Kanununda hâkimin fahiş ceza koşulunu indirme yetkisinin sınırları çizilmemiştir. Bu sebepten güncel Yargıtay kararları ışığında aşırı ceza koşulunun indiriminde önemli olan kıstasları inceleyeceğiz.

Bu kıstaslar belirlenirken en önemlisi ceza koşulunun amacını göz ardı etmeden karar vermektir. Ceza koşulu alacaklıyı koruyan bir teminat yöntemidir. Bu sebepten hâkim indirim yetkisini kullanırken en başta alacaklının menfaatlerini korumak durumundadır. Her ne kadar kanun hâkimin ceza koşulunu kendiliğinden indirebileceğini hükme bağlamış olsa da Yargıtay kararlarında hâkimin bu indirim yetkisine bazı sınırlar ve kıstaslar getirmiştir.¹⁸⁶

¹⁸⁴ ARSLANYÜREK KABAKLIOĞLU, Yasemin: **Ceza Koşulu Özellikle Zarar Ve Tazminatla İlişkisi**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.113. ; USTA, Oğuz: **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi'nde Cezai Şart Ve Kira Tazminatı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.173.

¹⁸⁵ TUNÇAMOĞ, **Cezai Şart**, s.151. ; EKİNCİ, **Özel Hukuk Ceza Koşulu**, s.360. ; GÜLSEVEN, s.122. ; USLU, s.206. ; YAĞCIOĞLU, s.239.

¹⁸⁶ Yarg. 3.HD 2019/6040 E. , 2020/2033 K. , 04.03.2020 T. “Hâkim, cezanın aşırı olup olmadığını, hakkaniyet ölçülerini aşıp aşmadığını araştırırken, özellikle, borca aykırı davranış nedeniyle alacaklının uğradığı zararı, borçlunun kusur derecesini, alacaklının ortak kusurunu ve tarafların (özellikle borçlunun) ekonomik durumunu dikkate alır. Bu unsurlar dikkate alındığında, alacaklının uğradığı zarar ile kararlaştırılan ceza arasında hakkaniyet ölçüleri ile bağdaşmayan açık bir nispetsizlik varsa ceza indirilir. Cezai şartın aşırı olup olmadığı değerlendirilirken, cezai şartın amacının alacaklının durumunu iyileştirmek olduğu göz önünde

Her ne kadar TBK hâkimin re'sen indirim yetkisinin bulunduğunu hüküm altına almışsa da hâkimin indirime ilişkin takdir yetkisinin sınırları vardır. Yargıtay indirim ile ilgili bir kararında “aşırı”lık tümüyle soyut bir kavram olduğundan hâkimin aşırılıkla ilgili değerlendirmesinin taraflarca ve üst yargı mercilerince denetlenmesine imkân sağlayan verilerin karara yansıtılması gerekir. Ne var ki somut olayda Yerel Mahkemece cezai şartın tenkisinin değerlendirilmesinde yukarıda açıklanan ilkeler çerçevesinde herhangi bir araştırma yapılmamış olup dosyaya yansıyan somut hiçbir veri bulunmamasına rağmen cezai şartın “karşı tarafı ekonomik zorluğa sokmasının mümkün olmadığı” şeklindeki gerekçe ile tenkisin uygulanmadığı belirtilmekle yetinilmiştir.

Hâl böyle olunca direnme kararı, cezai şartının miktarını tespit yönünden hatalı, tenkis değerlendirmesi yönünden ise eksik incelemeye dayalı olarak verilmiş olmakla usul ve yasaya aykırıdır.”¹⁸⁷ şeklinde ifade ederek, hâkimin ceza koşulunun indiriminde gerekçeli ve ayrıntılı şekilde karar vermesi gerektiğini, hâkimin serbest olmadığını belirtmiştir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin bir kararında “Dava, taraflar arasındaki bayilik sözleşmesinden ötürü talep edilen cezai şart, kar mahrumiyeti, ariyet bedeli istemlerinden ibarettir. Taraf vekillerinin cezai şarta yönelik temyiz itirazlarının incelenmesine gelince, 21.12.2015 tarihli bozma ilamında bilirkişiden bu konuda rapor alınarak karar verilmesi gerektiği ve davalının ticari defter kayıtları incelenerek bir rapor alınmaksızın cezai şart konusunda indirime gidilmesinin doğru olmadığı belirtilmişse de bozma ilamında cezai şartla ilgili olarak belirtilen hususların mahkemece yerine getirilmediği görülmüştür. Mahkemece öncelikle sözleşme hükümleri uyarınca hükmolunacak cezai şart miktarı bilirkişi aracılığıyla tespit edilerek bu miktarın davalının ekonomik açıdan mahvına neden olacağının kabul edilmesi durumunda cezai şarttan yapılacak indirim oranı belirlenerek ve talep gözetilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır.”¹⁸⁸

bulundurulmalıdır. Kararlaştırılan ceza indirilirken, her hâlde, alacaklının müspet zararını karşılamak için genel kurallara göre isteyebileceği tazminat miktarının üstünde kalınmalıdır. Aşırı olan cezai şartın indirilmesi olanağı, zayıf durumda bulunan borçlunun sömürülmesini önlemeye yönelik, kamu düzenine ilişkin bir kuraldır. Bu nedenle, borçlunun “indirilme olanağından önceden feragati” geçersizdir (Reisoğlu, S: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2004, s:391,392, Oser-Schönenberger, Tunçomağ, Becker, von Tuhr’a atfen). www.yargitay.gov.tr E.T 15.02.2022

¹⁸⁷ Yarg HGK 2017/577 E. , 2019/413 K. , 04.04.2019 T. “Sonuç olarak direnme kararının açıklanan bu değişik gerekçe ve nedenlerden dolayı bozulmasına karar vermek gerekmiştir.” www.yargitay.gov.tr E.T 12.03.2022

¹⁸⁸ Yarg. 11. HD 2020/3854 E. , 2021/4390 K. , 25.05.2021 T. www.yargitay.gov.tr E.T 05.03.2021

Hâkim TBK 180/III'te düzenlenen indirim yetkisini kullanırken her iki tarafın menfaatlerini somut olayın özelliklerine göre değerlendirmelidir. Görüldüğü üzere somut olayda taraflar arasında “bayilik sözleşmesi” adı altında özel bir sözleşme söz konusudur. Ceza koşulunun bağlı olduğu sözleşmenin özel inceleme gerektirdiği, bu sebepten bilirkişi tarafından hesaplanacak oranlar neticesinde indirim yapılması gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Yargıtay bir kararında da alınan bilirkişi raporuna ve incelenen vergi kayıtları göz önüne alınarak indirim yapılmasının yerinde olmadığı kanaatine vararak kararı bozmuştur¹⁸⁹.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 03.03.2021 tarihli iş sözleşmesinden kaynaklı bir indirim kararında, *“TBK’nın 182/son maddesinde ise fahiş cezai şartın hâkim tarafından tenkis edilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. İş hukuku uygulamasında işçi aleyhine cezai şart düzenlemeleri bakımından konunun önemi bir kat daha artmaktadır. Şart ve ceza arasındaki ilişki gözetilerek, işçinin iktisadi açıdan mahvına neden olmayacak çözümlere gidilmelidir. İşçinin belli bir süre çalışması şartına bağlanan cezalardan, sözleşme kapsamında çalışılan ve çalışması gereken sürelerle göre oran kurularak indirime gidilmelidir. Ancak sadece süre oranlamasına göre indirim yapılması yeterli değildir.”*¹⁹⁰ Görüldüğü üzere Yargıtay iş hukukundan kaynaklı uyuşmazlıklarda işçinin çıkarlarını gözeterek kararlarında, işçi lehine yorum ilkesini uygulamaktadır.

¹⁸⁹Yarg. 11. HD 2020/3499 E. , 2020/5703 K. , 07.12.2020 T. *“Mahkemece bozma ilamına uyularak yapılan yargılama sonunda, asıl dava yönünden son dönem olan 20.09.2009 -18.09.2010 tarihleri arasında davacının davalıdan cezai şart talep etme hakkının bulunduğu, tüm dosya kapsamında cezai şartın koşullarının oluştuğu gerekçesiyle asıl davanın kabulüne, birleşen dava yönünden Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 20.03.1974 tarih ve 1970/1053 Esas, 1974/222 Karar Sayılı içtihadında da belirtildiği üzere, cezai şartın davalının ekonomik olarak yıkımına neden olup olmayacağı, bu kapsamda cezai şartın BK’nın 19 ve 20. maddesine göre değerlendirilmesi gerektiği, mahkemece buna yönelik olarak yapılan değerlendirmede, cezai şartın miktarı, sözleşme ilişkisi ve davalının ekonomik durumu, davalının yıllık kâr oranları, aylık ortalama net gelirleri göz önüne alınarak değerlendirme yapılması gerektiği, ayrıca ceza miktarının nispi olarak yüksek olması, ceza miktarının aynı zamanda o kişinin ekonomik olarak yıkımına neden olacak bir miktara ulaşması halinde cezai şartın geçersizliğinden bahsedileceği, davalının ekonomik durumu, cezai şartın miktarı, sözleşme ilişkisi, davalının geçmiş yıllardaki kâr oranları, aylık ortalama gelirleri göz önüne alındığında sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın tamamına hükmedilmesi halinde davalının ekonomik olarak yıkımına neden olacağı gerekçesiyle birleşen davada talep edilen cezai şarttan indirim yapılarak kısmen kabulüne karar verilmiş, hüküm taraf vekillerince temyiz edilmiştir. 1-Mahkemece alınan 06.01.2015 tarihli bilirkişi raporunda davaya konu edilen cezai şart miktarının davalının ekonomik mahfına sebebiyet vermeyeceği vergi kayıtları da incelenmek suretiyle tespit edilmiştir. Bu durumda cezai şart tutarından indirim yapılması doğru olmadığı gibi mahkemece yapılan takdiri indirim sonucunda reddedilen tutar üzerinden davacı aleyhine vekalet ücreti takdiri de doğru olmamıştır. 2- Taraflar arasındaki sözleşmede cezai şart döviz bazında yazılmışsa da daha sonra cezai şart talebinde bulunan davacının alacağını faturalandırırken TL olarak tercihte bulunduğu gözetilerek hükmün TL bazında kurulması gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.”* www.yargitay.gov.tr E.T 10.03.2022

¹⁹⁰Yarg. 9. HD 2021/854 E. , 2021/5458 K. , 03.03.2021 T. www.yargitay.gov.tr E.T 10.08.2021

Gerçekten bazı durumlarda taraflar arasında taahhüt edilen ceza koşulu anlaşması işçinin aleyhine düzenlenebilmektedir. Bu duruma en sık işçinin sözleşmeyi feshetmesini engellemek amacıyla kararlaştırılan, yüksek miktartlı ceza koşulu anlaşmalarında rastlanılır. Sözleşmede kararlaştırılan ceza koşulu işçinin ekonomik yıkımına sebep olacak miktardaysa hâkim tarafından indirilir. Yargıtay eBK döneminde uygulanan “işçinin aleyhine düzenlenen ceza koşulunun geçersizliği” hükmünü halen işçi lehine yorum ilkesi adı altında uygulamaktadır¹⁹¹.

