T.C.

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

TÜRK BORÇLAR HUKUKUNDA CEZA KOŞULUNUN İNDİRİLMESİ

Yüksek Lisans Tezi

Melike AKKOYUN

Ankara- 2021

T.C.

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

TÜRK BORÇLAR HUKUKUNDA CEZA KOŞULUNUN İNDİRİLMESİ

Yüksek Lisans Tezi

Melike AKKOYUN

Tez Danışmanı

Dr. Öğr. Üyesi Şafak PARLAK BÖRÜ

Ankara- 2021

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

TÜRK BORÇLAR HUKUKUNDA CEZA KOŞULUNUN İNDİRİLMESİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Tez Danışmanı

Dr. Öğr. Üyesi Şafak PARLAK BÖRÜ

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

Adı ve Soyadı	**İmzası**
1- Prof. Dr. Arif KOCAMAN	
2- Doç. Dr. Levent BÖRÜ	
3- Dr. Öğr. Üyesi Şafak PARLAK BÖRÜ	
4-	
5-	

Tez Savunması Tarihi

07/01/2021

T.C.

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

Dr. Öğr. Üyesi Şafak PARLAK BÖRÜ danışmanlığında hazırladığım "Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulunun İndirilmesi (Ankara2021) " adlı yüksek lisans tezimdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

Tarih: 07/01/2021
Melike AKKOYUN

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER i
KISALTMALAR v
GİRİŞ 1

BİRİNCİ BÖLÜM
CEZA KOŞULU KAVRAMI, AMACI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE UYGULAMA ALANI

I. CEZA KOŞULU KAVRAMI 3
A. Kavram 3
B. Tanım 5
C. Tarihçe 6
II. CEZA KOŞULUNUN AMACI VE HUKUKİ NİTELİĞİ 7
A. Ceza Koşulunun Amacı 7
B. Ceza Koşulunun Hukuki Niteliği 12
1. Genel Olarak 12
2. Ceza Koşulunun Niteliği Hakkında İleri Sürülen Görüşler 13
III. CEZA KOŞULUNUN UYGULAMA ALANI VE YER ALDIĞI HUKUK DİSİPLİNLERİ 16
A. Genel Olarak Ceza Koşulunun Uygulama Alanı 16
B. Yer Aldığı Hukuk Disiplinleri 17
1. Borçlar Hukuku Açısından Ceza Koşulu 17
2. Medeni Hukuk Açısından Ceza Koşulu 19
3. Ticaret Hukuku Açısından Ceza Koşulu 20
4. İş Hukuku Açısından Ceza Koşulu 21
5. Diğer Hukuk Disiplinleri Açısından Ceza Koşulu 24
VI. CEZA KOŞULUNUN UNSURLARI 25
A. Asli Bir Borcun Bulunması 25
1. Asıl Borcun Varlığı Şartı 25
2. Asıl Borcun Geçerli Olması Şartı 26
B. Ceza Koşulunun Asıl Borçtan Ayrı Bir Edim Olarak Kararlaştırılması 32
C. Ceza Koşulunun Bir Hukuki İşlemle Belirlenmesi 34
1. Ceza Koşulu Anlaşması 34
2. Ceza Koşulunun Şekli ve Geçerlilik Şartları 37

a. Ceza Koşulunun Şekli 37
b. Ceza Koşulunun Geçerlilik Şartları 39
3. Ceza Koşulunu Oluşturan Hukuki İşlemin Tarafları 42
V. CEZA KOŞULUNUN ÖZELLİKLERİ 44
A. Ceza Koşulunun Her Türlü Borç İçin Kararlaştırılabilmesi 44
B. Ceza Koşulunun Fer'iliği 47
C. Ceza Koşulunun Şahsi Teminat Sözleşmesi Olması 51
VI. CEZA KOŞULUNUN TÜRLERİ 51
A. Seçimlik Ceza Koşulu (İfa Yerine Talep Edilebilen Ceza Koşulu) 51
B. İfaya Eklenen Ceza Koşulu 54
C. İfayı Engelleyen Ceza Koşulu (Dönme Cezası) 58
VII. CEZA KOŞULUNUN BENZER KAVRAMLARDAN FARKI 62
A. Götürü Tazminattan Farkı 62
B. Bağlanma Parasından Farkı 65
C. Cayma Parasından Farkı 67
D. Kefaletten Farkı 68
E. Seçimlik Borçtan Farkı 69
F. Seçimlik Yetkiden Farkı 71
G. Temerrüt (Gecikme) Faizinden Farkı 72

İKİNCİ BÖLÜM

CEZA KOŞULUNUN İNDİRİLMESİNE İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR

I. CEZA KOŞULUNUN İNDİRİLMESİNİN AMACI VE HUKUKİ NİTELİĞİ 74
A. Ceza Koşulunun İndirilmesinin Amacı 74
B. Ceza Koşulunun İndirilmesinin Hukuki Niteliği 78
1. Kesin Hükümsüzlük Yaptırımı Olduğu Görüşü 78
2. İptal Edilebilirlik Yaptırımı Olduğu Görüşü 81
3. Yenilik Doğuran Hak Olduğu Görüşü 82
4. Ortalama Yaptırım Olduğu Görüşü 83
5. Sebepsiz Zenginleşme Olduğu Görüşü 83
C. Ceza Koşulunun İndirilmesinin Tarihsel Gelişimi 84
D. Ceza Koşulunun İndirilmesi Hakkında Görüşler 85
1. Ceza Koşulunun İndirilmemesini Savunan Görüş 85
2. Ceza Koşulunun İndirilmesini Savunan Görüş 85
II. CEZA KOŞULUNUN İNDİRİLMESİNİN ŞARTLARI 86

A. Geçerli Ceza Koşulunun Bulunması 87
B. Ceza Koşulunun Muaccel Olması 90
C. Ceza Koşulunun İfa Edilmemiş Olması 91
D. Ceza Koşulunun Aşırı Olması 93
1. Aşırılığın Tespitinde Yararlanılacak Ölçütler 96
a. Alacaklının Menfaati 97
b. Borç İhlalinin Ağırlığı 102
c. Borçlunun Kusurunun Ağırlığı 104
d. Alacaklının Müterafik Kusuru 106
e. Tarafların Ekonomik Durumu 108
f. Ceza Koşulunun Kararlaştırılma Amacı 112
g. Borçlunun Menfaati 113
2. Aşırılığın Tespitinde Esas Alınacak Zaman 114
E. İndirimin Yasaklanmamış Olması 117
F. İndirim Talebi 118
III. CEZA KOŞULUNDAN İNDİRİLECEK MİKTARIN BELİRLENMESİ 121
A. İndirimin Yapılış Şekli 121
1. Bölünebilir Edimleri Konu Edinen Ceza Koşulunun İndirilmesi 121
2. Bölünebilir Olmayan Edimleri Konu Edinen Ceza Koşulunun İndirilmesi 123
3. İndirim Ölçütleri 125
a. Tarafların Menfaatleri 130
b. Borca Aykırı İfa Sebebiyle Meydana Gelen Zarar 132
c. Borçlunun Kusuru 133
d. Tarafların Ekonomik Durumu 134
B. Ceza Koşulunun Tamamen Kaldırılması 135
C. Kısmen İfa Halinde İndirim 138
D. Ceza Koşulunun Kısmen Talep Edilmesi 140
E. Yabancı Para Borçlarında İndirim 141
F. Borçlunun İndirim Talep Hakkından Feragat Etmesi 142
G. Ödenmiş Ceza Koşulunun İndirilmesi 143
IV. CEZA KOŞULUNUN İNDİRİLMESİNE İLİŞKİN HÜKMÜN HUKUKİ NİTELİĞİ, DÜRÜSTLÜK KURALI VE KISMÎ HÜKÜMSÜZLÜK İLE İLİŞKİSİ 145
A. Ceza Koşulunun İndirilmesine İlişkin Hükmün Hukuki Niteliği 145

B. Ceza Koşulunun İndirilmesine İlişkin Hükmün Dürüstlük Kuralı ve Kısmi Hükümsüzlük ile İlişkisi 146

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
CEZA KOŞULUNUN İNDİRİLMESİNE İLİŞKİN ÖZEL DURUMLAR VE USULİ İŞLEMLER

I. TACİRLERİN CEZA KOŞULUNUN İNDİRİLMESİNİ İSTEYEMEMESİ .. 149
A. Tacirin Ceza Koşulunun İndirilmesini İsteyememesine İlişkin Genel Açıklamalar 149
B. Tacirin Ceza Koşulunun İndirilmesini İsteyememesinin Koşulları 151
1. Borçlunun Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Tacir Sıfatına Sahip Olması 151
2. Ceza Koşulunun Ticari İşletmeyle İlgili Bir Borç İçin Getirilmesi 157
3. Tacir Borçlunun Aleyhine Hükmedilen Ceza Koşulunun TBK'nun 26. ve 27. Maddelerine Aykırı Olmaması 161
II. CEZA KOŞULUNUN İNDİRİLMESİNDE USULÜ İŞLEMLER 168
A. İndirimin Talep Edileceği Makam 168
1. Yetkili Mahkeme 168
2. Görevli Mahkeme 170
3. Tahkim 172
B. Yargılama Sebebiyle Oluşan Giderlerden Sorumluluk ve İcra İnkar Tazminatı 174

SONUÇ 176
KAYNAKÇA 180
ÖZET 190
ABSTRACT 191

KISALTMALAR

Av. **:** Avukat

bkz. **:** Bakınız

C. **:** Cilt

Çev. **:** Çeviren

dpn. **:** Dipnot

Dr. **:** Doktor

E. **:** Esas

E.T. **:** Erişim tarihi

HMK **:** 6100 sayılıHukuk Muhakemeleri Kanunu

K. **:** Karar

m. **:** Madde

M.Ö. **:** Milattan önce

M.S. **:** Milattan sonra

s. **:** Sayfa

S. **:** Sayı

T. **:** Tarih

TBK **:**6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu

TMK **:** 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu

TTK **:** 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

UYAP **:** Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi

vb. **:** Ve benzeri, ve bu gibi

vd. **:** Ve devamı

Y. : Yıl

GİRİŞ

Türk Hukuku'nda ceza koşulu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 179. ve 182. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Özel hukuk düzeninin temeli olan borç ilişkilerinde, borçlunun borca aykırı davranışı sonucunda ifa edilmeme nedeniyle ortaya çıkan zararı tazmin kolaylığı sağlayan ve bu borcu teminat altına alma açısından rehin ve kefaletten daha pratik olan ceza koşulu, alacaklının alacağını kuvvetlendirmeye yardımcı olur. Ceza koşulu kararlaştırılan bir borç ilişkisinde, borca aykırı ifa durumunda alacaklının zararını ispatlaması gerekmeyecek ve ispat kolaylığı alacaklının alacağına kavuşmasına yardımcı olacaktır. Yine ceza koşulunun kararlaştırıldığı borç ilişkilerinde ceza koşulunun başlangıçta götürü olarak belirlenmesi, genellikle asıl borçtan yüksek miktarda kararlaştırılması ve alacaklının ispat zorunluluğu olmaması nedeniyle borçlu üzerinde bir ifa baskısı yaratacağı şüphesizdir.

Ceza koşulunun alacaklıya sağladığı avantajlar dışında, borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmeme hallerinde olması gerekenden daha da fazla borçlu aleyhine kararlaştırıldığı yani belirlenen ceza koşulu miktarının aşırı olduğu durumlar karşımıza çıkabilmektedir. Kanun koyucu borçlunun sömürülmesini engellemek ve sözleşme adaletini sağlamak amacıyla emredici hukuk kuralı niteliğinde olan Türk Borçlar Kanunu'nun 182/III maddesi ile aşırı olan ceza koşulunun hakim tarafından re'sen indirilmesi hükmünü getirmiştir. Her ne kadar borç ve sözleşme ilişkilerinde irade serbestisi ilkesi geçerli olsa da istisnai bir düzenleme olarak söz konusu kural getirilmiş ve tarafların herhangi bir talebi olmaksızın hakime, önüne gelen uyuşmazlıkta karşısına çıkan aşırı ceza koşulunu indirme yetkisi verilmiştir.

Aşırı ceza koşulunun indirilmesine imkan veren ve kamu düzeninden kaynaklanan indirim kuralının, hangi ölçütler ile somutlaştırılacağı yönünde Kanun Koyucu herhangi bir düzenleme yapmamıştır. Ceza koşulunun hangi şart ve durumlarda

aşırı olacağına ilişkin kriterler bilimsel çalışmalar ve Yargıtay uygulaması tarafından somutlaştırılmıştır.

Bu çalışmamızda öncelikle ceza koşulu kavramı genel olarak ele alınmış, benzer hukuki kurumlardan farkı irdelenmiş ve sonrasında ceza koşulunun indirilmesinin şartları, tacirlerin indirim karşısındaki durumu ve indirim yöntemi detaylıca incelenmiştir. Ceza koşulunun indirilmesi konusu incelenirken konunun somutlaştırılması açısından öğretideki görüşlerden ve özellikle de -uygulamada temel kriterleri belirleyen ve indirim hususunda en önemli kaynak olan- Yargıtay içtihatlarından yararlanılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

CEZA KOŞULU KAVRAMI, AMACI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE UYGULAMA ALANI

I.CEZA KOŞULU KAVRAMI

A. Kavram

Sözleşme hukukunda, borçlu tarafından taahhüt edilen edimin, sözleşmede kararlaştırılan şekilde hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesi durumunda alacaklının uğradığı zararın borçlu tarafından tazmin edilmesi gerektiği zaman karşımızaçıkan bazı hukuki kurumlar vardır. Rehinin ve kefaletin de yer aldığı bu hukuki kurumlar içerisinde "ceza koşulu" da bulunmaktadır[1]. Ceza koşulu kavramı 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 179. ve 182. maddeleri arasında düzenlenmiştir. 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nda ise ceza koşulu kavramı "cezai şart" adıyla karşımıza çıkmaktadır. Kanun koyucu terim değişikliğine giderek öğretidefarklı terimlerle de adlandırılan "cezai şart" kavramına 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile birlikte "ceza koşulu" tabirinide eklemiştir. 818 sayılı mülga ve 6098 sayılı Borçlar Kanunlarımızda durum böyleyken 743 sayılı eski Türk Medeni Kanunu'nda "ceza şartı" 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda ise "cezai şart-ceza şartı" kavramı kullanılmıştır. Ayrıca 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu'nda "cezai şart", 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'nda ise "sözleşme cezası" kavramı kullanılmıştır[2].Kanun koyucu kanaatimizce öğretide cezai şart ile ilgili bulunan kavram karmaşasına bir nebze olsun son vermek amacıyla TMK'nun kabul tarihinde(22/11/2001) yürürlükte olan 818 Sayılı mülga

[1] GÖKÇEOĞLU, Kamil Haluk,**Cezai Şart ve Güncel İçtihatlar**, Kazancı Yayınevi, İstanbul 2007, s.14.
[2] USLU, Ebubekir, **Türk Borçlar Hukuku'nda Ceza Koşulu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.1; GÜLSEVEN, Hilal, **Türk Özel Hukukunda Cezai Şartın İndirilmesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s.1.

Borçlar Kanunu'nda ve 6762 Sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu'nda kullanılan "cezai şart" kavramını kullanmayı tercih etmiştir. Ancak her ne kadar üç Kanun'da da "cezai şart" kavramı kullanılsa da 2012 yılında TTK ve TBK'nun yürürlüğe girmesi ile bu durum değişmiş "cezai şart" tabirine ikame olarak başka tabirlerin kullanılması, bir nebze de olsa sağlanan terim birliğinin dağılmasına sebep olmuştur.

Öğretide ise ceza koşulu kavramı birden fazla şekilde adlandırılmaktadır. "Ceza şartı"[3], "akdi ceza"[4], "cezai sözleşme kaydı"[5] ve "sözleşme cezası- sözleşmesel ceza[6]" bu adlandırmalardan birkaçıdır. Öğretidede kanunlarda olduğu gibi kavram birliği sağlanamamıştır. Görüldüğü üzere bazı yazarlar kanun metnindeki ibareleri kullanmayı bazıları ise de Kıta Avrupası Sistemi'ni benimseyen ülkelerin kanunlarında kullanılan terimlerin birebir Türkçe karşılıklarını kullanmayı tercih etmiştir[7].

Yargıtay uygulamasında ise "cezai şart" ve "ceza koşulu" kavramları bir arada kullanılmıştır[8]. Yargıtay'ın hem eski tarihli hem de yeni tarihli kararlarında, kanunun kronolojik sırayla getirdiği terimlere paralel şekilde bir kullanım sergilemediği görülmektedir. TBK ile ceza koşulu terimi getirilse de Yargıtay eski kanunda yer alan

[3] ARSLANLI, Halil, **Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumi Hükümler**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1960, s.62

[4] TUHR, Von Andreas (Çev. Av. Cevat EDEGE), **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı**, 2. Baskı, C.1-2, Ankara 1983, s. 763 vd.

[5] SAYMEN, H. Ferit / ELBİR, K. Halid, **Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler**, Hak Kitapevi, İstanbul 1958, s. 833.

[6] KARAHASAN, R. Mustafa, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler Öğreti Yargıtay Kararları**, Beta Basım Yayım, İstanbul 2003, C.2, s.137.

[7] İsviçre Medeni Kanunu'nda ve Alman Medeni Kanunu'nda sözleşme cezası tabiri kullanılmıştır. KARAHASAN, s. 137.

[8] Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 18.04.2018 T., 2016/3234 E.,2019/1507 K. "…Az yukarıda değinilen yasal düzenlemeler uyarınca, davalı yüklenicilere ek yükümlülük getiren 14.03.2010 tarihli adi yazılı sözleşme resmi şekilde yapılmadığından geçersiz olup bu sözleşmeye dayalı olarak ceza koşulu istenemez…" UYAP**,** (ET: 24.11.2019); Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 30.10.2019 T., 2019/390 E., 2019/4297 K. "Bu durumda mahkemece, 13.07.2010 tarihli arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tüm arsa sahiplerinin katılımıyla yapılmamış olması nedeniyle geçersiz olması ve sonradan diğer arsa sahibinin muvafakatı sağlanmak ya da ayrı bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapılmak suretiyle geçerli hale getirilmemesi göz önünde bulundurularak, geçersiz sözleşmenin tarafı olan arsa sahiplerinden işbu geçersiz sözleşmeye dayanılarak cezai şart istenemeyeceği gerekçesiyle cezai şart isteminin reddine karar verilmesi gerekir…"UYAP**,** (E.T.: 24.11.2019)

cezai şart terimini de kullanmaya devam etmektedir. Yargıtaybirçok kararında ceza koşulu ve cezai şart tabirini bir arada kullanmıştır[9].

Tüm bu açıklamalar ışığındakanunda, öğretide ve pratikte kavram birlikteliği bulunmasa da "cezai şart" tabiri ön plana çıkmaktadır[10]. Kanaatimizce bunun sebebi, en uzun süre yürürlükte kalan 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu[11] ve yine en uzun süre yürürlükte kalan 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nda[12] "cezai şart" kavramına yer verilmesi ve uzun yıllar bu hem ticaret hukukunda ve hem de borçlar hukukunda bu kavramın kullanılmış olmasıdır.

Yukarıdaki açıklamalardan sonra kavram bütünlüğü ve TBK'una uygunluk açısından "ceza koşulu" kavramı kullanılacaktır.

B.Tanım

Ceza koşulunun kanuni bir tanımı bulunmasa da öğretide birden fazla şekilde tanımlanmıştır. TBK'nun 179. ve 182.maddeleri arasında ceza koşulunun tanımına değil, genel açıklamalara ve hukuki düzenlemelere yer verilmiştir. TTK'nda da sözleşme cezası kavramına hukuki düzenlemeler içinde yer verilmiş ancak kanun koyucu herhangi bir tanım yapmamıştır. Aynı şekilde TMK'nda da ceza şartı kavramı hukuki düzenlemeler içinde kullanılmış ve TBK ve TTK'nda olduğu gibi kanun koyucu herhangi bir tanıma yer vermemiştir. Kanunlarda herhangi bir tanımın bulunmaması

[9] Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 03.03.2020 T., 2020/188 E., 2020/4019 K., "…Türk Borçlar Kanunu'nun 420/1. maddesine göre, hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersiz sayılmıştır. İşçi işveren arasındaki belirli süreli ya da belirsiz süreli nitelikteki sözleşmelerde cezai şart içeren hükümler, yerleşik içtihatlar ile karşılıklılık prensibinin bulunması halinde kural olarak geçerli kabul edilmektedir…"; Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 12/09/2019 T., 2017/3732 E., 2019/4342 K. "…Zira Kanun, 179. maddenin ikinci fıkrasında bütün eksik ifa hallerini değil, bunlardan sadece zaman veya yer itibariyle aykırılık teşkil edenlerin ifaya eklenen ceza koşulu olduğunu kabul etmiştir. TBK'nun 179/II. maddesi hükmü emredici yapıda olmayıp düzenleyici nitelikte olduğundan taraflar, yukarıda belirtilen iki hal dışında kalan eksik ifalarla, bütün ifa etmeme hallerinde de ifa ile birlikte cezaişartın istenebileceğini kararlaştırabilirler…" UYAP, (E.T.: 24/11/2019).

[10] USLU, s. 26.

[11] 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu 1956 yılında yürürlüğe girmiş ve 2012 yılında 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle mülga olmuştur.

[12] 818 sayılı Borçlar Kanunu 1926 yılında yürürlüğe girmiş ve 2012 yılında 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle mülga olmuştur.

sebebiyle öğretide birden fazla tanıma yer verilmiştir. Yargıtay ise kararlarında,öğretide kullanılan tanımlara atıf yapmakla yetinmiştir[13].

Kanaatimizce ceza koşulunun tanımı şöyledir: ceza koşulu, taahhüt edilen edimin hiç yerine getirilmemesi, eksik olarak yerine getirilmesi ya da taraflarca kararlaştırılan şekilde yerine getirilmemesi durumunda borçlunun, alacaklının uğrayacağı olası zararı karşılayacağını taahhüt ettiği, alacaklının alacağını garanti altına alan, borçluda ise ifa baskısı oluşturan, sözleşme anında ya da sonrasında kararlaştırılan fer'ilik özelliğine haiz ekonomik değeri olan bir edimdir[14].

C.Tarihçe

Ceza koşulununkökleri çok eski tarihleredayanmaktadır. Babil kralı Hammurabi'nin M.Ö. 1760 yılında oluşturduğu Hammurabi Kanunları'nda ceza koşulu kavramı karşımıza çıkmaktadır[15]. Ceza koşulunun tanımı yapılmamış olsa da hukuki yaptırım olarak kendisini göstermektedir. Babil hukukunda borca aykırılığın yaptırımı olarak ortaya ceza koşulunun amacı, borçluyu cezalandırmaktır.

Antik Roma'da ise ceza koşulu kavramının ortaya çıkışı "Corpus İuris Civilis"[16] ile olmuştur. "Corpus İuris Civilis"de ceza koşulunun tanımı bulunmamaktadır ve ceza koşuluna dair hükümler toplu olarak yer almamaktadır Kavram olarak ceza koşulunu

---

[13] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 01.03.2017 T., 2015/9-989 E., 2017/386 K., "…Cezai şart öğretide, mevcut borcun ifa edilmemesi veya eksik ifası halinde ödenmesi gereken mali değeri haiz ayrı bir edim olarak tanımlanmıştır (Tunçomağ, Kenan: Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963). Cezai şart Borçlar Kanunun 158 – 161 inci maddeleri arasında düzenlenmiş olup, İş Kanunlarında konuya dair bir hükme yer verilmemiştir. İş hukuku açısından Borçlar Kanunun sözü edilen hükümlerini uygulamakla birlikte, Dairemizce bazı yönlerden İş hukukuna özgü çözümler üretilmiştir…", UYAP**,** (E.T.:24.11.2019).

[14] VON TUHR , s.763; YAĞCIOĞLU, Burcu, **Türk ve İsviçre Hukuku'nda Ceza Koşulu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.20.

[15] 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 açtıysa 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. : 12/12/2019).

[16] Doğu Roma İmparatoru I. Justiniaus tarafından M.S. 6. yüzyılda meydana getirtilen ve 4 bölümden (Codex, İnstitutiones, Digesta, Novallae) oluşan hukuk kitabıdır.

belirtmek için ise ceza anlamına gelen "poenae" kelimesi kullanılmıştır[17]."Corpus İuris Civilis" vatandaşların yapacakları sözleşmelere, sözleşmeye aykırı davranılması durumunda alacaklının uğrayacağı zararı tazmin edecek şekilde kurallar koyulmasınaimkân tanımıştır[18]. Roma Hukuku"nda sözleşmelerin daha çok sözlü şekilde yapılması nedeniyle ceza koşulu da en çok bu yolla(stipulatio) kararlaştırılmaktaydı[19]. Taahhüt eden ve taahhüt edilen arasında sözlü olarak "… yapmayı taahhüt ediyor musun?", "evet, taahhüt ediyorum" gibi cümleler kullanılarak sözleşme kurulurdu. Ceza koşulu da bu şekilde kurulan sözleşmelerde sözlü olarak taahhüt edilirdi. Roma Hukuku'nda Babil Hukuku'nun aksine ceza koşulu daha çok bir tazminat aracı olarak kullanılmıştır[20].

II. CEZA KOŞULUNUN AMACI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Ceza Koşulunun Amacı

Ceza koşulunun amacını tek bir alt başlıkta toplamak mümkün değildir. Kanunlarımızda ceza koşulunun amacı belirtilmediği için öğreti ve Yargıtay tarafından, ceza koşuluna dair kanunlarımızda bulunan yasal düzenlemelerin ışığında, ceza koşulunun amaçları belirtilmiştir. Ceza koşulununifa baskısı, zararın tazmini kolaylığı, sözleşmeyi ortadan kaldırma kolaylığı gibi birden fazla amacı bulunmaktadır[21].

İdeal hukuk düzeni, her sözleşmenin ihtiva ettiği şartlara uygun şekilde ifa edilmesi (ahde vefa ilkesi- pacta sund servanda) gerektiğini amaçlasa da gerçek hayatta

[17] KAYAK, Sevgi, "Roma Hukukunda Cezai Şart", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 2006, C. 64, S.1, s. 238.
[18] KOCAAĞA, Köksal, **Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası),** 2. Baskı, Ankara 2018, s.42.
[19] KOCAAĞA, s.41.
[20] KOCAAĞA, s.43.
[21] YAĞCIOĞLU, s. 36; GÜLSEVEN, s. 25; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, Yasemin, **Ceza Koşulu -Özellikle Zarar ve Tazminatla İlişkisi,**Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018. s. 5-7; USLU, s. 29; EKİNCİ, s. 54; KOCAAĞA, s.31.

ideal hukuk düzeninin yansımadığı hukuki işlemler olacaktır[22]. Sözleşmeye aykırı olarak ifa edilme ya da sözleşmede kararlaştırıldığı gibi ifa edilmemedurumunda alacaklının sözleşmeden umduğu yararın gerçekleşmesi beklenemez. Alacaklının uğradığı zararın tazmini için borçluya başvurması gerekir. Bu durumda, alacaklının sözleşme sebebiyle uğradığı zararın tazmini için borçluyu öncelikle temerrüde düşürmesi ve zararınıispatlaması gerekir. Alacağını elde edemeyen alacaklı için ispat şartının külfet olacağı şüphesizdir. İşte burada, ceza koşulunun amaçlarından"uğranılan zararın tazmini kolaylığı" karşımıza çıkar. Borçlu ve alacaklı, sözleşme görüşmelerinde sırasında ifa edecekleriasli edimleri belirlerler. Bu edimlerin ifa edilmemesi ya da kararlaştırılan şekilde ifa edilmemesi durumunda, borçlu tarafından alacaklıya belli bir miktar cezai şart ödenmesi kararlaştırılabilir[23]. Bu önceden kararlaştırma imkanının taraflara verilmesinin sebebi şüphesiz ki sözleşmeden doğacak zararları en doğru şekilde bilebilecek kişiler olmalarıdır[24]. Tazminat hukukunun genel kuralı olan zarar görenin zararını ispatlaması şartı, alacaklı adına külfetten başka bir şey olmayacaktır. Sözleşmeden beklediği yarar gerçekleşmeyen alacaklının zararını kanıtlaması için hukuki yollara başvurması onun için daha fazla zaman kaybına ve masrafa sebep olacaktır. İşte burada ceza koşulunun "uğranılan zararın tazmini kolaylığı" amacı karşımıza çıkar. Bu amaca "tazminat amacı"[25]diyen yazarlar da bulunmaktadır.

Ceza koşulunun kararlaştırıldığı durumlarda, tazminat hukukunun genel hükümlerinden olan "zararı alacaklı ispatlar" kuralı devre dışı kalacak ve sözleşme kurulurken ya da daha sonrasında taraflar tarafından kararlaştırılan ceza koşulu bedeli alacaklı tarafından ispata gerek olmadan istenebilecektir. Alacaklı bu sayede ispat külfetinden kurtulacaktır. Alacaklının sözleşmede kararlaştırılan ceza koşulu miktarını

[22]TAMER, Ahmet, "Tacirler Bakımından Cezai Şart (Ceza Koşulu)", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Temmuz 2013, Y.4, S. 14, s.732.
[23] Ceza koşulu sadece belli bir miktar paranın ödenmesi olarak karşımıza çıkmamakta, paranın yanı sıra belli bir şeyin verilmesi ya da yapılması gibi ekonomik değere haiz edimler de ceza koşulunun konusu olabilmektedir. (KARAGÖZ, Veli, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s.25).
[24] TUNÇOMAĞ, Kenan, **Türk Hukukunda Cezai Şart**, Baha Matbaası, İstanbul 1963, s.50.
[25] VON TUHR, s.763; GÜLSEVEN, s. 29.

yalnızca talep etmesi yeterli olacak, zarar gördüğünü ve zarar miktarını kanıtlamak zorunda kalmayacaktır[26]. Bu kural TBK'nda muayyen bir şekilde yer bulmasa da aksi bir kabul ceza koşulunun ruhuna ters düşeceğinden genel kuralın bu olduğu konusunda öğretide fikir birliği bulunmaktadır. Alacaklı, uğradığı zarar miktarının sözleşmede kararlaştırılan ceza koşulundan daha fazla olduğunu iddia eder ise bu durumda ispat külfeti, ceza koşulu olarak belirlenen miktardan arta kalan kısım için uyanmış olacaktır.

Borçlu, alacaklının zararının doğmadığını iddia ederek ceza koşulunu ödemekten kurtulamaz. Ceza koşulunun kararlaştırılmadığı borç ilişkilerinden farklı olarak kanun koyucu, alacaklıya yüklenen ispat külfetini kaldırmış ve kolaylık sağlamıştır. Borçlunun, alacaklının zararı olmadığını iddia ederek ceza koşulunu ödemekten kurtulması ceza koşulunun konuluş amacına ve kanuna aykırı olacak ve ceza koşulunun amaçlarından biri olan tazmin kolaylığı bertaraf edilecektir. Bu sebepledir ki, borçlunun öne süreceği böyle bir iddia dinlenmeyecektir. Ceza koşulu bu amacı bakımından götürü tazminatla ilişkilendirilebilir[27]. Götürü tazminatta da taraflar kendi arasında edimin ifa edilmeme durumuna karşı peşinen bir tazminat miktarı belirlemektedirler[28]. Bu belirlenen tazminatın ödenmesi için zarar ve ispat şartı yoktur.

Ceza koşulunun bir diğer amacı ise borçlu üzerinde baskı yaratarak sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde ifayı sağlamaktır[29]. Buna ceza koşulunun "ifaya baskı" amacı diyebiliriz. Ceza koşulu bu amacında önleyici bir role bürünür. Hukuk uygulamasındaceza koşulu olarak kararlaştırılan değerin asıl edimle amaçlanan değerden fazla olduğunu sıklıkla görmekteyiz[30]. Borçlu, borcunu ifa etmez ise ifa edeceği edimden daha fazla ceza miktarı ödeyeceğini sözleşmenin en başından bilir. Bu

[26] İZMİRLİ, Mustafa Kağan, **Cezai Şart**(Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Ankara 2010), s.62; KOCAAĞA, s.36-37; GÜLSEVEN, s. 29; USLU, s. 33; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 7; YAĞCIOĞLU, s. 40-41.
[27] USLU, s.33.
[28]PARLAK BÖRÜ, Şafak, "Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Mart-Nisan 2017, S.129, s. 197.
[29]AKKAYAN YILDIRIM, Ayça, "Cezai Şartın İşlevi Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2003, C. LXI, S. 1-2, s. 362.
[30] İZMİRLİ, s.61.

da şüphesiz ki borçlunun üzerinde ifa baskısı uyandıracaktır. Borçlu, daha yararına olduğu için sözleşmede kararlaştırılan asıl edimi ifa edecektir. Ceza koşulu borçlu üstünde önleyici bir etki yaratacak, borçlu asıl borcu ödemek için çaba harcayacak ve alacaklının alacağına ulaşması kolaylaşacaktır[31].

Öğretide her ne kadar tartışmalı olsa da ceza koşulunun ceza özelliği olduğunu savunan yazarlar vardır. Kural olarak, asıl edimden daha fazla miktarda kararlaştırılan ceza koşulu, sözleşmedeki edim ifa edilmediği taktirde alacaklı tarafından istenebilecek; böylece borçlu asıl edimden daha fazlasıyla sorumlu olacaktır. Asıl edimden daha çoğunu ifa etmek zorunda kalan borçlu, fazla ifa ettiği kısım kadar cezalandırılmış olacaktır[32]. İfa edeceği miktar ne kadar çok artarsa borçlu üzerindeki psikolojik baskı da o kadar çok artacaktır[33]. İfa edilmeme durumunda sonradan ve mahkeme kanalıyla miktarı belirlenecek olan zararı ödeme konusunda daha dikkatsiz davranabilecek borçlu, önceden belirlenen, miktarı belli olan ve asıl edimden fazla olan ceza koşulunu ödemek zorunda hissedecektir. Burada ceza koşulu caydırıcı bir rol üstlenmiş olacaktır. Ayrıca borçlunun ceza koşulunu ödeme ihtimali, ödememe ihtimalinden epey yüksek olacaktır. Bunun nedenle borçlu ifadan kaçamayacağı için sözleşmeye aykırı davranmaktan kaçınacaktır. Bu açıklamalarımızdan sonra, ceza koşulunun borçluyu "ahde vefa" ilkesine teşvik amacı vardır denilebilir.

Kanaatimizce, ceza koşulunun ifası için zarar şartının bulunmaması da ceza özelliğinin yansımalarındandır. Çünkü alacaklının hiçbir zarara uğramadığı durumlarda bile sözleşmeye aykırılığın yükü borçlu tarafa yüklenmiştir. Hakime tanınan fahiş ceza koşulunu indirme yetkisinin "ifaya baskı" ve "uğranılan zararın tazmini kolaylığı" amaçlarını bazı durumlarda bertaraf edebileceği söylenebilir.

---

[31] YAĞCIOĞLU, s. 39; GÜLSEVEN, s. 26-27; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 6; USLU, s. 32; KOCAAĞA, s. 34; BİLGE, Necip**, Cezai Şart**, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara 1957, s. 83.
[32] KOCAAĞA, s.43; GÜLSEVEN, s.27.
[33] KOCAAĞA, s.34.

Ceza koşulunun asli iki amacı yukarıda anlattığımız "ifaya baskı" ve "uğranılan zararın tazmini" kolaylığıdır[34]. Tali amaçlarından bahsetmek gerekir ise bunlardan ilki "sözleşmeyi sona erdirmeyi kolaylaştırma" amacıdır. İfayı engelleyen ceza koşulunun varlığını kabul eden yazarlar tarafından ileri sürülen bu amaç sayesinde borçlu, ceza koşulu bedelini ödeyerek ifadan kaçınabilecektir[35]. Borçlunun sözleşmeden dönebilmesi için borcunu ifa etmemesi ya da eksik ifa etmesi şartı aranmaz. İfayı engelleyen ceza koşulunda borçlu borca uygun davranmış olsa bile sözleşmeden dönebilir ya da sözleşmeyi feshedebilir[36].Yargıtay da bir kararında ifayı engelleyen ceza koşulunun amaçları arasında sözleşmeden dönmeyi kolaylaştırma gayesinin de olduğunu ifade etmiştir[37]. Ceza koşulunun amaçları her ne kadar kanunda belirtilmemişse de amaçsal yorum metoduyla bakıldığında, kuralın konuluş amacına ters düşecek, borçlunun yükü azalmış olacak ve ceza koşulunun ifaya baskı amacı devre dışı kalacaktır.Alacaklının ifayı elde etmesinin amaçlandığı ceza koşulu, işlevini yitirmiş olacaktır.

Ceza koşulunun tali amaçlarından bir diğeri ise "bütün zararları borçluya yükleme" amacıdır[38]. Kural olarak borçlu kusursuzluğunu ispatlamadığı sürece ceza koşulu borcunu ifa etmek zorundadır[39]. Borçlu kendisine bağlı olmayan bir nedene dayalı olarak kusurlu bir şekilde borcunu ifa edemese bile zarardan sorumlu olacaktır. Zararın meydana gelmesinde borçlunun herhangi bir kusuru yok ise borçlunun aleyhine bir amaç olsa da taraflar sözleşme ile borçlunun hiçbir kusuru yokken bile ceza koşulunun istenebileceğini kararlaştırabileceklerdir[40].Ancak taraflar böyle bir kararlaştırma yapmamış iseler borçlu, borca aykırı davranışın meydana gelmesinde

[34] USLU, s. 29; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 5; GÜLSEVEN, s.25; YAĞCIOĞLU, s.36-37.
[35] YAĞCIOĞLU, s. 46; TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 63; BİLGE, s. 87.
[36] KOCAAĞA, s. 39.
[37] Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 03/03/2020 T., 2020/188 E., 2020/4019 K.," … Cezai şartın esas itibariyle iki temel amacı bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, borçluyu ifaya zorlamak ve böylece asıl borcun ifasını teminat altına almaktır. Diğeri ise, borcun ifa edilmemesinden doğacak zararı önceden ve götürü şekilde tespit etmektir. Bu iki temel amaç dışında, ifayı engelleyen cezai şartta (dönme cezasında), borçlunun cezai şartı ödemek suretiyle sözleşmeden kolayca dönmesini sağlamak amacı bulunduğu da ifade edilebilir…" UYAP, (E.T. :26/01/2020).
[38] TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 51-52; YAĞCIOĞLU, s. 46.
[39] USLU, s. 165.
[40] YAĞCIOĞLU, s. 46; TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart s.52.

herhangi bir kusuru olmadığını ispatlayarak ceza koşulu borcunu ödemekten kurtulabilir[41].

Yargıtay, ceza koşuluna değindiği kararlarında "ifaya zorlama" ve "tazminatın tespiti kolaylığı" amaçlarından bahsetmiştir[42]. Öğretide birçok yazarın asli amaç olarak tanımladıkları bu iki amaç Yargıtay tarafından da benimsenmiştir.

B. Ceza Koşulunun Hukuki Niteliği

1. Genel Olarak

Ceza koşuluna ilişkin hükümler, yukarıda da değindiğimiz gibi 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 179. ve182. maddeleri arasında düzenlenmiştir. İlgili maddelere bir bütün olarak bakıldığında konulan kuralların salt tamamlayıcı hukuk kuralı ya da salt emredici hukuk kuralı mahiyetinde olduğu söylenemez. Sözleşme ilişkisinde her ne kadar irade serbestisi ilkesi geçerli olsa da kanun koyucu ceza koşulu konusunda emredici birkaç hüküm koymuştur. TBK'nun 181/II, 182/II ve 182/III maddeleri emredici hukuk kuralı mahiyetindedir ve taraflar emredici hukuk kuralının aksine bir kuralı sözleşmeye koyamazlar. Anılan 3 fıkra dışındaki diğer hükümler tamamlayıcı hukuk kuralı niteliğindedir. Taraflar bu kuralların dışına çıkabilir ve kanunda yazılan kuralın aksini kararlaştırabilir.

Ceza koşulunun amacı esas alacağı güçlendirmektir. Buradan hareketle ceza koşulunun güçlendirmesine muhtaç asli bir borcun bulunması zorunludur. Asli borç yok

[41] USLU, s. 165.

[42] Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 04/12/2019 T., 2018/3380 E., 2019/5428 K., "…Cezai şartın amacı, borçluyu borca uygun davranmaya sevketmektir. Cezai şart, asıl alacağı kuvvetlendirme amacı güder…"; Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 03/03/2020 T., 2020/188 E., 2020/4019 K., "…Cezai şartın esas itibariyle iki temel amacı bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, borçluyu ifaya zorlamak ve böylece asıl borcun ifasını teminat altına almaktır. Diğeri ise, borcun ifa edilmemesinden doğacak zararı önceden ve götürü şekilde tespit etmektir …"; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 18/06/2019 T., 2017/19-922 E., 2019/706 K.; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 06/12/2017 T., 2017/15-2821 E., 2017/1552 K., UYAP, (E.T.: 26.01.2020).

ise ceza koşulu da oluşmayacağından, ceza koşulu asıl borca bağımlı bir yan borçtur [43]. Asıl borcun geçersiz bir işlemle kurulmuş ya da ifa, ibra vb.sebeplerle ortadan kalkmış olması durumlarındaasıl borç sona ereceğinden, ceza koşulu da ortadan kalkar[44]. Bu, ceza koşulunun yan borç olmasından kaynaklanmaktadır.

Ceza koşulunun bağlı olduğu asıl borç, sözleşmelerden, hukuki işlemlerden, sebepsiz zenginleşmeden ve hatta haksız fiilden bile kaynaklanabilir. Ceza koşulunu doğuran asıl borcun sebebi çoğunlukla iki taraflı hukuki işlem olan sözleşmedir. Hatta bu sebeple ceza koşuluna "sözleşme cezası" da denilmektedir [45].

Ceza koşulunun hukuki niteliği hakkında öğretide kabul gören birden fazla görüş bulunmaktadır[46]. Ceza koşulunun ceza, sigorta ve götürü tazminat niteliğinde ya da karma nitelikte olduğunu savunan yazarlar bulunmaktadır.

2. Ceza Koşulunun Niteliği Hakkında İleri Sürülen Görüşler

Öğretide, ceza koşulunun ceza niteliği taşıdığı görüşünü savunan yazarlar bulunmaktadır[47]. Bu görüşün savunulmasının sebebi ise borçlunun borcunu gereği gibi ifa etmemesi ya da eksik ifa etmesi durumunda, borçlunun ödemek zorunda kalacağı bir ceza koşulunun olduğunu bilmesi ve bu miktarın çoğu zaman asıl taahhüt edilen edimden bile yüksek olmasının borçlu üzerinde yarattığı ifa baskısıdır. Borcunu yerine getirmeyen borçlu belirli bir miktar ceza koşulunu ödemeye mahkum edilecektir. İfa

[43]KILIÇOĞLU, Ahmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s.998; TUNÇOMAĞ, Kenan, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 6. Baskı, Sermet Matbaası, İstanbul 1976, C.1, s.859; VON TUHR, s.763.
[44] Yargıtay, 4. Hukuk Dairesi, 24/06/1957 T., 1957/1586 E., 1957/4175 K., (YAVUZ, Nihat, **Borçlar Hukuku El Kitabı**, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 530).
[45] TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s.4.
[46] GÖKÇEOĞLU, s.34; TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart s.21; KARAGÖZ, s.34; EKİNCİ, Hüseyin, **Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s,45.
[47] TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s.562; TUNÇOMAĞ, Türk Hukuku'nda Cezai Şart, s.25; KARAHASAN, s. 1374; SAYMEN/ELBİR, s.838.

baskısı borçluyu borca uygun davranma konusunda ikna edecek ve ceza koşulu adeta ceza hukukundaki cezaların caydırıcılığı gibi bir misyon kazanacaktır[48].

Öğretide, ceza koşulunun ceza niteliğinde olduğunu savunulmasının diğer bir sebebi ise TBK'nun 180/I maddesinde ceza koşulunun talep edilebilmesinin herhangi bir zarar şartına bağlanmamış olmasıdır[49]. Sözleşmenin ifa edilmemesi nedeniyle alacaklının hiçbir zararı doğmasa bile borçlu ceza koşulunu ödemek zorunda olması adeta bir ceza niteliğindedir. Ayrıca kelime öbeğinin içerisinde "ceza" kelimesinin geçmesi de ceza koşulunun ceza niteliğinde olduğuna işaret eder[50].

Ceza koşulunun sigorta niteliğinde olduğunu savunun yazarlar da bulunmaktadır[51]. Sigorta sözleşmesinde, sigortacı rizikonun gerçekleşmesi durumunda sigortalatanın uğradığı zararı ödemeyi taahhüt eder. Sigorta sözleşmesinde, zararın tazmini için kusur şartı aranmaz. Mücbir sebeplerden ve beklenmeyen halden bile sigortacının sorumluluğu bulunmaktadır. Bu görüşe göre, sigorta sözleşmesinin kaza vb. beklenmedik durumlardan kaynaklanan zararları taahhüt altına alması ve zararın tazmini için kusur şartının aranmaması, ceza koşuluyla benzerlik göstermektedir. Bu görüş doğrultusunda, ceza koşulu alacaklının menfaatini üstün tutar ve borçlunun, borcunu ifa edememesinde kusurunun olmaması durumlarında bile sorumluluktan kurtulması söz konusu olmaz[52]. Ceza koşulunun sigorta sözleşmesinden en belirgin farkı ise sigorta sözleşmesinde teminatın en üst sınırı, zararın en üst sınırına eşit olmasıdır[53]. Ceza koşulunda ise oluşacak zarardan daha yüksek miktarda bir meblağ kararlaştırmak mümkündür.

[48] YAĞCIOĞLU, s. 25; EKİNCİ, s. 46-47.
[49] SAYMEN/ELBİR, s.829.
[50] GÜNAY, İlhan Cevdet**, Cezai Şart**, Turhan Kitapevi Yayınları, Ankara 2002, s.30.
[51]BİLGE, Necip, s.25.
[52] YAĞCIOĞLU, s.26.
[53] BİLGE, s.55; GÖKÇEOĞLU, s.29; TİRYAKİ, Murat, **Özel Hukuk Alanında Cezai Şart** (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, İstanbul 2015), s. 15; KUDAT, Arkın, "Cezai Şartın Mahiyeti ve Ceza ile Münasabeti", **Ankara Barosu Dergisi**, 1949, S. 58-59 s. 30.

Öğretide ceza koşulunun götürü tazminat niteliğinde olduğunu savunan yazarlar da bulunmaktadır[54]. Bu görüşü savunanların en önemli dayanağı ise ceza koşulunun başlangıçta zarar miktarı belirlenebilir değilken götürü olarak kararlaştırılmasıdır.Bu görüş, sözleşmenin taraflarına kolaylık sağlar ve zararın belirlenmesi külfetinden borçluve alacaklıyı kurtarır. Ceza koşulunun götürü tazminat olduğunu kabul edersek taraflarca başlangıçta götürü olarak kararlaştırılan bedelin azaltılması ya da arttırılmasının mümkün olmaması gerekirdi[55]. Ancak ceza koşulunda,bedelin arttırılmaması TBK'nun 180/2 maddesiyle, azaltılmaması ise TBK'nun 182/3 maddesiyle aşılmıştır.İşte bu yönüyle ceza koşulunun tam olarak götürü tazminat niteliğinde olduğu söylenemez. Ceza koşulu ile götürü tazminatın benzerlik ve farklılıkları ilerleyen kısımlarda incelenecektir.

Doktrinde yer alan bir başka görüş ise ceza koşulunun ceza- tazminat benzeri bir hukuki niteliğe sahip olduğudur[56]. Bu görüşün çıkış noktası ceza koşulunun amacıdır. Ceza koşulunun en önemli amaçları, borçluyu borca uygun şekilde davranmaya teşvik etmek, borca aykırı ifa durumunda zararın tazminini kolaylaştırmak ve borcun kararlaştırılan şekilde ifasını sağlamaktır. Ceza koşulu borçluyu borca uygun ifaya teşvik ederek adeta ceza görünümüne bürünür. Bu görüşe göre, ceza koşulunda ceza ve tazminat niteliği bir arada bulunabileceği gibi bu bir zorunluluk değildir. Bu görüşü eleştirenlere göre, esasen ceza koşulunun hukuki niteliğinin ceza- tazminat karışımı olduğunu ileri sürmek bu iki hukuki kavramın mahiyetine aykırı olacaktır[57]. Çünkü tazminatın amacı borca aykırılık durumunda oluşan zararın giderimini sağlamak iken;

[54] TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s.861 vd.; TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s.23; TUNÇOMAĞ, Kenan, "Cezai Şartın Hukuki Mahiyeti", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Haziran 1962, C.1, S. 4, s. 567; TUTAR, Elce,"Cezai Şartın Hukuki Niteliğini Açıklayan Görüşlerin Dönme Cezası Bakımından Değerlendirilmesi ve Dönme Cezasının Benzer Kurumlardan Farkı", **Terazi Hukuk Dergisi**, Ocak 2017, C. 12, S.125, s.6; TUTAR, Elce**, Dönme Cezası**, Turhan Kitapevi, Ankara 2016, s. 33 vd.
[55] EKİNCİ, s.52.
[56] GÜNAY, s.35; EKİNCİ, s. 51.
[57] GÜNAY, s.35.

cezanın amacı borçlunun borca aykırı davranışı sonucunda, hiçbir kusuru bulunmasa bile götürü şekilde sorumluluk yüklemektir[58].

Yargıtay'ın da bazı kararlarında, ceza koşulunun ceza- tazminat karışımı bir niteliğe sahip olduğunu dile getirdiği görülmektedir[59].

Kanaatimizce ceza koşuluhem eski hem de yeni Borçlar Kanunu'nda ayrı bir alt başlıkta düzenlenmesi, ceza, tazminat, sigorta ve götürü tazminat kurumlarıyla benzer özelliklerinin bulunması ancak yukarıda değindiğimiz farklılıklarının da olması sebebiyle sui generis bir yapıya haizdir.

III. CEZA KOŞULUNUN UYGULAMA ALANI VE YER ALDIĞI HUKUK DİSİPLİNLERİ

A.Genel Olarak Ceza Koşulunun Uygulama Alanı

Ceza koşulu sıkça başvurulan bir hukuki kurum olması sebebiyleoldukça geniş bir uygulama alanına sahiptir. Ceza koşulu, en çok özel hukuk alanında ve özellikle sözleşmelerde uygulama alanı bulmaktadır. Eser sözleşmeleri, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, satım sözleşmeleri, ticaret şirketlerinin ana sözleşmeleri, iş sözleşmeleri, hisse devri sözleşmeleri gibi birçok sözleşme çeşidinde ceza koşulu karşımıza çıkmaktadır. Ceza koşulu tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ve hatta tek taraflı hukuki işlemlerde kararlaştırılabilir. Ceza koşulu, geçerli bir hukuki işlemle kurulması koşuluyla bütün hukuki sonuçlarını doğurur.

---

[58] GÜNAY, s.35.

[59] Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 14/11/1977 T., 1977/4495 E., 1977/5010 K., "…Ceza koşulu, bir edimden ya da belli yer ve zamanda edimden kaçınmada, genellikle para olan bir tutarın ceza olarak verilmesinin sözleşmesidir. Bu sözleşmenin amacı, borçluyu edime zorlama, alacaklıyı zararı saptama yükümünden kurtarma ve olumsuz edimlerde, yaptırım gücünden yararlanmadır. O nedenle, iki fonksiyonu vardır. Bunlardan ilki, ceza, ikincisi de tazminat fonksiyonudur.", (www.lexpera.com, E.T.: 13/02/2020).

B. Yer Aldığı Hukuk Disiplinleri

1. Borçlar Hukuku Açısından Ceza Koşulu

İrade serbestisi arttıkça ceza koşulunun uygulanma alanının artacağı şüphesizdir. İşte bu sebeple borçlar hukuku ceza koşulunun sıkça kullanıldığı alanlardan biridir. Gerçekten de borçlar hukuku sözleşmeleri, ceza koşulu kararlaştırmaya istisnai bazı kısıtlamalar saklı kalmak koşuluyla oldukça uygundur[60]. Taşınır satışı sözleşmelerinde, taşınmaz satışı sözleşmelerinde, eser sözleşmelerinde (özellikle inşaat sözleşmelerinde), kanunda açıkça düzenlenmeyen bazı karma sözleşmelerde (arsa payı karşılığı inşaat vb. sözleşmelerde) ve kira sözleşmelerinde ceza koşulu sık sık karşımıza çıkar.

Eser sözleşmelerinde ceza koşuluna sıklıkla başvurulur. Uygulamada, ceza koşulu eser sözleşmelerininmütemmim cüzü haline dönüşmüş durumdadır. İş sahibi (alacaklı) genellikle borca aykırı ifa, eksik ifa ya da gecikmiş ifa durumları için eser sözleşmelerine ceza koşulu koyar. Özellikle de sözleşmede kararlaştırılan edimin ifasının gecikmesi durumunda geciken her gün için bir miktar para cezası koyma yolunaiş sahibi tarafından sık sık başvurulmaktadır[61]. Eser sözleşmelerinde ve özellikle inşaat sözleşmelerinde konulan ceza koşulu kayıtları ifaya eklenen ceza koşulu niteliğindedir[62]. Ceza koşulu,genellikle başlangıçta götürü olarak belirlenen bir miktarın

[60] TİRYAKİ, s.18.
[61] TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s.53.
[62]TEKELİOĞLU, Numan, "İnşaat Sözleşmelerinde Cezai Şart ve Götürü Tazminat" , **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi,** 2017, S.2, s. 170; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 24/02/2016 T., 2015/2097 E., 2016/1190 K.,"…Taraflar arasında 02.03.2009 tarihinde akdedilen sözleşme uyarınca davacı-karşı davalı taşeron, davalı-karşı davacının yükümlülüğünde bulunan inşaatın ince işçiliğinin yapımını üstlenmiştir. Asıl sözleşmede işin teslim tarihi kararlaştırılmamış ise de 02.12.2009 tarihinde imzalanan taahhütname uyarınca davacı-karşı davalı taşeronun işi 22.12.2009 tarihinde bitirmesi, bu tarihte bitirmediği takdirde her gün için 500,00 TL cezai şart ödeyeceği kararlaştırılmıştır. Davalı-karşı davacı iş sahibi bu taahhütname uyarınca karşı davasında cezai şart talebinde bulunmuş ise de taahhütnamede öngörülen ceza, ifaya ekli cezai şart niteliğindedir. Dava ve sözleşme tarihinde geçerli olan mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 158/II. maddesi uyarınca, sözleşmeye aykırılık halinde aksine hüküm olmadıkça alacaklı hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir…" UYAP**,** (E.T.: 29/02/2020).

ödenmesi şeklinde kararlaştırılabileceği gibi yüklenici tarafından malvarlığı değeri olan başka bir edimin ifası şeklinde de kararlaştırılabilir[63].

Ceza koşulunun başvurulduğu bir diğer sözleşme türü ise gayrimenkul satım sözleşmeleri ve gayrimenkul satış vaadi sözleşmeleridir. Tapulama işlemi gerçekleştirilen taşınmazların devrine ya da bunların devrinin vaadine ilişkin sözleşmelerin ve ceza koşulunu içeren sözleşmenin resmi şekilde yapılması kanuni zorunluluktur[64].

Kanun koyucu özel hukuk sözleşmelerinin bazı türlerinde ceza koşuluna ilişkin birtakım istisnalar ve kısıtlamalar getirmiştir. Bu kanuni kısıtlama getirilen sözleşmelere (kira sözleşmesi, hizmet sözleşmesi vb.) baktığımızda çoğunun taraflarının eşit olmadığını ve bir tarafın diğerine göre daha zayıf konumda olduğunu görebiliriz. Nitekim, kanun koyucu TBK'nun konut ve çatılı işyeri kiralarını düzenleyen 334. ve 346. maddelerinde kiracının durumunu ağırlaştıracak şekilde ceza koşulu konulmasını yasaklamıştır. Aynı şekilde TBK'nun kefalet sözleşmesini düzenleyen 589. maddesinde kefilin ceza koşulundan sorumlu olacağına dair anlaşmalar yasaklanmıştır. Hizmet sözleşmelerinde de sadece işçi aleyhine konulacak ceza koşulunun geçersiz olacağı da TBK'nun 420. maddesinde hükme bağlanmıştır. 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulunun geçersizliği yönünde yasal bir düzenleme

[63]AVCI, Mehmet Özgür, "Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Cezai Şart Sorumluluğu",**Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**,Temmuz 2017, C. 5, S. 1, s. 12.

[64] Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 24/10/2013 T., 2013/365 E., 2013/16569 K., "…Türk Borçlar Kanunu'nun 237 maddesi (BK 213) hükmüne göre "Taşınmaz satışının geçerli olabilmesi için sözleşmenin resmi şekilde düzenlenmesi şarttır." şeklindedir. Anılan hüküm bir geçerlilik şartıdır. Bu maddede öngörülen şekle uyulmadan yapılan sözleşmeler hüküm doğurmaz. Bu nedenle tapulu taşınmazların harici satış yoluyla devri mümkün değildir. (Aynı yönde Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin 01.07.2008 tarih 3589 – 8256 B.K sayılı kararı) Dolayısıyla düzenlenme anında resmi şekilde yapılmamış olan taşınmaz satışına ilişkin sözleşme geçerli kabul edilemez. Davaya konu uyuşmazlığa neden olan 16.04.2010 tarihli satış sözleşmesi resmi şekilde yapılmadığı için geçersizdir. Öte yandan taşınmazların daha sonra tapuda resmi şekilde devirlerinin tamamlanmış olması, başlangıçta geçersiz olan 16.04.2010 tarihli satış sözleşmesine geçerlilik kazandırmaz. Bunun yanında taşınmazların tapu sicilinde resmi şekilde yapılan devri sırasında, alıcı davacı şirket tarafından taşınmazların tapu siciline 16.04.2010 adi şekilde yapılan sözleşmeye ilişkin bir şerh konulmamıştır. Hal böyle olunca geçersiz olan 16.04.2010 tarihli adi taşınmaz satışı sözleşmesine bağlı kararlaştırılan cezai şarta ilişkin hükümlerde geçersizdir..." UYAP**,** (ET: 29/02/2020); GÜNAY, s.39.

olmamasına rağmen; Yargıtay işçi lehine karar vermiş ve bu şekilde konulan kayıtların geçersiz olacağı konusunda içtihat oluşturmuştur[65].

Kanun koyucunun, yukarıda bahsettiğimiz şekilde ceza koşuluna ilişkin birtakım kısıtlamalar getirerek zayıf olanı koruma yoluna gittiği söylenebilir[66].

2. Medeni Hukuk Açısından Ceza Koşulu

Ceza koşuluna medeni hukuk alanında sıkça rastlanılmaz. Bunun sebebi ise ceza koşulunun daha çok irade serbestisine bağlı, sağlar arası işlemlerle kararlaştırılan ve şahsi hakları güçlendiren bir hukuki kurum olmasıdır. Medeni hukukun alanlarından olan eşya hukukuayni haklarla, miras hukuku ise tamamen ölüme bağlı tasarruflarla ilgilenmektedir. Aynı şekilde medeni hukukun diğer alanları olan kişiler ve aile hukuku ise irade serbestisi ilkesinin geçerli olduğu alanlar değildir. Türk Medeni Kanunu'nda kanunun ihtiva ettiği alanlar ve mahiyeti gereği ceza koşuluna ilişkin düzenlemelere pek yer verilmemiştir. Yalnızca TMK'nun 11/II hükmü ile "Evlenmeden kaçınma hali için öngörülen cayma tazminatı veya cezai şart dava edilemez; ancak yapılan ödemeler de geri istenemez." cezai şarta ilişkin bir düzenleme getirilmiştir[67]. Bu düzenlemeye göre, nişanlılığın evlenmeye zorlama aracı olarak kullanılmasının önüne geçilmek istenmiş ve evlenmekten cayma hakkının cezai şart getirilerek zorlaştırılmaması amaçlanmıştır[68].

[65] Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 13/06/2008 T., 2007/22535 E., 2008/15507 K.; Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 26/12/2019 T., 2016/26450 E., 2019/24528 K., UYAP, (E.T.: 01/03/2020).
[66] KOCAAĞA, s.80; AKKAYA, Hilal, **Yargıtay Kararları Doğrultusunda Ceza Koşulu** (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Ankara 2019), s.52.
[67] ÖZCAN BÜYÜKTANIR, Burcu G. / OKYAR KARAOSMANOĞLU, Dila, "Evlenmeye Zorlamak için Öngörülen Cayma Tazminatı ya da Cezai Şart Dava Edilemez; Ancak Yapılan Ödemeler de Geri İstenemez- TMK m. 119/f. 2 Üzerine bir Değerlendirme", **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C.7, S. 1, s. 221.
[68] YAĞCIOĞLU, s. 67.

3.Ticaret Hukuku Açısından Ceza Koşulu

Tacirler, basiretli davranma kuralının sonucu olarak yaptıkları sözleşmelerin çoğuna ceza koşulu koymaktadırlar. Bayilik sözleşmelerinde, nakliye sözleşmelerinde işyerinin devrinde ve ticaret şirketlerinin ana sözleşmelerinde sıkça ceza koşulu ile karşılaşılmaktadır[69]. TTK'nun 483. maddesinde, anonim şirkette, pay sahibinin sermaye koyma borcunu yerine getirmekte temerrüde düşmesi durumunda sözleşme cezasının istenebileceği belirtilmektedir. Limited şirketin ana sözleşmesine de ceza koşulu konulabileceği TTK'nun 577. maddesinde öngörülmektedir.

Ticaret hukukunda ceza koşulunun konulmasının zımni olarak engellendiği durumlar da mevcuttur. Kanun koyucu poliçeyi sıkı şekil şartlarına bağlamış ve poliçe üzerinde bulunması gereken kayıtları düzenlemiştir. Kanunda belirtilenlerin dışındaki kayıtların poliçeye ve buradan hareketle bono ve çeke eklenmesi bunları geçersiz hale getirecektir. Ceza koşulu kaydı içeren bono, poliçe ya da çek geçersizlik yaptırımına tabi olacaktır.

Bayilik sözleşmelerinde de ceza koşulu sık sık karşımıza çıkmaktadır. Bayilik sözleşmesi herhangi bir kanunda düzenlenmemesine karşın ihtiva ettiği özellikler dikkate alındığında ticaret hukuku ile yakından ilişkilidir. Özellikle asgari alım üstlenmesi içeren bayilik sözleşmelerinde ceza koşuluna sıklıkla rastlamaktayız[70]. Yargıtay bu tür sözleşmelerde kararlaştırılan ceza koşulunun ifaya eklenen ceza koşulu olduğunu[71] savunmaktayken,seçimlik ceza koşulu olduğunu savunan yazarlar da mevcuttur[72].

---

[69] TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s.54.

[70]ÇAĞLAYAN AKSOY, Pınar, "Asgari Alım Taahüdü İçeren Bayilik Sözleşmelerinde Cezai Şart-Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 16.01.2013 Tarihli Kararı Üzerine Düşünceler", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Temmuz-Ağustos 2017, S.131, s. 262.

[71] Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 01/03/2016 T., 2015/18494 E., 2016/3582 K., "…Bu açıklamalar çerçevesinde somut olayın değerlendirilmesine gelince; taraflar arasında 01.08.2007 tarihli 5 yıl süreli bayiilik sözleşmesi düzenlenmiş ve buna bağlı olarak ürün alımı konusunda taahhütname düzenlenmiştir. Taahhütnamede yıl bazında alınacak ürün miktarı belirlenmiş, eksik ürün alımı halinde ceza şart ödeneceği kararlaştırılmıştır. İfaya eklenen cezai şart niteliğinde olan bu ceza, bir sonraki yıl ihtirazı kayıt

TBK'nun 182. maddesinde kanun koyucu TTK'dan farklı olarak fahiş ceza koşulunun indirilebileceğini belirtmiştir. Söz konusu kuralın geçerli olması için borçlunun tacir olmaması gerekmektedir. Eğer ceza koşulu borçlusu tacir ise TTK'nun 22. maddesi devreye girecek ve borçlu aşırı ceza koşulunun tenkisini talep edemeyecektir[73]. Bu kanuni düzenlemeler karşısında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu eski tarihli bir kararında, ceza koşulu ahlaka ve adaba aykırı ve tacirin mahvına neden olacak ise TBK'nun 27. maddesi uyarınca ceza koşulunun indirilebileceği yönünde görüş bildirmiştir[74]. Yargıtay yeni tarihli kararlarında da bu görüşünü devam ettirmiştir ve ilk derece mahkemesi hakimine tacirin ceza koşulunu indirmesi talebinin dinlenebilmesi için ceza koşulunun ahlaka ya da adaba aykırı olup olmadığını belirleme görevi vermiştir[75].

4. İş Hukuku Açısından Ceza Koşulu

İş sözleşmesinde hem işçinin hem de işverenin sözleşmeyi fesih hakkının sınırlandırılması amacıyla ceza koşulu kararlaştırılması mümkündür. Hem bireysel iş hukukunda ve hem de toplu iş hukukunda ceza koşuluna ilişkin kayıtlara rastlanmaktadır. İş Kanunu'nda ceza koşula ilişkin açık bir hüküm bulunmaması sebebiyle Borçlar Kanunu'nun ceza koşuluna ilişkin genel hükümleri ve iş hukukunun genel ilkeleri iş hukuku açısından ceza koşulunun yorumlanmasına yardımcı olur[76].

İş hukuku hem özel hukuka ilişkin ve hem de kamu hukukuna ilişkin birtakım özellikler göstermektedir. Bu sebeple karma bir hukuk dalıdır. İş sözleşmesi kural

---

bildirimi yapılmadan ürün verilmeye devam edilmesi halinde istenemeyecektir…"; Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 16/01/2014 T., 2013/14851 E., 2014/1302 K.; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 16/01/2013 T., 2012/19-670 E., 2013/171 K., UYAP, (E.T.: 01/03/2020).

[72]ÇAĞLAYAN AKSOY,s. 288.

[73] EKİNCİ, s.105.

[74]Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 20/03/1974 T., 1970/1053 E., 1974/222 K., http://www.turkhukuksitesi.com/serh.php?did=15235, (E.T.:01/03/2020)

[75] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 18/06/2019 T., 2017/19-922 E., 2019/706 K., UYAP, (E.T. 01/03/2020)

[76]OZAN, Başak, "İş Sözleşmelerinde Kararlaştırılan Cezai Şart", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Y. 2010, C. 7, S.25, s. 140.

olarak işçi ve işverenin ortak iradesinin ürünüdür ve bu da özel hukuk görünüşünün yansımasıdır. Ancak kanun koyucu işveren karşısında zayıf durumda olan işçiyi korumak açısından İş Kanunu'nda birtakım düzenlemeler getirmiştir. Bu düzenlemelerden biri de işçinin fesih hakkını kısıtlar şekilde konulan ceza koşulunun geçersizliğine ilişkindir. 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 24 ve devamı maddelerinde işçinin haklı nedenle feshinin şartları düzenlenmiştir. İşçinin haklı nedenle fesih hakkının, iş sözleşmesine konulan ceza koşulu ile kısıtlanması mümkün değildir. Bunun istisnası işçiye verilen eğitim karşılığı öngörülmüş olan ceza koşuludur. Belirli süreli iş sözleşmelerinde, işveren işçisinin niteliğini arttırmak amacıyla belli bir eğitim almasını sağlayabilir. Gerek yurtdışında gerekse yurtiçinde aldırılan bu eğitim işveren açısından oldukça masraflıdır. İşverenin bunu yapma amacı, işçisinin niteliğini arttırarak işyerine daha fazla katma değerinin olması veuzun yıllar bu işçi aracılığıyla kâr marjının yükselmesidir. Sadece böyle bir durumda işçi aleyhine konulan ceza koşulunun geçerli olacağına ilişkin doktrinde görüşler mevcuttur[77]. Yargıtay'ın da görüşü bu yöndedir. Yargıtay, bu durumda işçinin haksız feshinde sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulunun direkt geçersizlik yaptırımına tabi olmadığı, işverenin menfaati, işçi için gösterdiği emek, masraflar ve işçiden haklı olarak beklenilen menfaat gereği ceza koşulunun hakkaniyete uygun şekilde indirilmesi gerektiği görüşündedir[78].

Sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulunun geçersizliği kuralına getirilen istisnalardan biri de rekabet yasağı sözleşmeleridir. TBK'nun 446. maddesine göre rekabet yasağına uymayan işçi, işverenin uğradığı müspet zararı karşılamakla yükümlüdür. Zarar gören işveren zararını ispatla mükelleftir. İspatın zorluğundan bahisle rekabet yasağı sözleşmesine ceza koşuluna ilişkin hükümler konulabilecektir. Ceza koşuluna ilişkin bu hükümler hem işçiyi rekabet yasağını çiğnemekten

[77] KARAGÖZ, s.73; AYKAÇ, Hande Bahar, "Bireysel İş Sözleşmesinde Düzenlenen Cezai Şart", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2016, C. 13, S.50, s. 725; OZAN, s. 146.
[78] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 20/12/2017 T., 2015/9-2885 E., 2017/2033 K., UYAP, (E.T.: 01/03/2020).

uzaklaştıracak ve hem de işverenin çıkarına uygun düşecektir[79]. TBK'nun 446/2 maddesi gereğince rekabet yasağı sözleşmesinde ceza koşulu kararlaştırılması durumunda işçi, kararlaştırılan ceza koşulu miktarını ödeyerek rekabet yasağına uyma külfetinden kurtulabilir[80]. Ceza koşulunun buradaki görünümünün dönme cezası olduğunu savunan yazarlar bulunmaktadır[81].

Yargıtay, yalnızca belirli süreli iş sözleşmesine ceza koşulu konulabileceği konusunda hemfikirken[82] daha sonrasında içtihat değiştirmiş ve asgari süresi belirtilmiş belirsiz süreli iş sözleşmelerinde de ceza koşulu kaydının yer alabileceğini belirtmiştir[83].Hem belirli hem de belirsiz süreli iş sözleşmelerinde kararlaştırılan ceza koşulunun geçerli olabilmesi için karşılılık esasının olması şarttır[84]. Karşılılık esası, yalnızca işçinin aleyhine ceza koşulunun konulamaması, işçi ve işveren aleyhine sözleşmeye konulan ceza koşulunun şartlarının işçi açısından daha ağır olmamasıdır. Yani bu durumda ceza koşulunun geçerli olabilmesi için hem işçi hem de işveren aleyhine konulmuş olması ve işçi aleyhine konulanın işvereninkinden daha hafif olması gerekmektir. Tüm bu şartların kümülatif olarak bir arada bulunması gerekmektedir. Aksi taktirde, işçi aleyhine konulan ceza koşuluna ilişkin hüküm işverenin yükümlülüğünü aştığı kısım kadarıyla geçersiz olacaktır[85].

[79]ÇAKIR, Aytuğ Ceyhun/ SOLAK, Ekrem, "Rekabet Yasağı Sözleşmesi Çerçevesinde Ceza Koşulu" ,**Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Ocak 2015, S.9, s. 67.
[80] ÇAKIR/ SOLAK, s.67.
[81] TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s.47; KARAGÖZ, s.244; KOCAAĞA, s.156.
[82] Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 13/06/2008 T., 2007/22535 E., 2008/15507 K., UYAP, (E.T.: 01/03/2020)
[83] Yargıtay İçtihatları Birleştirme Genel Kurulu, 08.03.2019 T., 2017/10 E., 2019/1 K., UYAP, (E.T.: 01/03/2020); CANGÜL, Murat, "İş Sözleşmelerinde İfaya Ekli Cezai Şart", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2017, C. 14, S.54, s.812.
[84] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 20/12/2017 T., 2015/9-2885 E., 2017/2033 K., UYAP, (E.T.: 01/03/2020).
[85] AKKAYA, s.54; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 24/12/2014 T., 2014/22-624 E., 2014/1077 K., UYAP, (E.T.: 01/03/2020).

5. Diğer Hukuk Disiplinleri Açısından Ceza Koşulu

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 5/2 maddesi, tüketiciyle akdedilen sözleşmelere konulan bütün haksız şartların hükümsüzlük yaptırımına tabi olduğu hükmünü getirmiştir.

TEİAŞ, sistem kullanım anlaşması imzaladığı müşterilerinin sistemlerine zarar vermeleri durumunda ceza koşulu uygulamaktadır[86]. TEİAŞ ve müşteri arasında sistem kullanım anlaşması düzenlenmemesi durumunda ise Yöntem Bildirimi'ne göre ceza koşulu hükümleri uygulanmaktadır[87].

4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 20/1 maddesinde kamu ihale sözleşmesinin idare tarafından feshedilebileceği haller düzenlenmekle birlikte idare tarafından yapılacak ihtara rağmen yüklenicinin edimini ifa etmekte gecikmesi durumunda gecikme cezası alınacağının işbu kanun kapsamında yapılan sözleşmelerde zorunlu unsur olduğu belirtilmiştir. Böyle bir durumda gecikme cezası gündeme gelecektir ancak 4735Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda gecikme tazminatının yer almaması ve anılan Kanun'un 36. maddesinin yollamasıyla, Türk Borçlar Kanunu hükümleri devreye girecektir. Bu durumda gecikme cezasının ifaya eklenen ceza koşulu mahiyetinde olduğuna ilişkin görüşler bulunmaktadır[88].

[86]DOĞAN, Beşir Fatih, "Teiaş'ın Uyguladığı Cezai Şartların Hukuka Uygunluğu", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013, C. 4, S.1, s.61.
[87] DOĞAN, s. 61.
[88] YAĞCIOĞLU, s.65.

VI. CEZA KOŞULUNUN UNSURLARI

A. Asli Bir Borcun Bulunması

1. Asıl Borcun Varlığı Şartı

Ceza koşulunun asli amacı ifayı güvence altına almaktır. Ceza koşulunun var olması için asli bir borcun mevcudiyeti gerekmektedir[89].Asıl borç yok ise ceza koşulunun varlığından söz edilemez. Asıl borcun bütünüyle ve kesin olarak meydana gelmesi durumunda, ifayı garanti altına alan ceza koşulu talep edilebilir olacaktır; borcun bütünüyle ve kesin olarak meydana gelmemesi halinde ceza koşulu hükümleri askıda kalacaktır[90].

Ceza koşulu kararlaştırıldığında asıl borcun var olması tek başına yeterli değildir. Ayrıca ceza koşulunun ifa edilmemiş olması; başka bir anlatımla asıl borcun ifa aşamasında olması ya da ifa edilecek olması gerekmektedir[91]. Geçmişte ifa edilmiş borçlara ilişkin ceza koşulu kararlaştırılmış ise ceza koşulu, mahiyeti gereğince vücut bulmayacaktır zira ceza koşulunun amaçları arasında önleyicilik bulunmamaktadır[92].

Asıl borcun konusunun ne tür bir borç olacağı konusunda kanun koyucu herhangi bir hüküm getirmemiştir. Sözleşme serbestisi gereğince TBK'nun 27. maddesindeki kısıtlamalar ve bazı kanuni düzenlemelerle yasaklanan durumlar haricinde kalan tüm borç ilişkilerine ceza koşulu kaydının konulması mümkündür.

Ceza koşulunun asıl borcun bütününe ilişkin olmasına gerek yoktur zira borcun konusunun bir kısmını oluşturan bir edim hakkında bile ceza koşulu kaydı konulabilir.

---

[89] Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 12/09/2019 T., 2017/3732 E., 2019/4342 K. "…Cezai şartın amacı, borçluyu borca uygun davranmaya sevketmektir. 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 itibariyle cezai şart asıl borca bağlı fer'i bir borçtur…", UYAP, (E.T.: 13/03/2020).

[90] TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s.46; KILIÇOĞLU, s.998; KOCAAĞA, s.83; BİLGE, s.104.

[91] USLU, s.46; TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart3, s.7.

[92] KOCAAĞA, s.66.

Asıl borcun doğum kaynakları, haksız fiil, tek taraflı hukuki işlemler, sebepsiz zenginleşme ve en çok da sözleşmedir[93]. Zaten kanun koyucu da TBK'nun 179 ve devamı maddelerinde "sözleşme" kavramı üzerinden ceza koşuluna ilişkin hükümleri açıklamıştır[94].

Ceza koşulunun kararlaştırıldığı asıl borç yapma, yapmama ya da verme borçlarına ilişkin olabilir[95].

2. Asıl Borcun Geçerli Olması Şartı

Ceza koşulunun varlığının bağlı olduğu şartlardan biri de asıl borcun geçerli olmasıdır. Asıl borcun geçersizliği, kararlaştırılan ceza koşulunu da geçersiz kılacaktır çünkü geçersiz bir borç ilişkisine konulan ceza koşulunun ifası istenemeyecektir.

Ceza koşulunun geçersiz olması için asıl borcun hangi sebeple geçersiz olduğu önemli değildir. Geçersizlik yaptırımı, kanunda öngörülen geçerlilik şekline aykırılık, hukuka ya da ahlaka aykırılık, kanunda öngörülen emredici kurallara aykırılık, başlangıçtaki imkânsızlık, kamu düzenine veya kişilik haklarına aykırılık, ehliyetsizlik, irade ile beyan arasında yaratılan uyumsuzluk gibi hallerde karşımıza çıkmaktadır. Asıl borç, bu nedenlerle geçersizlik yaptırımına tabi olur ise ceza koşulu da geçersiz olacaktır. Sözleşmelerin geçersizliği konusundaki genel kural TBK'nun 27. maddesinde düzenlenmiştir. Ceza koşuluna ilişkin özel hükümlerden olan TBK'nun 182/II madde/fıkrasına bakıldığında TBK'nun 27. maddesinin yansıması olduğu görülmektedir[96]. TBK'nun 27. maddesinde öngörülen geçersizlik (nispi butlan) yaptırımını kesin hükümsüzlük olarak kabul etmek gerekecektir[97]. Yukarıda saydığımız sebepler, sözleşmenin kuruluş anından itibaren sözleşme muhteviyatında var olmakla

[93] EREN, s. 1325.
[94] EKİNCİ, s.25.
[95] BİLGE, s. 59; KARAHASAN, s. 1376; YAĞCIOĞLU, s. 114; EKİNCİ, s. 38.
[96] KOCAAĞA, s.77; EKİNCİ, s.59.
[97] KOCAAĞA, s.78.

birlikte geçersizlik yaptırımına yani kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olmasına sebep olacaktır. Bu şekilde geçersiz olan sözleşme kendiliğinden ve sözleşmenin başından itibaren kesin hükümsüz olacaktır[98]. Geçersizliğin hüküm ve sonuçlarının ortaya çıkması için herhangi bir mahkeme ya da hakem kararına gerek yoktur.

Sözleşmenin kanunun emredici hükümlerine aykırı olarak düzenlenmesi geçersizlik sebeplerinden birisidir. Kanunun açık ve emredici kurallarına aykırı olarak sözleşmeye hüküm konulması durumunda sözleşme mutlak butlanla batıl olacaktır[99]. Çünkü emredici hukuk kuralları, kanun koyucunun sözleşme taraflarına söz hakkı tanımadığı ve taraflarca konulan hükmün aksinin kararlaştırılmasının mümkün olmadığı kurallardır. Emredici hukuk kurallarına aykırı hükümler ihtiva eden asıl sözleşmenin geçersizliği ceza koşulunu da geçersiz halegetirecektir[100]. Yargıtay'ın da asıl sözleşmenin geçersiz olması durumunda ceza koşulunun geçersiz olacağı konusunda kararları mevcuttur[101].

Asıl borcun geçersizlik sebeplerinden bir diğeri ise sözleşme konusunun ahlaka aykırı olmasıdır. Burada bahsedilen genel ahlaktır. Genel ahlak ise belli bir dönem içerisinde toplumda yaşayan orta zekalı, makul ve dürüst bireylerin genel düşünceleri ve kavrayışları demektir[102]. Kanun koyucu, sözleşmenin bireysel ahlaka aykırılığını geçersizlik sebebi olarak görmemiş; toplumun genelinde, belirli bir yörede ya da belirli bir meslek grubunda kabul gören ahlak kurallarına aykırı düzenlenen sözleşmelerin geçersiz olduğunu öngörmüştür. TBK'nun 182/II madde/fıkrasının 27. maddesine yollamasıyla, ahlaka aykırı olması sebebiyle geçersiz olan sözleşmelerde öngörülen ceza koşulu da geçersizlik yaptırımına tabi olacaktır.Ahlaka aykırılık yaptırımını daha

[98]KIRKBEŞOĞLU, Nagehan, **Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük**, Vedat Yayınları, İstanbul 2011, s.24.
[99]AYAN, Mehmet**, Borçlar Hukuk Genel Hükümler**, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 124.
[100] KOCAAĞA, s.77.
[101] Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 04/02/2020 T., 2019/3476 E., 2020/733 K., UYAP; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 17/12/2019 T., 2019/2141 E., 2019/5224 K., UYAP; Yargıtay 19.Hukuk Dairesi,17/10/2019 T., 2019/2624 E., 2019/4837 K., UYAP, (E.T.:13/03/2020).
[102]ATEŞ, Derya, "Sözleşmelerde Genel Ahlak Kurallarının Belirlenmesi", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi,** Y. 8, Ekim 2017, S.32, s. 263.

çok hizmet sözleşmelerinde işçi aleyhine konulan rekabet yasaklarında görmekteyiz[103]. Bu kapsamda rekabet yasağının ahlaka aykırı olması durumunda ona bağlanan ceza koşulu da geçersiz olacaktır. Yargıtay bir kararında, iş sözleşmesinde bulunan rekabet yasağı hükmüne aykırı hareket edilmesi sebebiyle öngörülen ceza koşulunun, yasağıncoğrafi sınırlarının sözleşmede belirlenmemiş olması nedeniyle işçinin maddi olarak mahvına sebep olacak olması, önceki işverenin çalışma kolunun inşaat sektörü olması, sözleşmeyle de işçinin aynı iş kolunda çalışmasının yasaklanmış olmasının ahlaka ve yasal düzenlemelere aykırı olması sebebiyle rekabet yasağı hükmünün ve buna bağlı olarak ceza koşulunun geçersiz olacağını ifade etmiştir[104]. Burada, asıl borcun geçersizliği onun fer'iolan ceza koşulunun da geçersizliğine sebep olmuştur.

Asıl borcu geçersiz yapan sebeplerden bir diğeri ise imkansızlıktır. Asıl borcun başlangıçtan itibaren imkânsız olması durumunda fer'i olan ceza koşulu da geçersizolacaktır. Ancak bu konudaki yasal düzenleme 6098 sayılı TBK ile getirilmiştir. 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nun ceza koşulunu düzenleyen genel hükümlerine bakıldığında ceza koşulunun geçersizlik sebeplerini sadece ahlaka ve kanuna aykırılık olarak sınırlandırıldığı görülmektedir. Mülga Kanun döneminde asıl borcun başlangıçtan itibaren geçersiz olması durumunda ceza koşulunun geçerliliği hususu tartışmalıydı. Öğretide, böyle bir durumda ceza koşulunun geçerli olacağını[105] ve tam aksini[106] savunan görüşler bulunmaktaydı. Ancak 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu ile bu tartışmalar son bulmuş ve anılan Kanun'un 182. maddesi ile asıl borcun geçersizlik sebepleri sınırlandırılmamıştır. Asıl borcun herhangi bir sebeple geçersiz olmasının ceza koşulunu da geçersiz kılacağıkabulüyleöğretide ortaya çıkan tartışmalara son verilmiştir. Yargıtay da kararlarında sözleşmenin başlangıçta objektif olarak

[103] YAĞCIOĞLU, s.111.
[104] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 02/03/2017 T., 2016/5641 E., 2017/1255 K., UYAP, (E.T.:17/03/2020).
[105]OSER, Hugo/ SCHÖNENBERGER, Wilhelm (Çev. Dr. Jür. Ferit AYİTER), **İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi**, Yeni Cezaevi Basımevi, Ankara 1950, s. 708.
[106]VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet/ KAYNAR, Reşat**, Borçlar Hukuku Umumi Hükümler**, 2. Baskı, Nazir Akbasan Matbaası, İstanbul 1957, s. 161; VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet/ ÖZDEMİR, Refet, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel Özel, 1-2),** Yargıtay Yayınları, Ankara 1987, s. 339; BİLGE, s.68.

imkânsız olmasının, fer'ilerini de geçersiz hale getireceğini ve bu bağlamda ceza koşulunun da talep edilemeyeceğini ifade etmiştir[107].