3.4. Ceza Koşulunun İndirilmesine İlişkin Usul İşlemleri

3.4.1. Genel Olarak

Doktrindeki ve uygulamadaki tartışmaları anlayabilmek için eBK ile TBK’da hâkimin indirim yetkisini düzenleyen hükümleri incelemek yerinde olacaktır. Buna göre;

TBK 182/III “*Hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir.*”

eBK m.161/III “*Hâkim, fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir.*”

İki düzenleme arasındaki benzerlikler ve farklılıklar incelendiğinde, eBK’da “*kendiliğinden*” ibaresinin yer almadığı görülmektedir. TBK’ya getirilen bu ibare ile ceza koşulunun indirilmesinde borçlunun talebine gerek olmadığını ifade etmiştir. Doktrinde ve uygulamada bu konuya ilişkin tartışmalarda bu ibareyle son bulmuştur¹⁹².

¹⁹¹Yarg. 9.HD 2020/8218 E. , 2020/19592 K. 22.12.2020 T. “İş hukuku uygulamasında işçi aleyhine cezai şart düzenlemeleri bakımından konunun önemi bir kat daha artmaktadır. Şart ve ceza arasındaki ilişki gözetilerek, işçinin iktisadi açıdan mahvına neden olmayacak çözümlere gidilmelidir. İşçinin belli bir süre çalışması şartına bağlanan cezalardan, sözleşme kapsamında çalışılan ve çalışması gereken sürelerle göre oran kurularak indirime gidilmelidir.6098 Sayılı TBK’nın 420. maddesinde “Hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir.” hükmü bulunmaktadır. Bu itibarla hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan cezai şartlar geçersizdir.” www.yargitay.gov.tr E.T 12.03.2022

¹⁹² GÜLSEVEN, s.123.

Hâkim tarafların menfaatlerine uygun olarak ceza miktarının aşırılığına re'sen karar verir ve gerekli görürse indirir. Ancak kanunda açık hüküm olmaması borçlunun indirim talep edemeyeceği anlamına gelmemektedir. Borçlu tacir sıfatını haiz olmadıkça her zaman indirim talep edebilme hakkına sahiptir. Hâkim borçlu talep etsin etmesin ceza koşulunun aşırı olup olmadığına ilişkin re'sen inceleme yapmak ve buna ilişkin karar vermek zorundadır.

Yargıtay'ın bir kararında ceza koşulunun ifasının talep edilmesinin yerinde olduğu ancak indirim yapılmadan hüküm kurulmasının yerinde olmadığı gerekçesiyle kararı bozduğu görülmektedir. *“Somut olayda Mahkemece davacı lehine 3.000 EURO cezai şarta hükmedilmiştir. Davacının iş akdinin davalı tarafından sözleşme başlangıcından itibaren 3 yıl içinde ve haklı neden olmaksızın feshedildiği anlaşıldığından sözleşmede kararlaştırılmış olan cezai şartı talep etme hakkı bulunmaktadır. Bu hali ile Mahkemece cezai şart talebinin kabul edilmesi yerinde ise de, cezai şarttan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 182/son maddesi uyarınca davacı işçinin niteliği, yaptığı iş, ücreti ve 3 yıllık sürenin çalışılan ve çalışılmayan kısmı gözetilerek makul oranda bir hakkaniyet indirimi yapılması gerekirken bu yönler gözetilmeden karar verilmiş olması hatalıdır.”*¹⁹³

Görüldüğü üzere kanunda hâkimin gerekli gördüğü hallerde indirim yetkisini kullanması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Hâkim indirim yetkisini kullanıp kullanmamak takdir yetkisi olsa da her koşulda indirimi re'sen gözetmesi gereklidir. Olayın koşullarına göre indirimin derecesi hâkimin takdir yetkisinde olsa da ceza koşulunun indirilmesi hâkimin re'sen dikkate alması gereklidir.

¹⁹³ Yarg. 9. HD 2021/8496 E. , 2021/13181 K. , 29.09.2021 T. *“Dosya kapsamında, taraflar arasında imzalanan sözleşmenin cezai şartı düzenleyen 11/f maddesi uyarınca davalı şirketin sözleşmede bulunan ve Borçlar Kanununda bahsedilen haklı fesih sebepleri dışında kabin memurunun sözleşmesini başlangıç tarihinden itibaren ilk 3 yıl içerisinde sonlandırdığı takdirde net 3.000 EURO karşılığı Türk Lirası cezai şartı kabin memuruna derhal ödeyeceğini gayri kabili rücu kabul ve taahhüt ettiği anlaşılmaktadır. ...Euro cinsinden hüküm altına alınan cezai şart alacağının 3095 Sayılı Kanunun 4/a maddesi uyarınca devlet bankalarının Euro cinsinden açılmış 1 yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranıyla tahsili yerine yasal faizi ile tahsiline karar verilmesi de ayrıca hatalıdır. SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı nedenlerle BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgililere iadesine 29.09.2021 tarihinde oybirliği ile karar verildi.”*
www.yargitay.gov.tr E.T 10.03.2022

3.4.2. İndirim İçin Yetkili Makam

3.4.2.1. Mahkeme

Ceza koşulunu indirme yetkisi TBK’da indirimi düzenleyen hüküm neticesinde kural olarak mahkemelere aittir. Kanunda ceza koşulunun indirilmesi için özel bir görev hükmü düzenlenmemiştir. Bu sebepten uyuşmazlıklarda görevli ve yetkili mahkeme HMK’daki genel kurala göre belirlenir.

Ceza koşuluna ilişkin uyuşmazlığın türüne göre görevli mahkeme değişiklik gösterebilir. Ancak görev konusunda HMK m.2 genel kuraldır¹⁹⁴.

HMK m.2 “(1) Dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir.”

Ceza koşulunun indirimine ilişkin uyuşmazlıklarda yetkili mahkeme belirlenirken HMK’daki yetki kuralları uygulanır.

Borçlu asıl davadan ayrı olarak bir indirim davası açacaksa bu davayı, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesinde açmak zorundadır¹⁹⁵.

HMK m.6 “(1) Genel yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir.”

¹⁹⁴HMK m.2 : “(2) Bu Kanunda ve diğer kanunlarda aksine düzenleme bulunmadıkça, asliye hukuk mahkemesi diğer dava ve işler bakımından da görevlidir.” Bu madde ile asliye hukuk mahkemelerinin görev alanı genişletilmiştir.

¹⁹⁵ ATALI, Murat/ ERMENEK, İbrahim: **Medeni Usul Hukuku**, 3.B. , Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 94. ; YILMAZ, Ejder/ ARSLAN, Ramazan/TAŞPINAR AYVAZ, Pınar/ HANAĞASI, Emel: **Medeni Usul Hukuku**, 7.B. , Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s.213.

3.4.2.2. Hakem

Tarafların anlaşarak aralarındaki uyuşmazlığın çözümünü özel kişilere bırakmalarına ve uyuşmazlığın bu özel kişilerce incelenip karara bağlanmasına tahkim, uyuşmazlığın çözümlenmesi kendilerine bırakılmış olan bu özel kişilere ise hakem adı verilir¹⁹⁶.

Kanunda açık bir hüküm bulunmamasına rağmen, ceza koşulunun indirilmesinde hakemleri de yetkili saymak gerekir. Çünkü kanun koyucu HMK m.408’de “...iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir.” şeklinde ifade etmiştir. Buna göre iki tarafın üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri ve sulh olabilecekleri konularda serbestçe tahkim yoluna gidebilecekleri sonucu çıkmaktadır.

3.4.2.3. İndirme Talebi

Aşırı ceza koşulunun varlığı halinde hâkimin takdir yetkisini kullanarak tarafların talebi olmaksızın cezayı kendiliğinden indirebileceğini ifade etmiştik. Ancak borçlu ceza koşulunun aşırı olduğunu bu sebepten indirilmesi gerektiğini de talep edebilir. Herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Borçlu, ayrı bir dava ile de ceza koşulunun indirilmesini talep edebilir. Bu ilk durumda borçlunun açmış olduğu dava niteliği itibari ile yenilik doğurucudur. Alacaklı tarafından açılan eda davasında da ceza koşulunun aşırılığını savunabilir. Borçlu bu talebini karşılıklı dava veya def-i ile de talep edebilir, ikisi içinde hukuki bir engel bulunmamaktadır¹⁹⁷.

¹⁹⁶ BİÇKİN, İnci: “*Hakem Sözleşmesi Ve Hakem Yargılaması*”, TBBD, S. 67, 2006, s.382. ; GÜLSEVEN, s.126. ; GÖKSU, Mustafa: *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Ve Tahkim*, 3.B. , Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s.131.

¹⁹⁷ EKİNCİ, *Özel Hukuk Ceza Koşulu*, s.361. ; Doktrinde her iki şekilde de ceza koşulunun indirilmesinin talep edilebileceğini kabul eden görüşler vardır. Bkz. GÜLSEVEN, s.127.

3.4.3. Mahkemenin İndirme Kararı ve Mahiyeti

Yukarıda da açıklandığı üzere ceza koşulunun indirilmesine ilişkin somut uyuşmazlıkta, hâkim tarafların serbest iradeleriyle düzenlemiş oldukları bir sözleşme üzerinde takdir yetkisini kullanarak değişiklik yapmakta ve neticede hüküm tesis etmektedir. Hâkimin takdir yetkisini kullanarak dava sonunda vereceği karar, taraflar arasındaki hukuki ilişkide bir değişikliğe yol açmaktadır. Bu sebepten aşırı ceza koşulunun indirilmesine ilişkin mahkeme kararı yenilik doğuran bir karardır¹⁹⁸.

Aşırı ceza koşulunun indirilmesine ilişkin mahkeme kararı geçmişe etkili sonuç doğurur. Yani borçlu sözleşme ile taahhüt ettiği aşırı miktar üzerinden değil mahkeme tarafından indirilen yeni ve makul miktar üzerinden sorumlu kabul edilmektedir¹⁹⁹. Hâkim tarafından indirim yapılan yeni miktar sanki sözleşmenin başında taraflarca kararlaştırılan miktarmış gibi kabul edilir.

3.5. Tacirlerin Ceza Koşulunun İndirilmesini İsteyememesi

Tacirlerin faaliyetlerine ilişkin bazı özel düzenlemeler mevcuttur. Tacir olmanın nimetleri ve külfetleri TTK'nın 18-23. maddeleri arasında düzenlenmiştir. TTK'da bu hususlar tacir olmanın hükümleri başlığı altında düzenlenmiştir²⁰⁰.