TBK'nun 182/2 maddesi gereğince asıl borç, sonradan ve borçlunun sorumluluğu dışında bir nedenden dolayı imkansız hale gelmiş ise -tarafların aksini kararlaştırması durumu hariç- borç sona erer. Ceza koşulu da asıl borcun sona ermesi nedeniyle sona erer. Taraflar, sözleşmede sonradan meydana gelebilecek imkansızlık durumlarında da ceza koşulunun ödenmesini kararlaştırabilirler. Böyle bir durumda ödenmesi kararlaştırılan ceza koşulu, niteliksel anlamda ceza koşulu olmaktan çıkar; ancak ceza koşulunun hükümleri -ki buna ceza koşulunun indirilmesi de dahil- ceza koşuluna uygulanabilir[108]. Asıl borç imkansız olduğu için ifaya eklenen ceza koşulu talep edilemeyecek, başka bir deyişle ceza koşulu ile birlikte aynen ifa talep edilemeyecektir. Böyle bir durumda alacaklının seçim hakkı ortadan kalkacak ve sadece ceza koşulunu talep edebilecektir[109].

Ceza koşulunun muaccel olmasından sonra asıl borç konusu imkansız olmuş ise aksine bir kararlaştırma yok ise ceza koşulu talep edilebilir[110]. Çünkü asıl borcun ifasına bağlanan ceza koşulu, asıl borcun ifasından sonra bağımsız bir nitelik kazanmaktadır. Böyle bir durumda ceza koşulunun talep edilebilirliği etkilenmeyecektir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi taraflarca aksinin kararlaştırılması her zaman mümkündür.

İrade sakatlığı hallerinde de asıl borcun geçersizliği ceza koşuluna sirayet edecektir. Buradaki sirayet yukarıda bahsettiğimiz geçersizlik hallerinden farklı bir şekilde olacaktır. TBK'nun 27. maddesinde sayılan geçersizlik halleri kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi iken hata, hile, tehdit gibi irade sakatlığı halleri ya da

[107] Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, 04/07/2018 T., 2015/9854 E., 2018/3937 K., UYAP, (E.T.:17/03/2020); Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 21/02/2017 T., 2016/2729 E., 2017/1330 K., UYAP, (E.T.:17/03/2020).
[108] KOCAAĞA, s. 80.
[109] BİLGE, s. 116; KOCAAĞA, s. 80.
[110] OSER/ SCHÖNENBERGER, s. 708; BİLGE, s. 116.

gabin iptal edilebilirlik yaptırımına tabidir[111]. İptal edilebilir borçlarda, iptal geçmişe etkili olarak sözleşmeyi sona erdirir; iptal beyanı süre ile kısıtlanmıştır; iptal hakkından vazgeçilmesi mümkündür ve dava ile ya da irade beyanı ile talep edilebilir[112]. Hata, hile, tehdit (yanılma, aldatma, korkutma) hallerinde iradesi sakatlanan ya da gabin durumunda kendisinden aşırı yararlanılan kişi tek taraflı bir irade beyanı ile sözleşmeyi sona erdirebilir yani iptal edebilir. Sözleşmenin iptal edilmesi durumunda hem asıl borç hem de ceza koşulu geçersiz hale gelir. İrade sakatlığıhallerinde iradesi sakatlanan kişinin sakatlanma sebebini öğrendiği tarihten itibaren 1 yıllık süre zarfında sözleşmeyi iptal etme beyanını açıklaması gerekmektedir (TBK m. 39). Gabin durumunda ise bu iptal beyanının zarar gören tarafından, düşüncesizlik ve deneyimsizliğini öğrendiği ya da zor durumda kalma halinin sona erdiğitarihten itibaren 1 yıl ve her halde sözleşmenin kurulduğu tarihten itibaren 5 yıl süre içerisinde açıklanması gerekmektedir (TBK m.28). İptal beyanında bulunma hakkı var olan kişinin bu süreler içerisinde beyanını açıklamaması halinde sürenin dolduğu tarihe kadar sözleşme askıda kalır, süre dolduktan sonra ise sözleşme ve buna bağlı olarak ceza koşulu ilk yapıldığı andan itibaren geçerli olarak hüküm ve sonuçlarını doğurur[113].İptal beyanının açıklanma süresi içerisinde, borçlunun ceza koşulunu ifa edeceğini taahhüt etmesi halinde iptal açıklamasından zımni olarak vazgeçmiş sayılacağı belirtilmiştir[114].

Yukarıda bahsetmiş olduğumuz tüm bu hususlar ceza koşuluna ilişkin edim açısından da geçerlidir. Yani asıl borç geçerli bir şekilde mevcut olsa bile ceza koşuluna ilişkin edimin TBK'nun 27. maddesine aykırı olması, irade sakatlığı, imkansızlık, şekle aykırılık gibi nedenlerle geçersiz olması mümkündür. Örneğin; sözleşmede belirlenen tarihte ifanın gerçekleşmemesi durumunda ifanın geciktiği her gün için 1 kişinin öldürüleceğinin taahhüt edilmesi, aynı şekilde ifanın gerçekleşmemesi durumunda

[111] AYAN, s. 129.
[112] AYAN, s. 128; AKKURT, Sinan Sami, "Hukuki İşlemlerde Geçersizlik Olgusuna Genel Bir Bakış",**Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2014, C.4, S.1, s. 127.
[113] TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 84; GÖKÇEOĞLU, s.44; KOCAAĞA, s. 84.
[114] TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 84; GÖKÇEOĞLU, s.44; KOCAAĞA, s. 83.

borçlunun hemcinsi olan alacaklı ile evleneceğinin taahhüt edilmesi gibi durumlarda ceza koşulu kayıtları geçersizlik yaptırımına tabi olacak ve hükümsüz kalacaktır çünkü ilk durumda kararlaştırılan ceza koşulu hukuka aykırı, ikinci durumda kararlaştırılan ceza koşulu ise kanunun emredici hükümlerine aykırıdır. Ancak bu hükümsüzlük TBK'nun 182/II madde/fıkrası gereğince asıl borcu geçersiz hale getirmeyecektir.

Genel kural, asıl borcu doğuran sözleşmede ya da hukuki ilişkide ceza koşulunun kararlaştırılması iken ceza koşulunun ayrı bir sözleşme ile de kararlaştırılması mümkündür[115]. Ceza koşulunun sonradan kararlaştırılması, borçlunun aleyhine bir durum olduğundan, ceza koşulunun kararlaştırıldığı sözleşmenin, asıl borcun kararlaştırıldığı sözleşmenin tabi olduğu geçerlilik şekline uygun olarak düzenlenmesi gerekmektedir[116].

Hukuk düzeninin uygun gördüğü borç ilişkilerinde, alacaklının alacağına kavuşması için dava ya da icra yoluyla borçluyu takip etme hakkı mevcuttur. Alacaklıya bu kanallar aracılığı ile alacağına kavuşma imkanı tanınmıştır. Ancak bazı borçlar için bu imkan mümkün değildir. Yani alacağına kavuşmak isteyen alacaklının, dava ve icra yoluna başvurma hakkı bulunmayan borçlar da bulunmaktadır. Bu borçlara eksik borçlar denmektedir. Kumar borcundan, bahisten, evlenme tellallığından doğan borçlar ve daha önce dava ile talep edilebilir iken zamanaşımı süresinin dolması sebebiyle bu yolla talep edilemeyen borçlar eksik borçlara örnektir. Eksik borcun içeriğinin ahlaka ve kanuna aykırı olması durumunda taraflar arasında ceza koşulu kararlaştırılamaz, kararlaştırılsa bile ceza koşulu talep edilemez[117].

Kumar ve bahis borçları konusu kanuna aykırı borçlardandır. Doğuştan eksik borç sayılan kumar ve bahis borçlarında kararlaştırılan ceza koşulunun tabi olacağı hukuki durum konusunda öğretide tartışmalar mevcuttur. Bu gibi borçlarda

[115] USLU, s.53.
[116]CANSEL, Erol/ ÖZEL, Çağlar, "Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu",**Yaşar Üniversitesi Dergisi**, 2013, C.8, Özel Sayı, s. 721.
[117] KOCAAĞA, s. 85; YAĞCIOĞLU, s. 121-122; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 27-28.

kararlaştırılan ceza koşulunun kesin hükümsüz olduğunu savunan yazarlar[118] mevcut iken ceza koşulunun asıl borç gibi eksik bir borç olduğunu savunan yazarlar[119] da mevcuttur. Buradan hareketle ceza koşulu kesin hükümsüz olarak kabul edildiğinde verilenler sebepsiz zenginleşme kapsamında geri istenebilecekken, eksik borç olarak kabul edildiğinde verilenlerin iadesi istenemez.

Zamanaşımına uğramış olan borçlar sonradan eksik borçtur ve bu borçlarda ceza koşulu kararlaştırılabileceği kabul edilmektedir[120]. Bu durumda kararlaştırılan ceza koşulu da asıl borç gibi eksik bir borç olacaktır ve hiçbir dava ya da takibe konu edilemeyecektir.

B. Ceza Koşulunun Asıl Borçtan Ayrı Bir Edim Olarak Kararlaştırılması

Ceza koşulu konusu olan edimin asıl borçtan nicelik ya da nitelik olarak ayrı olması gerekmektedir. Ceza koşulu asıl borcun daha fazlasının ifası şeklinde kararlaştırılabileceği gibi asıl borçtan nitelik olarak farklı bir edim olarak da kararlaştırılabilir[121]. Asıl borç ile ceza koşulu borcunun birebir aynı olması durumunda burada bir ceza koşulundan değil adeta ceza hukukundaki "zararı giderim" kurumundan bahsedilecektir. Ceza koşulu olarak kararlaştırılan edimin asıl borçtan mutlaka ya miktar olarak ya da nitelik olarak farklı olması gerekmektedir. Heykelin zamanında teslim edilmemesi durumunda heykeltıraş tarafından gecikilen her gün için belirli bir miktar bedeli ödeme taahhüt edilmiş ise bu nitelik bakımından asıl borçtan farklı bir ceza koşulunun kararlaştırılması durumuna örnek olacaktır. Yine aynı durumda heykeltıraşın heykelin zamanında teslim edilmemesinin güvencesi olarak aynı heykelden 2 adet vereceğinin taahhüt edilmesi ise asıl borçtan nicelik olarak farklı bir

[118] GÜNAY, s. 130; EKİNCİ, s. 37; VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR, s. 334.
[119] BİLGE, s. 71, FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yenilenmiş 2. Baskı, Fakülteler Matbaası İstanbul 1977, C.2, s.391-392; KOCAAĞA, s. 85; VON TUHR, s. 765.
[120] TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 11; FEYZİOĞLU, s. 392, KOCAAĞA, s.86.
[121] EREN, s. 1214; KOCAAĞA, s. 87.

ceza koşulu kararlaştırılmış olacaktır. Heykelin gecikmesi durumunda yine ve sadece aynı heykelin teslim edileceği kararlaştırılmış ise burada, ayrı bir edim şartı gerçekleşmediğinden ceza koşulundan bahsedemeyiz.

Kanunen bazı borçlara aykırılık durumunda belirlenen yasal koşulların taraflar arasındaki sözleşmede kararlaştırılması, bu yasal sonuçları ceza koşulu mahiyetine sokmayacaktır[122]. Örneğin, ticari işlerde ticari faiz istenebileceği, borçlunun ifada gecikmesi durumunda sözleşmeyi feshedeceğinin kararlaştırılması, satım sözleşmesinde ayıplı mal ifası durumunda bedel indirimi talep edileceğinin kararlaştırılması gibi durumlar halihazırda yasal düzenlemeler olduğundan ceza koşulu sayılamazlar.

Sözleşmede kararlaştırılan edimin bir kısmının ifa edilmesi ve diğer kısmının ifasında temerrüde düşülmesi ve ifa edilen kısmın alacaklıya kalacağı kaydının sözleşmede yer alması durumunda bu kaydın niteliği konusunda tartışmalar mevcut olsa da baskın olan görüş asıl borçtan farklı ya da fazla bir edim kararlaştırılmamış olduğundan kaydın ceza koşulu olmadığı yönündedir[123]. Hakikaten de kısmi ifa durumunda ifa edilen kısmın alacaklıya kalacağının kararlaştırılması, asıl borç miktarından az olduğundan ve nitelik olarak da asıl borçtan farklı olmadığından ceza koşulu niteliğine haiz değildir. Ancak her ne kadar böyle bir kaydın, ceza koşulu niteliğinde olmadığı kanuni olarak açık olsa da kanun koyucu TBK'nun 181. maddesiyle ceza koşulu hükümlerine haiz olduğunu kabul etmiştir[124].

[122] BİLGE, s. 77; KOCAAĞA, s. 88.
[123] TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 13; KOCAAĞA, s.90; BİLGE, s.80.
[124] GÜLSEVEN, s. 36.

C. Ceza Koşulunun Bir Hukuki İşlemle Belirlenmesi

1. Ceza Koşulu Anlaşması

Ceza koşulunun varlığı geçerli olarak kurulmuş bir asıl borcun varlığına bağlıdır. Asıl borcun ifasını güçlendirmek için kararlaştırılan ceza koşulu bir hukuki işlemle kararlaştırılır. Kanun koyucu ceza koşulunun kararlaştırılabileceği hukuki işlemleri kısıtlamamıştır. Aksine ceza koşulu kararlaştırma iradesini tamamen taraflara bırakmıştır. Ceza koşulu hem sözleşme hem de tek taraflı hukuki işlemlerle kararlaştırılabilir. Ceza koşulunun kararlaştırılmasını kanun koyucu tamamen tarafların iradesine bırakmıştır[125]. Ceza koşulunun miktarı, içeriği, muaccel olacağı zaman gibi hususlar tarafların takdirindedir. Bazı kanuni düzenlemeler, borca aykırı davranışın sonucu olarak belli bir bedel ödenmesini öngörebilir[126]. Kanaatimizce bu bedel ceza koşulu niteliğinde değil; "özel ceza" niteliğindedir. Özel ceza niteliğinde olduğu için de ceza koşulunun hükümlerinden yararlanılamayacak ve bunun sonucu olarak da hâkimin bu bedeli indirmesi mümkün olmayacaktır[127].

Ceza koşulu en çok sözleşmeyle kararlaştırılır. Asıl borcun kararlaştırıldığı sözleşme içinde ceza koşulu kaydına yer verilebileceği gibi ayrı bir sözleşme ile de ceza koşulu kararlaştırılabilir. Ceza koşulu anlaşması, borcun tarafları tarafından bizzat yapılabileceği gibi, şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olmaması sebebiyle yetkili özel temsilci aracılığıyla da yapılabilir[128]. Ceza koşulunun her iki tarafa da yükümlülük

---

[125] KOCAAĞA, s. 113; EREN, s. 1210.

[126] Örneğin, TTK'nun 1129/2 madde/fıkrasında "Sözleşmenin bitiminde gemiyi iadede geciktiği takdirde kiracı, geciktiği sürenin ilk on beş günü için kira bedeli üzerinden ve sonraki günler için kira bedelinin iki katı üzerinden hesaplanacak bir tazminatı ödemekle yükümlüdür." öngörülen bedel ceza koşulu niteliğinde değil, özel bir ceza niteliğindedir. Aynı şekilde TTK'nun 783/3 madde/fıkrasında "Muhatap nezdinde karşılığı kısmen veya tamamen bulunmayan bir çek düzenleyen kişi, çekin karşılıksız kalan bedelinin yüzde onunu ödemekle yükümlü olduktan başka, hamilin bu yüzden uğradığı zararı da tazmin eder." öngörülen bedel de kanun koyucu tarafından getirilen özel bir ceza niteliğindedir.(KOCAAĞA, s. 104).

[127] EKİNCİ, s. 44; TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 16; UÇAR, Salter,**Cezai Şart ve Uygulaması**,Alfa Yayıncılık, İstanbul 1993, s. 16; FEYZİOĞLU, s.390.

[128] KOCAAĞA, s. 105.

yükleme ihtimalinden hareketle bu temsil yetkisinin açık ve tereddüte yer bırakmayacak şekilde verilmesi gerekmektedir[129].

Genel işlem koşullarında da ceza koşuluna yer verildiğini sık sık görülmektedir. Genel işlem koşulları tip sözleşmelerle karşımıza çıkar. Tip sözleşmeler, önceden ve karşı tarafı henüz belli olmadan tarafları bağlayacak koşulların taraflardan biri tarafından belirlendiği sözleşme türüdür. Genellikle bankalar, sigorta şirketleri, taşıma kuruluşları ve büyük işverenler tarafından kararlaştırılırlar. Her bir müşteri ya da çalışan için ayrı ayrı baştan sözleşme hükümleri düzenlemek yerine tip sözleşmeyle taraflar arasındaki hukuki ilişki kurulmuş olur. Bu tarz sözleşmelerde sözleşme hükümleri taraflar arasında tartışılmadan kararlaştırılır. Zayıf konumda olanı koruma düşüncesi ile 6098 Sayılı TBK ile hayatımıza giren "genel işlem şartları" hükümlerinde, düzenlenenin aleyhine olan sözleşme maddelerinin geçerli olması için taraflarca tartışılması ve aleyhine düzenleme yapılanın açık şekilde bilgilendirilmesi şartı getirilmiştir[130]. Bu özelliği taşımayan kayıtlar yazılmamış sayılacaktır. TBK'nun 22. maddesi gereğince bu kaydın yazılmamış sayılması tüm sözleşmeyi etkilemeyecektir. Genel işlem koşulu olan sözleşmelerde asıl borcun genel geçersizlik sebepleriyle geçersiz sayılması hallerinde de ceza koşulu hükümsüz kalacaktır. Yazılmamış sayılma yaptırımına tabi tutulan hükümlerle ilgili kararlaştırılmış bir ceza koşulu var ise bu ceza koşulu da yazılmamış sayılacaktır. Ceza koşulunun bağlandığı hüküm dışında bir maddenin yazılmamış sayılması durumunda ise ceza koşulu varlığını devam ettirecektir[131].

Dernek tüzüklerinde ve şirketlerin esas sözleşmelerinde ceza koşulu kararlaştırılması mümkündür. Dernek tüzükleri her ne kadar sözleşmeler gibi iki tarafın

[129] EKİNCİ, s.55, TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 59, GÜNAY, s. 91-92.
[130] 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Genel Gerekçe s. 34 "Maddenin birinci fıkrasında, genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, düzenleyenin sözleşmenin yapılması sırasında diğer tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi vermesi, bunların içeriğini öğrenme olanağını sağlaması ve onun da söz konusu koşulları kabul etmesine bağlı kılınmıştır. Aksi takdirde, böyle genel işlem koşulları yazılmamış sayılacaktır." https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf,(E.T.: 20/03/2020).
[131] KOCAAĞA, s. 110.

irade beyanıyla hazırlanmasa da burada öngörülen ceza, ceza koşulu niteliğine haizdir[132].

TTK'nun 481. ve devamı maddelerinde ve 577. maddelerinde öngörülen şirkete sermaye koyma borcuna ve bazı sorumluluklara aykırılık durumlarında şirket ana sözleşmesine ceza koşulu kaydının konulması mümkündür[133].

Ceza koşulunun tek taraflı bir hukuki muamele ile kararlaştırılıp[134] kararlaştırılamayacağı[135] hususunda öğretide fikir birliği bulunmamaktadır. Roma Hukuku'nun aksine günümüz hukukunda birinin tek taraflı irade beyanı ile bir başkasına borç yüklemesi geçerli değildir[136]. Tek taraflı irade beyanı ile karşı tarafa borç yüklenmesi durumu sadece kanuni bazı düzenlemelerde karşımıza çıkar. TBK'nun 9. maddesi gereğince "ilan yoluyla ödül sözü verme" veya hamile yazılı senetlerde tek taraflı irade beyanı ile karşı tarafın kabulüne gerek kalmadan bir borç meydana gelebilecektir. Bu durumda irade açıklamasında bulunan kişi, bu açıklaması ile tarafını borç altına sokmaktadır. Kambiyo senetleri sıkı şekil şartlarına tabi olduklarından bunlarda ceza koşulu kararlaştırılması mümkün değildir. Buradan hareketle hamiline yazılı kıymetli evraklara ceza koşulu kaydı eklenemez. Ancak kambiyo senetleri her ne kadar illetten mücerret olsa da senedin düzenlenmesine sebep olan hukuki ilişkide ceza koşulu kararlaştırılması mümkündür. İlan yoluyla ödül sözü vermede ise ceza koşulu kararlaştırılabileceği kabul görmüştür[137].

[132] GÜNAY, s. 143.
[133] EKİNCİ, s.56.
[134] TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 61; FEYZİOĞLU, s. 390; EREN, s. 1182.
[135] KOCAAĞA, s.107; BİLGE, s.46.
[136] KAYAK, s. 240.
[137] BİLGE, s. 46; EKİNCİ, s. 55.

2.Ceza Koşulunun Şekli ve Geçerlilik Şartları

a. Ceza Koşulunun Şekli

Hukukumuzda genel kural sözleşmelerin herhangi bir şekil şartına bağlı olmamasıdır. Geçerlilik şekil şartına bağlı olan sözleşmelere ilişkin şartlar kanunla belirlenir ve bu şartlara uygun şekilde yapılmayan sözleşmeler hukuk dünyasınca geçerli sayılmazlar.

Yukarıda da bahsettiğimiz gibi ceza koşulu asıl borcu doğuran hukuki işlemle ya da bu işlemden ayrı olarak bir sözleşmeyle kararlaştırılabilir. Ayrı bir sözleşme olarak ceza koşulunun kararlaştırılması durumunda sözleşmelere ait geçerlilik şartlarına tabi olacaktır. Ceza koşulu anlaşmasının hangi şekilde düzenleneceği ile ilgili hukukumuzda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ceza koşulu varlığı asıl borcun mevcudiyetine bağlıdır. Asıl borç için kanuni bir geçerlilik şartı öngörülmüş ise ceza koşulunun ayrı bir sözleşmeyle kararlaştırılması durumunda bu sözleşmenin de asıl borcun kararlaştırıldığı şekilde yapılması gerekmektedir[138]. Ceza koşulu anlaşması, asıl borcunmeydana geldiği sözleşmenin geçerlilik şekline tabidir. Örneğin, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin geçerliliği resmi yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır. Bu sözleşmeye ceza koşulu kaydının sonradan ve geçerli olarak getirilebilmesi için ceza koşulu anlaşmasının da resmi yazılı şekilde yapılması gerekmektedir (TBK m. 237, TMK m. 706, TBK m. 29, Noterlik Kanunu m.60/3, m.89)[139]. Bu bir geçerlilik şartıdır ve bu şekilde yapılmayan ceza koşulu anlaşması hiçbir hüküm ifade etmeyecektir. Ceza koşulu anlaşmasının şekle aykırılık sebebiyle geçersiz olması durumunda asıl sözleşmenin geçerliliği etkilenmeyecek ve sadece sonradan yapılan ceza koşulu anlaşması hükümsüz kalacaktır.

[138] VON TUHR, s. 764.
[139] VON TUHR, s. 764.

Asıl borcun doğduğu sözleşme herhangi bir kanuni şekle tabi değil ise taraflarca ceza koşuluna ilişkin şekil şartı getirilebilir. Böyle bir durumda ceza koşulu anlaşmasının da taraflarca kararlaştırılan şekilde yapılması gerekmektedir. Aksi taktirde ceza koşulu anlaşması geçersiz olacaktır.

TMK'nun 706. maddesi gereğince tapulama işlemi tamamlanmış olan taşınmazların mülkiyetinin değişmesine sebep olan tüm hukuki işlemlerin resmi yazılı şekilde yapılması gerekmektedir. Yargıtay ise tapusuz taşınmazların devrinin aynı taşınır zilyetliğinin devri gibi resmi şekle bağlı olmadığını, zilyetliğin devrinin sahiplik için yeterli olduğunu, tapusuz taşınmazın devrine ilişkin ceza koşulu anlaşmasının da geçerlilik şekline tabi olmadığını eski tarihli bir kararında belirtmiştir[140].

Yargıtay bir kararında taşınmaz satışı için tapuda gerçekleştirilen sözleşmede ceza koşulu kararlaştırılmaması sebebiyle daha öncesinde adi şekilde düzenlenen sözleşme ile kararlaştırılan ceza koşulunun geçersiz olacağını ifade etmiştir[141].

Yargıtay İçtihatı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu eski tarihli bir içtihatı birleştirme kararında, gayrimenkul satış vaatlerinin de tapuda yapılması gerektiğini, tapu dışı ya da noter tarafından yapılan vaadin geçerli olmayacağını ve bu geçersiz vaat sözleşmesinde kararlaştırılan ceza koşulunun da geçersiz olacağını ifade etmiştir[142].

Kanuni geçerlilik şekline bağlı olan bir sözleşmenin bu şekle uygun akdedilmemesi ve bu geçersizliğin ileri sürülmesi, bazı durumlarda dürüstlük kuralına aykırı düşebilir. Böyle durumlarda sözleşme geçerli kabul edilir ve dolayısıyla onun fer'i olan ceza koşulu da geçerlidir. Yargıtay bir kararında, kanuni geçerlilik şartına aykırı olarak yapılan bir sözleşmenin ifa edilmesinden sonra verilen ceza koşulunun sözleşmenin geçersizliğine dayanarak istenilmesinin dürüstlük kuralına aykırı olduğunu,

[140] Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 31/01/1991 T., 1990/6830 E., 1991/878 K. (GÜNAY, s.73 naklen); TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 62; KOCAAĞA, s. 122.
[141] Yargıtay, 4. Hukuk Dairesi, 31/05/1974 T., 1974/3787 E., 1974/2959 K., (YAVUZ, s. 530).
[142]Yargıtay İçtihatı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, 19.10.1938 T., 1937/13 E., 1938/15 K., (www.kanunum.com, E.T.: 22/03/2020).

edimler ifa edildikten sonra sözleşmenin geçersiz olduğu ve buna bağlı olarak ceza koşulu kaydının da geçersiz olduğu iddiasının dinlenilemeyeceğini ifade etmiştir[143].

TBK'nun 12. maddesi gereğinceşekil şartına bağlı olarak yapılan sözleşmelerdeki esaslı değişikliklerinde aynı şekle uygun yapılması gerekmektedir.Asıl sözleşmenin akdedilmesinden sonra yapılan ceza koşulu anlaşmasının da,ana sözleşmede değişiklik yapması nedeniyle asıl borcun tabi olduğu şekilde yapılması gerekmektedir[144].

b. Ceza Koşulunun Geçerlilik Şartları

Bir önceki başlıkta ceza koşulu anlaşmasının kanuni şekil şartına uygun şekilde yapılmaması durumunda meydana gelecek hukuki durumdan bahsetmiştik. Bu başlık altında ise ceza koşulu anlaşmasının geçerlilik şartlarını inceleceğiz.

Asıl borcun geçerliliği konusunda bahsettiğimiz üzere sözleşme hükümlerinin TBK'nun 27/I'deki "Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür." Şeklindeki düzenlemeye aykırı olması durumunda sözleşme kesin hükümsüz olacaktır. Aynı şekilde ayırt etme gücü olmayanların akdettikleri sözleşmelerin, muvazaalı sözleşmelerin ve yukarıda da bahsettiğimiz gibi kanuni şekle uyulmadan yapılan sözleşmelerin de kesin hükümsüz olduğu tartışmasızdır. Ceza koşulunun bu saydığımız geçerlilik şartlarına aykırı olması halinde ceza koşulu kaydı kesin hükümsüz olacaktır. Ceza koşulu kaydının kesin hükümsüz olması asıl borcun varlığını etkilemeyecektir. Ne

[143] Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 07/12/2017 T., 2015/42170 E., 2017/12279 K.; Aynı yönde başka bir karar için bkz. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 12/09/2019 T., 2017/3732 E., 2019/4342 K., "…Asıl borç yoksa cezai şart da söz konusu olamaz. Bu niteliği itibariyle 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 oluşturamaz. 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 nitelikte olan cezai şart da geçerli sayılacaktır…", UYAP, (E.T.:22/03/2020).

[144] YAĞCIOĞLU, s. 165; GÖKÇEOĞLU, s. 76.

var ki bu kayıt olmadan sözleşmenin akdedilmeyeceğinin açıkça anlaşılması durumunda sözleşme bütünüyle kesin hükümsüz olacaktır (TBK m. 27/2).

Ceza koşulu borçlusunu maddi açıdan aşırı derecede zor duruma düşüren, mesleğini yapamayacağı kadar sınırlandıran ya da mutlak derecede çıkmaza götüren ceza koşulu kaydı, ahlaka aykırı olması sebebiyle hükümsüz olacaktır. Genellikle işçi aleyhine yapılan rekabet yasağı sözleşmelerinde ceza koşulunun ahlaka aykırılığı karşımızaçıkmaktadır[145].

Ceza koşulu anlaşmasının hata, hile ve tehdit ile akdedilmiş olması ya da aşırı yararlanma sebebiyle edimler arasında eşitsizlik olması durumunda sözleşme iptal edilebilir mahiyettedir (TBK m.28 ve m. 30 vd.). İradesi sakatlanan veya aşırı yararlanılan tarafın iptal iradesini süresinde açıklaması durumunda ceza koşulu kaydı iptal edilmiş olacaktır. Ceza koşulunun iptal edilmiş olması sebebiyle asıl borcun geçerliliği etkilenmeyecek sadece ceza koşulu hükümsüz kalacaktır.

Kanun koyucu getirdiği birtakım düzenlemeler ile bazı sözleşmelerde kararlaştırılan ceza koşulu kaydının geçersiz olacağını belirtmiştir. Bu düzenlemelerde ilk olarak Yargıtay tarafından eski kanun döneminde benimsenen[146] ancak kanuni düzenlemeye 6098 Sayılı TBKile kavuşan "kiracının kira bedelini ödememesi

[145] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 02/03/2017 T., 2016/5641 E., 2017/1255 K., "…Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti başlığı altında düzenlenen 48. ve devamı maddelerinde herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olduğu anayasal teminat altına alınmıştır. 818 sayılı BK'nın 19. maddesinde bir akdin mevzunun, kanunun gösterdiği sınır dairesinde serbestçe tayin olunabilir denilmekle birlikte 20. maddesinde ise akdin mevzunun gayrimümkün veya gayri muhik yahut ahlaka (adaba) aykırı olması halinde o akdin batıl olacağı belirtilmiştir. Sözleşmenin tarafları, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde sözleşmenin konusunu belirlemede özgür iseler de bu özgürlüğün sınırsız ve sonsuz olduğu söylenemez. 818 sayılı BK'nın 19, 20, 349. maddelerinde bu özgürlüğün sınırları çizmiştir. Sözleşmede öngörülen rekabet yasağı; ancak işçinin iktisadi geleceğinin hakkaniyete muhalif olarak tehlikeye girmesini menedecek surette zaman, yer ve işin nevi noktasından hal icabına göre münasip bir hudut dahilinde şart edilmiş ise geçerlidir. Bu açıklamalardan sonra somut olaya dönüldüğünde; davalının imzaladığı hizmet akdinin rekabet yasağına ilişkin maddesinde bir coğrafi alan sınırlaması bulunmaması işçinin iktisaden mahvına sebep olacak mahiyette olup, davacı şirketin faaliyet alanının tüm inşaat sektörünü ilgilendirmesi nedeniyle yukarıda açıklanan çalışma özgürlüğüne, akit serbestisine ilişkin yasal düzenlemelere aykırıdır. Bu nedenle haksız rekabete ilişkin sözleşme hükmünün batıl sayılması gerekmektedir. Bu husus gözetildiğinde davanın esasında taraflar arasında imzalanan hizmet akdinde yer alan haksız rekabete ilişkin düzenlemelerin batıl olduğundan bahisle reddi gerekeceğinden sonucu itibariyle doğru olan yerel mahkeme kararının, HUMK 438/son maddesi uyarınca gerekçesi değiştirilmek suretiyle onanmasına karar vermek gerekmiştir..." UYAP, (E.T.:22/03/2020).

[146] Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 01/03/1974 T., 1973/511 E., 1974/492 K.; 25/09/1979 T., 1979/ 3966 E., 1979/4619 K., (YAĞCIOĞLU, s. 129).

durumunda öngörülen ceza koşulunun geçersizliği" hükmüne değinmek gerekir. Kanun koyucu kira sözleşmesinde zayıf durumda olan kiracıyı korumak amacıyla kira bedelinin gecikmesi sebebiyle ceza koşulu ödeneceğinin kararlaştırılmasını geçersiz saymıştır (TBK m. 346)[147]. Kiracının TTK uyarınca tacir sıfatına haiz olması durumunda 01/07/2020 tarihine kadar bu madde hükmü uygulanmayacak ve kiracı aleyhine konulan böyle bir ceza koşulu kaydı geçerli sayılacaktır[148]. Kanun koyucu sadece konut ve çatılı işyeri kiralarında geçerli olmak üzere bu hükmü getirmiştir. Ürün ve hayvan kirası bedellerinin ödemesinin gecikmesi durumunda kararlaştırılan ceza koşuluna ilişkin herhangi bir yasak bulunmamaktadır.

Ceza koşulunun kanuni olarak açıkça sınırlandırıldığı bir diğer işlem ise kefalet sözleşmesidir. Kefalet sözleşmesi ile borçlunun borcunu ifa etmemesi sebebiyle kefilin sorumluluğu borç ve ferilerini kapsamaktadır. Her ne kadar ceza koşulu da asıl borcun ferisi olsa da TBK'nun 589/IV açık hükmü gereğince kefilin ceza koşulundan sorumlu tutulması yasaktır[149]. Borcun borçlu tarafından ifa edilmemesi durumunda kefilin sorumluluğuna ceza koşulunun ifasının da eklenmesine dair sözleşme kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır.

Ceza koşulu kararlaştırmanın kanuni olarak açıkça sınırlandırıldığı bir diğer işlem ise TBK'nun 420. maddesinde öngörülen ve iş sözleşmesinde yalnızca işçinin aleyhine kararlaştırılan ceza koşulu kaydının hükümsüz olması durumudur. Böyle bir durumda iş sözleşmesi tamamen hükümsüz olmayacak yalnızca işçi aleyhine konulan

---

[147] Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 05/02/2013 T., 2012/18198 E., 2013/1651 K., UYAP, (E.T.:22/03/2020).

[148] Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 24/04/2019 T., 2017/7031 E., 2019/3765 K.,"…Bununla birlikte 6217 Sayılı Yasanın geçici 2.maddesinde değişiklik yapan 6353 Sayılı Yasanın 53.maddesine göre; kiracının Türk Ticaret Kanunu'nda tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralarında 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 323, 325, 331, 340, 343, 344, 346 ve 354'ncü maddelerinin 01.07.2012 tarihinden itibaren sekiz yıl süreyle uygulanamayacağı göz önünde bulundurularak kiracının…" UYAP, (E.T.:22/03/2020).

[149] 818 Sayılı mülga Borçlar Kanunu'nun 490 maddesi gereğince kefil ceza koşulundan sorumlu değildi ancak aksi sözleşmede taraflarca kararlaştırılabiliyordu. 6098 Sayılı Borçlar Kanunu ile getirilen kefilin ceza koşulundan sorumlu olmayacağına dair hüküm emredici nitelikte olduğundan sözleşme taraflarınca aksi kararlaştırılamayacaktır. YENER, Mehmet, "Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Yapılan Değişiklikler**",Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi**, Ocak 2012, C.4, S. 7, s. 110.

ceza koşulu kaydı geçersiz olacaktır. Hem işçi hem de işveren aleyhine ceza koşulu ihtiva eden hizmet sözleşmeleri ise hükümsüzlük yaptırımına tabi olmayacaktır. Doktrin ve Yargıtay tarafından benimsenen görüşe göre, sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulunun, işçinin eğitimi karşılığında kararlaştırılması durumunda hükümsüzlüğü ileri sürülemeyecektir[150]. Böyle bir durum için kararlaştırılan ceza koşulunun katlanılabilir olduğunun kabulü gerekmektedir ve hükümsüzlüğünü ileri sürmek hakkaniyete aykırı olacaktır[151].İşçi ve işveren arasında düzenlenen rekabet etme yasağı sözleşmelerinin belirlikanuni (TBK m. 351) şartları taşıması durumunda kararlaştırılan ceza koşulunun geçerli olabileceği kabul edilmektedir[152].

3. Ceza Koşulunu Oluşturan Hukuki İşlemin Tarafları

Ceza koşulunun kararlaştırıldığı sözleşme ölüme bağlı tasarrufla akdedilemezyalnızca sağlar arası bir hukuki işlemle ceza koşulu kararlaştırılabilir. Ceza koşulunun borçlusu ve alacaklısı kural olarak ceza koşulunun kararlaştırıldığı asıl borcun borçlusu ve alacaklısıyla aynıdır. İstisnai olarak taraflarca sözleşmede taraf olmayan üçüncü kişilerin ceza koşulunun muhatabı olarak kararlaştırılması mümkündür[153]. Ceza koşulu alacaklısı ya da borçlusunun üçüncü bir kişi olarak kararlaştırılması konusunda herhangi bir kanuni hüküm bulunmamaktadır. Örneğin, borcun 31/12/2020 tarihinde ifa edilmemesi durumunda Türkiye Gaziler ve Şehit Aileleri Vakfı'na 10.000,00 TL bedelin ödeneceğinin kararlaştırılması durumunda ceza

[150] Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 26/09/2012 T., 2012/23475 E., 2012/31856 K., UYAP, (E.T.:22/03/2020); OZAN, s. 151; KARAGÖZ, s. 229; AYKAÇ, s. 725; KILIÇ, Şebnem**, İş Sözleşmelerinde İbraname ve Cezai Şartın Türk Borçlar Kanunu Açısından Değerlendirilmesi**, Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan, C. 2, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 2859; GÜNDÜZ, Fehmi, "Hizmet Akitlerinde Cezai Şart",**İstanbul Barosu Dergisi,**Mayıs-Haziran 2014, C. 88, S.3, s. 143; SOYER, Polat**, Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu**, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, s. 363.
[151] KARAGÖZ, s. 227.
[152] KARAGÖZ, s. 244; GÜNDÜZ, s. 149; OZAN, s. 149.
[153] VON TUHR, s. 766; TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s.62; KOCAAĞA, s. 128.

koşulunun alacaklısı ile asıl borcun alacaklısı aynı olmayacak, ceza koşulunun alacaklısı ilgili vakıf olacaktır.

Ceza koşulunun üçüncü bir kişi lehine ifa edilecek olması durumunda ceza koşulunun, borçlu tarafı ifaya zorlama amacının daha baskın olduğu söylenebilir[154]. Ceza koşulunun üçüncü şahıs lehine kararlaştırılmış olması halinde talep hakkının kimde olduğu konusu tartışmalıdır. Kabul edilen görüşe göre, üçüncü kişi lehine kararlaştırılan ceza koşulunun niteliği "tam üçüncü şahıs lehine sözleşme"[155](TBK m. 129/2) ise bu durumda üçüncü kişinin ceza koşulunu talep etme hakkı olacaktır. TBK'nun 129. maddesinin ilk fıkrasında belirtilen "eksik üçüncü kişi yararına sözleşme" olması durumunda ceza koşulunu talep etme hakkı yalnızca asıl borcun alacaklısında olacaktır.

Asıl borcun alacaklısı ile ceza koşulunun alacaklısının aynı kişi olduğu ancak borçlusunun farklı kişiler olduğudurumlarda, ceza koşulunun varlığından söz edilemeyeceği kabul edilmektedir. Ceza koşulunun borçlusunun üçüncü kişi olması halinde daha çok "üçüncü şahsın fiilini taahhüt" (TBK m.128) kurumu karşımıza çıkacaktır[156].

[154] KOCAAĞA, s. 129; BİLGE, s.95; EKİNCİ, s. 135.

[155] Üçüncü şahıs yararına sözleşmede sözleşmenin tarafları bakımından herhangi bir değişiklik olmamakta; sözleşmenin tarafları borçlu ve alacaklı olarak kalmaktadır ancak sözleşmede belirlenen ifanın yapılacağı kişi alacaklı taraf değildir. Taraflar anlaşarak sözleşmede belirlenen ifanın alacaklı dışında üçüncü bir kişiye yapılmasını kararlaştırmışlardır. Üçüncü şahıs lehine sözleşme "eksik üçüncü kişi lehine" ve " tam üçüncü şahıs lehine" olmak üzere ikiye ayrılır. Bunlar arasındaki fark üçüncü kişinin ifayı talep edebilmesi açısındandır. Tam üçüncü şahıs lehine sözleşmede üçüncü şahıs ifayı talep edebilme hakkına sahipken diğerinde ifayı talep edebilme hakkı sözleşmenin alacaklısındadır. KILIÇOĞLU YILMAZ, Kumru, "Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2016, C.22, S.3, s. 1759.

[156] TUNÇOMAĞ, Türk Hukuku'nda Cezai Şart, s. 63; BİLGE, s. 75.

V. CEZA KOŞULUNUN ÖZELLİKLERİ

A. Ceza Koşulunun Her Türlü Borç İçin Kararlaştırılabilmesi

Ceza koşulu, kural olarak her türlü borcun bir kısmı ya da tamamı hakkında kararlaştırılabilir[157]. Ceza koşulu halihazırda ifa edilmemiş ve geçerlilik şartlarına haiz her türlü borç için kararlaştırılabilir. Ceza koşulunun fer'i olduğu asıl borcun kaynağının yaygın olarak sözleşmeler olduğu görülmekteyse de, haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşme borçlarında da ceza koşulu nadir olarak karşımıza çıkmaktadır[158]. Ceza koşulu hem verme hem yapma hem de yapmama borçlarında kararlaştırılabilir[159].

Şarta bağlı borçlar için de ceza koşulu kararlaştırılabilir. Geciktirici şarta bağlanan borçlarda ceza koşulunun istenebilmesi için şartın gerçekleşmesi gerekmektedir; şart gerçekleşmez ise ceza koşulu hükümleri devreye girmeyecektir çünkü, şartın gerçekleşmesi ile ana sözleşmenin hükümleri devreye girecektir. Bozucu şarta bağlanan borçlarda ise durum daha farklıdır. Bozucu şarta bağlanan borçlarda, şartın gerçekleşmesi ceza koşulunu hükümsüz hale getirecektir çünkü şartın gerçekleşmesi ile sözleşme hükümleri işlevini yitirecektir[160].

Ceza koşulunun kararlaştırıldığı asıl borcun konusunun ekonomik bir değere sahip olması ya da alacaklıya maddi bir fayda sağlaması gerekmemektedir[161]. Alacaklıya manevi fayda sağlamak amacıyla oluşturulan bir borç için de ceza koşulu kararlaştırılabilir. Manevi faydalar için de ceza koşulu kararlaştırılabilmesi, TBK'nun 180. maddesi gereğince zarara uğranılmasa da ceza koşulunun talep edilebilmesi

---

[157] YAĞCIOĞLU, s. 114; GÖKÇEOĞLU, s. 40; KOCAAĞA, s. 78; TEKİNAY, Selahattin/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Filiz Kitapevi, İstanbul 1993, s. 343.