Tacir olmanın getirdiği TTK 'da düzenlenen bazı külfetler vardır²⁰¹. Tacirin borçlarının ticari olması, ticari işletmesini ticaret siciline kaydettirmesi, ticari defter tutması bu külfetlerden

¹⁹⁸ TUNÇAMOĞ, *Cezai Şart*, s.165. ; GÜLSEVEN, s.134. ; EREN, *Genel Hükümler*, s.1332.

¹⁹⁹ TUNÇAMOĞ, *Cezai Şart*, s.166. ; GÜLSEVEN, s.135.

²⁰⁰ KAYAR, İsmail: *Ticari İşletme Hukuku*, 11. B. , Seçkin Yayıncılık, 2018, s.148. ; GÜMÜŞ, Alper : “**6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (Ttk) M.18/1’de Yer Alan “Basiretli İş Adamı (Tacir) Davranışı” Ölçütünün İyiniyetin (Tmk M.3) Varlığının Belirlenmesindeki İşlevi**” , Cevdet Yavuz’a Armağan, s.1222-1240. s.1222. ARKAN, Sabih: *Ticari İşletme Hukuku*, 27. B, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2021, s.145.

²⁰¹ TTK m.18/II “(1) Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir.” (2) Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir.

birkaçıdır. Tacir olmanın külfetlerinden birisi de TTK m.18/II’ de düzenlenen tacirlerin basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğüdür. TTK’da düzenlenen bu hükme göre tacirler ticari faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi davranmalıdırlar. Bunun anlamı tacirlerin ticari işletmeleri ile ilgili faaliyetlerini yürütürken yalnızca kişisel özelliklerine ve kendi imkânlarına göre göstereceği özene göre değil, kendileri ile aynı ticari alanda faaliyet gösteren, dikkatli, özenli ve akıllı bir tacir gibi hareket etmeleri gerektiğidir. Bu yükümlülük tacire bir nevi objektif bir özen ölçüsü getirmektedir²⁰². Yargıtay’ın kararlarının da bu doğrultuda olduğu gözükmemektedir²⁰³.

Aşırı ceza koşulunun indirilmesini, tacir sıfatını haiz borçlunun talep edemeyeceğine ilişkin bir hüküm TBK’da düzenlenmemiştir. Tacir sıfatını haiz borçlunun ceza koşulunun indirilmesini mahkemeden isteyemeyeceğine ilişkin hüküm TTK m. 22’de düzenlenmiştir.

TTK m.22 “(1) Tacir sıfatını haiz borçlu, Türk Borçlar Kanununun 121 inci maddesinin ikinci fıkrasıyla 182 nci maddesinin üçüncü fıkrasında ve 525 inci maddesinde yazılı hâllerde, aşırı ücret veya ceza kararlaştırılmış olduğu iddiasıyla ücret veya sözleşme cezasının indirilmesini mahkemeden isteyemez.”

Görüldüğü üzere TTK m. 22, TBK m. 182/III’te düzenlenen emredici nitelikteki hükme gönderme yaparak hükmün istisnasını ortaya koymuştur. Bu hüküm doğrultusunda hâkim ceza koşulunu indirmeye yönelik takdir yetkisini, borçlunun tacir olması halinde kullanamayacaktır.

(3) Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır.(4) Tacir sıfatına bağlı olan diğer hükümler saklıdır.”

²⁰² KAYIHAN, Şaban: **Ticari İşletme Hukuku**, 7. B. ,Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s.143. ; KAYAR, s.153. ; ARKAN, s.153. ; TAMER, s.744.

²⁰³ Bkz. Yarg. HGK 2021/361 E. , 2021/772 K. , 15.06.2021 T. “6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun (6762 Sayılı TTK) 20/2. (6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun (6102 Sayılı TTK 18/2.) maddesi gereğince; tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli iş adamı gibi hareket etmesi lazımdır. Nitekim bankaların, tacir olarak bütün işlemlerinde basiretli davranma yükümlülüğü herhangi bir tacirden farklıdır. Bu sebeple bankalardan beklenen basiret ölçüsü ve özen yükümlülüğü şüphesiz daha ağırdır. Özellikle birer itimat kurumu olan bankaların, aldıkları mevduatları sahtecilere karşı özenle koruma yükümlülüğünün daha da arttığı kabul edilmesi gerekmektedir (Yılmaz, Süleyman; Hukuki Açından İnternet Bankacılığı, Ankara 2010, s. 152) .” www.yargitay.gov.tr. E.T 12.03.2022

Bununla birlikte TTK m. 12/III²⁰⁴ gereği tacir gibi sorumlu olan borçlularda aşırı cezanın indirilmesini mahkemeden isteyemeyecektir²⁰⁵. Bunun sebebi tacir gibi sorumlu olan kişilerin, tacir olmanın nimetlerinden yararlanamayıp külfetlerine katlanmak zorunda olmasıdır²⁰⁶.

3.5.1. Koşulları

3.5.1.1. Borçlunun Tacir Sifatını Haiz Olması

TTK m. 22'nin uygulanabilmesi için borçlunun tacir sıfatına sahip olması, kanunen tacir sayılması ya da tacir gibi sorumlu olması gereklidir. Kanunumuzda tacir olabilmek için gerekli nitelikler TTK m. 12'de sayılmıştır. Buna göre TTK m. 12'de ifade edilen koşulları sağlayan borçlular TTK m. 22'nin kapsamında kabul edilir.

TTK MADDE 12- *“(1) Bir ticari işletmeyi, kısmen de olsa, kendi adına işleten kişiye tacir denir. (2) Bir ticari işletmeyi kurup açtığını, sirküler, gazete, radyo, televizyon ve diğer ilan araçlarıyla halka bildirmiş veya işletmesini ticaret siciline tescil ettirerek durumu ilan etmiş olan kimse, fiilen işletmeye başlamamış olsa bile tacir sayılır. (3) Bir ticari işletme açmış gibi, ister kendi adına, ister adi bir şirket veya her ne suretle olursa olsun hukuken var*

²⁰⁴ TTK m.12/III: *“Bir ticari işletme açmış gibi, ister kendi adına, ister adi bir şirket veya her ne suretle olursa olsun hukuken var S.lmayan diğer bir şirket adına ortak sıfatıyla işlemlerde bulunan kimse, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olur.”*

²⁰⁵ ARKAN, s.162. ; POROY, Reha/ YASAMAN, Hamdi: **Ticari İşletme Hukuku**, Genişletilmiş Ve Güncelleştirilmiş 15. B. , Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s.139. ; KARAHAN, Sami: **Ticari İşletme Hukuku**, 27. B. , Mimoza Yayınları, Konya, 2015, s.103. ; ASLAN, Yılmaz/ ERGÜN, Mevci: **Ticaret Hukuku**, 5. B. , Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2010, s.79. ÜLGİN, Hüseyin/ HELVACI, Mehmet/ KENDİGELEN, Abuzer/ KAYA, Arslan/ NOMER ERTAN, Füsün: **Ticari İşletme Hukuku**, Yeni TTK'na Ve Diğer Yeni Mevzuata Göre Güncellenmiş 4. Basıdan 5.(Tıpkı) B. , On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2015, s.273. ; USLU, s.220.

²⁰⁶ ARKAN, s.128. ; TAMER, s.739. ; KAYAR, s.137. ; DEMİRKAPI, Ertan/ BİLGİLİ, Fatih: **Ticari İşletme Hukuku**, Dora Yayınları, Bursa, 2018, s.80. ; ÇETİNER, Selma/ BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru: **Ticari İşletme Ve Şirketler Hukuku**, 5.B, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s.102.

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

Görüldüğü üzere kanunun TTK m. 12’de tacir olabilmenin koşulunu ticari işletme ile değerlendirmiştir.

Tüzel kişiler açısından tacir olmanın koşulları ise TTK m. 16²⁰⁷da açıklanmıştır.

Tacir sıfatına sahip borçlunun ceza koşulunun indirilmesini talep edememesinin hukuki dayanağı TTK m. 18/II’dir. TTK m. 18/II’de her tacirin basiretli iş adamı gibi hareket etmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Bu hüküm kanımızca tacir sıfatına sahip olanlarla olmayanlar arasında ayırım yapmak adına getirilmiştir.

Tacir sıfatını haiz borçlunun, tacir olmayan borçluya nispetle iş hayatına daha hâkim olması beklenir. Tacirlerin basiretli iş adamı gibi hareket etmesi ilkesinin dayanağı, tacirlerin ticari hayatın gerektirdiği riskleri tacir olmayan kişilerden daha iyi bilmeleridir. Tacirin objektif özen yükümlülüğüne göre basiretli olması beklenir. Tacirin, ticari iş niteliğindeki faaliyetlerinde bireysel yeteneklerine göre beklenen özeni değil, kendisiyle aynı ticaret dalında çalışan basiretli bir tacirden beklenen özeni göstermesi gerekir²⁰⁸. Bu sebepten tacirler, tacir olmayan borçlulara göre daha hesaplı ve dikkatli hareket etmelidir

²⁰⁷ TTK m.16: “(1) 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 sayılırlar. (2) 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.”

²⁰⁸ AYHAN, s.309. ; KARAGÖZ, Veli : “**İşverenin Tacir Olması Durumunda Cezai Şartın İndirilmesi**”, EÜHFD, C. XVIII, S. 3–4, 2014, s.120. ; ARKAN. s.153. ; TAMER, s.749. ; GÜLSEVEN, s.70. ; Tacirlerin ticari dallarına göre basiret dereceleri de değişmektedir. Bu yöndeki karar için Bkz. Yarg. HGK 2017/411 E. , 2019/962 K. , 26.09.2019 T. “6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun (6762 Sayılı TTK) 20/2’nci (6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun (6102 Sayılı TTK) 18/2’nci) maddesi gereğince; tacir, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli iş adamı gibi hareket etmesi lazımdır. Nitekim bankaların, tacir olarak bütün işlemlerinde basiretli davranma yükümlülüğü herhangi bir tacirden farklıdır. Bu sebeple bankalardan beklenen basiret ölçüsü ve özen yükümlülüğü şüphesiz daha ağırdır. Özellikle birer itimat kurumu olan bankaların, aldıkları mevduatları ve açtıkları çek hesapları ile çek hamillerini sahtecilere karşı özenle koruma yükümlülüğünün daha da arttığı kabul edilmesi gerekmektedir (Yılmaz, Süleyman; Hukuki Açından İnternet Bankacılığı, Ankara, 2010, s. 152).” www.yargitay.gov.tr E.T 10.08.2021

Ceza koşulu anlaşması tarafların serbest iradeleriyle kurulur. Sözleşme yapılırken belirlenen ceza koşulunun tacir borçlu tarafından iyi hesap edilmesi ve borca aykırılık halinde indirim talep edilmesine gerek kalmaması esastır. Ancak kararlaştırılan ceza koşulunun muaccel hale geldikten sonra tacir borçlu tarafından aşırı olduğu gerekçesiyle indirim yapılmasını istenmesi, tacirin basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğüne ters düşmektedir²⁰⁹.