[158]TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 343; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 701; FEYZİOĞLU, s. 391; GÖKÇEOĞLU, s. 37; BİLGE, s. 61; KARAHASAN, s. 1375; CANSEL/ÖZEL, s. 717; Sadece sözleşmelerde ceza koşulu kararlaştırılabileceğini öne süren görüş için bkz. TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 9.

[159] KARAHASAN, s. 1376; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 343; BİLGE, s. 59; EKİNCİ, s.35.

[160] EKİNCİ, s. 36.

[161] OSER/ SCHÖNENBERGER, s. 459; TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 7.

hükmüyle desteklenmektedir. Ceza koşulunun, borçlu üzerinde ifa baskısı yaratarak ifayı kolaylaştırma ve alacaklının uğrayabileceği olası zararları giderme amaçları da dikkate alındığında, maddi değere haiz olan ya da olmayan ve kanunen yasaklanmayan her türlü borcun ceza koşulu ile teminat altına alınması haklı sebebe dayanmaktadır[162].

Verme borçlarından olan para borçlarında ceza koşulunun kararlaştırılıp kararlaştırılamayacağı konusunda eski ve yeni Borçlar Kanunu'muzda hüküm bulunmaması sebebiyle uygulama birliği bulunmamaktaydı. Yargıtay, 1960 yılına kadar verdiği kararlarda, para borçları açısından ceza koşulu kararlaştırılamayacağını, bunun kanun hükümlerine karşı hile olduğunu, ifa edilmeme sebebiyle uğranılan zararın faizle giderildiği, ceza koşulunun mükerrer ödeme teşkil edeceğini, faizden daha fazla bir zarar doğmuş ise bunun ispatlanması durumunda ek zararın tazminat olarak talep edilebileceğini, para borçları açısından taahhüt edilen ceza koşulunun hüküm ifadeetmeyeceğini belirtmiştir[163]. Yargıtay bu görüşünü her ne kadar 1960[164]tarihli bir kararıyla değiştirmiş gibi görünse de bu tarihten sonra da ceza koşulunun para borçları için kararlaştırılamayacağı yönünde kararlar vermeye devam etmiştir. Yargıtay'ın daireleri arasında içtihat birliği bulunmaması sebebiyle Hukuk Genel Kurulu toplanmış ve 1971[165] yılında oluşturulan içtihatla birlikte para borçlarında ceza koşulunun kararlaştırılmasının mümkün olduğunu belirtmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu kararında, para borçlarında kararlaştırılan ceza koşulunun tarafların yararına olduğunu, iş dünyasında sermayesi olmayan ve girişimci kişilerin hukuki ilişkilerinin daha

---

[162] YAĞCIOĞLU, s. 116.

[163] Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 22/12/1947 T., 1947/7284 E., 1947/5387 K.(ÖCAL, Akar, "Para Borçlarındaki Cezai Şart Hakkında Yargıtay'ın Görüşleri", Adalet Dergisi, Mayıs 1961, S.5, s. 526); Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 07/02/1965 T., 1964/9146 E., 1965/6973 K. (UÇAR, s. 26); Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 12/01/1965 T., 1964/1042 E., 1965/85 K., "…Para borçlarına ilişkin uyuşmazlığın çözümlenmesinde ana paraya ve istenildiğinde faize ve Borçlar Kanunu'nun 105'inci maddesi gereğince ek zarara hükmedilmesi gerekli olup, başkaca istenen cezai şartı… kanuni sınırdan yukarı faizi isteme niteliğinde olduğundan, kabulüne imkan yoktur…" ; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 07/12/1965 T., 1964/9146 E., 1965/6973 K.,(ÖZMEN, E. Saba/ AKTAŞ, Türkan, "Türk Hukuku Açısından Para Borçlarında Temerrüt Faizi Yanında Ceza Koşulu Talep Edilebileceğine İlişkin Yargıtay Kararlarının Eleştirisi", **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Haziran 2018, C.17 , S.1, s.47).

[164] Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 22/02/1960 T., 1959/3257 E., 1960/2107 K., (KARAHASAN, Mustafa Reşit, "Para Borçlarında Cezai Şart**", İstanbul Barosu Dergisi**, 1966, C. XL, S.10, s. 474).

[165] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 17/02/1971 T., 1971/4-405 E., 1971/85 K., (ŞİRİN, Şerafettin, **Ticaret Hukukunda Faiz ve Uygulaması**, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1994, s. 194).

güvenceliolmasını isteme hakkı olduğunu, hâkimin fahiş ceza koşulunu indirme yetki ve imkanının olduğunu, borçlu ile alacaklı arasında menfaat dengesinin bu sayede korunacağını ifade etmektedir.

Para borçlarında ceza koşulu kararlaştırılabileceği konusunda uygulama birliği sağlandıktan sonra bu borçlarda ayrıca temerrüt faizi istenilip istenilemeyeceği tartışması ortaya çıkmıştır. Bir görüşe göre, para borçlarında kararlaştırılan ceza koşulunun zaten temerrüt faizinin yerini aldığı, ceza koşuluna ek olarak temerrüt faizi talep edilmesinin hakkaniyete uygun olmadığı belirtilmiştir[166]. Bu görüşe göre yalnızca temerrüt faizinin ceza koşulunu aşması durumunda alacaklının lehine olan temerrüt faizi istenebilecektir.

Ceza koşulunun miktarının temerrüt faizi bedelini ciddi şekilde aşması halinde ceza koşulu için kanunda öngörülen en yüksek faiz oranının üst limit olacağını ifade eden görüş de bulunmaktadır[167]. Bu görüşün kabul edilmesi durumunda para borçlarında kararlaştırılan ceza koşulunda "ceza koşulunun hakim tarafından indirilmesi" kuralının hiçbir zaman uygulama bulmayacağını ve kanuni olarak öngörülen faiz oranının zaten hukuka uygun olması sebebiyle bu oranın altında kalan ceza koşulu kaydı fahiş sayılamayacağını öngören bazı yazarlar bulunmaktadır[168].

Ceza koşulu genellikle belli bir paranın ödenmesi şeklinde kararlaştırılsa da para dışında başka bir edimin de ceza koşulu olarak kararlaştırılmasının önünde hukuki bir engel bulunmamaktadır[169]. Sözleşme serbestisi ilkesi gereğince hukuka aykırı olmayan ve yasaklanmayan sınırsız sayıda edim ceza koşulunun konusunu oluşturabilir. Buradan hareketle ceza koşulu olarak verme –ki para borcu verme borcudur- yapma ya da yapmama borcu kararlaştırılabilir. Örneğin ceza koşulu olarak, borcun zamanında ifa edilmemesi durumunda alacaklıya fazladan bir adet altın kolye yapılacağı

[166] TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 344, dpn.3a.
[167] OSER/ SCHÖNENBERGER, s. 959; Uçar, s. 12; Aksi yönde görüş için bkz. BİLGE, s. 83.
[168] TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 68; KOCAAĞA, s. 72; BİLGE, s. 83; YAĞCIOĞLU, s. 120.
[169] EKİNCİ, s. 41.

kararlaştırılabilir ya da borcun ihlali durumunda alacaklının manzara hakkının bir daha zedelenmeyeceği taahhüt edilebilir. İlk durumunda ceza koşulunun konusu yapma borcu olarak ikinci durumda ise ceza koşulu yapmama borcu olarak karşımıza çıkmıştır.

Ceza koşulunun para olarak kararlaştırılması halinde bu paranın sadece ülkemiz parası olması zorunlu değildir. Herhangi bir ülkenin parası da ceza koşulunun konusu olabilir[170].

B. Ceza Koşulunun Fer'iliği

Ceza koşulunun şüphesiz ki en dikkate değer özelliği fer'i nitelikte olmasıdır. Ceza koşulu tek başına bir borç konusu oluşturamaz ve asli borcun ifa edilmesini garanti altına almak amacıyla kararlaştırıldığından bu borcun devamlı olarak mevcudiyetine ihtiyacı vardır. Ceza koşulu asıl borcun varlığına bağlıdır ve bu da onun fer'i niteliğinin yansımasıdır[171]. Ceza koşulunun ifasını temin altına aldığı asıl borç ile ceza koşulu arasında asıl borç- yan borç (asli borç- tali borç) ilişkisi vardır[172]. Eğer böyle bir ilişki olmamış olsaydı, her iki borç arasında aslilik- fer'ilik ilişkisi değil, borçların eşit şartlarda yarıştığı seçimlik borç olacaktır[173]. TBK'nun 182/II hükmünde

---

[170] EURO ve Sterlin üzerinden kararlaştırılan ceza koşulu örnekleri için bkz. Yargıtay 3.Hukuk Dairesi, 03/07/2019 T., 2017/8639 E., 2019/6095 K.; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 18/09/2014 T., 2013/26537 E., 2014/27537 K.; USD üzerinden kararlaştırılan ceza koşulu örneği için bkz., Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 23/10/2013 T., 2013/12190 E., 2013/16499 K; Yargıtay 19. Hukuk Dairesi , 29/04/2010 T., 2009/6438 E., 2010/5298 K.; Sterlin üzerinden kararlaştırılan ceza koşulu örneği için bkz. Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, 13/05/2013 T., 2013/13807 E., 2013/8737 K.,UYAP, (E.T.: 25.03.2020).

[171] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 01/03/2006 T., 2005/10-755 E., 2006/32 K. "…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. Borcu sona erdiren en önemli neden, tarafların kendilerine yüklenen edimleri ifa etmeleridir. Genel olarak ifa, borçlanılmış edimin yerine getirilmesi suretiyle alacaklının tatmin edilerek borcun sona erdirilmesidir. Kural, asıl borç sona erdiğinde, bu borca bağlı fer'i borçlarında sona ereceğidir. Bu sonuç, ek bir işleme gerek olmaksızın kendiliğinden gerçekleşir..." UYAP, (E.T.: 25.03.2020).

[172] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 20/03/1974 T., 1970/1053 E., 1974/222 K., "…Cezai şart asıl borcun fer'idir; ona bağlı, fakat ayrı bir edim niteliği taşır…" http://www.turkhukuksitesi.com/serh.php?did=15235 (E.T. 25/03/2020).

[173] KARAHASAN, s. 1377; GÜNAY, s. 28; CANSEL/ÖZEL, s. 719; GÜLSEVEN, s. 37.

asıl borcun geçersizliğinin, ceza koşulunun da geçersiz olmasına sebebiyet vereceğinin belirtilmesi ceza koşulunun fer'i niteliğinin kanuni dayanağıdır[174].

Ceza koşulunun fer'i niteliğe haiz olması şüphesiz ki fer'i borçlarla ilgili kanuni hükümlerin uygulanması sonucunu doğurur. Bunun sonucu olarak ceza koşulunun ifa edileceği yer asıl borcun ifa edileceği yer ile aynıdır; asıl borç konusuna ilişkin bir def'i ileri sürülmüş ise ceza koşulu talep edilemez[175];asıl borç için kararlaştırılan taşınır rehni ceza koşulunu da kapsar; iflas durumunda ceza koşulu da asıl borçla birlikte iflas masasına kaydolur;alacağın nakledilmesi durumunda ceza koşulu da nakledilmiş olur. Ceza koşulunun muacceliyeti ve sonlanması, asıl borcun muacceliyetine ve sonlanmasına bağlıdır[176]. Son olarak asıl borç ilişkisini oluşturan hukuki işlemin şekil şartına haiz olduğu durumlarda ceza koşulu da bu şekle bağlı olarak kararlaştırılmalıdır[177].

Ceza koşulunun, henüz talep edilebilir olmaması şartıyla asıl borçtan ayrı olarak temlik edilebilmesi ve ceza koşulu alacaklısının baştan itibaren sözleşme dışı üçüncü bir kişi olabilmesi, fer'i olması özelliğinin istisnalarındandır[178].

Yukarıda da değindiğimiz gibi alacağın temlikinde ceza koşulu henüz muaccel değil ise kural olarak asıl borçla birlikte ceza koşulu alacağı da devredilir[179]. Alacağın temlikinde, asıl borcun seçimlik ceza koşulu ile güvence altına alındığı hallerde ceza koşulunun muaccel hale gelmesi şartıyla alacaklı devralandan asıl borcun ifasını ya da ceza koşulunu talep edebilirken, asıl borcun ifaya eklenen ceza koşulu ile güvence altına

---

[174]VON TUHR, s. 765; Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, 16/04/2009 T., 2008/177 E., 2008/857 K., "…Az yukarıda sözü edildiği üzere, asıl borç ilişkisi kiralayan tarafından fesih suretiyle sona erdirildiğinden ifaya ekli cezai şartın istenme olanağı kalmamıştır. Mahkemenin, yapılan bu saptamaları bir yana bırakarak birleşen dava konusu istemi hüküm altına alması yasaya aykırı olmuştur…" UYAP**,** (E.T.: 25.03.2020).

[175] Def'inin geçici nitelikte olması ceza koşulunun ileri sürülmesine engel değildir. Bkz. Gökçeoğlu, s. 37; Asıl borca karşı ileri sürülen itirazlar asıl borca karşı da ileri sürülebilir. Bkz. FEYZİOĞLU, s. 389; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 460.

[176] Ceza koşulunun asıl borçtan önce muaccel olması mümkün değildir. Bkz. KOCAAĞA, s. 162; BİLGE, s. 74.

[177] GÖKÇEOĞLU, s. 37-38.

[178] TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 16; GÖKÇEOĞLU, s. 38.

[179] BİLGE, s. 74; EREN, s. 1240; Ceza koşulunun devri için herhangi bir başka işleme gerek kalmadan kendiliğinden asıl borçla birlikte devredilir. Bkz. KOCAAĞA, s. 159.

alınması durumunda alacaklı devralandan asıl borç ile beraber ceza koşulunu talep edebilecektir. Yargıtay'ın da uygulaması bu şekildedir[180].

Ceza koşulu ile ifası teminat altına alınan asıl borcun sözleşme dışı üçüncü bir kişi tarafından üstlenilmesi durumunda henüz muaccel olmayan ceza koşulu borcu da üstlenen kişiye geçer[181]. Fer'i hakların borçlu tarafın değişmesinden etkilenmemeleri sebebiyle, üstlenmeden önce muaccel olmuş ceza koşulunun borcu üstlenene karşı ileri sürülebileceği kabul edilmektedir.

Hukukumuzda şahsi ya da ayni teminatla güvence sağlama yaygın olduğundan asıl borcun teminat altına alınması durumunda ceza koşulunun teminat kapsamında kalıp kalmadığı hususuna ayrıca değinmek gerektiği kanaatindeyiz. Asıl borç taşınmaz rehni ile teminat altına alınmış ise bu durumda rehnin türüne bakılmalıdır. Üst sınır ipoteği söz konusu ise ceza koşulu ile birlikte alacak, ipotek akit tablosunda belirtilen teminat miktarını aşmıyorsa ceza koşulu da asıl borçla birlikte teminat altına alınmış olur[182]. Ana para ipoteği söz konusu ise taraflar arasında ayrıca bir anlaşma yapılıp bu anlaşma tapuya kaydedilmediği sürece ceza koşulunun asıl borçla birlikte teminat altına alınması mümkün değildir[183].

Asıl borcun taşınır rehni ile teminat altına alındığı hallerde ceza koşulualacak hakkına da güvence sağlıyor ise taşınır rehninin ceza koşulunu da kapsadığı; borçluda ifa baskısı yaratmak adına kararlaştırılan ceza koşulu söz konusu olduğunda ise taşınır

[180] Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, 29/05/2007 T., 2007/2499 E., 2007/6455 K., "…Bütün bu açıklamalardan sonra kısaca söylemek gerekirse, yüklenicinin borcu kapsamında kalan eserdeki ayıp ve eksikliklerden ve koşullar yerinde ise arsa sahibinin isteyebileceği cezai şart alacağı ile sözleşmedeki diğer alacaklardan ve ayrıca kanundan kaynaklanan arsa sahibinin diğer alacaklarından da ondan temellük edilen kişisel hakkın ifasını isteyen üçüncü kişide sorumludur…"; Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, 20/04/2007 T., 2007/427 E., 2007/4637 K., UYAP**,** (E.T.: 25.03.2020).
[181] KOCAAĞA, s. 161.
[182] TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 71.
[183] TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 71; EKİNCİ, s. 145; KOCAAĞA, s. 165.

rehininin ceza koşulunu kapsamadığı görüşü mevcuttur[184]. Ceza koşulu asıl borçtan bağımsız olarak direkt taşınır rehni veya taşınmaz rehni ile teminat altına alınabilir[185].

TBK'nun 589/IV madde/fıkrası gereğince asıl borcun kefaletle güvence altına alınması durumunda asıl borç için kararlaştırılan ceza koşulu kefilden talep edilemeyecektir ve bu kuralın aksine yapılan anlaşmalar kesin hükümsüz olacaktır[186]. Yalnızca asıl borcun kefaletle güvence altına alınması halinde bu madde hükmü karşımıza çıkar; zira ceza koşulunun kefaletle güvence altına alınması yönünde herhangi bir hukuki engel yoktur[187].

Asıl borç ilişkisinin zamanaşımına uğraması sebebiyle sona erdiği hallerde TBK'nun 152. maddesi gereğince ceza koşulu da zamanaşımına uğramış olacaktır[188]. Ancak ceza koşulunun bağlı olduğu asıl borca dair sözleşme, bu borç zamanaşımına uğradıktan sonra akdedilmiş ise asıl borca bağlanan ceza koşulu talep edilebilir[189]. Böyle bir durumda ceza koşulunun da zamanaşımına uğradığını ileri sürmek dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir.

Asıl borcun ifa edilmemesi ya da eksik ifa edilmesi hallerinde ceza koşulu muaccel hale gelecektir ve artık fer'i niteliğini kaybederek asıl borçtan bağımsız bir

---

[184] TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 71-72.

[185] SAYMEN, H. Ferit / ELBİR, K. Halid, **Türk Eşya Hukuku Ayni Haklar**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1954, s. 712; TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s.77; Ceza koşulunun teminat altına alındığı Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 24/01/2019 T., 2017/4007 E., 2019/468 K., UYAP**,** (E.T.: 25.03.2020).

[186] Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 22/05/2017 T., 2016/20657 E., 2017/4040 K. "…TBK'nun 589/2-1 maddesi uyarınca kefilin asıl borç ile borçlunun kusur veya temerrüdünün yasal sonuçlarından sorumlu olduğundan ve kefilin sorumluluğunun asıl borçlu ile aynı miktarda olması gerektiğinden mahkemece cezai şart konusunda kefil olan davalı hakkında asıl borçluya oranla daha fazla indirim yapılması doğru görülmemiştir…" UYAP**,** (E.T.: 25.03.2020).

[187] KOCAAĞA, s. 167-168; aksi görüş için bkz. YAĞCIOĞLU, s. 52.

[188] TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1073; Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 27/03/2019 T., 2015/35845 E., 2019/6782 K., "…6098 sayılı Borçlar Kanununda ve 4857 sayılı İş Kanununda cezai şarta ilişkin olarak özel bir zamanaşımı süresinin belirlenmediği, zamanaşımına ilişkin özel bir hükmün bulunmadığı hallerde genel zamanaşımı süresinin 10 yıl olduğu, asıl borcun zamanaşımına uğramasının cezai şartın da zamanaşımına uğraması sonucunu doğuracağı, cezai şart için zamanaşımının başlangıcının ise alacağın muaccel olduğu tarih olduğu, rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklanan cezai şart alacağının yasağa aykırı davranış gerçekleştiğinde muaccel hale geleceği göz önünde bulundurularak, işin esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken…" UYAP**,** (E.T.: 25.03.2020).

[189] KOCAAĞA, s. 172.

niteliğe haiz olacaktır[190]. Başka bir ifadeyle, ceza koşulu ile asıl borç ilişkisi arasında kader birliği, ceza koşulu talep edilebilir olduğunda sona erecektir.

Asıl borç herhangi bir sebepten sona erer ise taraflarca aksi kararlaştırılmadığı müddetçe ceza koşulu da sona erecektir ve asıl borcun kaderine mahkum olacaktır[191]. Ancak bu mahkumiyet ceza koşulunun muacceliyetine kadar devam edecektir ve artık bu andan sonra asıl borcun sona ermesi ceza koşulunun sona ermesine sebep olmayacaktır.

C. Ceza Koşulunun Şahsi Teminat Sözleşmesi Olması

Ceza koşulu sözleşmesinde borçlu, halihazırda mevcut ya da gelecekte meydana gelme ihtimali bulunan bir borç ilişkisi için kişisel itibarı ya da kredibilitesi ile ceza koşulunu ödemeyi temin eder. Ceza koşulu kararlaştırılan sözleşmelerde ayni teminattan farklı olarak borcun ifa edilmemesi ihtimaline binaen borca özgülenmiş herhangi bir taşınır ya da taşınmaz mal bulunmamaktadır. Ceza koşulu borçlusu tüm mameleki ile ceza koşulu alacaklısına karşı sorumludur.

VI. CEZA KOŞULUNUN TÜRLERİ

A. Seçimlik Ceza Koşulu(İfa Yerine Talep Edilebilen Ceza Koşulu)

Seçimlik ceza koşulu hukuki yansımasını TBK'nun 179/I madde/fıkrasındabulur.TBK m. 179/I uyarınca "Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir".Ceza koşulunun kararlaştırıldığı

[190] OSER/SCHÖNENBERGER, s. 950; TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 16; KOCAAĞA, s. 156.
[191] BİLGE, s. 74; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 29/11/2017 T., 2015/38685 E., 2017/11738 K.; Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, 04/10/2017 T., 2015/1990 E., 2017/2533 K., UYAP, (E.T.: 25.03.2020).

durumlarda eğer taraflar aksi bir anlaşma yapmamışlar ise kural olarak seçimlik ceza koşulu söz konusudur[192]. Seçimlik ceza koşulunda, borçlunun borca aykırı davranışı sonucunda alacaklı ya sözleşmenin aynı şekilde ifasını ya da sözleşmede kararlaştırılan ceza koşulunun ödenmesini talep eder[193]. Birçok ülke tarafından -ifaya ekli ceza koşulunun istenmesi alacaklının sebepsiz olarak zenginleşmesine neden olur kanaatiyle- ifaya ekli ceza koşulunun talep edilemeyeceği kabul edilmiş ve seçimlik ceza koşulu bu ülkelerin kanunlarında ana kural olarak yerini almıştır[194].

Seçimlik ceza koşulunda alacaklı ifa edilmeyen borcun aynen ifası ile birlikte ceza koşulunu talep edemeyecektir. Alacaklının ceza koşulunu talep edebilmesi için borçlu asıl borcu ifa etmemeli ya da eksik ifa etmelidir.Seçimlik ceza koşulunda alacaklıya bir seçim yetkisi tanınmıştır.Buradaki seçim yetkisi yenilik doğurucu haklardandır ve değiştirici niteliktedir[195]. Bu tür haklar bir defaya mahsus kullanıldığından ve daha sonra geri alınamayacağından alacaklı ceza koşulunu talep etti ise bu talep hakkından dönemez ancak asıl borcun ifa imkansızlığı sebebiyle talep edilebilir olmaktan çıkması durumunda borcun ifası talebinden dönerek ceza koşulunun ifa edilmesini isteyebilir[196].

---

[192] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 20/12/2018 T., 2017/11-113 E., 2018/1994 K., "…Yapılan tüm bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; taraflar arasında 07.02.2007 tarihli "lisans ve işbirliği sözleşmesi" imzalandığı ve sözleşmenin 8.1. maddesi gereğince, haklı neden olmaksızın sözleşmeyi fesheden veya fesih hakkı kullanılmasa dahi sözleşmenin gizlilik hükümlerine aykırı davranan tarafın diğer tarafa 100.000 Euro cezai şart ödeyeceğinin kararlaştırıldığı, bu itibarla kararlaştırılan cezai şartın 818 sayılı BK'nun 158/1. (6098 sayılı TBK'nun 179/1.) maddesi gereğince seçimlik cezai şart olduğu, ancak davacının borcun ifasını değil cezai şartı talep ettiği anlaşılmaktadır…", UYAP**,** (E.T.: 31.03.2020).

[193] VON TUHR, s. 767; BİLGE, s. 98; DİRİCAN, s. 28; GÖKÇEOĞLU, s. 30; GÜNAY, s. 78; CANSEL/ÖZEL, s. 722; KARAHASAN, s. 1397; GÜLSEVEN, s. 40; YAĞCIOĞLU, s. 54; KARAGÖZ, s. 42; KOCAAĞA, s. 133.

[194] Ayrıntılı bilgi için bkz. KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 48, dpn. 159.

[195] GÜNAY, s. 78; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s. 875; KARAHASAN, s. 1397; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 27/11/2018 T., 2018/2963 E., 2018/4699 K., "…Bahsi geçen düzenlemelerde yer alan ceza türü, öğretide ifa yerine seçimlik ceza koşulu olarak adlandırılmaktadır. 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…", UYAP**,** (E.T.: 31.03.2020).

[196] BİLGE, s. 100.

Hem ceza koşulunun hem de asıl borcun ifasının talep edildiği davalarda, alacaklının yalnızca asıl borcu ifa talebinin kabul edilmesi gerektiği çünkü asıl borcun ifasından vazgeçildiği takdirde ceza koşulu talep edilebileceği kabul edilmiştir[197]. Yargıtay yeni tarihli bir kararında, taraflar arasında yapılan arsa payı karşılığında inşaat sözleşmesinde kararlaştırılan ceza koşulunun seçimlik ceza koşulu niteliğinde olduğunu, alacaklının seçimlik hakkını asıl borcun ifasından yana kullandığı, bu sebeple ceza koşulunun artık talep edilebilir olmaktan çıktığını ifade etmiştir[198].

Borcun ifa edilmemesi halinde alacaklının ceza koşulundan yana seçimlik hakkı kullanması asıl borcu sona erdirecektir. Asıl borcun bir kısmının ifa edilmesi ve alacaklının seçimlik hakkı olarak ceza koşulunu talep etmesi halinde asıl borç tamamen sona erecek ve daha öncesinde ifa edilen kısım sebepsiz kalacağından bunların borçlu tarafa geri verilmesi gerekecektir[199].

Seçimlik ceza koşulunda asıl borcun ifasını ya da ceza koşulunu talep hakkı kural olarak alacaklıdadır ancak taraflar sözleşmede aksini kararlaştırarak seçim hakkını borçlu tarafa verebilirler[200]. Bu durumda borçlunun alacaklının seçim hakkını kullanmasını beklemek gibi bir yükümlülüğü olmayacak ve alacaklının seçim hakkını makul sürede kullanmadığından bahisle TBK'nun 110. maddesi gereğince sözleşmeden dönmesi mümkün olmayacaktır[201].

Her iki tarafa da borç yükleyen sözleşmede, seçimlik ceza koşulunun talep edilebilmesi, alacaklının, borçlunun temerrüdü halinde alacaklının seçimlik haklarını düzenleyen TBK'nın 125. maddesinde öngörülen şekilde sözleşmeden dönmeyerek müspet zararın tahsilini talep etmesi koşuluna bağlanmıştır. Sözleşmeden dönmeyerek

---

[197] VON TUHR, s. 767, dpn. 38.

[198] Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 27/11/2018 T., 2018/2963 E., 2018/4699 K., UYAP; Aynı doğrultuda başka kararlar için bkz. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, 09/02/2016 T., 2015/1695 E., 2016/609 K.; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 06/10/2015 T., 2015/703 E., 2015/4803 K., UYAP**,** (E.T.: 31.03.2020).

[199] GÜNAY, s. 149; BİLGE, 102.

[200] TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 108.

[201] Seçim hakkının alacaklıda olduğu durumlarda borçlu tarafından TBK'nun 110. maddesi gereğince verilen önelin dolması halinde borçlu sözleşmeden dönebilir. Seçim hakkının borçluda olması durumunda ise alacaklının borçlunun seçim hakkını kullanılması talepli bir dava açması gerekir. TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 108; KARAGÖZ, s. 43.

aynen ifa yanında gecikme tazminatının ya da sözleşmeden dönerek menfi zararın alacaklı tarafından istenilmesi halinde ceza koşulu talebi mümkün olmayacaktır[202].

Alacaklının borca aykırılık durumunda sözleşmedeki alacağın ifasını talep etmesi halinde geciken ifa sebebiyle uğradığı zararları talep etmesi mümkündür. Aynı şekilde ceza koşulunun ifasını talep etmesi halinde ise munzam zararı borçludan talep edebilecektir.

Seçimlik ceza koşulunu düzenleyen TBK'nun 179/I madde/fıkrası emredici nitelikte bir hukuk kuralı olmadığından taraflarca hem asıl borcun hem de ceza koşulunun bir arada istenebileceği kararlaştırılabilir ancak bu durumda ceza koşulunun türü değişecek ve ifaya eklenen ceza koşulu meydana gelmiş olacaktır.

B. İfaya Eklenen Ceza Koşulu

Öğretide ifaya eklenen ceza koşulunu ifade etmek için birden fazla terim kullanılmaktadır. Bunlardan bazıları "İfaya eklenen ceza koşulu[203]", "toplu ya da ek ceza[204]", "kümülatif ceza koşulu[205]", "inzimamı ceza koşulu[206]", "ifayla birlikte istenebilen ceza koşulu[207]"dur. Doktrin[208] ve Yargıtay[209] tarafından yaygın olarak kabul gören terimler ise "ifaya eklenen ceza koşulu- ifaya eklenen cezai şart"tır.

---

[202] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 09/02/2010 T., 2007/544 E., 2008/55 K.; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 10/05/2017 T., 2016/355 E., 2017/2002 K., UYAP, (E.T.: 31.03.2020).
[203] KOCAAĞA, s. 137; TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 45; EKİNCİ, s. 176; KARAGÖZ, s. 43.
[204] BİLGE, s. 104.
[205] KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 51.
[206] GÖKÇEOĞLU, s. 32.
[207] CANSEL/ÖZEL, s. 724.
[208] KOCAAĞA, s. 137; TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 45; EKİNCİ, s. 176; KARAGÖZ, s. 43.
[209] İfaya eklenen ceza koşulu teriminin kullanıldığı Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 19 Hukuk Dairesi, 04/12/2019 T., 2018/3380 E., 2019/5428 K.; Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 12/09/2019 T., 2017/3732 E., 2019/4342 K.; İfaya eklenen cezai şart teriminin kullanıldığı Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 18/12/2019 T., 2018/4632 E., 2019/12770 K.; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 11/12/2018 T., 2016/16974 E., 2018/22888 K., Yargıtay bazı kararlarında "ifaya ekli ceza" terimini kullanmaktadır. Örnek kararlar için bkz. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 25/11/2019 T., 2019/661 E., 2019/4821 K.; Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, 09/10/2019 T., 2016/5688 E., 2019/4127 K., UYAP, (E.T.: 31.03.2020).

TBK'nun 179/II madde/fıkrasında[210] düzenlenen ifaya eklenen ceza koşulunda borca aykırılık halinde alacaklı tarafından hem kararlaştırılan ceza koşulu hem de asli borcun ifası bir arada talep edilebilecektir.

TBK'nun 179/II madde/fıkrasında belirtilen ceza koşulunun sözleşmede kararlaştırılan yerde ya da zamanda[211] ifa edilmemesi halinde işin mahiyeti gereğince asıl borcu ifaya zorlamak için ifayla birlikte talep edilebilecek şekilde ceza koşulu kararlaştırılabilir. Buradaki amaç alacaklının menfaatini koruyarak sözleşme hükümlerine uygun şekilde, uygun yerde ve belirlenen zamanda borcun ifa edilmesini sağlamaktır.

Ana kural sözleşmede kararlaştırılan ceza koşulunun TBK'nun 179/I madde/fıkrasındaki seçimlik ceza koşulu olmasıyken, istisnai olarak aynı maddenin ikinci fıkrasında tanımı yapılan ve borcun kararlaştırılan zamanda ya da yerde ifa edilmemesi halinde ifaya eklenen ceza koşulu kararlaştırılabilir. Ancak bu demek değildir ki bu iki ihtimal dışında kalan borca aykırılıklarda ifaya eklenen ceza koşulu kararlaştırılmasın. Sözleşme serbestisi ilkesi gereğince taraflar ifa ilebirlikte ceza koşulunun da talep edilebileceğini her türlü borca aykırılıkta kararlaştırabilirler[212]. Yargıtay da bu görüş doğrultusunda kararlar vermektedir[213].

---

[210] TBK m. 179/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.".

[211] Belirlenen zamanda ifa edilmeme hali için kararlaştırılan ifaya eklenen ceza koşulu için bkz. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 06/11/2019 T., 2016/25388 E., 2019/10913 K., UYAP, (E.T.: 01.04.2020).

[212] İfaya eklenen ceza koşulu taraflarca yapılan özel bir anlaşmaya dayanıyor ise alacaklının bunu ispat etmesi gerekir. Eren, s. 1328; Bilge, s. 102-103; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 351; Tunçomağ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 113; Ekinci, s. 178; Borcu zamanında ya da belirlenen yerde ifa etmeme durumları dışında ifaya eklenen ceza koşulu kararlaştırılmayacağını öngören görüş için bkz. Gökçeoğlu, s. 32.

[213] Yargıtay'ın eksik ifa sebebiyle kararlaştırılan ceza koşulunu niteliği sebebiyle ifaya eklenen ceza koşulu olarak kabul ettiği karar için bkz. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 01/03/2016 T., 2015/18494 E., 2016/3582 K., "…Bu açıklamalar çerçevesinde somut olayın değerlendirilmesine gelince; taraflar arasında 01.08.2007 tarihli 5 yıl süreli bayiilik sözleşmesi düzenlenmiş ve buna bağlı olarak ürün alımı konusunda taahhütname düzenlenmiştir. Taahhütnamede yıl bazında alınacak ürün miktarı belirlenmiş, eksik ürün alımı halinde ceza şart ödeneceği kararlaştırılmıştır. İfaya eklenen cezai şart niteliğinde olan bu ceza, bir sonraki yıl ihtirazı kayıt bildirimi yapılmadan ürün verilmeye devam edilmesi halinde istenemeyecektir. Davacı, süresi sonunda yenilenmeyen ve sona eren sözleşme uyarınca ilk dört yıl ihtirazı kayıt koymadan ürün verdiğinden, bu yıllara ilişkin cezai şart isteminde bulunamayacak, ancak son yıla ilişkin cezai şart isteminde bulunabilecektir…", UYAP, (E.T.: 01.04.2020).

TBK'nun 179/II madde/fıkrasında belirtilen zaman ve yer kavramlarından hareketle tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları zaman ve yer kastedilmiştir.Taraflarca herhangi bir belirleme yapılmayan ve kanuni olarak belirlenen zaman ve yerde ifa edilmeyen sözleşmelerde ifaya eklenen ceza koşulundan bahsedemeyiz.Taraflar, sözleşmedeki asıl borcun ifa zamanının ya da yerinin kanuni düzenlemelerin kaderine zımnen bırakmışlar ise taraflarca belirlenen muayyen zaman ya da yer olmadığından ifaya eklenen ceza koşulu istenemeyecektir. Eğer ki taraflar sözleşmede ifa yerini ya da zamanını kanunda belirtilen yerde ya da zamanda olacak şeklinde bir kayıt düşmüşler ise bu durumda ifaya eklenen ceza koşulu kararlaştırılabilecektir[214].Sözleşmede yalnızca seçimlik ceza koşuluna ya da ifaya eklenen ceza koşuluna yer verilmeli diye bir kural bulunmamakla birlikte bu iki ceza koşuluna da taraflarca aynı sözleşmede yer verilebilir[215].

Para borçlarında seçimlik ceza koşulu da ifaya eklenen ceza koşulu da kararlaştırılabilir, bunun önünde herhangi bir kanuni engel bulunmamaktadır. İfaya eklenen ceza koşulunun asıl borcun konusu para olan sözleşmede kararlaştırılması durumunda alacaklı hem ifayı hem ceza koşulunu ve hem de temerrüt faizini talep edebilir[216].

Yer ve zaman açısından borca aykırılık hallerinde kararlaştırılan ceza koşulunun TBK'nun 179/II madde/fıkrasına göre ifaya eklenen ceza koşulu olarak kabulü kuraldır ancak bu iki ihtimal dışındaki borca aykırılıklarda ceza koşulunun niteliğinde tereddüte

[214] BİLGE; s. 104; EKİNCİ, s. 179.
[215] Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 18/10/1989 T., 1989/4097 E., 1989/ 4315 K.: "…Taraflar arasındaki 12.5.1980 tarihli sözleşmenin 9 uncu maddesinde geciken her ay için beher daireye 2500 TL gecikme cezası, 12. maddesinde sözleşmeye aykırı hareket halinde 100.000 TL cezai şart ödeneceği kararlaştırılmıştır. Görülüyor ki, gecikme nedeniyle istenebilecek ceza olmasına karşın, sözleşmenin 12. maddesindeki ceza ise Borçlar Kanunu'nun 158/1 maddesinde sözü edilen seçimlik ceza niteliğindedir…"; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 14/11/1988 T.,1988/3766 E., 1988/5373 K., (KOCAAĞA, s. 139, dpn. 323).
[216] TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 113.

düşülmesi halinde ceza koşulunun seçimlik nitelikte olduğunun kabulü gerekmektedir[217].

Zamanında ya da sözleşmede belirlenen yerde yapılmayan ifanın alacaklı tarafından kabulü halinde kararlaştırılan ceza koşulundan feragat edilmiş sayılacağı kabul edilir ve alacaklının ceza koşulunu talep hakkı düşer[218]. Eğer ki alacaklı ifayı kabul ederken ihtirazı kayıt öne sürmüş ise yani çekincesini açıkça karşı tarafa belirtmiş ise ifanın yanında ceza koşulu da talep edilebilir. Yargıtay'ın da çekincesiz olarak ifanın kabulü halinde ceza koşulunu talep hakkından vazgeçilmiş sayılacağı yönünde kararları mevcuttur[219].

---

[217] GÖKÇEOĞLU, s. 32; KOCAAĞA, s. 138; YAĞCIOĞLU, s. 63;

[218] "Alacaklı akdin muayyen zamanda veya meşrut mahalde icra edilmemesine müteallik cezai şarttan sarahaten feragat eder veya pek geç veya meşrut mahalden başka bir mahalde yerine getirilen edayı ihtirazı bir kayıt dermeyan etmeksizin kabul eylerse – ki zımni feragattir- işbu cezai şart hükümsüz olur" VON TUHR, s. 768; KOCAAĞA, s. 143; USLU, s. 142; KARAHASAN 1399; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 348; UÇAR, s. 17; DİRİCAN, s. 27; KILIÇOĞLU, s. 995; BAŞAR, Didem, "İfaya Eklenen Cezai Şart",**Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi**,2018, C.2, S.4, s. 66.

[219] EREN, s. 1328; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 16/01/2013 T., 2012/19-670 E., 2013/171 K.: "… Taraflar, az yukarıda içeriklerine yer verilen ihtarnamelere rağmen ticari ilişkilerini sözleşmenin kalan süresi olan dokuz (9) yıl boyunca sürdürmüşlerdir. Bu ticari ilişkinin devamı sırasında, davalı şirket (Bayi), sözleşme gereği her yıl satmayı taahhüt ettiği miktarın altında beyaz mal satmıştır. Görüldüğü üzere, davalı şirketin, davacı şirkete hitaben gönderdiği 24 Mart 2000 tarihli ihtarnamedeki önerisi, davacı şirketin bu anılan ihtarnameye cevap vermemekle (veya sessiz kalmakla) birlikte, sözleşme süresince davalı şirkete beyaz mal vermesine ilişkin davranışı, bu ilişkinin sözleşmenin kalan süresince (9 yıl) devam ettiği göz önüne alındığında, davacı şirket, taraflar arasındaki bayilik sözleşmesinin ceza-i şartı düzenleyen 15.maddesinin uygulanmayacağı konusunda davalı tarafta haklı bir güven oluşturmuştur. Davalı şirket, kendisinde uyandırılan bu haklı güven dolayısıyla davacı şirketten beyaz mal almaya devam etmiş; ancak, beklemediği şekilde, bayilik sözleşmesinin kendisi tarafından feshinden sonra davacı tarafından eldeki dava ile ceza-i şart tazminatının tahsili istenilmiştir. Dolayısıyla, davacı şirketin bayilik sözleşmesinin 15.maddesinin uygulanmayacağı yönündeki anlaşma nedeniyle ortaya çıkan olgunun kaynağı haklı güvendir. Bu şekilde ortaya çıkan güven sorumluluğu ise, dürüstlük ilkesinin bir gereğidir. Daha da önemlisi, davacı şirketin davranışları ile davalı şirkette yarattığı güvenle çelişki oluşturacak şekilde sözleşmenin davalı şirket tarafından feshinden sonra eldeki davaya konu edilen ceza-i şart tazminatını istemesi çelişkili davranış yasağını oluşturur ki, böyle bir davranışın hukuken korunması beklenemez. Öyleyse, yerel mahkemenin az yukarıda belirtilen maddi ve hukuki olguları gözeterek, paralel gerekçelere dayalı olarak davacı tarafın ceza-i şart tazminatının reddine ilişkin karar vermesinde bir isabetsizlik bulunmadığından, usul ve yasaya uygun direnme kararının onanması gerekir…"; Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 01/03/2016 T., 2015/18494 E., 2016/3582 K., "…Bu açıklamalar çerçevesinde somut olayın değerlendirilmesine gelince; taraflar arasında 01.08.2007 tarihli 5 yıl süreli bayiilik sözleşmesi düzenlenmiş ve buna bağlı olarak ürün alımı konusunda taahhütname düzenlenmiştir. Taahhütnamede yıl bazında alınacak ürün miktarı belirlenmiş, eksik ürün alımı halinde ceza şart ödeneceği kararlaştırılmıştır. İfaya eklenen cezai şart niteliğinde olan bu ceza, bir sonraki yıl ihtirazı kayıt bildirimi yapılmadan ürün verilmeye devam edilmesi halinde istenemeyecektir. Davacı, süresi sonunda yenilenmeyen ve sona eren sözleşme uyarınca ilk dört yıl ihtirazı kayıt koymadan ürün verdiğinden, bu yıllara ilişkin cezai şart isteminde bulunamayacak, ancak son yıla ilişkin cezai şart isteminde bulunabilecektir…"; Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 12/09/2019 T., 2017/3732 E., 2019/4342 K.: "…Taahhütnamenin 1.maddesinde cezai şart 2.maddesinde ise kar mahrumiyetinden söz edilmiş ise de içerdiği yaptırımlar itibari ile 1.madde sözleşmeye genel aykırılıktan cezai şarta 2.madde ise asgari alım taahhüdünün ihlaline ilişkin özel cezai şartı düzenlemektedir. Hukuki nitelendirme hakime ait olup her iki maddenin cezai şarta ilişkin olduğu

İki tarafa da borç yükleyen sözleşmelerde kararlaştırılan ifaya eklenen ceza koşulunun talep edilebilmesi için borçlu temerrüde düştükten sonra alacaklının kanuni seçimlik haklarından aynı şekilde ifayı istemiş olması lazımdır zira sözleşme ayakta kalsın ki ifa talebi de yerine getirilebilsin[220]. Bu kesin bir kural olmamakla birlikte sözleşmeden dönme ve menfi zararın seçimlik hak olarak talep edilmesi halinde artık ifaya eklenen ceza koşulu talep edilemez.

C. İfayı Engelleyen Ceza Koşulu (Dönme Cezası)

TBK m. 179/III uyarınca "Borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklıdır.". Belirtilen maddede düzenlenen dönme cezası, klasik anlamda bir ceza koşulu değildir ancak kanun koyucunun ceza koşuluna ilişkin hükümler arasında düzenlemesi ve aralarında bazı benzerlikler olması sebebiyle adeta bir ceza koşulu görünümüne kavuşmuştur.

Daha öncesinde de değindiğimiz gibi ceza koşulunun asli amaçlarının başında borçluda ifa baskısı yaratarak alacaklıyı mümkün olduğu kadar aynen ifa ihtimaline yaklaştırmaktır. Ancak dönme cezası yani başka bir deyişle ifayı engelleyen ceza koşulunda borçlunun borca aykırı davranış sergilemesi şart olmamakla birlikte amaç ifa değil sözleşmeden dönmeyi kolaylaştırmaktır. Çünkü sözleşmeyi tek tarafın irade beyanı ile kaldırmak bazı istisnalar dışında pek mümkün değilken dönme cezasında borçlu sözleşmede kararlaştırılan asıl borcu ifa etmek yerine, dönme cezası bedelini

---

kabul edilerek somut olayda davalı şirketin başka bir şirketten petrol ürünü aldığı ileri sürülmemiş olmasına ve ayrıca sair bir ihlal vakıası gerçekleştirdiği ispat edilmemiş olmasına göre 2.maddede belirtilen ve hesap yöntemi de açıkça gösterilen cezai şartın istenebileceği gözetilerek daha önceki bozma kararımızda genel çerçevesi belirtilmiş; istikrar kazanmış Dairemiz uygulamaları da gözetilerek davacının sözleşmenin ilk iki yılı içinde herhangi bir ihtirazı kayıt koymaksızın mal teslim etmek suretiyle davalıda haklı bir güven oluşturarak sözleşmeyi fiili durumda devam etme iradesini ortaya koyduğu yine son dönemde de (2019) ayrıca bir ihtar çekmeksizin mal teslimine devam ettiği görülerek mevcut delil durumuna göre davanın tamamen reddine karar verilmesi gerekirken davayı nitelendirmede hataya düşülerek yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir…",UYAP**,** (E.T.: 01.04.2020).

[220]DİRİCAN, Gökhan, **Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s.30.

ödeyerek sözleşmeden tek taraflı irade beyanıyla dönebilecektir[221]. Seçimlik ve ifaya eklenen ceza koşulu daha çok alacaklının yararına hizmet eden hukuki kurumlar olmasına rağmen dönme cezası borçlunun lehinedir. Dönme cezasının kararlaştırıldığı durumlarda borçlu üzerindeki ifa baskısı zayıflayacak ve borçlu sözleşmedeki edimi ifa etmek yerine dönme cezası olarak kararlaştırılan miktarı ödeyerek ifadan kurtulabilecektir[222]. Dönme cezasında asıl borç ilişkisindeki alacak ve borç ilişkisini ayakta tutma amacı bulunmamakla birlikte aksine onu zayıflatma amacı bulunmaktadır[223].

Seçimlik ceza koşulu ve ifaya eklenen ceza koşulundan farklı olarak dönme cezasının devreye girebilmesi için borçlunun borca aykırı davranışı şart değildir. Aynı şekilde dönme cezasında seçim hakkı diğer iki ceza koşulunun aksine borçludadır.

Borçlunun dönme cezası ödemek suretiyle sözleşmede kararlaştırılan edimi ifa yükümünden kurtulmasının şartlarından biri de bu kurtulma hakkının kendisine tanındığını ispat etmesidir. Borçlunun sözleşmeyle ya da herhangi bir başka delille bir miktar parayı ödeyerek sözleşmeden dönme hakkının kendisine verildiğini kanıtlaması gerekmektedir. Bu ispatı yaptığı taktirde borçlu sözleşme ayakta olduğu sürece bu parayı ödeyerek ifadan kaçınabilir ve sonucunda sözleşmeden dönebilir[224].

Borçlunun dönme cezası bedelini ödeyerek sözleşmeden dönmesi durumunda alacaklı, zararının dönme cezasından daha fazla olduğunu ileri sürerek aşkın zararını talep edemez[225]. Diğer iki ceza koşulunda ise ceza koşulunu aşan zarar ispat edildiği

---

[221] EREN, s. 1328; BİLGE, s. 86; KOCAAĞA, s. 144; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 348; FEYZİOĞLU, s. 325; KARAHASAN, s. 1386; UÇAR, s. 17; DİRİCAN, s. 27; GÖKÇEOĞLU, s. 33; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s. 866; EKİNCİ, s. 218; VON TUHR, s. 769.

[222] Dönme cezası bu açıdan cayma parasına benzetilmektedir. EREN, s. 1329; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s. 864; TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 31.

[223] EREN, s. 1329; KOCAAĞA, s. 145; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 352; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s. 864; TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 47.

[224] KOCAAĞA, s. 149-150; EKİNCİ, s. 221; USLU, s. 76.

[225] VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR, s. 336; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 359; FEYZİOĞLU, s. 401; Ancak dönülen sözleşme sebebiyle tarafların malvarlığında bir artış ya da azalış meydana gelmiş ise bu bedel sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanılarak talep edilebilir. KOCAAĞA, s. 148; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 13/10/2008 T., 2007/7704 E., 2008/11091 K., "…Somut olayda, taraflar arasındaki 15.02.1999 tarihli sözleşmenin 5-h maddesinde, İzfaş veya kiracı, mücbir sebepler saklı kalmak kaydıyla sözleşmeyi tek taraflı olarak feshedecek olurlarsa, birbirlerine 100.000 USD

taktirde borçludan talep edilebilmektedir. Dönme cezasında aşkın zararın talep edilememesinin istisnası ise TBK'nun446/ madde/fıkrasındaki rekabet yasağı sözleşmesinde belirlenen dönme cezası miktarını ödeyerek kurtulan işçinin vermiş olduğu zararın işveren tarafından talep edilmesinin mümkün olması halidir. İşveren, dönme cezası miktarını aşan bir zararı var ise bunu ispat ederek işçiden talep edebilecektir[226].

Sözleşmeyle kararlaştırılan borca aykırılık ediminin ceza koşulu mu yoksa dönme cezası mı olduğu konusunda tereddüte düşülürse borçlunun dönme cezasının varlığını ispat etmesi gerektiğinden bu edimin ceza koşulu olduğunun kabulü gerekir[227].

Hem borçluya ve hem de alacaklıya dönme cezası ödeyerek ifadan kaçınma hakkı tanındığıhallerde kanuni olarak sözleşmeyi sona erdirme haklarının doğması durumunda dönme cezasını ödemeleri gerekmez[228]. Örneğin, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede borçlunun sözleşmeyi fesih hakkı doğmuş ise sözleşmeyi ortadan kaldırması için dönme cezası ödemesine artık gerek yoktur.

Dönme cezasının aşırı olması durumunda hakimtarafından indirilip indirilmeyeceği konusunda doktrinde fikir birliği bulunmamaktadır. Bazı yazarlar[229], dönme cezasının da kanun sistematiğinde ceza koşulu ile birlikte düzenlenmesi nedeniyle onun hükümlerine tabi olduğunu, işbu sebeple hakimin indirim yapması

---

tazminat ödeyecekleri hükmü bulunmaktadır. Anılan sözleşme maddesinde kararlaştırılan cezai şart hükmü yukarıda açıklanan cezai şart türlerinden B.K.nun 158/3 ncü maddesinde düzenlenen ifayı engelleyen cezai şart yani dönme cezası niteliğinde bulunması nedeniyle sözleşmede kararlaştırılan cezai şart miktarını tahsil etmiş olan davacının, davalıdan başkaca bir talep hakkı bulunmadığının kabulü gerekmektedir…", UYAP**,** (E.T.: 01.04.2020).

[226] EREN, s. 1329; BASKAN, Ş. Esra, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi",**Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2012, C.2, S.2, s. 122.

[227]KOCAAĞA, s. 152; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 353; YAĞCIOĞLU, s 80.

[228]KOCAAĞA, s. 152; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 352; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 25/12/2008 T., 2007/7628 E., 2008/7634 K., "…Yanlar arasındaki sözleşmenin "Not" başlıklı bölümü 2. maddesindeki düzenleme, Borçlar Kanunu'nun 158/son maddesi hükmü gereğince ve hukuksal niteliğince "dönme cezası"'dır. Bir sözleşmede aksine bir düzenleme bulunmazsa, sözleşmeyi fesheden taraf dönme cezasının tahsilini isteyemez. Somut olayda da, yanlar arasındaki sözleşme, iş sahiplerince geriye etkili olarak fesih olunduğundan; birleşen davada talep edilen 5.000,00 YTL tutarındaki dönme cezasına yönelik davanın da mahkemece reddi gerekir. Bu yasal nedenle, 5.000,00 YTL cezai şart alacağının, davacı-k.davalıdan tahsiline karar verilmesi doğru olmamıştır. Kararın bu sebeple bozulması gerekmiştir…", UYAP, (E.T.: 01.04.2020).

[229] TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 353; FEYZİOĞLU, s. 396; TUTAR, Dönme Cezası, s. 103.

önünde herhangi bir engel olmadığını ifade ederken, bazı yazarlar[230] ve Yargıtay[231] da hakimin aşırı bulunan dönme cezasından indirim yapma yetkisinin bulunmadığını, borçlunun isteyerek ve bilerek kendi iradesiyle bedeli ödemeyi kabul ederek sözleşmeden döndüğünü ifade etmektedirler.

Sürekli borç ilişkilerinde ana kural sözleşmenin ileriye dönük olarak feshedilmesidir. Buradan hareketle ve TBK'nun 179/III hükmüyle konuyu ele alır isek sürekli borç ilişkisinde kararlaştırılan dönme cezasının etkisi fesihtir. Yani burada dönme cezası değil kavramsal olarak fesih cezası karşımıza çıkacaktır. Taraflarca her ne kadar aksi kararlaştırılabilse[232] de sürekli borç ilişkilerinde borçlu, dönme cezasını ödeyerek ileriye yönelik yükümlerinden kurtulacak ancak fesih anına kadarki yükümlerini yerine getirmemiş ise bunlardan da sorumlu olmaya devam edecektir. Alacaklı fesih öncesi ifa edilmeyen edimleri isteyebilecek ve bunun için dava açabilecektir. Burada da yukarıda bahsettiğimiz gibi fesih cezasını aşan zararlar istenemezken, bunun tek istisnası rekabet yasağında fesih cezasını aşan zararın istenebilmesidir[233].

[230] EREN, s. 1331; VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR, s. 335; YAĞCIOĞLU, s. 80.

[231] Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, 20/11/2013 T., 2013/4854 E.,2013/7245 K., "…Davadaki taleplerden birisi de yanlar arasındaki sözleşmenin 4. sayfasında yazılı bulunan cezai şart tahsili istemine ilişkindir. Anılan hükme göre, arsa sahibi sözleşmeden vazgeçmesi halinde yükleniciye maddede belirtilen diğer zararların yanında arsa bedeli kadar cezai şart ödemeyi de kabul ve taahhüt etmiştir. Bu hüküm hukuki nitelik itibarıyla BK'nun 158/III (TBK m.179/son) maddesinde yer alan dönme cezası niteliğindedir. Kural olarak Yargıtay'ın istikrarlı şekilde benimsediği üzere, dönme cezası kararlaştırılan hallerde diğer tazminat kalemlerinin (masraflar dışında) talep edilebilmesi mümkün değilse de emredici olmayan bu hükmün aksinin düzenlenebilmesi mümkündür. Somut olayda da aynı durum söz konusudur. Keza, dönme cezasına hükmedildiği hallerde tenkis isteminin dinlenebilmesi de mümkün değildir (BK m. 161/III, TBK m. 182/ III) …", UYAP, (E.T.: 01.04.2020).

[232] Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 25/12/2008 T., 2007/7628 E., 2008/7634 K., "…Yanlar arasındaki sözleşmenin "Not" başlıklı bölümü 2. maddesindeki düzenleme, Borçlar Kanunu'nun 158/son maddesi hükmü gereğince ve hukuksal niteliğince "dönme cezası"dır. Bir sözleşmede aksine bir düzenleme bulunmazsa, sözleşmeyi fesheden taraf dönme cezasının tahsilini isteyemez. Somut olayda da, yanlar arasındaki sözleşme, iş sahiplerince geriye etkili olarak fesih olunduğundan; birleşen davada talep edilen 5.000,00 YTL tutarındaki dönme cezasına yönelik davanın da mahkemece reddi gerekir. Bu yasal nedenle, 5.000,00 YTL cezai şart alacağının, davacı-karşı davalıdan tahsiline karar verilmesi doğru olmamıştır. Kararın bu sebeple bozulması gerekmiştir…", UYAP, (E.T.: 01.04.2020).

[233] TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 47; Uslu, s. 78.

VII. CEZA KOŞULUNUN BENZER KAVRAMLARDAN FARKI

A. Götürü Tazminattan Farkı

Götürü tazminat kavramı kanuni bir düzenlemede karşılık bulamamasına karşın özel hukuk dünyasında sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Götürü tazminat, tarafların borca aykırılık durumunda uğrayacakları muhtemel zararların götürü olarak önceden belirlenmesine yarayan kendine has -sui generis- bir hukuki kurumdur[234]. Ceza koşulu ve götürü tazminat arasındaki benzerlikler sebebiyle ceza koşuluna ilişkin kanuni hükümlerin, kanuni düzenlemesi olmayan götürü tazminata da uygulanıp uygulanmayacağı hususunda tartışmalar bulunmaktadır[235].

Her iki hukuki kurumda da asıl borcu doğuran sözleşmenin akdedildiği sırada ya da daha sonrasında, borca aykırılık halinde bu aykırı davranış sebebiyle oluşan ve borçlunun ödemesi gereken zararın götürü olarak önceden belirlenmesi büyük benzerlik göstermektedir. Hatta doktrinde bazı yazarlar ceza koşulunun götürü tazminat niteliğinde olduğunu savunmuştur[236]. Yargıtay tarafından ise genel olarak ceza koşulu ve götürü tazminatın iki farklı hukuki kurum olduğu görüşü benimsenmiştir[237].

---

[234]PARLAK BÖRÜ, s. 197; KAPANCI, Kadir Berk, **Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi,** Prof.Dr.Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, s. 655;YILDIRIM, Uğur, **Cezai Şart** (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul 2010), s.56; KOCAAĞA, s. 49; YAĞCIOĞLU, s. 89; ERDEM, Mehmet, "Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi", **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, 2009, s. 98; 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. 300; BİRİNCİ UZUN, Tuba, **Götürü Tazminat**, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 98.

[235] ERDEM, s. 110; Türk Hukukunda ceza koşulunun götürü tazminat niteliğinde olduğunu savunan yazarlar bulunmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. ERDEM, s.120-123.

[236] GÜNAY, s. 37; TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 26-29; EKİNCİ, s. 52; CANSEL/ÖZEL, s. 720; Aksi görüş için bkz. KOCAAĞA, s. 49 vd., KAPANCI, s. 675-680; ERDEM, s. 122; PARLAK BÖRÜ, s. 219; KARAGÖZ, s. 61.

[237] Yargıtay yaygın olarak ceza koşulu ile götürü tazminatın birbirinden farklı kavramlar olduğunu kabul etmiş ve götürü tazminatı açıklamak için "kira tazminatı" terimini kullanmıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 09/03/2016 T., 2014/23-740 E., 2016/283 K.; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 28/11/2018 T., 2018/2123 E., 2018/4735 K., "…Ancak kira tazminatı hesaplanmasında ve teslim tarihinin saptanması hususunda hataya düşülmüştür. Taraflar arasındaki sözleşmede inşaatın on ay içerisinde bitirileceği ve sözleşme bedeli götürü olarak kararlaştırılmıştır…", UYAP, (E.T.: 02.04.2020); Yargıtay Hukuk Genel Kurulu eski tarihli bir kararında ceza koşulunun götürü tazminat olduğu yönünde görüş beyan etmiştir. İlgili karar için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 17/02/1971 T., 1505-85 K.; Ceza koşulunun hukuki

Götürü tazminat ile ceza koşulu arasında birçok benzerlik bulunmaktadır. Her iki kurum da fer'i niteliktedir; alacaklı tarafın zararın tazminini kolaylaştırmaktadır; her ikisi de götürü olarak ve zarar meydana gelmeden önce belirlenirve asıl borcun kararlaştırıldığı sözleşme anında ya da daha sonrasında kararlaştırılabilir[238]. Bunlara ek olarak, muaccel hale gelebilmeleri için borca aykırı davranışın gerçekleşmesinin ve aşkın zarar var ise bunun alacaklı tarafından ispat edilmesinin gerekmesi iki kurum arasındaki benzerliklerdendir.

Yukarıda bahsettiğimiz benzerliklerin aksine iki kurum arasında belli başlı farklılıklar da bulunmaktadır. Götürü tazminatın her ne kadar kanuni düzenlemesi bulunmasa da tazminata ilişkin genel kanuni düzenlemelerle ceza koşuluna ilişkin hükümler karşılaştırılarak aradaki farklar ortaya konulmaktadır[239].

Her iki kurumun da amaçlarından yola çıkarsak öncelikle ceza koşulunun amacının borçluyu asli borcu ifaya zorlamak ve onun borca uygun davranmasını sağlayarak borcu güvence altına almak olduğu dikkate alınmalıdır; çünkü götürü tazminatın amacı ifaya zorlama değil zararın tazminini ve ispatı kolaylaştırmaktır[240].Amaçların farklılığı açısından bakıldığında götürü tazminatın her iki tarafa da sağladığı yararlar – ispat yükü ve zararı önceden bilme vb.- varken, ceza koşulu yalnızca alacaklının lehinedir.

Götürü tazminatta zararı ispat zorunluluğu mutlak olmasa da mutlaka bir zararın varlığı gerekmektedir. Borca aykırılık durumunda herhangi bir zarar oluşmamış ise alacaklı götürü tazminat miktarını talep edemeyecektir[241]. Çünkü tazminat talebi bir zararın varlığından ileri gelmektedir. Ceza koşulunda ise kararlaştırılan bedeli talep için

niteliğinin götürü tazminat olduğuna dair bir başka karar için bkz. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, 18/06/2008 T., 2008/2637 E., 2008/8031 K., UYAP, (E.T.: 02.04.2020).
[238] YAĞCIOĞLU, s. 91-92;EKİNCİ, s. 52.
[239] KARAGÖZ, s. 61.
[240] KARAGÖZ, s.62; YAĞCIOĞLU, s.93; KAPANCI, s. 677; PARLAK BÖRÜ, s. 221.
[241] KOCAAĞA, s. 180; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 130;

yalnızca borca aykırı davranışın varlığı yeterli olmakta; bu davranış sebebiyle herhangi bir zararın varlığı aranmamaktadır[242].

"Tazminat zenginleşme aracı değildir." ilkesinden hareketle götürü tazminatın kararlaştırıldığı durumlarda borçlu, daha az ödeme yapmak ya da hiç ödeme yapmamak için zararın götürü tazminattan daha az olduğunu ya da hiçbir zararın olmadığını ispatlamak zorundadır. Ancak bu emredici bir hukuk kuralı olmadığı için taraflarca götürü tazminatın öngörüldüğü sözleşmede daha az miktarda zarar meydana gelse ya da hiçbir zarar oluşmasa bile belirlenen miktarın ödenmesi gerektiği kararlaştırılabilir[243]. Ceza koşuluna baktığımızda TBK'nun 180. maddesi gereğince alacaklı hiçbir zarara uğramasa bile ceza koşulu bedeli talep edilebilecek ve borçlu borca aykırı davranış sebebiyle zarara uğranmadığını iddia ederek ödeme yapmaktan kurtulamayacaktır.

"Tazminat zararı aşamaz." ilkesi gereğince ve tazminatın götürü olarak belirlenmesi amaç olduğundan olağanüstü durumlar hariç götürü tazminatta, tazminatı aşan zararın istenilmesi mümkün değildir[244]. Ceza koşulunda ise alacaklı borçlunun kusurunu ispatlayarak aşan zararı talep edebilecektir (TBK m. 180/II)[245].

İfaya eklenen ceza koşulunda TBK'nun 179/II madde/fıkrası gereğince sonradan yapılan ifayı borçlunun çekincesiz olarak kabul etmesi durumunda ceza koşulunu talep hakkından feragat etmiş sayılırken, götürü tazminatta ifa çekincesiz olarak kabul edilse bile alacaklı tazminat için öngörülen zamanaşımı süresince götürü tazminatı talep edebilir[246].

---

[242]TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 48; KOCAAĞA, s. 180; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 130; ÖCAL APAYDIN, Bahar/ İNCE AKMAN, Nurten, "Götürü Tazminatın Hakim Tarafından İndirilmesi Meselesi", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Haziran 2019, C.25, S. 1, s. 233.

[243] YAĞCIOĞLU, s. 95; BİRİNCİ UZUN, s. 142.

[244] Olağanüstü bir durum meydana geldiğinde de ancak alacaklının aşan zararı ispatlaması şartıyla talep edilebilir. Aşan zararı talep eden alacaklının borçlunun kusurunu ispatlamasına gerek yoktur. YAĞCIOĞLU, s. 95; ÖCAL APAYDIN/ İNCE AKMAN, s. 234.

[245] PARLAK BÖRÜ, s. 222; KAPANCI, s. 678.

[246]KOCAAĞA, s. 51 ve 201-202; TEKELİOĞLU, Numan, "İnşaat Sözleşmelerinde Cezai Şart ve Götürü Tazminat", **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, 2017, S.2, s. 180.

Ceza koşulundan hakim fahiş olan ceza koşulunu TBK'nın 182/III madde/fıkrası gereğince indirebilecekken; götürü tazminatın kararlaştırıldığı durumlarda hakim fahiş gördüğü tazminatı indiremeyecektir[247].

Her iki kurum arasında bulunan benzerlikler ve farklılıklar incelendikten sonra sözleşmede konulan kaydın ceza koşulu mu yoksa götürü tazminat mı olduğu hususunda belirleme yapılması hangi kanuni hükümlerin uygulanacağı konusunda önem arz etmektedir. Sözleşmeye konulan kayıt daha çok borca uygun ifaya yönelik konulmuş ise burada ceza koşulunun varlığından, zararın varlığına odaklanılarak tazminatın bedelini belirmeye yönelik ise götürü tazminatın varlığından söz edilecektir. Yine aynı şekilde, belirlenen edim miktarına baktığımızda, öngörülen zarar miktarı ile gerçekleşen zarar arasında kabul edilebilir derecede yüksek bir fark var ise bu bedelin borçluda ifa baskısı yaratma amacıyla konulduğundan bahisle ceza koşulunun[248] söz konusu olduğunu kabul etmek gerekirken; bu bedeller arasında fazla bir fark yok ise kabul edilebilir bir zarar bedeli belirlenmiş olduğundan götürü tazminatın söz konusu olduğu kabul edilmelidir[249].

B. Bağlanma Parasından Farkı

Bağlanma parasına ilişkin hüküm TBK'nun 177. maddesinde düzenlenmiştir. TBK m. 177 uyarınca "Sözleşme yapılırken bir kimsenin vermiş olduğu bir miktar para, cayma parası olarak değil sözleşmenin yapıldığına kanıt olarak verilmiş sayılır. Aksine

[247]Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, 09/06/2014 T., 2013/5655 E., 2014/4452 K., "…Sözleşme hükmünde aylık olarak belirlenen ve "kira" olarak adlandırılan tazminattan söz edilmesinden, sözleşmenin bu hükmüyle taraflar arasında maktu gecikme tazminatı kararlaştırıldığı anlaşılmaktadır. Sözleşmede aylık tazminat maktu olarak kararlaştırılmışsa aylık zarar daha fazla olsa dahi, zararın kararlaştırılmış olan miktar kadar olduğu asıldır. Bu maktu kira tazminatı iş sahibi yararına artırılamayacağı gibi, yüklenici yararına da indirilemez. Bu durumda mahkemece, asıl ve birleşen davada, davacının talep ettiği dönemler yönünden sözleşmede kararlaştırılan miktar, tazminat miktarına esas alınarak, talep edebileceği gecikme tazminatının gerekirse bilirkişiden ek rapor alınarak hesaplanması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, davacının yanılgılı tavsifine itibarla kararlaştırılan aylık kira bedelinin ifaya ekli cezai şart olduğunun kabulüyle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır…" UYAP, (E.T.: 02/04/2020); ÖCAL APAYDIN/ İNCE AKMAN, s. 245; GÜNAY, s. 38.
[248] KAPANCI, s. 679; PARLAK BÖRÜ, s. 224.
[249] TEKELİOĞLU, s. 180-181.

sözleşme veya yerel âdet olmadıkça, bağlanma parası esas alacaktan düşülür.". Bağlanma parası, müzakerelerinin bitmiş olduğuna ve anlaşmanın sağlanarak sözleşmenin meydana gelmiş olduğuna dair taraflardan birinin diğerine vermiş olduğuparaya denir[250].

Hem ceza koşulunda ve hem de bağlanma parasında, sözleşme ilişkisini kuvvetlendirmek, borçluyu ifaya yakınlaştırmak ve alacağın elde edilmesini kolaylaştırmak amaçları benzer olmakla birlikte, genel olarak ikisi de alacaklı tarafa bazı güvenceler sağlamaktadırlar. Her iki kurumda da ifayı bekleyen asli bir borcun varlığı gereklidir ve bu sebeple ikisi de asıl alacağın fer'isidir[251]. Ceza koşulu ve bağlanma parası da sözleşme varlığını güçlendirerek asıl alacağa kavuşmayı kolaylaştırır[252].

Her iki kurum arasında bariz farklılıklar da bulunmaktadır. Bağlanma parasında bir miktar para sözleşme kurulurken alacaklı olan tarafa peşin olarak verilirken, ceza koşulunda böyle bir durum söz konusu değildir ve borca aykırılık halinde belirlenen bedelin verileceğinin taahhüdü altına girilmektedir. İşin mahiyeti gereğince bağlanma parasının söz konusu olduğu durumlarda ifa edilmeme sebebiyle dava açılamaz. Bağlanma parası sözleşmenin kuruluş anında gündeme gelirken ceza koşulunun gündeme gelmesi borca aykırı bir davranışa bağlıdır[253].

---

[250]YAĞCIOĞLU, Burcu, "Bağlanma Parası, Cayma Parası, Bunların Ceza Koşuluyla Benzerlikleri ve Farklılıkları", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2017, Cilt 19, Prof.Dr.Şeref Ertaş'a Armağan/Özel Sayı 2, s. 1211.

[251] Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 15/11/2018 T., 2017/1137 E., 2018/11653 K., "…Akdi yapanlardan birisi tarafından, önceden diğerine ödenen pey akçesi (kapora) veya cayma akçesi de ceza şartı gibi borcu kuvvetlendirmeye yarayan fer'i bir şarttır; bu bakımdan esas akit geçerli olmadığından fer'i şart da geçersizdir. Geçerli olmayan bir akit dolayısıyla ödenmiş bulunan pey akçesinin (kaporanın) geri verilmesi, sebepsiz zenginleşme hükümleri gereğince istenebilir…"; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 16/05/2018 T., 2016/18662 E., 2018/5321 K., UYAP, (E.T.: 02/04/2020).

[252] TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 33; VON TUHR, s. 774.

[253] CANSEL/ÖZEL, s. 714.

C. Cayma Parasından Farkı

Cayma parasına ilişkin hüküm TBK'nun 178. maddesinde düzenlenmiştir. TBK m. 178 uyarınca "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.".Cayma parası sözleşmeyi düzenleyen taraflardan birinin düzenleme esnasında diğerine verdiği ve bu bedeli karşı tarafa vermek koşuluylasözleşmeden cayma hakkı tanıyan paradır. Buna göre, sözleşme esnasında parayı alan sözleşmeden caymak istediğinde aldığının iki katına karşı tarafa vermeli, diğer taraf caymak istediğinde ise verdiği parayı karşı tarafta bırakmalıdır. Bu tanımdan hareketle cayma parasının aslında ceza koşulunun türlerinden biri olan dönme cezasıyla yani ifayı engelleyen ceza koşulu ile belirli bir miktar parayı ödeyerek sözleşmeden dönmeyi kolaylaştırma amaçları bakımından benzediği görülmektedir. Ceza koşulunun diğer türlerinde sözleşmeden dönmeyi kolaylaştırma amacı bulunmamaktaydı.

Hem dönme cezasında hem de cayma parasında borçlu tarafa seçimlik bir yetki tanınır ve taraf istediği zaman kararlaştırılan bedeli ödeyerek sözleşmeden dönebilir[254]. Sözleşmeden dönmeye ilişkin irade açıklaması "tek taraflı ve karşı tarafa varması gerekli yenilik doğurucu" niteliktedir. Her iki kurumda da dönme hakkı kendisine tanınan taraf borca aykırı bir davranış olmasa bile sözleşmeden dönebilir[255]. Sözleşmeden dönme geçerli bir nedene dayanıyor ise bu bedeller ödenmeden taraf sözleşmeden dönebilecektir ve alacaklı tarafça dönme cezası ya da cayma parası talep edilemeyecektir. Bu açıdan bakıldığında iki kurumun da borçlunun lehine olduğu düşünülebilir[256].

[254] KOCAAĞA, s. 199; BİLGE, s. 52.
[255] GÜLSEVEN, s. 47.
[256] YAĞCIOĞLU, s. 84.

Genel olarak baktığımızda ceza koşulunun, cayma parası ile amaçlarının güvence olması, asıl borcun mevcudiyetine muhtaç olmaları, fer'i nitelikte olmaları ve genellikle asıl edim miktarından daha düşük kararlaştırılmaları açısından benzediğini söyleyebiliriz[257].

Ceza koşulu ile cayma parası arasında bariz farklılıklar da bulunmaktadır. Ceza koşulu bir taahhüt işlemiyken cayma parası sözleşme kurulurken eda edildiğinden tasarruf işlemidir. Cayma parası genel olarak ceza koşuluna nazaran daha az miktarda kararlaştırılmaktadır[258].

Her ne kadar aksi taraflarca kararlaştırılabilir olsa da cayma parasında bu bedeli aşan zarar olduğu iddiasıyla aşkın zarar talep edilemeyecek ve alacak cayma parası miktarıyla sınırlı kalacaktır. Ceza koşulunda ise aşan zararı tazmin için alacaklının borçlu tarafın kusurunu ispatı gerekir[259].

Cayma parasının fahiş olduğundan hareketle bu miktarın TBK'nun 182. maddesi çerçevesinde indirilmesi istenemez[260].

D. Kefaletten Farkı

Kefalet sözleşmesi TBK'nun 581 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Kefalet sözleşmesinde kefil, başka bir borç ilişkisinin borçlusunun borca aykırı davranışı ortaya çıkar ise kefalet sözleşmesinde üstlendiği miktar kadarki kısımdan şahsi olarak sorumlu olur[261]. Kefalet sözleşmesinin tarafları ise asıl borç ilişkisinin alacaklısı ile kefildir ve sözleşmenin amacı da alacaklıya teminat sağlamaktır. Kefaletle

[257] KOCAAĞA, s. 198; YAĞCIOĞLU, s. 85.
[258] USLU, s. 93-94; GÜLSEVEN, s. 48.
[259] YAĞCIOĞLU, s. 85, TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s.33.
[260] TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 142; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 24/01/1970 T., 1970/966 E., 1970/4-1348 K.; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 19/04/1971 T., 1971/970 E., 1971/12912 K., (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 341, dpn. 4); Aksi görüşte olan Tunçomağ ve Karahasan'a göre, hem cayma parasının ve hem de bağlanma parasının aşırı olması durumunda hakim tarafından indirilebilir. KARAHASAN, s. 1370; TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 142.
[261] EKİNCİ, s. 153; YAĞCIOĞLU, s. 103.

güvence altına alınan borç ilişkisinin borçlusunun kefalet sözleşmesine herhangi bir onayı gerekmemektedir[262].

Kefalet sözleşmesi de ceza koşulu gibi fer'i niteliktedir ve bu sebeple asıl borcun kaderine bağlıdır. Ayrıca her ikisinin de amacı alacaklının alacağını güçlendirmektir[263].

Ceza koşulu ve kefalet sözleşmesi arasındaki benzerlikler amaçları ve fer'i nitelikte olmaları yönündeyken, her iki kurum arasında bariz bazı farklılıklar da bulunmaktadır[264]. Kefalet sözleşmesinde kefilin sorumlu olacağı miktar sadece para olabilirken; ceza koşulunda edim olarak paradan başka şeyler de kararlaştırılabilir[265]. Kefalet sözleşmesinde kefil asıl borç ilişkisinin tarafı olmayan bir üçüncü kişi iken ceza koşulunda borçlu bizzat asıl borcu doğuran sözleşmenin tarafıdır[266].Kefalet sözleşmesinde kefilin sorumlu olduğu azami miktarın gösterilmesi zorunluluktur ve bu zorunluluk TBK'nun 583/II hükmünden kaynaklanmaktadır. Ceza koşulunda ise azami bir miktar belirlenebilir ya da ceza koşulu bedelini belirleme görevinin üçüncü bir kişiye verildiği durumlardaki gibi belirsiz de olabilir[267]. Son olarak da kefalet sözleşmesi alacaklısı ve borçlusu olan belirli geçerlilik şartlarına tabi bir sözleşme iken ceza koşulu sözleşme olarak ya da esas sözleşmede bir kayıt olarak da kararlaştırılabilir.

E. Seçimlik Borçtan Farkı

Seçimlik borç, TBK'nun 87. maddesinde düzenlenen, sözleşmede kararlaştırılan edimin birden fazla olduğu, borçlunun seçim hakkını kullanarak bunlardan herhangi birini ya da birkaçını ifa ederek sözleşmedeki yükümünü yerine getirdiği borçtur[268].

---

[262] YAĞCIOĞLU, s.103.
[263] EKİNCİ, s. 154.
[264] EKİNCİ, s. 154.
[265] TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 7.
[266] EKİNCİ, s. 154; BİLGE, s. 67.
[267] VON TUHR, s. 769-772; GÜNAY, s. 67; KOCAAĞA, s. 98; TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 65.
[268] AYAN, s. 50; ANTALYA, Osman Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, C. V/1,1, s. 111; ERDOĞAN, İhsan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Genişletilmiş 4. Baskı, Gazi Kitapevi, Ankara 2019, s. 36; VON TUHR, s.70; TUNÇOMAĞ, Türk

Burada, sözleşmede seçenekli olarak ve birbiriyle yarışır halde ve birbirine eşit birden fazla borç kararlaştırılmıştır ve borçlu seçim hakkını kullanarak "Ben bu edimi ifa edeceğim." der ve borç sona erer. Borçlunun seçme hakkı, yukarıda bahsettiğimiz cayma hakkı gibi "tek taraflı karşı tarafa varması gerekli değiştirici yenilik doğurucu" bir haktır. Ancak taraflar aksini kararlaştırabilir ve seçme hakkını alacaklıya ya da sözleşme dışı bir kişiye bırakabilirler[269].

Ceza koşulu ve seçimlik borç içerdiği borç sayısı itibariyle birbirlerine benzemektedirler ve her ikisinde de birden fazla borç bulunmaktadır. Benzedikleri tek nokta bu olmasına rağmen aralarında bariz temel farklılıklar da bulunmaktadır. Asıl borcun kaderine bağlı olan ceza koşulunun aksine seçimlik borçta borçlar arasında aslilik-fer'ilik ilişkisi bulunmamakta, aksine seçenekli bir borç ilişkisi bulunmaktadır. Seçimlik borçta borçlar ifa edilebilirlik bakımından eşittir. Bu sebeple biri diğerine tercih edilebilir ve birinin ifası borcu sona erdirir.

Ceza koşulunda borcun konusunun borçlunun kusuru olmaksızın imkansızlaşması durumunda borç sona ereceği için, fer'i olan ceza koşulu da geçersiz hale gelirken; seçimlik borçta borcun imkansızlaşmasından sözleşmenin sıhhati etkilenmez ve sadece ifa edilebilecek edim sayısı azalır[270].

Son olarak da ceza koşulu ile seçimlik borç arasında bulunan farklardan biri de her iki borcun da doğum anının sözleşmenin başka bir evresine ilişkin olmasıdır. Ceza koşulu fer'i nitelikte olduğu için tıpkı geciktirici şarta bağlı borç gibi şartın yani borcun gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli değildir; yani ceza koşulu borcunun doğup doğmayacağı borca aykırı davranışın varlığına bağlıdır. Seçimlik borçta ise şarta

---

Hukukunda Cezai Şart, s. 32; GÜNAY, s. 54; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 811; FEYZİOĞLU, s. 27; KOCAAĞA, s. 202.

[269]VON TUHR, s.72; KOCAAĞA, s. 203; KORKMAZ, Savaş, **İfaya Eklenen Ceza Koşulu**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi, Ankara 2018), s.50.

[270]VON TUHR, s. 74; BİLGE, s. 55; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 345; KOCAAĞA, s.203-204; ŞENGÜL, Mehmet, "Seçimlik Borçlara İlişkin Temel Özellikler ve Seçimlik Borçların İfası", **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2011, C.XV, S.3-4, s. 217.

bağlılık yoktur ve sözleşmenin ifa edilmesiyle doğar ancak hangi edimin ifa edileceği konusunda bir belirsizlik vardır[271].

F. Seçimlik Yetkiden Farkı

Seçimlik yetki hukukumuzda kanuni bir düzenlemeye sahip olmasa da uygulamada karşımıza çıkmaktadır. Seçimlik yetki, borçlunun sözleşmenin başından itibaren ifa edeceği edimin belli olduğu ancak bu edimden başka bir edimle de borcu ifa etme yetkisinin borçluya verilmesidir[272]. Seçimlik yetkide asıl borcun yanında taraflarca kararlaştırılan yedek bir edim mevcuttur ve borçlu- aksi kararlaştırılır ise alacaklı ya da üçüncü bir kişi- asıl ya da yedek edimi ifa ederek borcundan kurtulabilir. Ceza koşulu ve seçimlik yetki birden fazla borcun bulunması ve bu borçlar arasında aslilik-fer'ilik ilişkisi olması bakımından benzerdir[273].

Ceza koşulu ile seçimlik yetki arasındaki farklar kendisini daha çok ifaya eklenen ceza koşulunda gösterir. İfaya eklenen ceza koşulunda ceza koşulunun ifası asıl borcu ortadan kural olarak kaldırmaz ve borç ayakta kalmaya devam ederken; seçimlik yetkide seçim hakkı borçluya ait ise borçlu yedekteki borcu ifa ederek borcundan kurtulacaktır[274]. Ayrıca seçimlik yetkide yedek edim kural olarak sözleşmenin kurulduğu anda yani sözleşmeye esas borç ile birlikte doğarken, ceza koşulunun doğması asıl borcun ihlal edilmesine bağlıdır[275].

---

[271] VON TUHR, s.71; KOCAAĞA, s. 204; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 46; TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 54; SAYMEN/ELBİR s. 608; ŞENGÜL, s. 233.
[272] ŞENGÜL, s. 217; FEYZİOĞLU, s. 24; KOCAAĞA, s. 204; GÜNAY, s.58; GÜLSEVEN, s. 49; EKİNCİ, s. 150.
[273] Bu benzerlikten bahsedebilmemiz için ceza koşulunun muaccel olmaması gerekmektedir.
[274] GÜLSEVEN, s. 49; TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 33; GÜNAY, s. 58; EKİNCİ, s. 151.
[275] EKİNCİ, s. 151.

G. Temerrüt (Gecikme) Faizinden Farkı

Para borçlarında alacaklının borcuna ulaşamaması sebebiyle mahrum kaldığı dönem için aldığı karşılığa faiz denir. Temerrüt faizi ise TBK'nun 120. maddesinde kanuni karşılığını bulmaktadır. Temerrüt faizinin tanımını yapmak gerekir ise; para borçlarında yaşanan temerrüdün yasal sonucu olarak karşımıza çıkan, temerrüt süresince işleyen ve bununla birlikte asıl borca bağlı olan faiz türüdür[276]. Temerrüt faizinin işlemeye başlaması için asıl borcun ifası için verilen vadenin dolmuş olması yeterli olmakla birlikte borçlunun kusurlu olup olmadığına ve zararın doğup doğmadığına bakılmaz[277]. Bu açıdan bakıldığında ceza koşulu ile temerrüt faizi zarar şartının aranmaması yönünden benzemektedirler[278]. Zarar şartının aranmaması alacaklının yararınadır. Diğer bir benzerlik ise iki kurumun da borca uygun davranmaya teşvik etmesidir[279]. Borcunu ödemede temerrüde düşen borçlu borcunu ödemekten kurtulmayacak ve ifaya ek olarak gecikme döneminde işleyen temerrüt faizini de ödemek zorunda kalacaktır. Bu açıdan bakıldığında ifaya eklenen ceza koşulu ile asıl borcun ifasından kurtulmama konusunda iki kurum arasında benzerlik olduğu açıktır. Son olarak her ikisi de fer'i nitelikte bir alacak olduğundan gecikilen borcun ifası kabul edilirken alacaklının çekincesini öne sürmemesi halinde sona erecektir.

Ceza koşulu ile temerrüt faizi arasında bariz farklılıklar da bulunmaktadır. Ceza koşulu her türlü borçta karşımıza çıkabilirken temerrüt faizinin talep edilebilmesi için ifasında gecikilen borcun para borcu olması gerekmektedir. Temerrüt faizi kaynağını kanundan almaktayken, ceza koşulu kaynağını tarafların serbest iradesiyle akdedilen bir

[276]EKİNCİ, s. 185; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 929; DEMİR, Şamil, "Türk Borçlar Kanunu'nun Para Borçlarında Faize İlişkin Getirdiği Yenilik ve Sınırlamalar", **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 2012, S.4, s.218 ; YAĞCI, Kürşad, "Anapara Faizi ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren TBK m. 88 ve TBK m. 120 Hükümlerinin Ticari Faizler (TTK m. 8 ve TTK m. 9) Bakımından Uygulanabilirliği", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013, C. 71, S.2, s. 422.
[277] YAĞCIOĞLU, s. 101; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 42.
[278] EKİNCİ, s. 186.
[279] EKİNCİ, s. 186.