Tacir olmayan borçlunun, ticari işinden kaynaklı bir borç ilişkisinde kararlaştırılan ceza koşulunun indirilmesini talep edebilmesi TTK m.19/II²¹⁰ uyarınca serbesttir.

Borçlunun tacir sıfatını haiz olması halinde aşırı gördüğü ceza koşuluna ilişkin indirim isteyemeyeceği kanunda belirtilmiştir. Ancak tacir olup olmadığının hangi tarih esas alınarak belirlenmesi gerektiği kanunda düzenlenmemiştir. Ancak doktrindeki baskın görüşlere ve Yargıtay'ın kararlarına göre önemli olan sözleşmenin yapıldığı anda borçlunun tacir sıfatını haiz olup olmadığının iyi araştırılıp tespit edilmesi gerektiğidir.

Doktrindeki baskın görüşlere göre, borçlu ceza koşulu anlaşmasının yapıldığı tarihte tacir ise indirim talep edemez. Bununla birlikte ceza koşulu anlaşması yapıldıktan sonra borçlunu tacir sıfatını kaybetmesi indirimle ilişkin hükmün uygulanmasını değiştirmeyecektir. Hükmün uygulanma amacı tacirlerin iş hayatlarında daha tedbirli ve hesaplı davranmaları gerektiğine ilişkindir. Tacir sıfatının taahhüt tarihinden sonra kaybedilmesi basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Bu sebepten borçlu taahhüt tarihinde tacir olduğu için indirim talep edemez²¹¹.

Borçlu ceza koşulunun muaccel olduğu tarihte tacir sıfatını haiz ancak ceza koşulu anlaşmasının taahhüt edildiği tarihte tacir sıfatını haiz değil ise indirim isteyebilir. Çünkü borçlu ceza koşulu anlaşması yapıldığı sırada basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğüne sahip değildir²¹².

²⁰⁹KAYAR, s.160. ; KARAGÖZ, s.120. ; TAMER, s.733. ; DEMİRKAPI/BİLGİLİ, s.96.

²¹⁰ TTK m.19- “(1) Bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Ancak, gerçek kişi olan bir tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticari Sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde borç adı Sayılır. (2) Taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğeri için de ticari iş Sayılır”

²¹¹YAĞCIOĞLU, s.265. ; TAMER, s.752. ; USLU, s.225. ARKAN, s.160. Alman hukukunda da bu böyle kabul edilmiştir. Bkz. ARKAN s, 160. dpn(6)

²¹² Yarg 3.HD 2019/6040 E. , 2020/2033 K. , 04.03.2020 T. “Önemle vurgulamak gerekir ki; tacirlik sıfatının bulunup bulunmadığı araştırılırken esas tutulacak an, cezai şartın muacceliyet anı değil de taahhüt edildiği andır. Bu itibarla, vaat eden cezaî şartı taahhüt ettikten sonra tacir olmuşsa, indirme istemeğe yetkilidir. Buna

HMK ispat kurallarına göre ispat yükünün lehine hak çıkaran tarafa ait olduğu kabul edilmiştir. Borçlunun ceza koşulunun taahhüt edildiği tarihte tacir olup olmadığına ilişkin bir uyuşmazlık halinde, ispat yükü alacaklıdadır²¹³.

3.5.1.2. Ceza Koşulunun Tacirin Ticari İşletmesi İle İlgili Taahhüt Edilmesi

Tacirler bakımından ceza koşulunun aşırılığına ilişkin indirim talep edilememesi için ceza koşulunun kararlaştırıldığı edimin tacirin ticari işletmesiyle ilgili olması gereklidir. TTK'da asıl edimin tacirin ticari işletmesinden kaynaklı olması gerektiğine ilişkin bir hüküm yoktur. Ancak TTK m.18'e göre tacirin ticari işletmesi ile ilgili işlerde basiretli iş adamı gibi hareket etmesi gerekmektedir. Bu sebepten kanun tacirlere indirim talep edebilme hakkını vermemiştir²¹⁴.

Tacir ticari işletmesi ile ilgili olmayan adi işleri söz konusu olduğunda ceza koşulunun indirilmesini talep edebilir. Ancak tacir gerçek kişi tacir, kurulan ilişkinin adi iş olduğunu belirtmez ve durumun koşulları işin niteliğini ayırt etmeye elverişli olmaz ise yaptığı iş ticari iş kabul edilir ve indirim talep edilemez Bu durumda TTK m. 22 aynen uygulanır ve ceza koşulu aşırı miktarda olsa bile indirim uygulanmaz²¹⁵.

Buna karşılık tüzel kişi tacirlerin adi iş sahaları bulunmamaktadır. Tüzel kişi tacirlerin her türlü iş ve işlemleri ticari kabul edilir. Bu sebepten tüzel kişi tacirler hiçbir zaman indirim talep edemez. TTK m. 22 hükmü tüzel kişi tacirler bakımından mutlak surette uygulanır²¹⁶.

karşılık, cezaî şart taahhüt ettikten sonra tacir sıfatını kaybeden kimse indirme istemeyeceği gibi, cezaî şart borcunu üzerine alan ve tacir olmayan bir kimse de indirme istemeğe yetkili değildir.” www.yargitay.gov.tr E.T 15.02.2022

²¹³ HMK m.190: “İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir.” ; YAĞCIOĞLU, s. 265. ; TUNÇAMOĞ, **Cezai Şart**, s.177. ; GÜLSEVEN, s.71.

²¹⁴ AYHAN, Rıza: “**Ticarî İş Kavramı ve Tacir Sıfatına Bağlanan Ücret ve Sözleşme Cezalarının İndirilmesini İsteyememe**”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, 2013, S. 1-2, s.309. ; KARAGÖZ, s.120. ; KAYAR, s.158. ; TAMER, s.749. ; ARKAN, s.161.

²¹⁵ ARKAN, s.161. ; USLU, s.226. ; GÜLSEVEN, s.75.

²¹⁶ AYHAN, s. 310.

Her ne kadar tüzel kişi tacirlerin adi iş sahalarının olmaması sebebiyle ceza koşulunun indirilmemesi gerekliyse de Yargıtay'ın kararlarında bu durumu göz ardı ettiği ve tersi yönde hareket ettiği görülmektedir. Şöyle ki; Yargıtay TTK m. 19 hükmünü dikkate almayıp sadece TTK m. 3 hükmünü dikkate alarak tüzel kişi tacirin de adi iş sahasının olabileceği kanaatine varmıştır. Bu karara göre tüzel kişi işveren ile işçi arasındaki ilişkinin “*ticari iş*” olmadığı neticesine varmış ve TTK m.22'ye göre tüzel kişi tacirin indirim isteyebileceği şeklinde hüküm kurmuştur. Yargıtay'ın bu kararı isabetli olmaması gerekçesiyle doktrinde çeşitli eleştiriler almıştır. Buna rağmen Yargıtay bundan sonraki kararlarını da bu doğrultuda vererek “*Tacir olan işverenle işçi arasında yapılmış hizmet akdi, ticarî iş mahiyetinde değildir.*”²¹⁷ şeklinde hüküm kurmuştur.

Doktrindeki bazı görüşlere göre gerçek kişi tacirin doğrudan ticari işletmesini ilgilendirmeyen işlemlerinde de TTK m. 3²¹⁸ gereğince de basiretli iş adamı gibi davranma şartı aranmakta ve TTK m. 22'de getirilen indirim yasağının tacirin ticari iş sayılan bütün faaliyetlerine uygulanabilmesi gerektiği savunulmaktadır²¹⁹. Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre, TTK m. 22 hükmü işin ticari iş olup olmasına değil borçlunun tacir olup olmamasına bağlanan bir sonuçtur. Bu sebepten tacirlerin indirim yasağı, tacir olmanın hükümleri başlığı altında düzenlenmiş ve hükmün uygulanmasında işin tacirin ticari işletmesiyle ilgili olması şartı esas alınmıştır²²⁰. Buna göre TTK m. 22' nin uygulanabilmesi için iki şart gereklidir; borçlunun sözleşmenin yapıldığı sırada tacir sıfatını haiz olması ve ceza koşulunun tacirin ticari işletmesiyle ilgili taahhüt edilmesi.

²¹⁷ AYHAN, s.311. ; Yargıtay kararları için Bkz. AYHAN, s.311, dpn 39 naklen; Yarg. HGK, 2004/9-759 E. , 2005/9 K. , 02.02.2005 T. , Yargıtay HGK, 2002/9-596 E. , 2002/662 K. , 02.10.2002 T.

²¹⁸TTK m.3 : “*Bu Kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir.*” Görüldüğü üzere sırf TTK'da düzenlenmesi bir işin ticari nitelik kazanması için yeterli kabul edilmiştir.

²¹⁹ GÜLSEVEN, s.75. ;TUNÇAMOĞ, **Cezai Şart**, s.178. ; GÜNAY, s.221. ; USLU, s.224. ; TAMER, s.763.

²²⁰ AYHAN, s.314. ; KARAGÖZ, s.126. ; YAĞCIOĞLU, s.266.

3.5.2. Tacir Sifatını Haiz Borçlu Tarafından Taahhüt Edilen Ceza Koşulunun Ahlaka Aykırılığı

TTK m. 22'nin uygulanmadığı iki istisnai durum vardır; bir tanesi tacirin ticari işletmesini ilgilendirmeyen adi işlerine ilişkin haller, diğeri ise ceza koşulunun TBK m. 27'de sayılan hallere aykırı olmasıdır.

Taraflar TBK m. 26²²¹'da düzenlenen sözleşme serbestisi ilkesi gereği sözleşme yaparken kanunun belirlediği sınırların dışına çıkmamaları kaydıyla serbesttirler. Bu serbestinin sınırı TBK m. 27'de *“Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.”* şeklinde belirlenmiştir.

TBK m. 27'de belirtilen ahlaka aykırılık hali TTK m. 22'nin istisnasıdır. Buna göre ceza koşulunun ahlaka ve adaba aykırı olması halinde tacir sıfatını haiz borçlu mahkemeden aşırı bulduğu ceza koşulunun indirilmesini isteyebilir. Ahlaka ve adaba aykırı haline örnek olarak kararlaştırılan ceza koşulu miktarının borçlunun ekonomik olarak mahvına sebebiyet verecek ölçüde yüksek olması verilebilir. Bu halde TTK m. 22 hükmü uygulanmaz.

Doktrinde, tacirin her ne kadar basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü olsa da, ceza koşulunun ahlaka ve adaba aykırı olması halinde tamamen kaldırılmasını isteyebileceği kabul edilmiştir²²². Yine doktrindeki bazı görüşlere ve Yargıtay'ın bazı kararlarına göre ahlaka aykırılık halinde ceza koşulunun tamamının iptali yerine indirimle gidilmesi de söz konusu olabilmektedir²²³.

²²¹ TBK m.26: *“Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.”*

²²² AYHAN, s.311. ; TAMER, 757-759. ; ARKAN, s.162. ; ÇETİNER/ BOZKURT YÜKSEL, s.143-144. ; YAĞCIOĞLU, s.264.

²²³ AYHAN, s.312. ; TAMER, s.759. ; ARKAN, s.162-163. ; USLU, s.231. ; Ayrıntılı bilgi ve doktrindeki çeşitli görüşler için Bkz. YAĞCIOĞLU, s.75-77. ; Yarg. 3. HD 2020/8466 E. , 2021/2665 K. , 15.03.2021 T. *“...6102 Sayılı TTK'nın 22. maddesi gereğince tacir sıfatını haiz borçlu ceza koşulunun indirilmesini isteyemez. Ancak bu hükümden, tacirin her hal ve şartta cezai şartın indirilemeyeceği sonucuna varmamak gerekir. 6102 Sayılı TTK'nın 22. maddesi ile tacir olan şahsa ve onun âkidine tanınmış olan bu (akit serbestisi) ilkesi, bütün akitler için sınırlayıcı bir hüküm mahiyetinde olan TTK'nın 1. maddesi hükmünün atfı nedeniyle TBK'nın kesin hükümsüzlük başlığını taşıyan 27. maddesi hükmü ile, sınırlanmıştır. TTK m. 22'de, TBK m.182'ye atıf yapılarak, sadece aşırı olan cezai şartın indirilmesinin istenemeyeceği hükme bağlanmış; kişilik haklarına, ahlak ve adaba aykırı cezai şartların geçerli olacağının kabulüne ilişkin bir açıklık yoktur. Buna göre genel hükümler uyarınca,*

kişilik haklarına ahlak ve adaba aykırı cezai şartın geçersizliği tacir tarafından iddia edilip savunulabilir. Sözleşme hükümlerinin ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırılığı durumu 6098 Sayılı TBK'nun 27. Maddesinde "Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur." şeklinde ve kesin hükümsüzlük sebebi olarak düzenlenmiştir. Tacir sıfatını haiz olan borçlu hakimden aşırı olduğundan bahisle cezanın indirilmesini isteyemezse de sözleşmenin içerdiği cezai şartın miktarının "ekonomik olarak mahvına " neden olacak düzeyde yüksek olduğunu, bu nedenle ticari kişilik hakkına , adalet ve hakkaniyete aykırı bulunduğu gerekçesiyle tamamen kaldırılmasını veya makul bir düzeye indirilmesini isteyebilmelidir. (Fikret EREN, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara, s.1189) Tacirler bakımından kararlaştırılan ceza tutarı borçlunun iktisaden sarsılmasını, çöküntüye uğramasını mucip olacak ise kaldırma veya indirim isteyebileceği Yargıtay Hukuk Genel kurulu (30.03.2016 T. 2014/19-743 E., 2016/437 K.), Yargıtay (kapatılan) 13 HD (26.11.2019 T. 2018/4070 E. 2019/11520 K., 05.12.2011 T. 2011/10558 E., 2011/18029 K., Y.13.HD 15.09.2011 T. 2011/2422 E., 2011/12693 K.) ve Yargıtay 3. HDnin (Y.3. HD 4.3.2020 T. 2019/6040 E., 2020/2033K., 05.12.2017 T. 2017/15056 E., 2017/17040 K. istikrarlı olarak uygulamasında da kabul edilmektedir. Sonuçta taraflarca sözleşme ile tespit edilmiş olan ceza koşulu miktarı, borçlu durumda olan tacirin, ekonomik olarak mahvını mucip olacak ve onun eskisi gibi ticarî faaliyetini devam ettirmesine imkân tanımayacak derecede (ağır) ve (yüksek) ise, o zaman, böyle bir (cezaî şartı) ahlâk ve adaba aykırı bir şart olarak kabul ederek, (kısmen) veya (tamamen) iptali yoluna gidilmelidir. Çünkü, ahlâk ve adaba aykırılık dolayısıyla sözleşmede yer alan ceza koşulunun kesin hükümsüzlüğü, hukukun genel bir ilkesidir. TTK'nın 22. maddesi hükmünün, bu genel müeyyidenin dışında kalacağı düşünülemez. Çünkü borçlunun, ekonomik ve ticarî faaliyet ve varlığının tehlikeye girmesini veya yıkılmasını mucip olacak bir nisbete ulaşan her ceza koşulu, ahlâk ve adaba aykırıdır. Gerek öğretide gerekse Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ile Yargıtay (kapatılan) 13. HD ve dairemizin önceden beri olan istikrarlı uygulamasında da benimsendiği üzere, ceza (şartı) koşulu, ahlaka veya kişilik haklarına aykırı görülecek derecede ağır ise, hakimin oluşan duruma göre, bu cezanın geçersizliğine veya tenkisine karar vermesi yetkisinde olup bunun kapsamına ceza yükümlüsü tacir ise, tacirin ekonomik yıkıntısına neden olacak cezanın tenkisi de girer. Bunun tespitinde, sözleşmenin konusu, tarafların özellikle de borçlunun cezai şartın kabul edilip uygulandığı, tarihteki ekonomik durumunun araştırılması ve gerektiğinde bilirkişi incelemesi yapılması gerekir. Ceza koşulunun fahiş olup olmadığı, tarafların iktisadi durumunun yanında özel olarak borçlunun ödeme kabiliyeti ile beraber, borçlunun borcunu yerine getirmemiş olması nedeniyle sağladığı menfaat, kusur derecesi ve borca aykırı davranışın ağırlığı ölçü alınarak, tayin edilmeli ve hüküm altına alınan ceza miktarı, hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun olarak gerekirse sözleşmedeki miktara göre indirimli olarak tespit edilmelidir. Somut olayda davacı yeni eczacılık mezuunu olarak "Yağmur Eczanesi" isimli iş yerini açıp 24.08.2012 tarihinde davalı ile "SGK ile Eczacılar Arasında İmzalanacak Tıp Sözleşme" yi imzalayarak davalı kurum sigortalılarının ilaç teminine başlamış, davalı kurumun 20.11.2014 Tarih 22.019.518 Sayılı işlemi ile SGK kapsamındaki kişilerin TEB üyesi eczanelerden ilaç teminine ilişkin 2012 protokolünün 5.3.3. Maddesi gereği "sözleşmesi fesihli olan eczaneden toplam 19.390,48 TL tutarında 4 adet reçeteyi kuruma fatura etmekten dolayı bu miktarın 10 katı olan 193.904,80 TL cezai şart uygulanmış, ayrıca fatura edilen ve hastalara teslimi yapılan ilaç bedellerinin faiziyle birlikte tahsil edilmesine karar verildiği, ceza miktarının yüksekliği nedeniyle iktisaden mahvına sebep olacağından davalı işleminin iptali talebiyle dava açılmıştır. İlk derece mahkemesince ise davalı aleyhine belirlenen cezai şart sözleşmeye uygun olmakla beraber yerleşik Yargıtay içtihatları gereğince sözleşme ile belirlenen cezai şart tacirin ekonomik olarak mahfına sebep olacağı anlaşıldığından, davacının ekonomik durumu, yargılamaya konu eylem nedeni ile davacının sağladığı menfaat göz önünde bulundurulmak sureti ile cezai şarttan indirim yapılması gerektiği kanaatine varılarak cezai şartın %50 oranında tenkisine karar verilmiştir. Davanın görülmesi sırasında davacının sigortalılara temin ettiği ilaç bedellerinden doğan alacaklarının dava konusu cezaya mahsuben kesilmesi sonrası eczanenin ekonomik olarak faaliyetine devam edemeyip 31.03.2015 tarihinde kapandığı Antalya eczacı odasının dosya içerisinde bulunan yazısından anlaşılmaktadır. Somut olarak dava konusu edilen ceza miktarının aşırı yüksekliğine bağlı olarak bir kısmının dahi tahsili davacının ekonomik olarak ticari hayatını devam ettirmesine mani olmuş mahvı somut olarak gerçekleşmiştir. Buna göre davacının faaliyeti odaya kaydı olan 04.04.2012 (SGK sözleşme tarihi / 24.08.2012 ile) 19.08.2014 olup davalı işlemi olan 20.11.2014 tarihi sonrasında yaklaşık 4 ay kadar faaliyetine devam edebilmiştir. Yürürlükteki mevzuatımıza göre eczaneler ticari işletme, eczacılar ise tacir Sayılır. Bu nedenle TTK m.22 uyarınca tacirler sözleşme ile kararlaştırılan ceza koşulunun indirilmesini isteyemez ise de, bu davada somut olarakta görüldüğü gibi kararlaştırılan ceza tutarı borçlunun iktisaden sarsılmasını, çöküntüye uğramasını mucip olacak ise indirim isteyebileceği yukarıdaki açıklamalarımıza göre öğreti ve uygulamada kabul edilmekte olup somut olayda da davacı eczanenin SGK dan doğan istihkaklarının cezanın bir kısmının tahsili için kesilmesi sonrası faaliyetini devam ettiremediğinden faaliyetine son vermiştir. Bu durum davalı kurumun sözleşmeye göre uyguladığı yüksek miktarlı ceza koşulunun davacının iktisaden mahvına sebep olduğunu göstermekte olup ilk

Mahkeme talep edilen ceza koşulunun ahlaka aykırı olup olmadığına kendisi karar verecektir²²⁴.

3.5.3. Tacir Sifatını Haiz Borçlu Tarafından Taahhüt Edilen Ceza Koşulunun Ahlaka Aykırılığı İle İlgili Yargıtay Karar İncelemeleri

Yargıtay bir kararında ahlaka ve adaba aykırılığı “*Tarafların serbest iradeleri ile imzaladıkları sözleşmenin 3/2. maddesinde kararlaştırılan cezai şartın genel ahlâk ve adaba aykırı sayılarak geçersiz olması için, tacir olan borçlunun ekonomik olarak mahvına sebep olacak ve önceki gibi ticari faaliyetini devam ettirmesine imkân tanımayacak derecede ağır ve yüksek olması gerekir. Tacirin hayatını başka yolda düzenlemesi, masraflarını azaltarak bazı ihtiyaçlarından vazgeçmek mecburiyetinde kalması cezai şartın ahlâk ve adaba aykırı sayılması için yeterli değildir.*”²²⁵ şeklinde açıklamıştır. Bu kararda tacirin ekonomik olarak

derece mahkemesinin ceza miktarından %50 oranında indirim yaparak davanın kısmen kabulü kararı dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere göre yerinde olduğundan, tarafların temyiz itirazlarının reddi ile usule ve kanuna uygun olan hükmün onanması gerekir.”www.yargitav.gov.tr E.T12.08.2021

²²⁴ İNAL, H.Tamer: **6102 Sayılı TTK’na Ve Yenilenen Diğer İlgili Mevzuata Göre Hazırlanmış Ticari İşletme Hukuku, Uluslararası Ticari Sözleşmeler Incoterms 2010**, Güncellenmiş 2. B. , Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s.416. ; BAHTİYAR, Mehmet: **Ticari İşletme Hukuku Ders Notları Soru Örnekleri**, Güncellenmiş 17. B. , Beta Yayınları, İstanbul, 2016, s.102.