özel hukuk işleminden alır[280]. Temerrüt faizini talep edebilmek için öncelikle borçlunun temerrüde düşürülmesi gerekirken ceza koşulunda böyle bir durum söz konusu değildir[281]. Temerrüt faizini talep için borçlunun kusuruna gerek yok iken, ceza koşulunda durum biraz farklılık gösterir. Her ne kadar ceza koşulunun muaccel olması için kusur şart olsa da somut uyuşmazlıkta ceza koşulu miktarını ve evleviyetle daha azını talep edebilmek için borçlunun kusurunun alacaklı tarafından ispatlanmasına gerek yokken; koşulu aşan zarar var ise borçlunun kusuru ispatlanmalıdır[282]. İspat yükü TBK'nun 180/II madde/fıkrası gereğince alacaklıdadır. Temerrüt faizini aşan zarar olması durumunda ise TBK'nun 122/I madde/fıkrası gereğince borçlu kusursuzluğunu ispat etmediği sürece talep edilen aşkın zarar miktarını ödemek zorunda kalacaktır[283].

[280] KARAHASAN, s. 486; EKİNCİ, s. 188-189; KOCAAĞA, s.190.
[281] GÜLSEVEN, s. 45.
[282] EKİNCİ, s. 189; KARAHASAN, s. 486; AKSOY, Hüseyin Can, "Ceza Koşulunun Borçlunun Borca Aykırı Davranıştaki Kusuru ile İlişkisi Nedir?", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi,** C. 24, S.2, Aralık 2018, s. 1002; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 13/11/2019 T., 2019/2749 E., 2019/4572 K., "…Sözleşmede gecikme nedeniyle kararlaştırılan cezai şart ve gecikme tazminatının birlikte istenebileceğine dair bir hüküm bulunmadığından davacı arsa sahipleri, 818 sayılı BK'nın 159/II ile 6098 sayılı TBK'nın 180/II. maddesi gereğince cezayı aşan zarar miktarını, davalı yüklenicinin kusuru bulunduğunu ispat etmeleri halinde istemeleri mümkündür…"; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 08/03/2019 T., 2018/5290 E., 2019/1015 K., "…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…" UYAP, (E.T.: 06/04/2020).
[283] KOCAAĞA, s. 197.

İKİNCİ BÖLÜM

CEZA KOŞULUNUN İNDİRİLMESİNE İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR

I. CEZA KOŞULUNUN İNDİRİLMESİNİN AMACI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Ceza Koşulunun İndirilmesinin Amacı

Sözleşmeler hukukuna hakim olan "irade serbestisi ilkesi" gereğince taraflar özgür iradeleri ile sözleşme akdedebilirler. İrade serbestisi ilkesi, özel hukukta TBK'nun 26. maddesinde yansımasını bulmaktadır. Kanuni sınırlamaların oldukça az olduğu ve sözleşme serbestisi ilkesinin hakim olduğu özel hukuk sözleşmelerinde tarafların serbest iradeleri ile meydana getirdikleri sözleşmeye uymaları esastır. İşte burada karşımıza "Ahde Vefa İlkesi- Pacta Sunt Servanda[284]" çıkar. Ahde vefa ilkesi sözleşme taraflarının, belirledikleri kurallarauymasını, tarafların borç ve yükümlülüklerini sözleşmeye uygun bir şekilde yerine getirmesini anlatır. Ahde vefa ilkesi genel kural olsa da her kural gibi bunun da istisnaları mevcuttur. Bazen sözleşme akdedilirken var olmayan ancak sonrasında değişen durumlar ya da sözleşme akdedildiği anda mevcut şartlar değerlendirildiğinde ahde vefa ilkesinin dışına çıkılabilir. Bazı kanuni düzenlemelerle hakime sözleşmeye müdahale yetkisinin verilmesi ahde vefa ilkesinin istisnalarından biridir. Çünkü hakimin müdahale ettiği sözleşme ilişkisi başlangıçta tarafların özgür iradeleriyle kararlaştırılan şekilde devam

[284]Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 20/02/2010 T., 2010/9-39 E.,2010/71 K., "…Öncelikle, taraflar arasındaki somut uyuşmazlığın çözümünde etkili olduğu düşünülen "güven ilkesi", "güven kavramı" ve "güven sorumluluğu" hakkında açıklamalarda bulunulması yararlı görülmüştür. Hukukun evrensel ve genel ilkelerinden olan "dürüstlük ilkesi" (Türk Medeni Kanunu m.2), bazı alt ilkelerin doğmasına sebep olmuştur. Bu ilkelerden birisi "ahde vefa ilkesi", bir diğeri de "güven ilkesi"dir. Yine dürüstlük ilkesini temel alan bir akım da, irade beyanlarının yorumunda ve dolayısıyla sözleşmelerin kurulup kurulmadığını tespitte "korunmaya layık haklı güveni" esas alan "güven ilkesi" dir. Bu güven ilkesi de, "hukuki görünüşe güvenin korunması" alt ilkesini doğurmuştur, (Oğuztürk, Burcu (Kalkan): Güven Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, 1. Bası, İstanbul 2008, sahife 1)…", UYAP, (E.T.:06/04/2020).

etmeyecek, hakim tarafından kanunda öngörüldüğü şekilde müdahaleye uğrayacaktır. Sözleşme akdedilirken mevcut olan ve müdahale gerektiren şartlara örnek vermek gerekir ise ilk olarak karşımıza TBK'nun 39. maddesinde belirtilen ve iradesi hata, hile ya da tehditle zedelenen kişinin sözleşmeyle bağlı olmamasına ilişkindüzenleme çıkmaktadır. Aynı şekilde TBK'nun 28. maddesinde ifade edildiği gibi aşırı yararlanma durumlarında yararlanılan kişinin sözleşmeyi iptal edebilmesi de sözleşme serbestisi ilkesi ve ahde vefa ilkesinin istisnalarındandır. Sözleşme akdedilirken var olmayan ancak sonrasında ortaya çıkan ve hakimin müdahale edebileceği durumlara örnek vermek gerekir ise ilk olarak karşımıza TBK'nun 138. maddesinde belirtilen "aşırı ifa güçlüğü" durumu çıkar. Aşırı ifa güçlüğünde, sözleşme akdedilirken öngörülmeyen veya öngörülemeyecek kadar olağandışı şartların borçlunun iradesi dışında oluşması hallerinde borçlunun bu borcunu ifa etmesi güven ilkesi gereğince beklenemez ise borçlu borcunu ifa etmediği sürece sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını hakimden isteyebilir. Bu genel kural olmakla birlikte kanun koyucu bazı özel hukuk sözleşme türlerinde özel olarak, sonradan meydana gelen, öngörülemeyen, öngörülmesi beklenmeyen ve borçlunun mahvına sebep olacak sebeplerle sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını düzenlemiştir. Eser sözleşmesinin(TBK m. 480), hizmet sözleşmesinde şart edilen rekabet yasağının sınırlarının(TBK m. 447), ölünceye kadar bakım sözleşmesinin (TBK m. 617) ve adi şirket ortaklığının (TBK m. 639) değişen şartlara uyarlanmasını düzenleyen özel maddelerdir[285]. Bunlara ek olarak TBK'nun 525. maddesinde simsarlık sözleşme bedelinin yüksek olması şartıyla hakime bu bedeli talep üzerine indirme görevi verilmiştir. Hakim, önüne gelen bir özel hukuk sözleşmesine ilişkinuyuşmazlıkta dava taraflarının talepleriyle bağlıyken ve talepten fazlasına karar veremezken, bu düzenlemelerle hakime tanınan müdahale yetkisi taleple ya da hakimin takdiri ile karşımıza çıkar.

[285] USLU, s. 182.

Ahde vefa ilkesinin istisnalarından bir diğeri ise ceza koşuluna müdahale edilme yetkisinin hakime tanınmasıdır. Ceza koşulunun, sözleşmesel ilişki bütünü kendisini tamamladığında, oluşan zararın kat be kat üstüne çıktığı haller olabilir. Aşırı ceza koşulu kararlaştırması kimi zaman tarafların oluşacak zararı öngörememesinden kimi zaman da alacaklının kendisini aşan zarar yönünden kusur ve ispat yükünden kurtarmak istemesi sebebiyle meydana gelebilir. Bunlara ek olarak, her zaman sözleşmenin tarafları eşit şartlarda yarışmıyor olabilir. Örneğin, borçlunun ekonomik gücünün ve ticari bilgi ve tecrübesinin az olduğu hallerde borçlu yeterince pazarlık edememiş ve alacaklı tarafından fahiş düzeyde ceza koşulu kararlaştırılmasına ikna edilmiş olabilir. Kanun koyucu, borçlunun ekonomik olarak sömürülmesini engellemek ve sözleşme adaletini sağlamak adına, zayıf olanı koruyucu bazı önlemler alarak adalet teminini sağlamak amacıyla ahde vefa ilkesini delerek aşırı ceza koşulunun indirilmesi yetkisini hakime tanımıştır[286].

TBK'nun 182/IIImaddesinin son fıkrası ile fahiş ceza koşulunun hakim tarafından indirilmesini öngören düzenleme getirilmiştir. TBK 182/III uyarınca "Hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir.". Madde metnine baktığımızda ihtimalli bir çözüme kavuşturma yoluna gidilmemiş yani "indirebilir" kelimesi yerine "indirir" ifadesi kullanılmıştır. Buradan hareketle indirme yetkisini düzenleyen bu maddenin emredici bir hukuk kuralı olduğu açıktır. Emredici bir hukuk kuralı olması sebebiyle taraflar arasında kararlaştırılanceza koşulundan indirim talep edilemeyeceğine ilişkin sözleşme hükmü geçersiz olacaktır[287]. Ahde vefa ilkesinin genel kural olması sebebiyle ona istisna olarak getirilen ceza koşulunun indirilmesi kurumu, her istisna gibi dar yorumlanmalı ve bu kural genişletilerek uygulanmamalıdır[288]. Ayrıca hakime tanınan bu yetki ceza koşulunun indirilmesi yönündendir; zira TBK'nun

[286] YAĞCIOĞLU, s. 221; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 17/10/2019 T., 2016/9-573 E., 2019/1086 K., UYAP, (E.T.: 07/04/2020).
[287] BİLGE, s. 119; SAYMEN/ELBİR, s. 844; TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 159.
[288] VELİDEDEOĞLU/KAYNAR, s. 160; KOCAAĞA, s. 323.

182/III hükmüyle ceza koşulunun arttırılması, ceza koşulunun konusunun değiştirilmesi ya da bütünüyle ortadan kaldırılması mümkün değildir.

Önceki bölümlerde bahsettiğimiz gibi ceza koşuluna konu edimin hukuken geçerli olması gerekmektedir. Örneğin, borcunu ifa edemeyen borçlunun her gün sokakta havlayacağı yönünde bir ceza koşulu ahlaka aykırılık sebebiyle geçersiz olacaktır. Bu geçersizlik sebebi kaynağını TBK'nın 27. maddesinden almaktadır ve ceza koşulunun konusuna ilişkindir. Fahiş ceza koşulunun indirilmesi ise edimin konusuna değil miktarına ilişkindir. Miktarın fazlalığı ile ilgili TBK'nun 27. maddesi hükümleri uygulanmaz[289]. Kanun koyucu fahiş ceza koşulunu hakimin denetimine tabi kılmak amacıyla, indirilmesine ilişkin spesifik olarak TBK'nun 182/III hükmünü getirmiştir. Ceza koşulunun fahiş miktarlarla kararlaştırılması durumunda bu miktarın TBK'nun 27. maddesi gereğince değil, 182/III maddesi gereğince denetimi yapılacaktır.

Yargıtay Genel Kurulu yakın tarihli bir kararında ceza koşulunun indirilmesinin amaçlarını belirterek, fahiş ceza koşulunu indirmekleilgili değerlendirmeyi yaparak;hakimin resenhareket etmesi gerektiğini ifade etmiştir[290].

---

[289] Aksi görüş için bkz. VON TUHR, s. 770; TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 145; FEYZİOĞLU, s. 405; BİLGE, s. 117; EKİNCİ, s. 355.

[290] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 17/10/2019 T., 2016/9-573 E., 2019/1086 K., "…Ceza koşulu sözleşmeyle, tarafların serbest iradelerine ve sözleşme serbestisine bağlı olarak tespit edilir. Taraflar bu çerçevede ceza miktarını serbestçe kararlaştırabilir (818 s. BK m. 161/I). Ahde vefa ilkesinin sonucu olarak taraflar serbest iradeleriyle meydana getirdikleri sözleşmelere aynen uymakla yükümlüdürler. Ancak gerek sözleşmenin yapıldığı sırada gerekse sonradan ortaya çıkan birtakım şartların sözleşmeler üzerindeki etkisi, söz konusu ilkeye birtakım sınırlamalar getirilmesini zorunlu kılmıştır. Özellikle modern hukuk sistemlerinde hâkime sözleşmeye müdahale etme yetkisi tanınarak taraflar arasında başlangıçta mevcut bulunan menfaat dengesinin korunması amaçlanmıştır. Kanunen hâkime tanınmış olan bu yetki, onun normal görevleri dışında olup, istisnai niteliktedir. Böyle istisnai durumlarda hâkim, sözleşmeye müdahale ederek onu ya değiştirir ya da tamamen ortadan kaldırabilir. Sözleşmede kararlaştırılan ceza koşulunun alacaklının uğradığı zarara oranla bir miktar yüksek olması onun geçersiz olması sonucunu doğurmayacağı gibi salt bu durum bir indirim nedeni de değildir. Kaldı ki alacaklının hiçbir zararı olmasa bile ceza koşulu yine de ödenmelidir. Ceza koşulunun miktarı bazen ahlâk sınırlarını aşacak nitelikte olmamakla beraber tarafların menfaat durumlarıyla karşılaştırıldığında abartılı ve bundan dolayı adalet duygularını incitecek derecede aşırı olabilir. Hatta kararlaştırılan ceza koşulunun miktarı, borçlunun borca uygun olarak ifada bulunması amacına hizmet etmekten çıkıp ekonomik bir yıkım aracı hâline de gelebilir. Bu nedenle 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda da hâkime ekonomik yönden zayıf olanın sömürülmesini engellemek ve taraf menfaatleri arasında adil bir denge sağlamak amacı ile aşırı gördüğü ceza koşulunu indirme mükellefiyeti yüklenmiştir ve bunun için 818 s. BK'nın 161/3 (TBK 182/3) maddesiyle "Hakim fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir." hükmü getirilmiştir. Bu düzenlemeden de anlaşıldığı üzere taraflar talep etmese bile hâkim ceza koşulundan indirim yapılıp yapılmayacağını resen değerlendirmekle yükümlüdür..."; Aynı yönde başka bir karar için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 25/01/2017 T., 2015/22-330 E.,

B. Ceza Koşulunun İndirilmesinin Hukuki Niteliği

Ceza koşulunun indirilmesinin hukuki niteliği konusunda öğretide birçok görüş olmakla birlikte fikir birliği sağlanamamıştır[291]. Aşağıda öğretide öne sürülen başlıca görüşlere değinilmiştir.

1. Kesin Hükümsüzlük Yaptırımı Olduğu Görüşü

Bu görüşü savunan yazarlara göre ceza koşulunun indirilmesinin hukuki niteliği mutlak butlan yani kesin hükümsüzlüktür. Aşırı olan ceza koşulunun kanunun emredici hükümlerine (TBK m. 27/II) aykırı olması sebebiyle indirildiği ve bu indirimin de kısmi kesin hükümsüzlük olduğu yani sadece ceza koşulundan bir miktar indirim yapıldığı, asıl borç ilişkisine herhangi bir müdahalede bulunulmadığını, bu görüşü savunan yazarlar ileri sürmektedir[292]. Buradaki kesin hükümsüzlük kısmi hükümsüzlük niteliğindedir. Kısmi hükümsüzlük bakımından öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Yazarlardan bazıları bu hükümsüzlüğün, değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük olduğu yönünde, bazıları ise düşey kısmi hükümsüzlük olduğunu savunmuştur. Bu görüş farklılığı sadece teoriye ilişkin olup uygulamada herhangi bir farklılık yaratmamaktadır.

Kısmi kesin hükümsüzlük yaptırımının değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük olduğunu savunan yazarlara[293] göre bu görüş kaynağını TBK'nun 27/II madde/fıkrasından alır.Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük, sözleşmenin geçersiz olan

---

2017/132 K.; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 18/02/2019 T., 2017/5615 E., 2019/1215 K., UYAP, (E.T.: 07/04/2020).

[291] EKİNCİ, s. 255; KOCAAĞA, s. 323.

[292]KUNTER, Nurullah, "Ödedikten Sonra Azaltılabilmeleri Bakımından Cezai Şart, Adliye Ceridesi", Y.31, Kasım 1940, S.11, s.980, (http://www.adaletdergisi.adalet.gov.tr/arsiv/adliyeceridesi/1940/s11-1940-sene31-sayfa64-cilt2.pdf),(E.T.: 14/04/2020); Bu görüş hakkında detaylı bilgi için bkz. Kocaağa, s. 323-325; Aksi görüş için bkz. TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 136.

[293]ATEŞ, Derya, Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, Ankara 2007, Turhan Kitapevi, s. 291;BAŞPINAR, Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998, Adalet Matbaacılık, s. 149 vd; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, **Değişik Kısmi Hükümsüzlük ve Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük Kavramları İle İlgili Düşünceler**, Prof. Dr. Selim Kanati'ye Armağan, Aybay Yayınları, İstanbul 1996, s. 25; KIRKBEŞOĞLU, Nagehan, **Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 306; GÜLSEVEN, s. 66.

kısımlarının onu ayakta tutmak amacıyla ikame edilebilecek başka kurallarla değiştirilmesidir[294]. Bu görüşe göre ceza koşulunun indirilmesi halinde indirilen kısım kısmi hükümsüzlük yaptırımı sebebiyle geçersiz olmakta ve sözleşmenin geri kalanı ayakta durmaktadır. Geçersizlik sebebiyle sözleşmede bir boşluk oluşur ve bu boşluğun doldurulması gerekmektedir[295]. Bu boşluğun doldurulması için üç tane yöntem ileri sürülmüştür[296]. Birincisi, aşırı ceza koşulunun indirilmesi sebebiyle oluşan boşluğun giderilmesi için emredici bir hüküm var ise bununla boşluk doldurulmalıdır[297]. İkincisi ise, yukarıda bahsettiğimiz boşluğa dair herhangi bir yedek hukuk kuralının bulunması durumunda, ayakta kalan sözleşme hükümlerine ters düşmediği müddetçe usul ekonomisi ilkesi gereğince boşluk yedek hukuk kuralları ile doldurulmalıdır[298]. Son yöntem ise boşluğun yerini dolduracak emredici ya da yedek hukuk kuralının bulunmaması ya da yedek hukuk kuralının sözleşmenin geri kalanı ile çelişmesi durumunda hakim tarafından sözleşme taraflarının müşterek esas iradelerinin tespit edilerek sözleşme boşluğunun doldurulmasıdır[299].Hakim burada dürüst, makul ve alelade kişilere göre objektif olarak değil; sözleşmenin taraflarının hükmün butlanla geçersiz sayılacağını bilselerdi yapacakları kararlaştırmaya "farazi ortak iradeye" göre değerlendirme yapmalıdır[300]. Hakimin, farazi ortak iradeye dayanarak sözleşmedeki

[294] KIRKBEŞOĞLU, s. 306; BAŞPINAR, s. 152; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 25-26.
[295] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 31; KIRKBEŞOĞLU, s. 306.
[296]AKSOY DURSUN, Sanem**, Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması** (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 2008), s. 87 vd.
[297] Cezai şart, ahlaka aykırı olması nedeniyle fahiş nitelikte kabul ediliyorsa, cezai şartın TTK.m.1466 hükmünden kaynaklanan değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük yaptırımı ile indirilmesinin mümkün olduğunu; buna karşılık cezai şartın -ahlaka aykırılık dışında yukarıdaki kriterler göz önünde bulundurularak- yalnızca fahiş olduğu kabul ediliyorsa, indirim imkanının, sakat kısmın yerine emredici hükmün geçmesi ile gerçekleşen ve BK.m.161/III hükmünden kaynaklanan değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük yaptırımı ile sağlanabileceğini öne süren görüş için bkz. Ateş, Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, s. 292, dpn. 879.
[298] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 27; KIRKBEŞOĞLU, s.307; AKSOY DURSUN, s. 97.
[299] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 31; KIRKBEŞOĞLU, s. 307; Hakimin fahiş ceza koşulunu indirebilmesi imkanı da hakimin takdir hakkından ve Kanun'dan gelmektedir. (GÜLSEVEN, s. 64-65); Bunun "farazi olarak istenen ikame hükümle değiştirilmiş kısmi butlan"(modifizierte Teilnichtigkeit mit hypothetischer gewollten Ersatzregel) olarak değerlendirilmesi hakkında bkz. KIRKBEŞOĞLU, s. 305-307.
[300] Böylece sözleşmenin tamamıyla ahenkli bir düzenleme getirilmiş olur. Ancak buradan sonuç çıkmazsa, dürüstlük kuralına başvurularak ve işin mahiyetini de göz önünde tutularak herhangi iki makul, dürüst kişinin nasıl bir düzenleme getireceği hususu araştırılmalıdır. (KIRKBEŞOĞLU, s.307); Aynı yönde görüş için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 27.

boşluğu taraf iradelerine göre doldurabilmesi için tarafların geçersiz sayılan hüküm olacağını bilmeleri halinde sözleşmeyi ikame birkuralla akdedip akdetmeyeceklerini irdelemesi gerekmektedir[301]. Bu görüşe göre, geçersizlik sebebiyle oluşan boşluk bu üç yöntemden hangisiyle tamamlanırsa tamamlansın, hakim indirim kararı verene kadar bu kısım geçerliliğini korur[302].

Öğretide bazı yazarlar ise ceza koşulunun geçersizliği ile ilgili düşey kısmi hükümsüzlük görüşünü öne sürmüşlerdir. Bu görüşe göre, ceza koşulunun hükümsüzlüğü değiştirilmiş ceza koşulu gibi TBK'nun 27/II maddesinden kaynaklanmamakta, TTK'nun 1530. maddesinde düzenlenen, taraflarca kanuni faiz sınırına uyulmaması halinde sözleşmede kararlaştırılan faiz oranının kanuni sınıra indirilmesine ilişkin düzenlemeden kaynaklanmaktadır. Düşey kısmi hükümsüzlük, kanuni emredici düzenlemeler ile sözleşmede kararlaştırılan para, süre, oran, edim gibi niceliksel şeylerin üst ya da alt sınırının belirtildiği ya da hakime bunların indirilmesi, arttırılması, sınırlaması yönünde yetki verildiği hallerde karşımıza çıkar. Fahiş olan ceza koşulunun hükümsüzlüğünün konunun niceliği ile alakalı olması sebebiyle, bu görüşü savunan yazarlara göre hakim kendisine verilen takdir yetkisi ile ceza koşuluna ilişkin bir üst limit belirleyecek ve fahiş ceza koşulunu bu limite indirecektir[303].

Ceza koşulunun aşırı olan kısmının indirilmesini kısmi hükümsüzlüğün herhangi bir türüyle nitelemek doğru olmayacaktır çünkü kesin hükümsüzlük yaptırımı sonuçları itibariyle ağır bir yaptırımdır ve genel olarak kanunlarda kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi haller açıkça belirtilmiştir. Ceza koşulunun fahişliğinin, sözleşme adaletini kesin hükümsüzlüğe tabi haller kadar sarsmadığı açıktır. Ayrıca, gabin yani aşırı yararlanma durumunda bile ahlaka aykırılık sebebiyle kanun koyucu iptal

[301] KIRKBEŞOĞLU, s. 307.
[302] BAŞPINAR, s. 157; ATEŞ, Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, s. 292; GÜLSEVEN, s. 66.
[303] Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. YAĞCIOĞLU, s. 226, dpn. 805-806; Kırkbeşoğlu'na göre ceza koşulunun aşırı olması ile ahlaka aykırı olması durumunda uygulanacak olan yaptırımının türü değişecektir. Ceza koşulu ahlaka aykırı ise kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacakken; ahlaka aykırı olmayıp yalnızca aşırı ise düşey kısmi hükümsüzlük yaptırımıyla karşı karşıya kalacaktır. KIRKBEŞOĞLU, s. 306-308.

edilebilirlik yaptırımı öngörmüştür ki ceza koşulunun fahiş olmasının ağırlığı daha azdır. Ayrıca TBK'nun 182/III maddesinin düzenlemesine baktığımızda kanun koyucu terditli bir düzenleme yapmamıştır. Yani "hakim aşırı ceza koşulunu indirir" ya da "tamamen ortadan kaldırır" dememiştir. Kanun koyucu hükümsüzlük yönünde irade açıklamak isteseydi "tamamen ortadan kaldırır" ifadesine de yer verirdi[304]. Yukarıda da bahsettiğimiz gibi ana kural sözleşme serbestisidir ve istisnai durumlardan olan hükümsüzlük yaptırımı dar yorumlanmalıdır. Kanun koyucu tarafından fahiş ceza koşulu için özel hüküm düzenlenerek hakime indirim yetkisi verilmiştir ve bu yetkinin niteliğinin genel hükümlere göre adlandırılması pek de mantıklı değildir[305].

2. İptal Edilebilirlik Yaptırımı Olduğu Görüşü

Bu görüşe göre ceza koşulunun aşırı olan kısmı iptal edilebilirlik yaptırımına tabidir. Ceza koşulunun fahiş kısmı iptal edilene kadar geçerlidir ancak iptal yaptırımından itibaren ceza koşulu kısmen ve geçmişe dönük olarak iptal edilmiş olacaktır[306]. Burada borçlu hakimden ceza koşulunun fahiş olan kısmının indirilmesini talep etmelidir ve indirim istediği miktarı talebinde belirtmelidir[307].

Yargıtay bir kararında, fahiş olan ceza koşulunun tacir tarafından indirilmesinin istenemeyeceğini ancak bu kuralın istisnası olarak tacirin mahvına sebep olacak şekilde kararlaştırılan ceza koşulunun kısmen ya da tamamen iptal edileceğini belirtmiştir[308].

---

[304] TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 138; KOCAAĞA, s. 327.
[305] YAĞCIOĞLU, s. 228.
[306] UÇAR, s. 101; KOCAAĞA, s. 328; İndirmeyi isteme yetkisi yenilik doğuran bir haktır ve bu hakkın kullanılması ile gerçekleşen müeyyide iptal(bozma) yaptırımıdır. Fakat yenilik doğuran hükmün meydana gelmesi yani cezai şartın indirilmesi için bu hakkın hakim kararı ile tamamlanması gerekir. TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s. 879; Aksi görüş için bkz. Tunçomağ bu eserinde ceza koşulunun indirilmesinin yenilik doğuran hak niteliğinde olduğunu savunmuştur. TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 136-140.
[307] GÜNAY, s. 175; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s. 879.
[308] Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 04/07/2008 T., 2007/3434 E., 2008/4508 K., "…Davacılar bu taleplerini sözleşmenin 7. maddesi hükmüne dayandırmış iseler de, "fesih halinde yapımcının hiçbir hak talep etmeden inşaatı olduğu haliyle arsa sahibine devredeceğine" dair hüküm davalı yüklenicilerin ekonomik yönden mahfına neden olacak nitelikte olduğundan batıldır. Gerçekten TTK'nın 24 ve BK'nın 161/son maddeleri uyarınca tacir olan bir şahsın cezanın fahiş olduğundan bahisle tenkisini istemeye hakkı

Bu görüş, indirim için borçlunun talebiyle iptalin veya feshin şart koşulmasını şart koyması yönünden eleştirilmiştir. Hakime kanuni olarak açık yetki verilerek fahiş ceza koşulunu indirme hakkı verilmesi bu görüşü çürütmektedir[309]. Ceza koşulunun indirilmesi salt borçlunun talebine bağlı değildir.

3. Yenilik Doğuran Hak Olduğu Görüşü

Bu görüşegöre,fahiş ceza koşulunun indirilmesi için hakim re'sen harekete geçememekte, mutlaka borçlunun talebi gerekmektedir. Hakim tarafından ceza koşulu indirilince hukuki durumun mevcudiyetinde değişiklik oluşmaktadır. Buradan hareketle borçlunun indirim talebi bir bütün olarak değerlendirildiğinde yenilik doğuran bir haktır çünkü mevcut durum değişmektedir. Daha çok 818 Sayılı Borçlar Kanunu döneminde ceza koşulunda indirim için borçlunun talebini şart gören yazarlarca bu görüş savunulmuştur[310].

Yargıtay yakın tarihli bir kararında ceza koşulunun indirilmesinin yenilik doğuran hak niteliğinde olduğunu ifade etmiştir[311].

Bu görüş, hem 818 Sayılı Kanun'un 161. ve hem de 6098 Sayılı Kanun'un 182. maddelerinde, fahiş ceza koşulunun indirilmesi hususunda hakime önüne gelen bir uyuşmazlıkta re'sen hareket etme yetkisinin verilmiş olması sebebiyle eleştirilmiştir[312].

---

bulunmamakta ise de, kararlaştırılan ceza borçlunun iktisaden mahfını mucip olacak derecede ağır ve yüksek ise adap ve ahlaka aykırı sayılarak tamamen veya kısmen iptali mümkündür. Nitekim bu husus Yargıtay İçtihatları ile de benimsenmiştir (Hukuk Genel Kurulu'nun 20.03.1974 tarih, 1970/T-1053 E.-222 K. sayılı kararı)…" UYAP, (E.T.: 08/04/2020).

[309] KOCAAĞA, s. 328.

[310] EREN, s. 1333; TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 139.

[311] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 18/06/2019 T., 2017/19-922 E., 2019/706 K., "…Son olarak belirtilmelidir ki, hâkimin aşırı ceza koşulunu (cezai şartı) indirme kararı, yenilik doğuran bir karar olup, geçmişe etkili hüküm ve sonuç doğurur. Böylece ceza daha başlangıçtan itibaren indirilmiş miktarıyla korunmuş sayılır…", UYAP, (E.T.: 08/04/2020).

[312]FEYZİOĞLU, s. 403-404; SAYMEN/ELBİR, s. 844; KARAHASAN, s. 1403; VON TUHR, s. 770; EREN, s. 1333; GÜNAY, s. 174; ÇINAR, Ömer, "Türk Borçlar Kanunu ve Alman Medenî Kanununa Göre Cezaî Şartın İndirilmesi", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 8, S. 16, Güz 2009, s. 94.

4. Ortalama Yaptırım Olduğu Görüşü

Bu görüşe göre, ceza koşulunun indirilmesi, iptal ya da kısmi kesin hükümsüzlük yaptırımı ile ifade edilemezse de ikisine de benzer ortalama bir yaptırımdır[313]. İptal ya da kesin hükümsüzlük yaptırımlarından birinin diğerine tercih edilmesi doğru değildir.

Bu görüşe göre, ceza koşulunu indirme talep hakkının yalnızca borçluda olmaması, hakimin de re'sen ceza koşulunu indirebilmesi, ceza koşulunun indirilmesi ile bütünüyle ortadan kalkmadığı, ifasından sonra hakimin re'sen indirim yapamayacağı ve indirimi isteme hakkının herhangi bir zamanaşımı süresine tabi olmaması öne sürülmekle birliktebu özelliklerin bazıları iptal yaptırımı bazıları ise kesin hükümsüzlük yaptırımı ile açıklanmıştır.

Kesin hükümsüzlük yaptırımı için kanuni açık bir hüküm gerektiği, ceza koşulunun indirilmesinde böyle bir hükmün mevcut olmaması, fahiş ceza koşulunun ağırlığının kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olanlardan çok daha az olması sebebiyle bu görüş eleştirilmiştir[314].

5. Sebepsiz Zenginleşme Olduğu Görüşü

Bu görüşe göre, ceza koşulu fahiş olduğu oranda borçlunun zararınadır ve fahiş olan kısım açısından borcun bir sebebi yoktur[315]. Alacaklının ceza koşulunu talep etmesi fahiş olduğu kısım kadar haklı bir sebebe dayanmayacaktır. Borçlunun talebi üzerine ceza koşulunun indirilmesi, fahiş olan kısmın sebepsiz zenginleşme niteliğinde olduğunun tespitini ve buna ek olarak fahiş olduğu kısım kadarının iade edilmesini ifade etmektedir.

---

[313] GÜNAY, s. 176-178; görüş hakkında detaylı bilgi için bkz. KOCAAĞA, s. 329.
[314] KOCAAĞA, s. 329; TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 139.s.
[315] Detaylı bilgi için bkz. TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart s. 137; KOCAAĞA, s. 328-329.

Bu görüşü savunmak pek doğru değildir çünkü ceza koşulunun aşırı olan kısmı sebepsiz değildir. Ceza koşulunun aşırı olmasının sebebi borçluya fazla yük verilmesinden kaynaklanmaktadır[316].

C. Ceza Koşulunun İndirilmesinin Tarihsel Gelişimi

Roma Hukuku'nda günümüzdeki gibi ceza koşulunun hakim tarafından indirilmesi müessesesi olmasa[317] da sözleşme özgürlüğünü kısıtlayacak şekilde konulmuş birtakım kurallar mevcuttu. Sözleşme serbestisini esas alan Roma Hukuku'nda bunun istisnalarından biri, asıl borç konusunun ifa edilmemesi sebebiyle ortaya çıkacak olan zararın en fazla sözleşme konusunun iki katı olarak kararlaştırılabilmesiydi[318]. Ancak bu hüküm her ne kadar borçlunun lehine olsa da tam anlamıyla ceza koşulundan indirimhükmü değildi. Roma döneminde ceza koşulu adeta bir ceza gibi görülmüş ve bu yüzden tazminatla ilgili bir hüküm olan iki katından fazlasının istenemeyeceği hükmü ceza koşulu bakımından etkisiz kalmıştır[319].

Sonraki dönemlerde bazı devletlerin aşırı olan ceza koşulunun indirilmesine olanak sağlayan kurallara kanunlarında yer verdiği görülürken bazıları ise böyle bir hükme yer vermemiştir[320].

---

316 KOCAAĞA, s. 329.

317 Her ne kadar Roma hukukunda, günümüz modern hukuk sistemlerinde olduğu gibi, fahiş ceza koşulunun indirilmesiyle borçlunun korunması kuralı yer almadığından, borçlunun korunmadığı düşünülse de;commissa poena non evanescit kuralının istisnalarının tanınmasıyla, borçlu yine de korunmuş olurdu. Bilgi için bkz. ARAZ DİNÇER, Nilgün, **Roma Hukukunda Ceza Koşulu (Stıpulatıo Poenae)**, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 179-180.

318 Emredici hukuk kurallarına aykırılık ve ceza koşuluyla ilgili olarak da, en çok faiz sınırlarının ceza koşuluna uygulanması sonucunda, ceza koşulunun kısmi butlanını gerektiren kararlar verilmişti. İlk başta bilinmelidir ki, günümüzde hakim aşırı gördüğü ceza koşulunu indirmeye yetkili olsa da, Roma hukukunda hakimin böyle bir yetkisi yoktu. Taraflar, ceza koşulu miktarını aralarında serbestçe, diledikleri yükseklikte kararlaştırabilirdi. Iustinianus Dönemi'nde bir sözleşmeden kaynaklanan zarar, hiçbir şekilde sözleşme konusunun değerinin iki katını aşamayacağından, bu kuralın dolaylı olarak ceza koşuluna da uygulanması gerektiğinden bahsedilse bile, Roma hukukunda ceza koşulunun yüksekliğini doğrudan sınırlandıran tek kural, para borçları için kararlaştırılan ceza koşulunun yüksekliğiyle ilgiliydi. Zira para borçlarının zamanında yerine getirilmemesi nedeniyle ödenmesi gereken ceza koşulu, M.S. 3. yy.'daki ekonomik krize bağlı olarak, emredici hükümlerle belirlenen faiz sınırlarını aşamazdı. ARAZ DİNÇER, s. 265.

319 TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 134; GÜNAY, s. 170; ARAZ DİNÇER, s. 265.

320 Ayrıntılı bilgi için bkz. GÜNAY, s. 170-171.

D. Ceza Koşulunun İndirilmesi Hakkında Görüşler

1.Ceza Koşulunun İndirilmemesini Savunan Görüş

Bu görüşü savunanlara göre sözleşmeler hukukunda irade serbestisi esastır ve kuralların bu esası koruyacak şekilde belirlenmesi gereklidir. Taraflarca serbest irade ile kararlaştırılan ceza koşulunun hakim tarafından -yani sözleşme tarafı olmayan üçüncü bir kişi tarafından- indirilmesi doğru değildir. Hakimin, sözleşmeye ancak kamu menfaatine aykırı bir durum var ise müdahale etme hakkı vardır. Kamusal menfaatin ceza koşulu bakımında zedelendiği durumlarda, ceza koşulu ahlaka aykırı olarak kabul edileceği için bunun yaptırımı da hukukumuzda ayrı olarak mevcuttur ve bu sebeple ceza koşulunun indirilmesine dair herhangi bir kurala gerek yoktur[321].

Bu görüşü savunanların indirime gerek olmadığını iddia etmelerinin bir diğer sebebi ise ceza koşulunun amaçlarından biri olan borçluyu borca uygun davranmaya teşvik amacının zayıflamasıdır. Ceza koşulunun indirilmesi müessesini bilen borçlu bunun rahatlığı ile hareket edebilecek ve borca aykırı davranmaya meyilli olacaktır. Bu da ceza koşulundan beklenen faydanın azalmasına sebep olacaktır.

2. Ceza Koşulunun İndirilmesini Savunan Görüş

Ceza koşulunu indirilmesini savunan yazarlar ise zayıfı koruma düşüncesinden hareket etmektedirler. Onlara göre, her ne kadar sözleşme serbestisi ilkesi özel hukuka hakim olsa da her zaman sözleşmenin tarafları eşit konumda olmayabilir. Bazen taraflardan biri daha zayıf konumda olabilir. Yine aynı şekilde toplumsal hukuk adaletinin sağlanması için bazen zayıf konumda olanların hukuk düzeni tarafından korunması gerekmektedir. Hukukumuzdaki düzenlemelerin kazuistik olmaması ve bu

[321] GÜNAY, s. 171-172; TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 131.

nedenle kanunlarımızda her özel durum ve şart için ayrıca bir kural bulunmaması sebebiyle hakime genel manada indirme yetkisi verilmiştir. Böylece güçsüz olan tarafın güçlü taraf karşısında ekonomik olarak ezilmesi önlenmiş olacaktır[322].

Hakime ceza koşulunun indirilmesi konusunda yetki verilmiştir ve hakim önüne gelen her olayı bilgi ve tecrübesi ile yorumlayarak fahiş gördüğü ceza koşulunu indirebilecektir. Miktar bakımından aşırı olan ceza koşulunun indirilmesi için hakimin müdahalesi kamu düzeni, sosyal adalet ve sosyal devlet ilkeleri gereğince de uygundur[323].

II. CEZA KOŞULUNUN İNDİRİLMESİNİN ŞARTLARI

TBK'nun 182. maddesinin fıkraları ayrı ayrı incelendiğinde ilk fıkrada taraflara ceza koşulunun miktarını belirleme konusunda serbesti tanındığı görülecektir. Kanun koyucu taraf iradelerini hiçe saymamış ve sözleşme serbestisi ilkesi gereğince miktar tayinini taraflara bırakmıştır. Aynı maddenin üçüncü fıkrası incelendiğinde ise hakime fahiş ceza koşulu miktarından indirim yapma yetkisi verildiği görülecektir. Kanun koyucu burada borçlu lehine özel bir sınırlama getirmiştir. Sözleşme serbestisi ilkesinin bir istisnası olan bu indirim yetkisinin kullanılması sırasında yine sınır bu serbesti olmalı ve bu yetkinin serbestiyi ortadan kaldıracak şekilde kullanılmaması gerekmektedir[324]. Hakim, buradaki yetkisini ceza koşulunun indirilip indirilmemesi yönünde kullanacaktır; hakimin borç ilişkisini değiştirir şekilde karar verme yetkisi bulunmamaktadır[325].

[322] TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 132; UÇAR, s. 101.
[323] GÜNAY, s. 172; TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 132; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 18/06/2019 T., 2017/19-922 E., 2019/706 K., "…Aşırı olan cezaî şartın indirilmesi olanağı, zayıf durumda bulunan borçlunun sömürülmesini önlemeye yönelik, kamu düzenine ilişkin bir kuraldır…" UYAP, (E.T.: 12/04/2020).
[324] KOCAAĞA, s. 331; GÜLSEVEN, s. 85.
[325] KOCAAĞA, s. 331.

Ceza koşulunun indirilebilmesi için geçerli olarak meydana gelen muaccel olmuş ve ifa edilmemiş aşırı bir ceza koşulunun varlığı gereklidir. Bunların yanı sıra borçlunun tacir olmaması ve indirimin yasaklandığı hallerden birinin olmaması da şarttır.

A. Geçerli Ceza Koşulunun Bulunması

Ceza koşulunun indirilebilmesi için gerekli şartlardan ilki her ne kadar TBK'nda açık bir hüküm bulunmasa da ceza koşulu anlaşmasının geçerli bir şekilde kurulmasıdır. Ceza koşulu anlaşmasının ya da fer'isi olduğu asıl borcu doğuran sözleşmenin geçersiz olduğu hallerde ceza koşulu geçerliliğini yitirip hükümsüz kaldığından ondan indirim yapılması da mümkün olmayacaktır[326].Asıl borç konusu sözleşmenin ya da ceza koşulu anlaşmasının geçersiz olduğu durumlarda ceza koşulunun indirilmesini talep etmekte hukuki bir yarar yoktur. Hakim, böyle bir durumla karşılaştığında ceza koşulunun indirilmesi talebini değerlendirmeden anlaşmanın geçersizliğini tespit eder.

Ceza koşulunun ifa edilmiş olduğu durumlarda ise ceza koşulunun ya da ana sözleşmenin geçersizliği öne sürülerek ifa edilen edim sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri istenebilir[327].