²²⁵ Yarg. HGK 2017/259 E. , 2021/486 K. , 15.04.2021 T. “Buna göre sözleşme bedeli 35.400,00TL’nin anonim şirket olan ve aynı zamanda yüklenici sıfatıyla işi üstlendiği hâlde edimini ifa etmeyen davacı-karşı davalıya ödenmemesi durumunda şirketin ekonomik yönden ağır derecede zor duruma düşmesinden, ticari faaliyetinin tehlikeye girmesinden söz edilemeyeceğinden, sözleşmenin 3/2. maddesinde düzenlenen cezai şartın ahlâk ve adaba aykırı olmayıp, geçersiz kabul edilemeyeceği ve BK’nın 20. maddesine göre batıl sayılamayacağı sonucuna varılmıştır.

33. Mahkemenin direnme kararında uyuşmazlık konusu 12.04.2011 tarihli sözleşmenin niteliği itibarıyla “eser sözleşmesi” olduğu, eserde bulunan ayıp sebebiyle yüklenicinin sorumlu olduğu hâllerde iş sahibinin seçimlik haklarının BK’nın 360. maddesinde (TBK 475. maddesi) düzenlendiği gözetilmeksizin, satım sözleşmesinde ayıp nedeniyle alıcının seçimlik haklarının düzenlendiği BK’nın 202. maddesine (TBK’nın 227. maddesi) göre değerlendirme yapılması doğru olmamıştır.” AYNİ KARARDAKİ KARŞI OY “Yukarıda yapılan açıklama ve sözü edilen kurallarla birlikte somut olay değerlendirildiğinde; taraflar arasındaki sözleşmede “Zamanında teslim edilmeyen ve/veya formda belirtilen malzemelerin eksik olarak kurulması durumunda ... Fuarçılık, firmadan bir ödeme talep edemeyeceği gibi, almış olduğu ödemeleri de geri ödemekle yükümlüdür” hükmü bulunmaktadır. Bu hüküm cezai şart düzenlemesi niteliğindedir.

mahvı, tacirin ekonomik olarak küçülmeye gitmesiyle kıyaslanmıştır. Buna göre ceza koşulunu ahlaka ve adaba aykırı sayılabilmesi için tacirin hayatında küçülmeye gitmesi değil, ekonomik olarak yıkımına sebebiyet verecek kadar kötü bir hale gelmesi aranmaktadır.

Yargıtay bir başka kararında bu ahlaka ve adaba aykırılık halinde ceza koşulunun hâkim tarafından re'sen dikkate alınıp alınmaması gerektiği ile ilgili hüküm kurmuştur. Hüküm “*cezaî şart tacir borçlunun ekonomik olarak mahvına sebep olacak derecede ağır ve yüksek ise bu husus genel adap ve ahlâka aykırı sayılacağından, mahkemece cezaî şartın tamamen veya kısmen iptaline karar verilmesi mümkündür. Bu durumda mahkemece, cezaî şart hususunda bir karar verilmeden önce, sözleşmenin düzenlendiği tarihte tarafların iktisadi durumu, davalı borçlunun ödeme gücü ve kabiliyeti göz önüne alınarak, bu yönde davalı defter ve kayıtlarının incelenmesi ile denetime elverişli olacak şekilde bilirkişi raporu alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerektiği hâlde, eksik inceleme ve yanılgılı gerekçe ile verilen direnme kararı yerinde değildir.*” şeklindedir. Aynı hükümdeki karşı oya göre ise talep edilmeden hâkimin re'sen indirimi göz önüne alması yargılamanın uzamasına sebebiyet vereceğinden yerinde değildir

Davalı karşı davasında, karşı tarafın edimini gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle uğranılan maddi ve manevi zararların tahsilini istemiş mahkemece stand kurulumunun ayıplı olarak ifa edildiği, eksikler bulunsa da standın kurulduğu ve tazminat talebinin yerinde olmadığı belirtilerek karşı dava reddedilmiş ve buna ilişkin temyiz itirazlarının da reddine karar verilmiş olduğundan karşı davaya ilişkin hüküm bu şekilde kesinleşmiştir. Kesinleşen bu hüküm ile karşı dava reddedilmiş olduğundan standın bazı eksikleriyle kurulduğu ve bir zarar doğmadığı kesin hüküm hâlini almıştır. Stand kurulumundaki bazı eksikliklerin önemli olmadığı ve standdan gereken faydanın sağlandığı anlaşılmış olmasına rağmen hiçbir bedel ödenmemesi sözleşmenin taraflarından birinin sömürülmesi, angaryaya maruz bırakılması, sözleşme kapsamında ortaya konulan ekonomik varlığa ve yaratılan katma değere bedelsiz olarak el konulması niteliğindedir. Sözleşme bedeli olan 35.400,00TL tek başına davacı şirketin mahvına neden olacak yükseklikte bir rakam da olmayabilir. Ancak bir sözleşmeden doğan edimler büyük ölçüde yerine getirilmiş ve sözleşmeden elde edilmek istenen fayda sağlanmış olmasına rağmen bu sözleşme nedeniyle ortaya konulan emek ve sermayeye, yaratılan katma değere bedelsiz olarak el konulması anlamına gelecek biçimde hiçbir bedel ödenmemesi Anayasa ile teminat altına alınan kişilerin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, angarya yasağı, ve mülkiyet hakkı ile bağdaşmayan bir netice doğuracağından bu şekilde yapılan ve orantısız sonuç doğuran ve toplum vicdanında kabul göremez nitelikteki bu sözleşmelerin de ahlaka aykırı sayılması gerekir. Sözleşmedeki yukarıda belirtilen cezai şart hükmünün ahlaka aykırı ve geçersiz olduğunu kabul eden ve buradan hareketle davacının iş bedeline hak kazandığı ve eksik ve kusurları gözetilerek iş bedelinin belirlenmesi gerektiğine değinen bozma kararı yukarıda açıkladığımız nedenlerle yerinde olup, Özel Daire kararında belirtilen nedenlerle hükmün bozulması gerektiği görüşünde olduğumuzdan hükmün değişik gerekçeyle onanması yönünde oluşan değerli çoğunluk görüşüne katılamıyoruz.” www.yargitay.gov.tr E.T 13.03.2022

şeklindedir²²⁶. Yargıtay'ın bu yöndeki kararlarına ve doktrindeki görüşlere göre ceza koşulunun ahlaka ve adaba aykırılığı, ceza koşulunun kabul edildiği tarihte tacirin ekonomik durumu uzman bilirkişiler aracılığıyla tespit edilmeli ayrıca borçlunun defter ve kayıtları iyice incelenerek tespit edilmelidir²²⁷.

3.6. Ceza Koşulunun Sona Ermesi

Ceza koşulu muaccel olduğu ana kadar asıl borca bağlıdır. Bu ceza koşulunun fer'i nitelikte olmasının sonucudur. Ceza koşulu bağımsız nitelik kazanana kadar asıl borç sona ermeden kendiliğinde sona eremez. Ancak asıl borcun sona ermesiyle sona erer. Ceza koşulunun kendiliğinden sona ermesi ceza koşulunun bağımsız edim niteliği kazanmasıyla mümkün olur. Ceza koşulu muaccel hale geldiği an bağımsız edim sıfatını kazanır, o ana asıl borca bağlı bir yan borçtur.

²²⁶ Karşı oy için Bkz. Yarg. HGK 2017/943 E. , 2021/984 K. , 14.09.2021 T. “Kural olarak her ne kadar tacir sıfatını haiz kişinin, sözleşme ile belirlenen cezaî şartın indirilmesini talep edemeyecek ise de, Yargıtay, tacirin cezaî şartın borçlunun ekonomik olarak sarsılmasına, çöküntüye uğramasına sebep olacak ise, tacir de olsa indirim isteyebileceğinin kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Yargıtay'ın bu görüşü genel kabul görse de, somut olayın özelliği gereği davalının savunma ile sözleşmedeki cezaî şartın mahvına sebep olacağına dair bir beyanda bulunmadığı, savunma dahi yapmadığı anlaşılmaktadır. Hâl böyle olunca tacirler yönünden kanun ile zorunlu olmayan cezaî şarttan indirim yapılması hususunda, her dosyada hâkime kendiliğinden tacirin mahvına sebep olup olmayacağı hususunu araştırma yükümlülüğünün yüklenemeyeceği gibi savunma ile getirilmeyen bir hususun araştırılmasının dosyaların uzamasına da sebebiyet vereceğinden bu gerekçe ile kararın onanması gerektiğinden çoğunluk görüşüne katılamıyorum.” www.yargitay.gov.tr E.T 12.03.2022

²²⁷ Yarg. HGK 2017/943 E. , 2021/984 K. ; 14.09.2021 T “...cezaî şart tacir borçlunun ekonomik olarak mahvına sebep olacak derecede ağır ve yüksek ise bu husus genel adap ve ahlaka aykırı S.lacağından, mahkemece cezaî şartın tamamen veya kısmen iptaline karar verilmesi mümkündür. Bu durumda mahkemece, cezaî şart hususunda bir karar verilmeden önce, sözleşmenin düzenlendiği tarihte tarafların iktisadi durumu, davalı borçlunun ödeme gücü ve kabiliyeti göz önüne alınarak, bu yönde davalı defter ve kayıtlarının incelenmesi ile denetime elverişli olacak şekilde bilirkişi raporu alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerektiği hâlde, eksik inceleme ve yanılığın gerekçe ile verilen direnme kararı yerinde değildir. “²²⁷ Yarg 3.HD 2019/6040 E. , 2020/2033 K. , 04.03.2020 T. www.yargitay.gov.tr E.T 12.03.2021; ARKAN, s.162-163.

3.6.1. Ceza Koşulunun Asıl Borç İle Birlikte Sona Ermesi

Ceza koşulunun asıl alacağa bağlı fer'i borç niteliğindedir. Bu sebepten asıl borcun sona ermesi halinde ceza koşulu da sona erer. Bu husus TBK m. 127'de düzenlenmiştir.

TBK m. 131 *"Asıl borç ifa ya da diğer bir sebeple sona erdiği takdirde, rehin, kefalet, faiz ve ceza koşulu gibi buna bağlı hak ve borçlar da sona ermiş olur."* şeklinde ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere asıl borcun herhangi bir sebeple sona ermesi halinde ceza koşulu da sona ermektedir.

Borcu sona erdiren diğer hallerin gerçekleşmesi asıl borcu sona erdirir. Yani İfa, ibra, yenileme, takas vb. hallerden birisiyle borç sona erdiğinde ceza koşulu da sona ermektedir. Bu ceza koşulunun asıl alacağa bağlı yan borç niteliğinde olmasının bir sonucudur²²⁸.

3.6.2. Ceza Koşulunun Yalnız Başına Sona Ermesi

Ceza koşulu henüz muaccel olmamışsa asıl alacakla olan bağı devam ediyor demektir. Ceza koşulunun asıl borçtan bağımsız bir edim niteliği kazanması için muaccel hale gelmesi gerekmektedir. Bağımsız bir alacak sıfatını kazandığı andan itibaren borcu sona erdiren haller

²²⁸UÇAR, s.121. ; TUNÇAMOĞ, **Cezai Şart** s.183. ; EKİNCİ, **Özel Hukuk Ceza Koşulu**, s.407. Bkz. Yarg. 10. HD 2014/12496 E. , 2015/5459 K. , 24.03.2015 T. *"Borçlar Kanununun Asıl borca bağlı hak ve borçların sona ermesi başlığını taşıyan 131. maddesinde, "Asıl borç ifa ya da diğer bir sebeple sona erdiği takdirde, rehin, kefalet, faiz ve ceza koşulu gibi buna bağlı hak ve borçlar da sona ermiş olur. İşlemiş faizin ve ceza koşulunun ifasını isteme hakkı sözleşmeyle veya ifa anına kadar yapılacak bir bildirimle saklı tutulmuş ise ya da durum ve koşullardan saklı tutulduğu anlaşılmaktaysa, bu faizler ve ceza koşulu istenebilir. Taşınmaz rehnine, kıymetli evraka ve konkordatoya ilişkin özel hükümler saklıdır."* hükmüne yer verilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 01.03.2006 tarihli ve 2005/10-755 Esas, 2006/32 Karar Sayılı ilamında ayrıntıları açıklandığı üzere; bir borç ilişkisi, asıl hakla birlikte bazı fer'i hakları da içerir. Borç ilişkisinin içerdiği asıl hak, alacak hakkı; fer'i haklar ise, cezai şart, faiz, kefalet, rehin ve hapis hakkı gibi haklardır. Fer'i haklar, borç ilişkisinin içerdiği alacak hakkının bir kısmı, bir parçası değildir. Asıl borca bağlı, asıl borç mevcut ve geçerli olduğu sürece geçerli olup, asıl alacak ile birlikte doğar, varlığını sürdürür, onunla birlikte sona ererler." www.yargitay.gov.tr E.T 21.01.2022

ceza koşulunu da sonra erdirir. Bunların en başında ceza koşulunun ifa edilmesi gelmektedir. İfa ile borç sona erer. İfanın yanında ibra²²⁹, yenileme²³⁰, takas²³¹, zamanaşımı²³², sonraki imkânsızlık²³³ ve birleşme²³⁴ de ceza koşulunu sona erdirir. Görüldüğü üzere asıl alacağı sona erdiren haller muaccel hale gelen ceza koşulunu da sona erdirir²³⁵. Ancak sözleşme ile ya da ifanın yanında yapılacak bir bildirim ile ceza koşulu saklı tutulmuş ise veya olayın şartlarından saklı tutulduğu anlaşılıyor ise ceza koşulu talep edilebilir²³⁶.

²²⁹ TBK m.132 “Borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile borç, tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabilir.”

²³⁰ TBK m.133 “Yeni bir borçla mevcut bir borcun sona erdirilmesi, ancak tarafların bu yöndeki açık iradesi ile olur.” Bir borcun yenilenerek yeni bir borç haline gelmesi tarafların rızası halinde mümkündür.

²³¹ TBK m.139 “(1)iki kişi, karşılıklı olarak bir miktar para veya özdeş diğer edimleri birbirine borçlu oldukları takdirde, her iki borç muaccel ise her biri alacağını borcuyla takas edebilir. (2)Alacaklardan biri çekişmeli olsa bile takas ileri sürülebilir. (3)Zamanaşımına uğramış bir alacağın takası, ancak takas edilebileceği anda henüz zamanaşımına uğramamış olması koşuluyla ileri sürülebilir.”

²³² TBK m.146 “Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir.” 10 yıldan sonra aksine bir hüküm bulunmayan hallerde ceza koşulu sona erer.

²³³TK m.136 “(1)Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer.” İmkânsızlık borçlunun kusuru olmadan gerçekleşmiş olmalıdır.

²³⁴ TBK m.135 “Alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı kişide birleşmesiyle borç sona erer.”

²³⁵ UÇAR, s.121. ; TUNÇAMOĞ, **Cezai Şart**, s.182. ; ; EKİNCİ, **Özel Hukuk Ceza Koşulu**, s.407.

²³⁶ Bkz. Yarg. 10. HD 2018/5691 E. , 2019/4783 K. , 27.0.2019 T. “Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 01.03.2006 tarih, 2005/10-755 Esas, 2006/32 Karar Sayılı ilamında da açıklandığı üzere, bir borç ilişkisi, asıl hakla birlikte bazı fer’i hakları da içerir. Borç ilişkisinin içerdiği asıl hak, alacak hakkı; fer’i haklar ise, cezai şart, faiz, kefalet, rehin, hapis hakkı gibi haklardır. Fer’i haklar, borç ilişkisinin içerdiği alacak hakkının bir kısmı, bir parçası değildir. Asıl borca bağlı, asıl borç mevcut ve geçerli olduğu sürece geçerli olup, asıl alacak ile birlikte doğar; varlığını sürdürür, onunla birlikte sona ererler.6098 Sayılı TBK’nun “Asıl borca bağlı hak ve borçların sona ermesi” başlığı altında 131. maddesine (818 Sayılı BK m. 113) göre: “Asıl borç ifa ya da diğer bir sebeple sona erdiği takdirde, rehin, kefalet, faiz ve ceza koşulu gibi buna bağlı hak ve borçlar da sona ermiş olur. İşlemiş faizin ve ceza koşulunun ifasını isteme hakkı sözleşmeyle veya ifa anına kadar yapılacak bir bildirimle saklı tutulmuş ise ya da durum ve koşullardan saklı tutulduğu anlaşılırmaktaysa, bu faizler ve ceza koşulu istenebilir.” www.yargitay.gov.tr E.T 01.01.2022

SONUÇ

Güven ilişkisinin giderek zayıfladığı günümüzde taraflar, kendilerini koruyan çeşitli teminat yöntemlerine müracaat etmektedirler. Bu yöntemlerin en etkili olanları arasında yer alan ceza koşulu, menfaat dengesinin korunması amacıyla sık kullanılmaktadır. Mevzuatta tanımının olmaması, ceza koşulu konusunda kafa karışıklığına yol açmaktadır. Doktrin ve uygulamada kullanılan tanımlardan yola çıkarak, edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde, bir hukuki işlem ile belirlenen, tarafların serbest iradesine dayanan, ekonomik niteliği haiz bir edim olarak ceza koşulunu ifade edebiliriz.

Asıl borcun ifasını garanti altına alma amacına hizmet eden ceza koşulunun hukukî niteliğinin teminat olduğunu düşünüyoruz.

Ceza koşulunun ifa modaliteleri bir birinden çok farklı olan sözleşmelerde kullanılması nedeniyle ortaya çıkan uyum sorununun kanun koyucu tarafından giderilmesi uygun olacaktır.

Ceza koşulunun, seçimlik ve ifaya eklenen olmak üzere ikiye ayrıldığı kanaatindeyiz. Dönme cezasının bu kapsamda değerlendirilemeyeceğini düşünüyoruz. Zira asıl edimi kuvvetlendirme ve alacaklıya teminat sağlama amacına hizmet eden ceza koşuluna karşılık dönme cezası borçluya edimi ifadan kaçınma hakkı vermektedir.

Aşırı yüksek ceza koşulunu hâkimin indirimi konusunda objektif bir sınırlama yapılması gerekmektedir.

Fahiş ceza koşulunun indirilmesini isteyen tacirin, söz konusu işlemi yaptığı esnada tacir sıfatını haiz olup olmadığı belirleyici bir kriterdir.

Ceza koşulu, borçlunun üzerinde baskı kurarak edimin ifasını kuvvetlendirme ve edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde alacaklının uğrayacağı zararı tazmin etme olmak üzere iki fonksiyona sahiptir.

KAYNAKÇA

- AKSOY, Hüseyin Can: “*Ceza Koşulunun Borçlunun Borca Aykırı Davranıştaki Kusuru İle İlişkisi Nedir ?*” , Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.24, S.2, Aralık 2018.
- ANTALYA, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel hükümler Cilt-I 2.B. İstanbul, Beta Yayınları, 2019.
- ARICI, Kadir: *Hizmet Akitlerine Cezai Şart Konulması*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1, Haziran 1997, s.31-44.
- ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, Son değişikliklere göre hazırlanmış ve genişletilmiş 27. Bası. , Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (Türkiye İş Bankası Vakfı) 2021.
- ARSLANLI, Halil: Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumi Hükümler, 3.B. İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1959.
- ARSLANLI, Halil: Ticari Bey, 3.B. , İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1952.
- ARSLANYÜREK Kabaklıoğlu, Yasemin: Ceza Koşulu Özellikle Zarar Ve Tazminatla İlişkisi, İstanbul, Onikilevha Yayıncılık 2018.
- ASLAN, Yılmaz/ ERGÜN, Mevci: Ticaret Hukuku, 5.B. , Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2010.
- ATALI, Murat/ ERMENEK, İbrahim: Medeni Usul Hukuku, 3.B. , Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021
- ATAMULU, İsmail: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, Ankara, Yetkin Yayınları 2014.
- AYAN, Mehmet: Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 12.B. , Seçkin Yayıncılık, 2020 (Genel Hükümler)

- AYAN, Serkan: İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara, Seçkin Yayınları, 2008.
- AYHAN, Rıza: *Ticari İş Kavramı ve Tacir Sıfatına Bağlanan Ücret ve Sözleşme Cezalarının İndirilmesini İsteyememe*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, 2013, S. 1-2, s.291-314 (Ücret ve Sözleşme)
- BAHTİYAR, Mehmet. Ticari İşletme Hukuku Ders Notları Soru Örnekleri, 17.B. İstanbul, Beta Yayınları 2016.
- BERKİ, Osman Fazıl: “*Pey Akçesi, Rücu Tazminatı Ve Cezai Şart (Mukavele Cezası) Etrafında Tetkikler*”, İstanbul Barosu Mecmuası, (5), s.277-303, Mayıs 1943.
- BİÇKİN, İnci: “*Hakem Sözleşmesi Ve Hakem Yargılaması*”, TBBD, S. 67, 2006, s.380-397.
- BİLGE, Necip: Cezai Şart Esat Arsebük’e Armağan, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, 1958.
- BİLGİLİ, Fatih/ DEMİRKAPI, Ertan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Dora yayınevi, Ankara, 2018
- BİRİNCİ UZUN, Tuba: Götürü Tazminat, İstanbul, Yetkin Yayınları, 2015.
- BÖRÜ, Şafak Parlak: “*Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış*”, TBBD. (29), 196-228. , 2017.
- BUZ, Vedat: Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, Yetkin Yayınları 1998.
- CANBOLAT, Talat/ ERENER, Ebru: “*Asgari Süreli İş Sözleşmelerinde Cezai Şart*”, İş ve Hayat Dergisi, s.228-255.
- CANSEL, Erol/ ÇAĞLAR, Özel: “*Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu*”, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, C.1, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C.8, Özel Sayı, 2013, s.713-732.
- COŞKUN, Gürkan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan Üçüncü Kişinin Hukukî Durumu, İstanbul, Yetkin Yayıncılık, 2010.
- COŞKUN, Mahmut: İnşaat Sözleşmelerinden Kaynaklanan Davalar, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- ÇAKIROĞLU, Mehmet: İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- ÇETİNER, Selma/ BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru: Ticari İşletme Ve Şirketler Hukuku, 5.B, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