Ceza koşulunun indirilmesi denilince akla ilk olarak para edimi üzerinden kararlaştırılan bir ceza koşulu gelse de durum böyle değildir. Konusu paradan başka bir edimin ceza koşulu olarak kararlaştırılması halinde de ceza koşulu fahiş ise indirim talep edilebilecektir. Aksi bir düşünce hakkaniyete aykırı bir durum oluşturacak, ceza

[326] TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 129.
[327] GÜNAY, s. 179; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 93; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 04/07/2019 T., 2017/12059 E., 2019/6265 K., "…Yukarıda belirtilen yasal hükümler ve açıklamalar çerçevesinde; dava konusu aracın satış sözleşmesi resmi şekle uygun yapılmadığından geçersiz olup, geçersiz sözleşmeye istinaden, taraflar aldıklarını sebepsiz iktisap hükümlerine göre iade ile mükelleftirler. Geçersiz sözleşme ile kararlaştırılan cezai şart vs. feri haklar da geçersiz olup, tarafları bağlamaz. O halde mahkemece; geçersiz sözleşmede yer alan cezai şart hükmünün de geçersiz olduğu gözetilerek, davacı/karşı davalının cezai şart talebinin reddine karar verilmesi gerekirken, bu yön gözetilmeksizin, yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir…", UYAP, (E.T.: 13/04/2020).

koşulunun indirilmesinin amacına aykırı olacak, hakim sözleşmeye müdahale edemeyecek ve borçlu fahiş miktardaki koşulu ödemek zorunda kalacaktır. Özel olarak değinmek gerekir ise, parça borcunu konu edinen ceza koşulunun da indirilmesi mümkündür. Parça borcunun ceza koşulu olarak kararlaştırıldığı durumlarda hakim tarafından indirimbu edim yerine başka bir edimin koyulmasıylagerçekleştirilecektir[328].

Ceza koşulu sözleşmede, dernek tüzüğüyle ya da şirket ana sözleşmesiyle de kararlaştırılsa indirime tabi olacaktır. Ceza koşulunun kararlaştırılma şeklinin ve yerinin indirim açısından herhangi bir önemi bulunmamaktadır.

Her ne kadar aksi görüşler[329]mevcut olsa da seçimlik ve ifaya eklenen ceza koşulunun aksine dönme cezasındaki fahişliğin hakim tarafından giderilemeyeceği kabul edilmektedir[330]. Dönme cezasının fahiş miktarda kararlaştırılması durumunda indirim talep edilememesi kanaatimizce doğru bir uygulamadır. Borçlu burada isteyerek ve bilerek sözleşmede kararlaştırılan dönme cezasını ödeyerek asıl borcun ifasından kurtulmakta ancak dönme cezasını ödeme borcu altına girmektedir. Borçlu kendi iradesiyle dönme cezasını muaccel hale getirmektedir ve bunun indirilmesini istemek hakkaniyete aykırı olacaktır. Ceza koşuluna benzer müesseseler olan cayma parasının ya da hak düşürücü kaydın fahiş olarak kararlaştırılması durumunda da bunlardan indirim istenemez.

Kanun koyucu, ceza koşulu niteliğinde olmamalarına rağmen iki hukuki kurumda ceza koşuluna ilişkin kuralların kıyas yoluyla bunlara da uygulanabileceğini öngörmüştür.Bunlardanilki, TBK'nun 121. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında öngörülmüştür. Anılan maddenin birinci fıkrasında, faiz ya da irat borçlusunun

[328] GÜNAY, s. 179; TUNÇOMAĞ, s. Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 142.
[329] TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 353; FEYZİOĞLU, s. 396; TUTAR, Dönme Cezası, s. 103.
[330] EREN, s. 1331; VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR, s. 335; YAĞCIOĞLU, s. 80; Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, 20/11/2013 T., 2013/4854 E.,2013/7245 K., UYAP, (E.T.: 13/04/2020).

temerrüdü halinde, temerrüt faizinin başlangıç anının icra takip tarihi ya da dava tarihinin olduğu, ikinci fıkrasında ise birinci fıkra aksine yapılan bir kararlaştırmada ceza koşulu hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiştir. Kanun koyucu borçlunun sömürülmesini önlemek amacıyla, TBK'nun 121/II madde/fıkrasındaki hükmü getirmiştir ve bilhassa burada ceza koşulunun indirilmesine ilişkin kural uygulanacaktır. Örneğin, ceza koşuluna temerrüt tarihinin iki gün sonrasından itibaren faiz işletileceğinin kararlaştırıldığı durumlarda borçlu tarafından daha fazla miktarda faiz ödenecektir. Böyle bir uyuşmazlıkta, hakim tarafından faiz başlangıç tarihini kanuni sınırlardan birine çekilerek nihayetinde borçlunun ödemekle sorumlu olduğu miktar azaltılmış olacaktır.

Ceza koşulu hükümlerinin kıyasen uygulanacağı ikinci hal ise TBK'nun 181. maddesinin birinci fıkrasında öngörülmüştür. Anılan fıkrada, kısmi ifa sonrası sözleşmeden dönme halinde ceza koşuluna dair kuralların uygulanacağı belirtilmiştir. Kısmi ifanın alacaklıda kalmasına dair anlaşma, ceza koşulu niteliğinde olmasa da borçlunun durumunu hafifletmek amacıyla ceza koşuluna ilişkin hükümlerine tabi kılınmıştır. Aynı maddenin ikinci fıkrasıyla taksitli satışta kısmi ifa sonrasında sözleşmeden dönülmesi hali kapsam dışı bırakılarak ceza koşulu hükümlerine tabi tutulmamış ve birinci fıkranın kapsamı daraltılmıştır[331]. Sözleşmeden dönme durumunda kısmi ifanın alacaklıya kalacağı hallerin başında taksitle satış sözleşmeleri gelmekteyse de, TBK'nun 181/II fıkrasıyla bunlar kapsam dışı bırakılmıştır. Bu hallerden bir diğeri ise, inşaat ya da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleridir. İnşaatın başlamasından sonra sözleşmeden dönme hakkının kullanılması durumunda inşa edilen kısmın bedelsiz olarak alacaklıya (iş sahibine) kalacağını öngören anlaşmalarda da TBK'nun 181/I hükmü uygulama bulabilecektir[332].

[331] GÜNAY, s. 179; KILIÇOĞLU, s. 1002.
[332] Detaylı bilgi için bkz. USLU, s. 190-191.

Ceza koşulunun indirilmesi hususunda değinmemiz gereken bir diğer nokta ise genel işlem koşulları içerisinde yer alan ancak fahiş olan ceza koşulunun indirilmesi hususudur. TBK'nda bu duruma ilişkin herhangi bir hüküm yer almasa[333] da Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkındaki Yönetmelik gereğince genel işlem şartları içerisinde yer alan ve haksız olan ceza şartının içerik denetimine tabi tutularak geçersiz sayılabilmesi mümkündür[334]. Bu düzenleme sonucunda ceza koşulu geçersiz sayılır ise artık fahiş bir ceza koşulu kalmadığından indirim talep edilemeyecektir[335].

B. Ceza Koşulunun Muaccel Olması

Ceza koşulunun indirilmesi için şart olan bir diğer durum ise ceza koşulunun muaccel olmasıdır. Ceza koşulu muaccel olmadan ayrı bir borç niteliğine bürünmez, asıl borcun fer 'isidir. Her ne kadar kanunda ceza koşulunun indirilmesini talep için herhangi bir kısıtlama yer almasa da ceza koşulunun indirilmesi her zaman talep edilemez. Aksi sözleşmede kararlaştırılmamış ise asıl borcun kararlaştırılan şekilde ya da hiç ifa edilmemesi durumunda ceza koşulu muaccel hale gelecektir. Ceza koşulu

[333]Alman Medenî Kanunu'nunda genel işlem koşulları ve bu koşulların içinde yer alan cezaî şarta ilişkin hükümler özel olarak düzenlenmiş ve anılan Kanun'un 308. ve 309. maddelerinde belirli koşulların varlığı hâlinde, söz konusu düzenlemelerin geçersiz sayılması öngörülmüştür. (Çınar, s. 98).

[334] KÜÇÜKDAĞLI, Ayşegül, **Genel İşlem Şartları ve Yargısal Yoldan Denetimi**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi- İstanbul Üniversitesi, İstanbul 2014), s. 106-107.

[335] Ancak Yargıtay tarafından bu görüş benimsenmeyerek genel işlem koşulları içerisinde kararlaştırılan ceza koşulunun geçersiz olmadığı ancak indirim yapılabileceği ifade edilmiştir. Yurtdışında lisansüstü eğitime gönderilen öğretim görevlisine imzalatılan taahhütlere uymaması sebebiyle üniversitesi tarafından açılan alacak davasında ceza koşulunun fahiş olup olmadığı araştırılmalı, fahiş ise indirim yapılması gerekir yönündeki karar için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 18/11/2009 T., 2009/18-421 E., 2009/526 K.; Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 18/04/2006 T., 2006/696 E., 2006/3317 K., "…5.8.1996 tarihinde yürürlüğe giren 4160 Sayılı Yasanının 6. maddesinin (d) bendi ile 657 sayılı yasaya eklenen 34. madde gereğince yurt dışına gönderilenlerin taahhütlerini ihlal etmeleri halinde kendilerine sarf edilen meblağı döviz üzerinden ödeyecekleri öngörülmüş ve misli arttırım kaldırılmış bulunmaktadır. Davalı … 2547 Sayılı Yüksek Öğretim Kurulu Yasası hükümlerine göre yurt dışına gönderilmiş olup taahhüdün ihlali halinde yüklenme senedi vermese idi ödeyeceği miktar o tarihteki yasalar uyarınca kendisine yapılan harcamalar ile bunun %50 fazlası cezai şarttan ibaret olacaktı. Oysa yüklenme senedinde ilgiliye yapılan harcamanın iki mislinin ödenmesi öngörülmüş olmakla harcanan meblağın misli cezai şart niteliğinde bulunduğu ve bunun da fahiş olduğu ortadadır. Bu durumda anılan yasa maddeleri ile özellikle Borçlar Yasasının 161/son maddesi hükümleri göz önünde tutularak davalı asıl borçlu için 1.8.1996 tarihinden önceki görevlendirme için harcanan meblağa makul ve uygun bir cezai şart uygulanması gerekirken, bu dönemle ilgili harcamanın iki katı tutarı üzerinden hesaplama yapan bilirkişi raporlarına dayanılarak hüküm kurulmuş olması…", UYAP, (E.T.: 13/04/2020); Aynı yönde başka bir karar için bkz. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi. 10.12.2003 T., 2003/2800 E., 2003/5920 K., (www.kazancıhukuk.com, E.T.: 14/04/2020).

muaccel hale gelmeden indirilmesi de mümkün değildir çünkü ortada indirim istenecek bir borç bulunmamaktadır. Bu sebeple ceza koşulunun fahiş olması sebebiyle indirilmesine yönelik eda davası açılamaz. Buradan hareketle muaccel olmayan ve bu sebeple aşırı olup olmadığı belli olmayan bir ceza koşulunun aşırı olup olmadığının belirlenmesi için tespit davasının açılması da faydasız olacaktır[336].

C. Ceza Koşulunun İfa Edilmemiş Olması

Fahiş ceza koşulunun indirilebilmesi için ifa edilmemiş olması da gerekmektedir[337]. Türk kanunlarında bununla ilgili herhangi bir hüküm bulunmasa[338] da hal ve şartlardan hareketle, ifa edilmeme sebebiyle borca aykırılığınoluşması ve ceza koşulunun muaccel hale gelmesi için ceza koşulunun ifa edilmemesi şarttır. Ancak öğretideceza koşulu ifa edildikten sonra da indirimin talep edilebileceğini savunan yazarlar bulunmaktadır[339]. Saymen ve Elbir'e göre, ceza koşulunun indirilmesine imkan veren maddenin emredici nitelikte olması ve kamu yararı nedeniyle ifa edilmiş olan ceza koşulunun indirilmesinde ve fazla ifa edilen kısmın istirdadının talep edilmesinde herhangi bir sakınca yoktur[340]. Kunter'e göre, dönme durumunda yapılan kısmi ifanın alacaklıda kalacağına dair yapılan anlaşmalarda indirim mümkün ise bunun kıyasen ceza koşuluna da uygulanması gerekmektedir ve borçlu tarafında ifa edilen ceza koşulunun da fahişliği sebebiyle indirimi talep edilebilmelidir.Kırkbeşoğlu'na göre ise, fahiş ceza koşulunun indirilmesi imkanını "düşey kısmi hükümsüzlük" dahilinde

---

[336] DİRİCAN, s. 186; GÖKÇEOĞLU, s. 67; TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 144; GÜNAY, s. 180.

[337] TUNÇOMAĞ, s. Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 154-156; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s. 884; Karahasan, s. 1403; DİRİCAN, s. 187; VON TUHR, s. 771; EREN, s. 1331; YÜCEL, Özge, **Fahiş Cezai Şartın Tenkisi**, Prof.Dr.Sarper Süzek'e Armağan, 2011, C. 3, s. 2949; YAVUZ, s. 534; VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR, s. 338.

[338] Alman Medeni Kanunu'nun 343/I madde/fıkrasında ifa edilmiş ceza koşulunun indiriminin talep edilemeyeceği açıkça belirtilmiştir. (ÇINAR, s. 99).

[339] OSER/SCHÖNENBERGER, s. 710; SAYMEN/ELBİR, Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, s. 845; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 356; KUNTER, s. 973-974; VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR, s. 338.

[340] SAYMEN/ELBİR, Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, s. 845.

varsayılmasından hareketle TBK'nun 182/III ve TTK'nun 1530 maddeleri ifa edilmiş olan ceza koşuluna uygulanabilir ve sebepsiz zenginleşmedeki iade engeline takılmadan ifa edilenler istenebilir[341]. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop'a göre, ceza koşulunun ifa edilmesinden sonra ileri sürülen fahişlik iddiasının özenle incelenmesi, fahişliğe karar verilmesi halinde ise ifa edilenlerin iade edilmesi gerekmektedir[342].

Yargıtay tarafından da ceza koşulunun ifa edilmesi halinde indirim talep edilemeyeceği görüşü benimsenerek bu yönde kararlar verilmiştir[343].

Kanaatimizce, ifa edilmiş olan ceza koşulunun indirilememesi görüşü isabetlidir. Çünkü ifa edilmiş olan ceza koşulu, borçlunun ödeme gücünü aşmamış ve nihayetinde ifa edilebilmiştir. Ayrıca borçlunun, iradesiyle ödemiş olduğu ceza koşulunun fahiş olduğu iddiasında bulunması, alacaklı tarafı bir belirsizliğe sürükler ve hukuki öngörülebilirlik azalır. Borçlunun ifa ettiği ceza koşulunun fahişliği nedeniyle indirim istemesi TMK'nun 2. maddesinde ifade edilen dürüstlük kuralına da aykırıdır. Ancak borçlu ceza koşulunu ifa etmesinde haklı sebebi var ise ya da ifa anında çekince koyar ise, davranışı dürüstlük kuralına aykırı kabul edilmeyerek ifa edilmiş olan ceza koşulunun indirilmesi talep edilebilecektir. Borçlu, ifa zamanı gelen ceza koşulunu ödemediğinde karşılaşacağı temerrüt faizi, icra takibi, eda davası gibi hukuki muamelelerle uğraşmamak adına ifa ederken sözleşmelerin uyarlanmasındaki gibi çekince koyabilir[344]. Bu istisnai bir durumdur ve hakim önüne gelen böyle bir

[341] KIRKBEŞOĞLU, s.296.
[342]TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 356.
[343] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 15/10/2014 T., 2013/13-1108 E., 2014/768 K., "…818 S. BK`nun 161/3. maddesi hükmü uyarınca, hâkim fahiş gördüğü cezaları indirmekle yükümlüdür. Bu hüküm, emredici nitelikte olduğundan hâkim tarafından re`sen gözetilmelidir; borçlunun bu yolda bir talebinin bulunması aranmaz. Ancak, cezai şart ödenmişse, hâkim bunu daha sonra indiremez …"; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 05/02/2013 T., 2012/18720 E., 2013/1653 K., UYAP, (E.T.: 14/04/2020).
[344] TBK'nun 138. maddesinde düzenlenen sözleşmelerin uyarlanması talebi için ifa edilmiş olan sözleşme ediminin uyarlanmasını borçlu ifa sırasında ihtirazı kayıt öne sürmüş ise talep edebilir. (YAĞCIOĞLU, s. 236).

uyuşmazlıkta ceza koşulu ifa edilmiş olsa bile çekince sebebiyle indirim yapabilir ve ödenen kısmın iadesine sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre karar verebilir[345].

İfadan sonra ceza koşulundan indirimin mümkün olduğu hallerden biri de borçlunun ifayı alacaklı tarafın hilesi ya da tehdidi ile gerçekleştirmesidir[346]. İş sözleşmeleri gibi daha çok sözleşme taraflarından birinin diğerine göre ekonomik yönden çok daha güçlü konumda olduğu sözleşmelerde bu durumla karşılaşılabilir. Böyle bir durumda ifa edilmiş olsa bile ceza koşulundan indirim istenememesi hakkaniyete aykırı olacaktır. Ceza koşulunun ifa edilmesinde yalnızca alacaklının değil, üçüncü bir şahsın baskısının olması halinde de indirim yapılabilecektir[347].

Kısmi ifa durumunda ise ceza koşulundan indirim talep edilebileceği kabul edilmektedir. Ancak, burada ceza koşulunun fahişliğini belirlerken ifa edilmeyen kısımdan değil bütün ceza koşulu edimi üzerinden değerlendirme yapmak gerekmektedir. Fahişlik değerlendirilerek indirilecek kısım belirlendikten sonra ortaya çıkan miktar ifa edilen edimden az ise borçlu kalan kısmı ödeyerek borcunu ifa etmiş olacaktır. Ortaya çıkan miktar ifa edilen edimden fazla ise -ifa edilen ceza koşulunun indiriminin istenememesi genel kuralından hareketle- bu fazlalığın alacaklıdan istenemeyeceği kabul edilmektedir[348].

D. Ceza Koşulunun Aşırı Olması

Ceza koşulunun indirilebilmesinin en önemli şartı ceza koşulunun aşırı miktarda yüksek olmasıdır. Aşırı ceza koşulunun indirilmesini düzenleyen TBK'nun 182/III

[345] YAĞCIOĞLU, s. 236; TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 156; Kaldı ki, Borçlar Kanunu'nun 158. maddesinde, alacaklının, ifaya eklenen cezaî şartı, asıl borcun ifasını ihtirazı kayıtla kabul etmesi hâlinde de isteyebileceği açıkça düzenlenmiştir. Kanaatimizce, bu hüküm kıyas yoluyla uygulanarak, borçlunun da, ceza koşulu borcunu ihtirazı kayıt koyarak ifa ettiği hallerde, daha sonra indirim isteyebilmelidir. (ÇINAR, s. 100'den naklen).

[346] TAMER, s. 748; BİNGÖL, Muhammet Emin, **Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Yükümlülüğü: Özellikle Tacirin Ücret ve Cezai Şartın İndirilmesini İsteyememesi**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 121; ÖZMEN, Adem, **Borçlar Hukukunda Cezai Şartın İndirilmesi**,(Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul 2011) , s. 78.

[347] ÖZMEN, s. 78.

[348] ÇINAR, s. 100; TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 156; YAĞCIOĞLU, s. 237.

maddesinde ve ilgili mevzuat tarafından ceza koşulu miktarının hangi hallerde aşırı olacağı düzenlenmemiştir[349]. Düzenleme yapılmamasının sebebi ise ceza koşulu kararlaştırılabilecek sözleşmelerin ve hukuki işlemlerin sınırsız sayıda olmasıdır[350]. Her hukuki düzenlemenin ihtimallerine binaen kararlaştırılan ceza koşulunun aşırı olup olmadığının kanunla düzenlenmesi bir hayli zordur[351]. Bu sebeple TBK'nun 182/III maddesinde aşırılığı takdir yetkisi hakime bırakmıştır. Hakim, TMK'nun 4. maddesinde öngörüldüğü şekilde takdir yetkisini kullanarak ve adil bir şekilde bir inceleme yaparak aşırılığı tespit edecektir[352]. Hakimin bu takdir yetkisini kullanırken yararlanacağı ölçütlerin neler olacağı konusu da mevzuatta belirtilmemiştir[353]. Ancak doktrin ve uygulama tarafından ortaya atılan bazı ölçütler doğrultusunda hakimtakdir hakkını kullanırken, tarafların mali durumlarını, alacaklı tarafın menfaatini, ceza koşulunun kararlaştırılma amacını, borçlu tarafın kusurunun ağırlığını, borçlunun ifaya aykırı davranmasının sebeplerini, ceza koşulunun ifa edilmesi ya da ifa edilmemesi ihtimallerinde tarafların karşılaşacakları zararın miktarını ve hakkaniyete uygunluk gibi kriterleri esas almalıdır[354]. Hakim bu kriterler doğrultusunda önüne gelen bir uyuşmazlıkta ceza koşulunun aşırılığı konusunda hakkaniyete uygun bir şekilde değerlendirme yapacak ve eğer ceza koşulunun aşırı olduğu kanaatine varır ise indirim yapmak zorunda kalacaktır[355].

---

[349] Almanya, İsviçre ve Fransa Medeni Kanun'larında da hangi durumlarda ceza koşulunun aşırı sayılacağına dair bir hüküm getirilmemiştir.

[350] TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 144; KOCAAĞA, s. 339; GÜNAY, s. 181; DİRİCAN, s. 187.

[351] Öğretide bu konuda bir kural içi (intra legem) boşluğun bulunduğu kabul edilir. Bu boşluğun doldurulması için TMK'nun 4. maddesi gereğince hakime takdir yetkisi verilmiştir. Buna göre hakim ceza koşulunun fahiş olup olmadığına serbestçe karar verecektir. (GÜNAY, s. 187; KOCAAĞA, s. 339).

[352] KOCAAĞA, s. 339; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 355.

[353] EKİNCİ, s. 358; KOCAAĞA, s. 339; ÇINAR, s. 100; TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 144; GÜNAY, s. 187; DİRİCAN, s. 181.

[354] Bu konuda, TBK'nda herhangi bir düzenleme öngörülmese de , Alman Medenî Kanunu'nda bazı kriterler belirlenmiştir. Alman Medenî Kanunu'nun 343. maddesine göre mahkemece, cezaî şartın uygunluğu takdir edilirken, sadece alacaklının malî menfaatleri değil, bütün haklı menfaatleri göz önünde tutulmalıdır. Öyle ki, borçlunun borcunu ifa etmesi, alacaklıya malî menfaatleri yanında manevi menfaatte temin edebilecektir. Bu nedenle bu kriter, kanaatimizce, Borçlar Kanunumuz yönünden de göz önünde tutulabilir. (Çınar, s. 100).

[355] KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 99.

Ceza koşulunun aşırı olup olmadığının tespitinde hakim tarafından özenle incelenmesi gereken hallerden biri de ceza koşulundaki aşırılığın ahlaka aykırı bir durum yaratıp yaratmamasıdır. Aşırı olarak kararlaştırılan her ceza koşulu ahlaka aykırı olmayacağı gibi her ahlaka aykırı ceza koşulu da aşırılık içermez[356]. Taraflar ceza koşulu miktarını kararlaştırmakta serbesttir. Ancak kararlaştırılan ceza koşulunun fahişliği tespit edilirken ahlaka aykırılık ve aşırılık arasında bulunan sınır belirlenmelidir. Ceza koşulunun, ahlaka aykırı sayılması için yalnızca aşırı olması değil ayrıca ahlak kurallarına aykırı derecede yüksek olması ve borçlunun mali durumunda negatif yönde köklü bir yıkım yapması gerekmektedir[357]. Kararlaştırılan ceza koşulunun miktarının belirttiğimiz bu ölçütler çerçevesinde ahlaka aykırı derecede yüksek olması halinde, TBK'un 27. maddesi gereğince kısmen ya da bütünüyle hükümsüz olacak ve doğal olarak hükümsüz kalan ceza koşulunu da indirilemeyecektir[358].Hakim, önüne gelen uyuşmazlıkta,öncelikle kararlaştırılan ceza koşulunun aşırı olup olmadığını belirleyecek; sonrasında aşırı olduğu kanaatine varır ise bunun ahlaka aykırılık teşkil edip etmediğini irdeleyecektir[359]. Bu irdeleme sonucunda ceza koşulunun ahlaka aykırı olduğuna karar verir ise artık ceza koşulunun indirilmesine karar veremeyecektir.

Ceza koşulunun paradan başka bir edim olarak kararlaştırıldığı durumlarda bunun aşırılığını belirlemek için öncelikle hakimin bu edimin para üzerinden değerini tespit etmesi ve bu değer sonucuna göre fahişlik hakkında bir karar vermesi gerekir[360].

---

[356] KOCAAĞA, s. 326; ATEŞ, Sözleşmelerde Genel Ahlak s. 268; DİRİCAN, s. 185- 186; BİLGE, s. 117; VON TUHR, s. 771; EKİNCİ, s. 359; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s 357.

[357] EKİNCİ, s. 358; DİRİCAN, s. 185; TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 145; KOCAAĞA, s. 326.

[358] DİRİCAN, s. 185-186; KOCAAĞA, s. 329; EKİNCİ, s. 358-359; BİLGE, s. 120; YÜCEL, s. 2946; KIRKBEŞOĞLU, s. 304; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 20-03-1974 T., 1970/1053 E., 1974/222 K., "…Cezaî şartın miktarını tayinde akitler serbest iseler de cezaî şartın miktarı ahlak ve (adaba) aykırı olursa, bu cezaî şart da geçerli olmaz ve tediyesi talep edilemez…", (www.lexpera.com, E.T.: 18/04/2020).

[359] Hakim, ahlaka aykırılığı irdelerken davanın önüne geldiği günün koşullarına göre değil sözleşmenin akdedildiği andaki koşulları dikkate almalıdır. TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 145; EKİNCİ, s. 359.

[360] KOCAAĞA, s. 340; GÜLSEVEN, s. 96; USLU, s. 196; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 100.

Hakim tarafından yapılan inceleme sonucunda ceza koşulunun fahiş olmadığı ancak bunun istenmesinin dürüstlük kuralına aykırı olduğu kanaatine varılır ise, "hakkın kötüye kullanılması yasağı" gereğince ceza koşulu talebi reddedilmelidir[361].

Ceza koşulundan indirim yapılmasının istisnai bir kural olduğu unutulmamalıdır ve her hukuki işlemde bu kuruma başvurulmayarak indirim yetkisi ölçülü olarak kullanılmalıdır[362]. Anılan yetki kullanılırken bunun istisnai bir kural olduğu unutularak sözleşme özgürlüğü ilkesi çiğnenir ise, indirimin ve ceza koşulunun amaçları birbiri ile çatışmış olacaktır[363].

1. Aşırılığın Tespitinde Yararlanılacak Ölçütler

Yukarıda da bahsettiğimiz üzere TBKm. 182/IIIgereğince aşırı olan ceza koşulunu indirme yetkisi her ne kadar hakime verilmişse de, hakimin bu yetkisini kullanır iken hangi ölçütlerden yararlanacağı anılan maddede ve herhangi bir hukuki düzenlemede belirtilmemiştir.

Tüm bu genel açıklamalar ışığında, hakim tarafından ceza koşulunun aşırı olup olmadığı tespit edilirken hakkaniyetin ve adaletin gerekleri de dikkate alınarak doktrin ve uygulamatarafından belirlenen birtakım ölçütlerden yararlanılır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 08/03/1961 tarihli, 1961/4-2 esas, 1961/10 karar sayılı kararıyla, ceza koşulunun indirilmesinde hakimin gözetmek zorunda olduğu prensipleri detaylı olarak belirlemiştir. Bu karara göre hakim tarafından, borçlunun kusur derecesinin, tarafların ve özellikle de borçlunun mali durumunun, borçlunun borcunu yerine getirmemesi sebebiyle sağladığı yararın, ceza koşulunun konuluş amacının irdelenerek ceza koşulunun aşırılığına karar verilip verilmeyeceği değerlendirilmelidir. Yargıtay daha

[361] ÇINAR, s. 110.
[362] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 08/03/1961 T., 1961/4-2 E., 1961/10 K., "…Hakime akdin bir şartını değiştirme yetkisini veren bu hak, hakime istisnai olarak tanınmış bir hak olduğu için, hakim bunu ölçülü olarak kullanmak zorundadır…", (www.kazanci.com, E.T: 18/04/2020).
[363] VON TUHR, s. 771.

sonrasında verdiği birçok kararda bu kriterlere yer vermiştir[364].Yargıtay tarafından sayıca az da olsa bazı kararlarında ülkede seyreden enflasyon ve faiz oranlarının da ceza koşulunun aşırılığının belirlenmesinde kriter olarak alınmıştır[365]. Aşağıdaki kısımda bu ölçütlere değineceğiz[366].

a. Alacaklının Menfaati

Ceza koşulunun indirilmesinin amacı borçlu tarafın alacaklı tarafından aşırı ceza koşulu miktarı altında ezilmesini önlemektir. Ceza koşulu kurumu her ne kadar alacaklının lehine olsa da,ceza koşulunun indirilmesi borçlunun lehinedir ve hakkaniyete aykırı derecede yüksek kararlaştırılan ceza koşulu makul, ödenebilir ve adalete uygun bir seviyeye indirilmelidir. Yukarıda da bahsettiğimiz gibi ceza koşulunun fahiş olup olmadığının tespiti hakimin görevidir. Her ne kadar ceza koşulunun indirilmesi kurumu borçlu lehine olsa da borçlu yanında alacaklının da

[364] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 29/11/2017 T., 2017/3-998 E., 2017/1459 K., "…Aşırılık tümüyle soyut bir kavramdır. Bu nedenle hâkimin aşırılıkla ilgili değerlendirmesinin taraflarca ve üst yargı mercilerince denetlenmesine imkân sağlayan verilerin karara yansıtılması gerekir. Hâkim cezai şartın indirilmesi hakkını kullanırken alacaklının menfaatlerini, tarafların iktisadi durumunu, borca aykırılığın objektif ağırlığını, borçlunun kusurunun derecesini göz önünde tutarak hareket etmelidir. Bu değerlendirme yapılırken ceza şartının borçluya borcunu yerine getirmeye psikolojik bakımdan zorlamak üzere konulmuş olduğu gözden asla uzak tutulmamalıdır…"; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 04/04/2019 T., 2017/13-577 E.,2019/413 K.; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 14/11/2012 T., 2011/430 E., 2012/291 K.; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 07/03/2018 T., 2016/293 E., 2018/164 K; Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 27/12/2016 T., 2015/11770 E., 2016/7881 K.; Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 18/10/2016 T., 2016/4271 E., 2016/5998 K.; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 10/04/2014 T., 2013/100 E., 2014/117 K.; Yargıtay'ın bazı kararlarında ceza koşulunun fahiş olup olmadığının değerlendirilmemesi sebebiyle ilk derece mahkemesi kararlarını bozduğunu ancak bozma kararlarında hakimin ceza koşulunun aşırılığını tespit ederken kullanması gereken kriterleri belirtmediğini görüyoruz. Bkz. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 18/02/2014 T., 2013/6 E., 2014/68 K.; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 11/07/2013 T., 2013/2 E., 2013/335 K., UYAP, (E.T.:18/04/2020).

[365] Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 21/06/2012 T., 2012/11452 E., 2012/15687 K., "…Sözleşmede kararlaştırılan ve fahiş olan aylık %10 faizin BK. 161/son maddesi uyarınca indirilmesi gerekirken, mahkemece fahiş olmadığı kabul edilerek hüküm kurulması doğru görülmemiştir. Bu nedenle mahkemece; tarafların ekonomik durumu, özel olarak borçlunun ödeme kabiliyeti ile beraber borçlunun borcu yerine getirememiş olması nedeniyle sağladığı menfaat, borçlunun kusur derecesi ve borca aykırılığın ağırlığı, ülkede seyreden enflasyon, faiz oranları ve günün şartları dikkate alınarak hak ve nesafete uygun olarak makul bir miktar üzerinden (Cezai şartın miktarını hakim tayin edeceğinden, icra inkar tazminatına hükmedilmeden) hükmedilmelidir.…", Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 15/02/2011 T., 2010/1212 E., 2011/126 K.; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 13/05/2011 E., 2010/248 E., 2011/204 K.; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 13/02/2009 T., 2007/205 E., 2009/271 K., UYAP, (E.T.:18/04/2020).

[366] Ancak unutulmamalıdır ki, Yargıtay kararlarıyla ve öğreti uygulamasıyla belirlenen bu ölçütler sınırlı sayıda değildir ve hakim tarafından önüne gelen her somut olayda olayın özelliğine göre değerlendirilerek karar verilecektir.

menfaatlerinin gözetilmesi gerekmektedir[367]. Aksi bir düşünce sözleşme adaletine aykırı olacak ve sözleşme serbestisi ilkesine borçlu lehine aşırı bir müdahale sonucunu doğuracaktır. Hakim tarafından ceza koşulunun aşırılığı değerlendirilirken öncelikle hem alacaklının ve hem de borçlunun menfaat dengesi gözetilmelidir. Hem fahişlik değerlendirmesinin ve hem de indirim sonucu ortaya çıkacak miktarın, sözleşmenin başında taraflarca odaklanılan amaca ve tarafların menfaatlerine aykırı olmaması gerekmektedir. Yani hem aşırılığın tespitinde ve hem de indirim miktarının belirlenmesinde yalnızca borçlunun değil, alacaklının da menfaati dikkate alınmalıdır. Öğretide bazı yazarlar tarafından ceza koşulunun indirilmesinde alacaklının menfaatinin öncelikli olduğu savunulmuştur[368]. Yargıtay da bazı kararlarında- özellikle Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin kararlarında- ceza koşulunda indirim yapılırken alacaklının menfaatinin en önce geldiğini ifade etmiştir[369].

Borçlu tarafından sözleşme ile alacaklının hem maddi hem de manevi yararlarının üstlenilmesi mümkündür. Bu sebeple alacaklının menfaati ölçütü irdelenirken, alacaklının asıl borçtan sağladığı maddi yarar yanında manevi yararlar da göz önünde bulundurulmalıdır. Maddi yarar, konusunun para ile ifade edilebildiği yararlar iken manevi yarar ise hukuki anlamda korunabilen ancak herhangi bir

[367] TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 146; GÜNAY, s. 182; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 102; ÇINAR, s. 107; VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR, s. 338; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 355; EKİNCİ, s. 359; KOCAAĞA, s. 344; EREN, s. 1332; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s. 884-885.

[368] Bu görüşü savunanlar için bkz. KOCAAĞA, s. 344; GÜNAY, s. 182; Borçluyu ekonomik anlamda korumayı esas alan ceza koşulundan indirim kurumu değerlendirilirken, sadece alacaklının menfaatinin ön planda tutulmamasını, tüm ölçütlerin bir arada değerlendirilmesi gerektiğini iddia eden aksi görüş için bkz. YAĞCIOĞLU, s. 241; BİLGE, s. 110.

[369] Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 24/05/2016 T., 2014/76 E., 2016/403 K., "…Bir davada, cezai şart miktarının fahiş olup olmadığı; tarafların ekonomik durumları, özel olarak borçlunun ödeme gücü, sözleşmenin süresi, alacaklının asıl borcun ifa edilmesi halinde elde edeceği yarar ile cezai şartın ödenmesinin sağlayacağı yarar arasındaki makul (adil) ölçü, sözleşmeye aykırı davranılması yüzünden alacaklının uğradığı zarar, borçlunun borcunu yerine getirmemek suretiyle sağladığı yarar, borçlunun kusur derecesi ve borca aykırı davranışının ağırlığı esas alınarak belirlenmelidir. Hakimin, bu kuralı uygularken kullanacağı takdir hakkının, Yargıtay denetimine elverişli esaslara dayanması da zorunludur. Cezai şartın indirilmesini gerektiren hallerde, hakim her şeyden önce alacaklının menfaatini göz önünde tutmalı, menfaatlerin ne dereceye kadar ihlal edildiğini araştırmalı, davalının kusurunun ağırlığını ve tarafların içinde bulunduğu durum göz önünde tutmalıdır…"; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 29/09/2015 T., 2010/792 E., 2015/347 K.; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 14/11/2012 T., 2011/430 E., 2012/291 K.; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 19/06/2018 T., 2018/683 E., 2018/6692 K.; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 03/04/2019 T., 2017/5855 E., 2019/2884 K.; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 14/03/2019 T., 2017/5547 E., 2019/2134 K., UYAP, (E.T.: 19/04/2020).

ekonomik değeri olmayan faydadır[370]. Ceza koşulu kararlaştırılmasında alacaklının maddi menfaati, borcun ihlali durumunda meydana gelen maddi zararının karşılanmasıdır. Borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi halinde alacaklının, sözleşmeye ve borçluya duyduğu güvenin zedelenmesi, beklenilen menfaatlerinin gerçekleşmemesi sebebiyle yaşadığı hayal kırıklığı ve içine düşeceği buhran hali manevi menfaatlerinin örneklerindendir. Örneğin, düğün merasiminin video kaydı için anlaşılan fotoğrafçının borcu ihlal ederek düğün günü çekime gelmemesi sebebiyle alacaklı olan düğün sahibinin sözleşmenin borca uygun şekilde ifasından beklediği hem maddi hem manevi yarar vardır. Alacaklının sadece maddi menfaatlerine odaklanılır ise manevi borçlar için de kararlaştırılabilen ceza koşulunun indirilmesi hususunda sorunlar ortaya çıkacaktır. Alacaklının sözleşme sebebiyle beklediği bütün maddi ve manevi haklı menfaatleri göz önünde bulundurularak ceza koşulunun aşırılığı belirlenmeli ve bu belirleme doğrultusunda indirim yapılmalıdır[371].Nitekim Yargıtay tarafından da bu görüş benimsenmiştir[372]. Yargıtay eski tarihli bir kararında, ceza koşulu miktarının fahiş olması sebebiyle indirim yapılır iken asıl borcun ifasında alacaklının sağlayacak olduğu hem maddi hem de manevi yararların dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir[373].

---

[370] KOCAAĞA, s. 344-345; GÜLSEVEN, s. 100.

[371] Türk Hukuku'nda hakimin indirim hakkını kullanırken yararlanacağı ölçütlerin kanuni düzenlemelerde yer almamasından hareketle indirim açısından dikkate alınması gereken alacaklının menfaatlerinin hangilerinin kapsam dahilinde olduğu da belirtilmemiştir. Alman Medeni Kanunu'nun 343. Paragrafında, alacaklının hem maddi ve hem de manevi çıkarlarının göz önüne alınması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. GÜNAY, s. 182; KOCAAĞA, s. 344; VON TUHR, s. 772.

[372]Yargıtay bazı kararlarında alacaklının maddi ya da manevi menfaatleri diye ayrıma gitmemiş, alacaklının menfaatleri kelime öbeğini kullanarak bütün menfaatlerinin dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 29-11-2017 T., 2017/998E., 2017/1459 K., "…Hakim cezai şartın indirilmesi hakkını kullanırken alacaklının menfaatlerini tarafların iktisadi durumunu, borca aykırılığın objektif ağırlığını, borçlunun kusurunun derecesini göz önünde tutarak hareket etmelidir. Bu değerlendirme yapılırken ceza şartının borçluya borcunu yerine getirmeye psikolojik bakımdan zorlamak üzere konulmuş olduğu gözden asla uzak tutulmamalıdır …"; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 03/05/2004 T., 2003/16053 E., 2004/6546 K., "…Şöyle ki; ceza koşulunun sözleşenler arasındaki ilişkiye uygun düşmeyecek ölçüde yüksek tutulması ve açıkça hakseverliğe aykırı bulunması durumunda aşırılığın varlığı kabul edilmelidir. Böyle bir sonucun benimsenebilmesi için, alacaklının asıl edimi yerine getirmesindeki çıkarı ile ceza koşulu olarak saptanan miktar arasındaki oranın ve borçlunun borca aykırı davranmasındaki kusur derecesinin ve de borçlunun ekonomik durumunun göz önünde tutulması gerekir. Öte yandan alacaklının çıkarların hesabında, borçlunun ifa etmeme yüzünden sağlayacağı kazançlar da göz ardı edilmemelidir. Alacaklının borcun yerine getirmemesinin yol açtığı zararları kapsamı üzerinde de durulmalıdır…", UYAP, (E.T.: 19/04/2020).

[373] Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 14/01/1971 T., 11289 E., 1971/312 K. (KARAHASAN, s. 1404).

Alacaklının sözleşmeden beklediği haklı bütün menfaatleri ile sözleşmede kararlaştırılan ceza koşulu arasında, ceza koşulu lehine bariz bir fark var ise aşırı olduğunu söyleyebiliriz[374]. Ancak ceza koşulunun, borca aykırı ifa nedeniyle uğranılan zarardan ya da menfaatten yüksek olarak kararlaştırıldığı her halde fahiş olduğundan bahsedilemez[375]. Yukarıdaki bölümde de değindiğimiz gibi ceza koşulu, borçlu üzerinde ifa baskısı yaratmak amacıyla genellikle ortaya çıkacak zarardan daha yüksek bir miktarda kararlaştırılır. Ayrıca TBK'nun 180/I madde/fıkrası gereğince zararla ceza koşulu talebi arasındaki bağlantı koparılarak onu talep hakkı zarardan bağımsız bir niteliğe bürünmüştür. Zarar miktarını aşan her türlü ceza koşulunu, zararı aştığı kısım kadar indirime tabi tutmak bu açıdan hem kanun hükümlerine ve hem de hakkaniyete aykırı olacaktır.