- ÇINAR, Ömer: “*Türk Borçlar Kanunu Ve Alman Medeni Kanuna Göre Ceza Koşulunun İndirilmesi*”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S.16, s.91-115, 2009.
- DEMİR, Müslim: “*İş Sözleşmesinde Cezai Şartın Geçerliliği*”, Mali Çözüm, 181-18, Kasım-Aralık 2019.
- DEMİRCİOĞLU. Ahmet Murat: İş Hukukunda Cezai Şart, Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan, İstanbul, Beta Yayınevi, s.159-173, 2010.
- DİRİCAN, Gökhan: Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007.
- DOĞAN, Murat/ ATAMULU, İsmail/ ŞAHAN, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. B, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- DUMAN, İlker Hasan: İnşaat Hukuku, 7. B. , Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015.
- EKİNCİ, Hüseyin: Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, Ankara, Seçkin Yayınları 2004.
- EKİNCİ, Hüseyin: Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu, Ankara, Seçkin Yayınları 2015. (Özel Hukuk Ceza Koşulu)
- ERÇİN, Ferhat: “*Yargıtay Kararları Işığında Tacirlerin Ahlaka Aykırı Cezai Şartın İptalini Veya Tenkisini İsteyebilmeleri*”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak 2011, C.10, S.1, s.89-105.
- ERDEM, Mahmut: “*Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi*”, Gazi Üniversitesi Sorumluluk Ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara, s.97-124, 2009.
- ERDEM, Nazif: Türk Borçlar Kanunu Şerhi ve Davaları, 1.Cilt, Ankara, 1987.
- EREN, Fikret: “*İsimsiz Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar*”, Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan, Beta Yayınları, İstanbul 2008, s.88 – 111.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26.B. , Yetkin Yayınları, Ankara 2021 (Genel Hükümler).
- ERMAN, Hasan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, Der Yayınlar, 2010.
- EROL, Cansel / ÖZEL, Çağlar: “*Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu*”, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Yaşar üniversitesi elektronik dergisi, 8(özel sayı), s.713-733, 2013.

- GÖKÇEOĞLU, Kamil Haluk: Cezai Şart Ve Güncel İçtihatlar, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınevi, 2007.
- GÖKSU, Mustafa: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Ve Tahkim, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- GÜLSEVEN, Hilal: Türk Özel Hukukunda Cezai Şartın İndirilmesi, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- GÜMÜŞ, Alper : “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (Ttk) M.18/1’de Yer Alan “Basiretli İş Adamı (Tacir) Davranışı” Ölçütünün İyiniyetin (Tmk M.3) Varlığının Belirlenmesindeki İşlevi” , Cevdet Yavuz’a Armağan, s.1222-1240.
- GÜNAY, Cevdet İlhan: Cezai Şart, Ankara, Yetkin Yayınları, 2002.
- HATEMİ, Hüseyin/ GÖKYAYLA, Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 5. B, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2021.
- İNAL, Hamdi Tamer: 6102 Sayılı TTK’na Ve Yenilenen Diğer İlgili Mevzuata Göre Hazırlanmış Ticari İşletme Hukuku, Uluslararası Ticari Sözleşmeler Incoterms 2010, Güncellenmiş 2. B. Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015.
- İNAN, Ali Naim/ Yücel, Özge: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. B. Ankara, Seçkin Yayınevi, 2014.
- KAPANCI, Kadir Berk: Götürü Tazminat Anlaşması Ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2013.
- KAPANCI, Kadir Berk: “Dönme Cezası (TBK M. 179 F.3) Ve Cayma Parası (TBK M. 178) Kavramları Arasında Kısa Bir Karşılaştırma” , MÜHF - HAD, C.22, S.2, s.247-270.
- KAPLAN, İbrahim: Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler), Ankara, İmaj Yayıncılık, 2001.
- KARADAŞ, İzzet: Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, 3. B. Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.
- KARAGÖZ, Veli : “İşverenin Tacir Olması Durumunda Cezai Şartın İndirilmesi”, EÜHFD, C. XVIII, S. 3–4, 2014.
- KARAGÖZ, Veli: İş Sözleşmesinde Cezai Şart, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2006. (Cezai Şart)
- KARAHAN, Sami: Ticari İşletme Hukuku, 27. B. , Konya, Mimoza Yayınları, 2015.
- KARAHASAN, Mustafa Reşit: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, Beta Yayıncılık, 2003.

- KARTAL, Bilal: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara, Matsa Basımevi, 1993.
- KAYA, Özgür Katip: Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi, İstanbul, Kazancı Yayınevi, 1993.
- KAYAK, Sevgi: “*Roma Hukukunda Cezai Şart*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2006, C. 64, S.1
- KAYAR, İsmail: Ticari İşletme Hukuku, 11. B. , Seçkin Yayıncılık, 2018.
- KAYIHAN, Şaban/ ÜNLÜTEPE, Mustafa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. B., Seçkin Yayıncılık, 2018.
- KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25.B. , Ankara, Turhan Kitabevi, 2021.
- KIRMIZI, Mustafa: Eser Sözleşmesi Ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara, Şen Matbaa, 2014.
- KOCAAĞA, Köksal: “*İnşaat Sözleşmelerinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart Mı Yoksa Götürü Tazminat Mıdır?*”, TBB Dergisi, 2008. (Götürü Tazminat)
- KOCAAĞA, Köksal: Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası), 2. B. , Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.
- KOSTAKOĞLU, Cevdet: İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 8.B. İstanbul, Beta Yayınları, 2011.
- KUDAT, Arkun: “*Cezai Şartın Mahiyeti Ve Ceza İle Münasebeti*” ,Ankara Barosu Dergisi, C.5, S.58-59, Şubat 1949, s.29-34.
- KURU, Baki/YILMAZ, Ejder/ ARSLAN, Ramazan: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 25.B. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, 12.B. İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016.
- OERTLİ, Theres: Der vertraglich pauschalierte Schadenersatz (unter Berücksichtigung der Abgrenzung zur Konventionalstrafe), Luzern, 2004.
- ÖKTEM ÇEVİK, Seda: “*Ceza Koşulu-Bağlanma Parası-Cayma Parası*” , Prof Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Konferansları III, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, s. 97-112, 2014.

- ÖZDEMİR, Erdem: “*İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.64, S.3, s. 95-120, 2005.
- POROY, Reha/ YASAMAN, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, 15.B. , İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015.
- PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 6.B. , Ankara, Adalet Yayınevi, 2020.
- REİSOĞLU, Safa: Türk Borçlar Hukuk Genel Hükümler, 23. B. İstanbul, Beta Yayıncılık, 2012.
- PEKTAŞ, Ahmet: Eser Sözleşmesinde Ceza Koşulu, Ankara, Gazi Kitabevi, 2021.
- SARI, Suat: “*Götürü Tazminat Kavramı Üzerine*”, Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar Ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu. İstanbul: Hakemsiz Dergi, s. 299-304, 2011.
- SAYMEN, Ferit/ ELBİR, Halid Kemal: Türk Borçlar Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1966.
- SELİÇİ, Özer: “*Seçimlik Borçların İfası*”, İÜHFM, C. 34, S.1-4. (Seçimlik Borçlar)
- SELİÇİ, Özer: İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul, Fakülteler Matbaası,1978.
- SEROZAN, Rona: Sözleşmeden Dönme, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1975.
- SÜTÇÜ, Nazif: Uygulama Ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi Cilt 1, 5.B. , Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- ŞENGÜL, Mehmet: “*Seçimlik Borçlara İlişkin Temel Özellikler Ve Seçimlik Borçların İfası*”, EÜHFD, C.XV, S.3-4, 2011.
- TAMER, Ahmet: “*Tacirler Bakımından Cezai Şart (Ceza Koşulu)*” Türkiye Adalet Akademisinin 10.Yılı Kuruluş Armağanı, TAAD, S.14, Temmuz 2013, s.732-770.
- TEKELİOĞLU, Numan: “*İnşaat Sözleşmelerinde Cezai Şart ve Götürü Tazminat*” , Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, C.2, S.2, s. 159-186, 2017.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.B. , İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.
- TİRYAKİ, Murat: “*Özel Hukuk Alanında Cezai Şart*”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi). İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2005.

- TUNÇAMOĞ, Kenan: “*Cezai Şartın Hukuki Mahiyeti*”, BATİDER, C.1, S.4, s. 558-568, Haziran 1962.
- TUNÇAMOĞ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6.B. , İstanbul, 1976.
- TUNÇAMOĞ, Kenan: Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul: Baha Matbaası, 1963. (Cezai Şart)
- UÇAR, Salter: Hukukta Cezai Şart Ve Uygulaması, İstanbul, Alfa Basım Yayın Dağıtım, 1993.
- USLU, Ebubekir: Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- USTA, Oğuz: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi’nde Cezai Şart Ve Kira Tazminatı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.
- ÜLGEN, Hüseyin / HELVACI, Mehmet/ KENDİGELEN, Abuzer/ KAYA, Arslan/ NOMER ERTAN, Füsun: Ticari İşletme Hukuku, 5.B. , İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2015.
- VON TUHR, Andreas (C. EDEGE, Çevr.) : Borçlar Hukukunun Umumi Kısım II, İstanbul, Yeni Matbaa, 1953.
- YAĞCIOĞLU, Burcu: Türk Ve İsviçre Hukukunda Ceza Koşulu, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- YAVUZ, Cevdet: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 10.B. , İstanbul, Beta Yayınları, 2014.
- YAVUZ, Nihat: Yeni ve Eski Türk Borçlar Kanunu’na Göre Eser ve Hizmet Sözleşmeleri, Ankara, Adalet Yayınları, 2011.
- YILMAZ, Ejder/ ARSLAN, Ramazan/TAŞPINAR AYVAZ, Pınar/ HANAĞASI Emel: Medeni Usul Hukuku, 7.B. , Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- YÜCEL, Özge: “*Yargıtay Kararı Işığında Geçersiz veya Feshedilmiş Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi İlişkisinde Haksız Yapı Hükümlerinin Uygulanabilirliği*”, AÜHFD, C.62, S.2, s.539-563, 2013.