Alacaklının menfaati, hem borcun ihlali sebebiyle mevcut zararlarının hem de uğranılması muhtemel zararların[376] tazmin edilmesidir[377]. Alacaklının sözleşmeye aykırı ifa nedeniyle uğradığı ve uğrayacağı maddi zararlarkül halinde hesaplandığında ortaya çıkan miktar, sözleşmede kararlaştırılan ceza koşulundan kat be kat az ise-aşırılığın belirlenmesinde kullanılacak diğer kıstaslar da doğruluyor ise- ceza koşulu miktarı fahiştir denilebilir[378]. Bu açıklamalar doğrultusunda ceza koşulunun aşırılığına karar verilse bile onun zararı aşan kısım kadar indirilmesi ceza koşulunun amacına aykırı olabilir[379]. Çünkü yukarıda da bahsettiğimiz gibi böyle bir kabul TBK m.180/I'e aykırı

[374] YAĞCIOĞLU, s. 242.
[375] KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 103; ÇINAR, s. 108.
[376] Yargıtay 19 Hukuk Dairesi, 23/5/2018 T., 2016/11801 E., 2018/2923 K., UYAP, (E.T.: 19/04/2020).
[377] KOCAAĞA, s. 346; ÇINAR, s. 108; YÜCEL, s. 2948; YAĞCIOĞLU, s. 243; TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 146; VON TUHR, s. 771.
[378] YAĞCIOĞLU, s. 243.
[379] Yargıtay bir kararında, fahiş olan ceza koşulunun zarar miktarına çekilmesini doğru bulmamış ve ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur. Bkz.: Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 14/11/1977 T., 1977/4495 E., 1977/5010 K., "…Ceza koşulu, özel bir ceza niteliğindedir. Öyle ki, alacaklı, zarara uğramasa bile, borçlu cezayı ödemekle yükümlüdür. Karşıt olarak da, borçlunun kusurunu ispat eden alacaklı, cezayı aşan tutarı da isteyebilir. Ceza koşulunun tazminat fonksiyonuna gelince; genel maddi tazminat davalarında, kural olarak, ispat yükü, zarara uğradığını iddia edenindir. Ceza koşulunda, buna gerek yoktur. Esas itibariyle, edimden kaçınmanın ispatı yeterlidir. Kanunumuzda, ceza koşulunun, ceza ve tazminat fonksiyonları kaynaştırılarak, bileşik sistem kabul edilmiştir. Bu sistemin sonucu ise, aşırı görülen ceza koşulunun indirilmesinde, tazmin ve cezanın dengeli olarak korunmasıdır. O nedenle, ceza koşulunun, ceza fonksiyonu hiç sayılarak, yalnızca zarar karşılığı olan tutara kadar indirme yapılması kanuna aykırıdır.

olacak ve zarar doğmasa bile talep edilebilen ceza koşulunun borçlu tarafından mahkeme aracılığıyla tamamen ortadan kaldırılması mümkün hale gelecektir. Bu durumun da kanuna karşı hile oluşturacağı şüphesizdir.

Sürekli borç ilişkileri için kararlaştırılan ceza koşulunun borca aykırı davranışın her tekrarlanışında ödenmesi belirlenmiş ise ceza koşulu zarara daha yakın bir miktarda kararlaştırılabilir. Bu şekilde kararlaştırılan ceza koşulunun tazminat fonksiyonunun ön plana çıktığı söylenebilir. Alacaklının hiçbir ispat külfetine katlanmasına gerek kalmadan her bir borca aykırı davranış sonucunda zararı tazmin edilecek ve ceza koşuluna kavuşacaktır. Zararın tazmini kolaylığının sağlandığı böyle durumlarda ceza koşulu miktarının zarardan kat be kat fazla miktarda kararlaştırılması, ceza koşulunun aşırı olduğu kanaatini uyandırır[380]. Sürekli borç ilişkilerinde, ceza koşulu miktarının yalnızca bir sefer ödenmesi kararlaştırılmış ise ceza koşulunun zarardan çok daha fazla kararlaştırılması mümkündür. Böyle durumlarda, ceza koşulu alacaklının hem güncel ve hem de olası zararlarını karşılar şekilde kararlaştırılmış olabilir. Çünkü alacaklı, borcun ilk defa ihlalinden sonra borçludan ceza koşulu talep edemeyecek ve ihlal sebebiyle uğramış olduğu zararların ispat külfetini üzerine alacaktır. Buradan hareketle, alacaklının karşılaşacağı zor durumların ve uğrayacağı zararların ön bedeli olarak bir kez ödenmesi kararlaştırılan ceza koşulunun, bir sonraki olası ihlaller sebebiyle yüksek oranda olması muhtemeldir. Hakim tarafından sürekli borç ilişkilerinde kararlaştırılan ceza koşulunun ödenme sayısının dikkate alınması ve tek seferde ödenmesi kararlaştırılan ceza koşulunun zarardan çok daha yüksek miktarda kararlaştırılması sebebiyle indirim seçeneğine başvurulmaması gerekmektedir[381].

Yargıtay'ın verdiği kararları incelediğimizde bazılarında fahiş ceza koşulunu zarar miktarına indirdiğini görmekteyiz. Eğitim karşılığında iş sözleşmesiyle, asgari

---

İndirimin en son sınırı, zarar ve işin gereğine göre belirlenecek cezanın toplamıdır…", (www.kanunum.com, E.T.: 19/04/2020).

[380] BİLGE, s. 122.

[381] BİLGE, s. 121-122; KOCAAĞA, s. 347.

süreli çalışma taahhüdü veren işçinin buna uymaması halinde sözleşmede kararlaştırılan ceza koşulundan, çalışılan kısım kadarlık miktar indirilecek ve böylece işverenin mevcut ve gerçek zararı oranında bir ceza koşuluna hükmedilmiş olacaktır[382].

Yargıtay bazı kararlarında "alacaklının menfaati" kelime öbeğini kullanmamakta ve bunu karşılamak üzere "alacaklının asıl edimin yerine getirilmesindeki çıkarı" tabiri kullanılmaktadır. Buna ek olarak alacaklının menfaati hesaplanırken, borçlunun borca aykırı davranış sebebiyle kazanacağı faydanın da dikkate alınmasını, fahişliğin tespitinde borca uygun ifa için ceza koşulunun borçlunun üstünde manevi baskıya sebep olduğunu ve bu baskıyı yok edecek şekilde indirim yapılmaması gerektiğini ifade eden Yargıtay kararları da bulunmaktadır[383].

b. Borç İhlalinin Ağırlığı

Ceza koşulunun aşırı olup olmadığının belirlenmesinde ve aşırılık tespiti sonucunda yapılacak indirimde göz önüne alınacak kriterlerden bir diğeri ise borç

[382] Yargıtay'ın iş mahkemelerince verilen davalara bakmakla görevli 9. ve 22. Hukuk Daireleri bu yönde kararlar vermektedirler. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 22/01/2020 T., 2016/28226 E., 2020/1052 K., "…Ancak cezai şart miktarının belirlenmesinde oranlama ve indirim yapılması gerekmektedir. Bu bakımdan Mahkemece, davalının çalıştığı ve çalışması gereken süreler oranlanmak ve mülga 818 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 161. maddesi (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 182. maddesinin son fıkrası) gereği indirim yapılmak suretiyle belirlenecek cezai şart miktarının tespit edilmesi ve oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekmektedir. Bu husus gözetilmeden belirli süreli iş sözleşmesinin koşulları bulunmadığı gerekçesiyle cezai şart düzenlemesinin geçersiz olduğunun kabulü ile sonuca gidilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir…"; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 05/10/2015 T., 2015/436 E., 2015/476 K., "…Borçlar Kanunu'nun 161/3. maddesindeki emredici düzenleme nedeniyle hâkim fahiş gördüğü takdirde ceza koşulundan resen indirim yapmak zorunda olduğundan davalı işçinin sorumlu olduğu miktar olarak belirlenen tutardan çalışılan ve çalışılmayan süreler göz önüne alınarak indirime gidilmelidir…"; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 10/04/2014 T., 2014/105 E., 2014/476 K., "…Bu gibi hâllerde eğitim gideri cezai şart niteliğinde ve tek taraflı olsa da verilen eğitimin masrafı ve niteliği ile orantılı olup olmadığı hususları araştırılmalıdır. Verilen eğitimin kısa ve yapılan masraf az olmasına rağmen uzun çalışma süresi öngörülmesi, açık oransızlığı gösterdiği gibi verilen eğitimin işçinin işine herhangi bir katkısı olmaması durumunda da oransızlıktan bahsedilebilecektir. Oransızlığın söz konusu olduğu bu gibi durumlarda hâkim, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK)'nın 182/son (818 sayılı Borçlar Kanunu 161/son maddesi) hükmü gereğince indirim yapmalı ya da eğitim giderini çalışılan ve çalışılmayan süreye oranlayarak (kıstalyevm esası) sonuca gitmelidir…", UYAP, (E.T.: 19/04/2020).

[383] Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 03/12/2009 T., 2009/829 E., 2009/1285 K.; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 24/11/2005 T., 2005/55 E., 2005/685 K; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 14/02/2008 T., 2007/2 E., 2008/55 K.; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 15/10/2014 T., 2013/13-1108 E., 2014/768 K., UYAP, (E.T.: 19/04/2020).

ihlalinin ağırlık derecesidir[384]. Burada borçlunun taahhüt ettiği borca ne düzeyde uyduğunun dikkate alınması gerekmektedir. Borç ihlalinin derecesi yüksek ise yani borcun ihlalinin yansıması ağır ise ceza koşulunun aşırı olması sebebiyle indirim yapılması hakkaniyete uygun olmaz. Aksi bir durum var ise yani borcun ihlalinin ağırlığı hafif ise ceza koşulu miktarının aşırı olması sebebiyle ve diğer şartlar da indirimi haklı çıkarıyor ise indirim yapılabilecektir. Örneğin, dünya kupası final maçı için takımlardan birinin forma siparişinin en geç maç günü ifa edileceğine dair sözleşmenin ihlali halinde borca aykırılığın ağırlığı yüksek olacağından belirlenen ceza koşulundan indirim yapılmayabilir. Ceza koşulunun bizden fazla borcun ifasını teminat altına aldığı durumlarda bu borçlardan birinin hafif derecede ihlal edilmiş olması ceza koşulunun indirilmesine engel değildir[385].

Öğreti[386] ve Yargıtay[387] tarafından ceza koşuluna bağlanmış olan borcun kısmi ifası durumunda ceza koşulu miktarının tümünün talep edilemeyeceği belirtilmektedir. Burada indirim oranlama yapılarak kararlaştırılmalı, ifa edilen kısım dikkate alınıp oranlama yapılarak ceza koşulundan indirim yapılmalıdır. Böyle bir durumda

[384]KOCAAĞA, s. 347; KILIÇOĞLU, s. 1003; YÜCEL, s. 2948; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s. 885; EREN, s. 1332; TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 146; TUHR, s. 772; USLU, s. 198; YAĞCIOĞLU, s.247; KARAHASAN, s. 1404- 1405;Yargıtay ceza koşulunun aşırılığının tespitinde yararlanılacak kriterleri belirtirken "borca aykırılığın objektif ağırlığı" ya da "borca aykırılığın ağırlığı" kavramlarını kullanma yoluna gitmiştir. İlgili kararlar için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 29/11/2017 T., 2017/3-998 E., 2017/1459 K., "…Aşırılık tümüyle soyut bir kavramdır. Bu nedenle hâkimin aşırılıkla ilgili değerlendirmesinin taraflarca ve üst yargı mercilerince denetlenmesine imkân sağlayan verilerin karara yansıtılması gerekir. Hâkim cezai şartın indirilmesi hakkını kullanırken alacaklının menfaatlerini, tarafların iktisadi durumunu, borca aykırılığın objektif ağırlığını, borçlunun kusurunun derecesini göz önünde tutarak hareket etmelidir. Bu değerlendirme yapılırken ceza şartının borçluya borcunu yerine getirmeye psikolojik bakımdan zorlamak üzere konulmuş olduğu gözden asla uzak tutulmamalıdır…"; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 04/04/2019 T., 2017/13-577 E.,2019/413 K.; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 14/11/2012 T., 2011/430 E., 2012/291 K.; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 07/03/2018 T., 2016/293 E., 2018/164 K; Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 27/12/2016 T., 2015/11770 E., 2016/7881 K.; Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 18/10/2016 T., 2016/4271 E., 2016/5998 K.; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 10/04/2014 T., 2013/100 E., 2014/117 K.; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 27/06/2014 T., 2014/200 E., 2014/244 K.; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 13/11/2014 T., 2014/1040 E., 2014/380 K.,UYAP, (E.T.:20/04/2020).

[385] KOCAAĞA, s. 348.

[386] TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 148; KOCAAĞA, s. 348.

[387] Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 22/01/2020 T., 2016/28226 E., 2020/1052 K. "…Ancak cezai şart miktarının belirlenmesinde oranlama ve indirim yapılması gerekmektedir. Bu bakımdan Mahkemece, davalının çalıştığı ve çalışması gereken süreler oranlanmak ve mülga 818 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 161. maddesi (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 182. maddesinin son fıkrası) gereği indirim yapılmak suretiyle belirlenecek cezai şart miktarının tespit edilmesi ve oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekmektedir…"; Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 30/04/2015 T., 2012/480 E., 2015/266 K.; Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 23/01/2015 T., 2014/113 E., 2015/14 K., UYAP, (E.T.: 20/04/2020).

sözleşmeye konu borcun büyük bir kısmi ifa edilmiş ise borç ihlalinin ağır sayılmaması gerekmektedir.

Burada dikkate değer bir diğer husus ise borçlunun kusurunun ağırlığı ile borca aykırılığının ağırlığının ayrı birer ölçüt olmasıdır. Bu iki ölçüt arasında her zaman pozitif doğrusal bir korelasyon bulunmayabilir. Bir olayda borca aykırılığın ağırlığı yüksek iken bu aykırılıkta borçlunun kusuru az olabilir. Bu sebeple borçlunun kusurunun ağırlığı aşağıda ayrı bir başlık olarak incelenecektir.

c. Borçlunun Kusurunun Ağırlığı

Özel hukuk alanındaki borç ilişkilerinde borcun ifa edilmemesi sebebiyle sorumluluğun doğması için kusurun varlığı ve seviyesi mühimdir. Haksız fiil hukukunda TBK'nun 49. ve devamı maddeleri gereğince tazminat sorumluluğunun doğması için kusur şarttır. Yine aynı şekilde sözleşmeler hukukunda da TBK'nun 114. ve devamı maddeleri gereğince borçlunun kusurlu olması, borcun ifa edilmemesinin sonuçlarının talep edilebilmesi için şart olarak belirlenmiştir. Kusur sorumluluğunun esas alındığı hallerde borçlunun kusurunun ya da sorumlu olduğu kişilerin kusurunun derecesi değerlendirilerek sorumluluğun derecesine karar verilmesi gerekmektedir[388]. Borcun ihlalinde borçlunun kusurlu sayılabileceği hallerin hepsinin ağırlığı aynı olmayabilir. Keza, borçlunun başka bir şahsın hareketinden sorumlu olduğu durumlarda da borçlunun kusuru, kendi hareketinden kaynaklanan kusurdan az olabilir. Borçlunun kusurunun derecesinin mutlak olmaması, ceza koşulunun aşırılığının tespitinde ve bundan yapılacak olan indirim miktarında dikkate alınmalıdır[389]. Çünkü borçlunun ya

[388] Kusur sorumluluğunda borcun ihlali halinde borçlu, kusurunun olmadığı ispat eder ise ceza koşulunu ödemekten kurtulacaktır. Yağcıoğlu, s. 245; Kusursuz sorumluluk halleri için kararlaştırılan ceza koşulunda kusurun varlığı şart olmadığı için borçlu kusurunun olmadığını kanıtlayarak ceza koşulunu ödemekten kaçınamayacaktır. (KOCAAĞA, s. 349).

[389] KOCAAĞA, s. 348-349; ÇINAR, s. 108; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 355; TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 146-148; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s. 885; KARAHASAN, s. 1404; VON TUHR, s. 771; EKİNCİ, s. 359; YAĞCIOĞLU, s. 245; Yargıtay Hukuk

da borcu ifa etmeye yardımcı şahsın kusurunun hafif olduğu durumlarla borçlunun kasten ve kötü niyetli olarak borcu ifa etmediği hallerde ceza koşulundan yapılacak indirimin aynı olması hakkaniyete aykırı düşer. Bu nedenle borçlunun ağır ya da hafif kusurlu olduğunu tespit etmek önemlidir[390]. Borçlunun kusurunun ağır olması durumunda, hakim tarafından diğer şartlar da değerlendirilerek ceza koşulunun fahiş olmadığına ve bu sebeple indirim yapılmamasına karar verilebilir. Yine aynı şekilde borca aykırılıkta borçlunun kusuru hafif ve ceza koşulu fahiş ise bir miktar indirim yapılabilir. Tüm bu açıklamalar doğrultusunda söylemek gerekir ki borçlunun kusurunun ağır olduğu her durumda ceza koşulundan indirim yapılmaması gerekmediği gibi, hafif olduğu her halde de ceza koşulundan indirim yapılması gerekmemektedir[391].

Yargıtay bir kararında, borçlunun kusurlu olduğu bir durumda, ceza koşulunun zarar miktarına indirilmesini kabul etmemiş, ceza koşulunun hem ceza ve hem de tazminat niteliği taşıması ve özellikle ceza niteliğinin göz ardı edilmemesini, borçlunun kusurlu olarak hareket etmesi sebebiyle ceza koşulunun zarar seviyesine indirilmemesi gerektiğini ifade etmiştir[392].

Öğretide bazı yazarların da ifade ettiği gibi, borçlunun kasıtlı olarak alacaklının zarara uğraması amacıyla hareket ettiği hallerde, ceza koşulunun indirilmesi TMK'nun

---

Genel Kurulu, 18/06/2019 T., 2019/706 E., 2017/19-922 K.,"… Bu durumda mahkemece, cezai şart hususunda bir karar verilmeden önce yukarıda anlatıldığı gibi gerekli bilgi ve belgeler getirilmeli, sözleşmenin düzenlendiği tarihte tarafların iktisadi durumu, davalı borçlunun ödeme gücü ve kabiliyeti, sözleşmenin feshindeki kusur durumu ve yukarıda açıklanan ilkeler göz önüne alınarak, bu yönde davalı defter ve kayıtların incelenmesi tüm deliller birlikte değerlendirilerek varılan sonuç ve verilen kararın denetime elverişli olacak şekilde gerekçeli kararda tartışılmış olması gerektiği hâlde mahkemece eksik inceleme, soyut ve yetersiz gerekçe ile yazılı şekilde verilen direnme kararı doğru değildir…"; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 04/04/2019 T., 2017/13-577 E.,2019/413 K.; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 14/11/2012 T., 2011/430 E., 2012/291 K.; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 07/03/2018 T., 2016/293 E., 2018/164 K; Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 27/12/2016 T., 2015/11770 E., 2016/7881 K.; Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 18/10/2016 T., 2016/4271 E., 2016/5998 K.; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 10/04/2014 T., 2013/100 E., 2014/117 K.; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 27/06/2014 T., 2014/200 E., 2014/244 K.; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 13/11/2014 T., 2014/1040 E., 2014/380 K.; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 26/11/2019 T., 2018/4070 E., 2019/11520 K.; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 14/11/2019 T., 2019/4267 E.,2019/9155 K.; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 08/11/2019 T., 2019/4025 E., 2019/7000 K.; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 29/11/2017 T., 2017/3-998 E.,2017/1459 K.,UYAP, (E.T.:03/05/2020); Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 27/09/1979 T., 1979/1005 E., 1979/1894 K., (www.lexpera.com, E.T.: 03/05/2020).

[390] TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s. 885; TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart,148-149.

[391] ÇINAR, s. 109; GÜLSEVEN, s. 107; KOCAAĞA, s. 349-350.

[392] Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 14/11/1977 T., 1977/4495 E., 1977/5010 K., (www.lexpera.com, E.T.: 05/05/2020).

2/2 madde/fıkrası gereğince hakkaniyete aykırı olacaktır[393]. Özel hukuk düzeninde herkes borçlarını yerine getirirken ve haklarını kullanırken dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılmaması kuralına tabidir ve hukuk düzeni tarafından borçlunun kasten alacaklı zararına hareket etmesi korunmaz.

Yukarıda bahsettiğimiz tüm bu hususlar borçlunun kusurunun arandığı yani kusur sorumluluğunun esas olduğu durumlara haizdir. Borçlunun sorumluluğunu doğuran olayda kusursuz sorumluluk esasının kabul ediliyor olması halinde, borçlunun kusursuz olduğunu kanıtlayarak ceza koşulunu ödeme borcundan kurtulması mümkün olmayacaktır. Ancak borçlunun kusurunun olmadığının ispatlanmış olması ceza koşulundan indirim yapılmasına engel değildir[394]. Kusursuz sorumlulukta borçlunun kusuru var ise kusurun ağırlığına bakılarak ceza koşulunun aşırılığı ve indirimi hususunda özenli bir şekilde hareket edilerek karar verilmelidir. Borçlunun kusurunun ağır olduğu hallerde hakim tarafından ceza koşulunun indirilmemesi hakkaniyete daha uygun olacaktır.

d. Alacaklının Müterafik Kusuru

Bazı durumlarda borcun ihlal edilmesinde borçlunun yanında alacaklının da kusuru bulunabilir. Buna müterafik (ortak) kusur denilmektedir. Borçlunun kusurunun derecesinin yanında alacaklının borcun ihlalinde herhangi bir ortak kusurunun olup olmadığı da incelenmelidir[395]. Alacaklı tarafın borcun ihlal edilmesinde borçlu ile

[393] TAMER, s. 748; ÇINAR, s. 109.
[394] TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 149; KOCAAĞA, s. 349; YAĞCIOĞLU, s.246.
[395] KOCAAĞA, s. 350; BİLGE, s. 123; ÇINAR, s. Yargıtay bir kararında davacı alacaklının müterafik kusurunun var olması sebebiyle ceza koşulundan bir miktar indirim yapılması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 15/07/2010 T., 2010/6672E., 2010/9031 K.; Aynı yönde başka bir karar için bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 01/07/2019 T., 2019/3165 E., 2019/6031 K. "…Hal böyle olunca, mahkemece; kira sözleşmesine konu araçta meydan gelen hasarın, sadece davalı şirket şoförünün kusurlu eyleminden kaynaklanmadığı, dava dışı şirketin ve davacı kiraya verenin müterafik kusurunun da bulunduğu, dolayısıyla sözleşmenin feshine davalı kiracının tek başına sebebiyet vermediği gözetilerek sözleşmede kararlaştırılan cezai şart miktarının da fahiş olduğu dikkate alınarak, cezai şart bedelinden hakkaniyete uygun, makul oranda indirim yapılması gerekirken; 13.200,00 TL cezai şart bedelinin

birlikte kusuru var ise borçlunun kusurunun derecesine bakılmaksızın ceza koşulunun indirilmesine karar verilebilir[396].

Zarar görenin kusuruna ilişkin olan TBK'nun 52/I madde/fıkrasına göre; "Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hakim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir". Bu hüküm her ne kadar TBK'nda haksız fiile ilişkin kurallar içerisinde yer alsa da TBK'nun 114/2 madde/fıkrasının yollamasıyla sözleşmeler hukukunda da uygulama alanı bulacaktır. Bu bakımdan ceza koşulu kararlaştırılan herhangi bir borcun yerine getirilmesi için alacaklının da tarafından beklenilen tüm tedbirleri almış olması ve borca aykırılık durumunda borçlunun durumunun ağırlaştırılmaması amacıyla zararı düşük seviyede tutmaya çalışması gerekmektedir. Zararın oluşumuna izin veren, zararın artmasına sebep olan ya da borçlunun durumunu ağırlaştıran alacaklı lehine kararlaştırılan miktar üzerinden ceza koşulu hükmedilmesi hakkaniyete uygun olmayacaktır. Kimsenin kendi kusurundan yararlanamayacağı ilkesinin kabul edildiği hukuk sistemimizde, borçlunun kusuru ve alacaklının kusuru değerlendirilecek ve çıkan sonuca göre karar verilecektir.

Yargıtay bir kararında, 6 yıllık ödenmeyen su faturası borcuna ilişkin davacı kurumun davalının borcunu ödememesine rağmen suyu kesmemesi sebebiyle müterafik kusura sahip olduğunu ve borçlunun durumunun ağırlaştırıldığını, bu sebeple kararlaştırılan ceza koşulu miktarından bir miktar indirim yapılması gerektiğini ifade etmiştir[397].

---

davalıdan tahsiline yönelik hüküm tesisi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir…", UYAP, (E.T.:03/05/2020).

[396] TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 148-149; KOCAAĞA, s. 350; YAĞCIOĞLU, s. 246; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s. 885.

[397] Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 17/02/2015 T., 2014/9404 E., 2015/2399 K., UYAP, (E.T.: 05/05/2020).

Yargıtay başka bir kararında, alacaklı yüklenicinin inşaata ruhsat almadan başlaması nedeniyle kusurlu olduğunu ve kendi ortak kusuruna dayanarak borçlunun sorumlu olduğunu ileri sürmesinin hakkaniyete aykırı olduğunu ifade etmiştir[398].

Yargıtay başka bir kararında, eser sözleşmesinin feshinde hem alacaklının ve hem de borçlunun kusurunun bulunması sebebiyle ve borçlunun yalnızca kusurunun olmadığı durumlarda ceza koşulu talep edebileceğini ifade ederek yüklenici davacının ceza koşulu istemini reddetmiştir[399].Ceza koşulunu talep etmek ya da indirimini istemek için talep edenin kusursuzluğu şartını aramak hakkaniyete aykırı olacağından bu karar eleştiriye açıktır[400].

e. Tarafların Ekonomik Durumu

Fahiş olan ceza koşulunun indirilmesinin amacı ekonomik bakımdan güçsüz durumda olan borçluyu koruyarak sözleşme dengesini sağlamaktır. Buradan hareketle tarafların ve özellikle borçlunun ekonomik durumunun tespiti, ceza koşulunun aşırılığının tespiti ve bunun sonucunda yapılacak indirim miktarının belirlenmesi açısından önemlidir[401].Borçlunun alacaklıya göre ekonomik olarak zayıf olduğu hallerde fahiş olan ceza koşulunu alacaklı tarafın baskısı ile kabul etmesi ihtimali

---

[398] Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 26/12/2002 T., 2002/395 E., 2002/1250 K., (www.kanunum.com, E.T.: 05/05/2020).

[399] Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 30/06/2008 T., 2008/1372 E., 2008/4398 K.; Aynı yönde başka bir karar için bkz. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 01/11/2018 T., 2018/2642 E., 2018/4205 K., "…Cezai şart, sözleşme hükümlerine aykırı davranılması halinde, aykırı davranan tarafın, ana sözleşmede yer alan bir ceza hükmü veya bağımsız bir ceza sözleşmesiyle diğer tarafa ödemeyi üstlendiği fer'i nitelikte bir edim borcudur. Sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın istenebilmesi için borçlunun kusurlu bulunması gerekir. Sözleşmeye aykırı davranan borçlu, sözleşme serbestliği çerçevesinde düzenlenen cezadan sorumlu olur. Ancak alacaklı tarafın da kusurlu bulunmaması zorunludur. Yani lehine ceza öngörülen yararına cezaya hükmedilebilmesi için kusurlu bulunmaması genel hukuk prensiplerindendir. Bu nedenle eldeki davada tarafların kusur durumu irdelenmelidir. Sözleşmenin, her iki tarafın ortak kusuru ile sona erdiği durumda taraflar birbirlerinden cezai şart isteyemez. …", UYAP, (E.T.:05/05/2020).

[400] GÜNAY, s. 192; EKİNCİ, s. 365; UÇAR, s. 105; ÖZMEN, s. 84; OLGAÇ, Samet Can,"Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Ceza Koşulu", **Terazi Hukuk Dergisi**, Şubat 2017, C. 12, S.126, s. 109; GÖKYAYLA, K. Emre, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Mahkemece Sözleşmenin Feshine Karar Verilen Hallerde İfaya Eklenen Ceza Koşulunun Akıbeti", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2017, C. 19, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan/Özel Sayı, s. 59.

[401] BİLGE, s. 123; TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 149; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s. 886; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 355; EREN, s. 1332; EKİNCİ, s. 365; GÜNAY, s. 193; YAĞCIOĞLU, s. 248; USLU, s. 200.

sebebiyle ceza koşulunun aşırı olup olmadığının tespitinde tarafların ekonomik durumu öne çıkan bir kriter olacaktır. Yargıtay da verdiği kararlarda ceza koşulunun aşırılığının tespiti için tarafların ekonomik durumunun araştırılarak, bunun dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir[402].Yargıtay yakın tarihli bir ilamında ceza koşulundan indirim yapılması için ilk derece mahkemesi tarafından davalı borçlunun ekonomik durumunun yeteri kadar araştırılmadığından bahisle bozma kararı vermiştir[403]. Yargıtay başka bir kararında borçlunun borca batık olması ve öz varlığının bulunmaması sebebiyle ceza koşulundan indirim yapılması gerektiğini ifade etmiştir[404].

Yargıtay bazı kararlarında- özellikle de Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin kararlarında- ise tarafların ekonomik durumunun yanı sıra özellikle borçlunun ödeme kabiliyetinin de araştırılması gerektiğini ifade etmiştir[405].

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi ceza koşulunun ifa edilmesi borçlu açısından maddi anlamda ciddi sıkıntılara yol açacak ise bunun aşırılığı tespit edilerek indirilmesi

---

[402] Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 02/10/2019 T., 2019/7407 E., 2018/4231 K., "…Cezai şartın indirilmesinde tazmin ve ceza dengesi korunmalıdır. Akdin bir şartını değiştirme yetkisini veren cezai şartın indirilmesi hakkı, hakime istisnai olarak tanınmış bir hak olduğu için hakim, bu hakkını ölçülü olarak kullanmalı, cezai şartın belirlenmesinde tarafların ekonomik durumu, borçlunun ödeme yeterliliği ile beraber borcunu yerine getirmemiş olması dolayısıyla sağladığı yarar, borçlunun kusur derecesi, borca aykırı davranışın ağırlığı, sözleşmeden beklenen yararın elde edilememesi ve akde aykırı davranılması yüzünden doğan zarar, cezai şartın tazmin ve ceza fonksiyonlarının dengeli olarak korunması prensipleri göz önünde bulundurmalı ve takdir hakkını Yargıtay'ın denetimine olanak vermeye elverişli objektif esaslara dayandırmalıdır…";Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 18/09/2018 T., 2018/3747 E., 2018/9363K.;
Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 02/12/2017 T., 2017/12051 E., 2017/9158 K.; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 20/11/2017 T., 2017/6361 E.,2016/3712 K.; Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 18/10/2016 T., 2016/5998 E., 2016/4271 K., UYAP, (E.T: 05/05/2020).

[403] Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 02/10/2019 T., 2018/4231 E., 2019/7407 K., "…O halde mahkemece, bankalara yazı yazılarak davalının mevduat bilgisinin araştırılması, yine davalıya ait olduğu belirlenen taşınmaz ve taşınır mallar dikkate alınarak davalının ekonomik durumu yönünden ayrıntılı bir inceleme yapılması ve kararlaştırılan cezai şartın makul bir miktarda indirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile itiraza uğrayan rapora dayanılarak karar verilmesi doğru görülmemiştir…", UYAP, (E.T: 05/05/2020).

[404] Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 03/04/2019 T., 2017/5855 E., 2019/2884 K., "…O halde mahkemece; davalıların sözleşmede belirlenen cezai şartı ödemekle yükümlü olduğu belirlenmekle, borca batıklık ve öz varlığının bulunmamasının cezai şarttan indirim nedeni kabul edilerek hüküm kurulması gerekirken, bu husus düşünülmeden yukarıdaki gibi karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir…", UYAP, (E.T.:05/05/2020).

[405] Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 02/12/2017 T., 2017/12051 E., 2017/9158 K. "… Ceza koşulunun fahiş olup olmadığı tarafların ekonomik durumu, özel olarak borçlunun ödeme kabiliyeti ile beraber borcunu yerine getirmemiş olması nedeniyle sağladığı menfaat, borçlunun kusur derecesi ve borca aykırı davranışının ağırlığı ölçü olarak alınarak tayin edilmeli ve hüküm altına alınacak ceza miktarı hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun olarak tespit edilmeli…"; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 07/03/2019 T., 2017/4502 E., 2019/2988 K.; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 30/01/2019 T., 2016/5395 E., 2019/839 K.; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 05/11/2018 T., 2016/3146 E., 2018/10209 K.; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 28/09/2017 T., 2016/8457 E., 2017/8704 K., UYAP, (E.T: 05/05/2020).

talep edilebilir. Bu tespitin yapılabilmesi için öncelikle borçlu tarafın ekonomik durumunun araştırılması gerekmektedir. Kolluk tarafından yapılacak olan ekonomik durum araştırmasından sonra hakim tarafından sözleşmede kararlaştırılan ceza koşulunun fahiş olup olmadığı hususu bu kriter yönünden incelenecektir. Burada dikkat edilecek husus borçlunun bütün malvarlığının borcu karşılıyor olmasının borçlunun ifa gücüyle aynı şey olmadığıdır. Örneğin, işçinin işverenine karşı iş sözleşmesiyle taahhüt ettiği ceza koşulu tutarının 200.000 TL olması ve borçlunun malvarlığı değeri olarak yalnızca 200.000 TL değerinde ve ailesiyle birlikte oturduğu evinin olması durumunda diğer şartlar da değerlendirilerek ceza koşulunun fahiş olmasından bahisle bir miktar indirim yapılması hakkaniyete uygun olacaktır. Borçlunun ve ailesinin yaşamını idame ettirebilmesi için bir miktar ekonomik serbesti alanının bulunması ve ayrıca ekonomik geleceğinin güvenliğinin sağlanması, kamu vicdanına ve sözleşme adaletine daha uygun olacaktır.

Borçlunun ekonomik durumunun yanında borcu ihlal etmesi nedeniyle sahip olduğu ve olacağı menfaatlerin de dikkate alınması gerekmektedir. Aynı anda ifanın kararlaştırılmadığı borç ilişkisinde, alacaklının önceden ifa ettiği edim ya da borç ihlalinden kaynaklanan kazançların borçlunun mamelekine artı bir değer kazandırmış olması da göz önünde bulundurulmalıdır[406]. Aşırılığa ilişkin tüm kriterler bir arada değerlendirildiğinde borçlunun borca aykırı davranışı sebebiyle fayda sağladığı menfaatin seviyesi yüksek ise ceza koşulunun fahiş olmadığı kanaatiyle indirimden kaçınılabilir ya da borçlunun elde ettiği menfaat seviyesi düşük ise ceza koşulu fahiş kabul edilerek hakkaniyete uygun şekilde indirim yapılabilir[407]. Yargıtay bir kararında, iş sözleşmesinin haksız feshi halinde işçi lehine kararlaştırılan ve iki yıllık toplam maaş tutarı üzerinden belirlenen ceza koşulu miktarının, işçinin işyerinde yedi ay süreyle çalışması sebebiyle fahiş olduğunu, işçinin kazanmış olduğu edimlerin de dikkate

[406] BİLGE, s. 123.
[407] YAĞCIOĞLU, s. 250.

alınarak işçinin aleyhine olsa da ceza koşulundan bir miktar indirim yapılmasının işverenin lehine olacağını ifade etmiştir[408].

Tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmede ifa borçlusunun borca aykırı davranışı için kararlaştırılmış olan ceza koşulu, borca aykırılık halinde talep edilebilir ancak bunun aşırı olup olmadığı değerlendirilirken borçlunun sözleşme sebebiyle bir menfaati olmadığı hususu da dikkate alınmalıdır[409]. Kanunda da borçlunun kusurunun daha hafif sayılması gerektiğini belirten bazı haller bu duruma örnektir. Örneğin, TBK'nun 294. maddesinde bağışlama sözleşmesinde borçlunun sadece ağır kusurundan dolayı alacaklıya sorumlu olduğu ifade edilmiştir.

Alacaklının ekonomik durumunun belirlenmesi bazı durumlarda gerekli olabilir. Birbirine yakın seviyede maddi güce sahip tarafların arasında kararlaştırılan ceza koşulunun aşırı olmadığı kanaati oluşabilir. Bu noktada tarafların maddi durumlarının iyi ya da kötü olması önemli değildir; önemli olan iki tarafın maddi gücünün eşit ya da yakın olmasıdır. Eşit ya da yakın maddi güce sahip tarafların birbiri üzerinde herhangi bir ekonomik baskı uygulama gücü olmadığından hareketle kararlaştırılan ceza koşulunun fahiş olma ihtimali azalmaktadır. Taraflar arasında ekonomik seviye farkı fazla ise yani borçlunun durumu iyi ancak alacaklının durumu çok daha iyiyse ya da borçlunun durumu kötü alacaklının durumu iyi ise alacaklının borçlu üzerinden ekonomik baskı oluşturduğu sonucuna varılarak kararlaştırılan ceza koşulunun diğer kriterler de değerlendirilerek fahiş olduğuna karar verilebilir[410].

Her ne kadar uygulama kararlarında açık olarak belirtilmese de tarafların ekonomik durumunun yanı sıra borçlunun ekonomik olarak alacaklıya bağlı olup olmadığı hususunun da aşırılığın tespitinde dikkate alınması gerektiği

[408] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 06/12/2006 T., 2006/9-768 E., 2006/775 K., UYAP, (E.T.:05/05/2020).
[409] YAĞCIOĞLU, s. 250; BİLGE, s. 123.
[410] GÜNAY, s. 193; TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 149; KOCAAĞA, s. 350.

savunulmaktadır[411]. Bu kriter özellikle hizmet sözleşmelerinde ceza koşulu borçlusunun işçi, alacaklısının işveren olduğu haller açısından önemlidir.

f. Ceza Koşulunun Kararlaştırılma Amacı

Daha önceki bölümlerde de bahsettiğimiz gibi ceza koşulunun, borçluyu borca uygun ifaya teşvik etmek ve borca aykırılık durumunda alacaklının doğan zararı ispat etme külfetinden kurtarır şekilde tazminat miktarını belirlemek olmak üzere iki temel amacı bulunmaktadır. Bu amaçlara sırasıyla, ifaya zorlama ve tazmin kolaylığı amaçları denilmektedir. Yargıtay bazı kararlarında tarafların ceza koşulunu kararlaştırma amaçlarını aşacak şekilde bir indirime gidilmemesi gerektiğini belirtmiştir. Özellikle de borçluyu ifaya zorlama amacıyla kararlaştırılan ceza koşulundan indirim yapılırken borçlu üzerindeki ifa baskısını azaltır şekilde bir miktar belirlenmemesi gerektiğini, aksi taktirde tarafların özgür iradeleriyle konulan ceza koşulunun konuluş amacından sapılacağını ifade etmiştir. Ceza koşulunun kararlaştırılma amacı kriterini Yargıtay kararlarında "ceza koşulunun kararlaştırılması ile elde edilmek istenen amaç ve menfaat" ve "ceza koşulunun borcun yerine getirilmesi için borçlu üzerinde yaptığı baskı" şeklinde ifade edilmiştir[412].

Borçluyu ifaya zorlama amacıyla kararlaştırılan ceza koşulunun aşırılığından bahisle salt zarar miktarına indirmek onun ifaya zorlama amacından uzaklaşılmasına sebep olacaktır. Ceza koşulunun fahiş olması sebebiyle meydana gelen zarar miktarına indirmek borçlu üzerindeki baskıyı azaltır ve zarar miktarına indirilen ceza koşulu

[411] YAĞCIOĞLU, s. 252.

[412] Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 16/06/2009 T., 2009/2732 E., 2009/8302 K., "…Aşırılığın belirlenmesinde, ceza koşulunun borcun yerine getirilmesi için borçlu üzerinde ruhsal bir baskı yaptığı da gözetilmeli, böyle bir baskının ortadan kalkmasına yol açacak biçimde indirimden kaçınılmalıdır…"; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 17/12/2008 T., 2008/8148 E., 2008/14895 K.; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 06/11/2008 T., 2008/6567 E., 2008/13187 K.; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 03/05/2004 T., 2003/16053 E., 2004/6546 K.; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 02/02/2005 T.,2004/9-759 E., 2005/9 K.; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 15/10/2014 T., 2013/13-1108 T., 2014/768 K., "…Yine, fahişliğin belirlenmesinde, cezai şartın borcunu yerine getirmesi için borçlu üzerinde, hukuk düzeninin izin verdiği ruhsal bir baskı aracı olduğu da gözden kaçırılmamalı, bu bir baskının ortadan kaldırılmasına yol açacak biçimde indirimden kaçınılmalıdır…", UYAP, (E.T.: 07/05/2020).

tazminat görünümüne bürünmüş olur. Böyle bir durumda ceza koşulu kararlaştırılmasının amacı ortadan kalkacaktır çünkü ceza koşulu kararlaştırılmamış olsaydı da alacaklı zararını tazminat olarak borçludan isteyebilecekti[413]. Öğreti ve uygulamada tarafların ceza koşulunu koyma amacının ifaya baskı olduğu durumlarda yapılacak olan indirimin alacaklı tarafın uğradığı zararın üstünde bir miktara çekilmesi gerektiğini belirtilmiştir[414]. Yargıtay bir kararında ceza koşulunun zarar miktarına indirilmesini kabul etmemiş; ceza koşulunun hem ceza ve hem de tazminat niteliği taşıması ve özellikle ceza niteliğinin gözardı edilmemesi, ifaya baskı amacı sebebiyle ceza koşulunun zarar seviyesine indirilmemesi gerektiğini ifade etmiştir[415].

g. Borçlunun Menfaati

Ceza koşulunun aşırılığına karar verirken yararlanılacak kriterlerden bir diğeri ise borçlunun borca uygun hareket etmemesi sebebiyle elde edeceği menfaatin miktarıdır. Ceza koşulunu doğuran borca uygun hareket etmemesi sebebiyle yüksek miktarda menfaat elde eden ya da elde edecek olan borçlunun ödeyeceği ceza koşulundan indirim yapılmaması ya da az miktarda indirim yapılması hakkaniyetli olacaktır. Borçlunun, borca aykırı davranarak hem ifa etmeme sebebiyle yüksek miktarda fayda sağlaması hem de ceza koşulu miktarından aşırı şekilde indirim yapılması adeta onun sebepsiz olarak zenginleşmesine sebep olacaktır. Ceza koşulunun ifaya baskı ve borca teşvik amacına ters düşen böyle bir durumda ceza koşulu, borçlu açısından değil alacaklı açısından külfet olacaktır. Alacaklı, hem borca aykırılığın

413 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 356.
414 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 355; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 18/06/2019 T., 2017/19-922 E., 2019/706 K., "…. Cezaî şartın aşırı olup olmadığı değerlendirilirken, cezaî şartın amacının alacaklının durumunu iyileştirmek olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Kararlaştırılan ceza indirilirken, her hâlde alacaklının müspet zararını karşılamak için genel kurallara göre isteyebileceği tazminat miktarının üstünde kalınmalıdır…", Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 04/03/2020 T., 2019/6040 E., 2020/2033 K., UYAP, (E.T:07/05/2020).
415 Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 14/11/1977 T., 1977/4495 E., 1977/5010 K., (www.lexpera.com, E.T.: 07/05/2020).

neticelerine katlanacak ve hem de indirilen ceza koşulunun zararını tatmin etme ihtimali azalacaktır. Borçlunun borca aykırı davranışı sebebiyle elde ettiği fayda az ise bunun da dikkate alınması ve yukarıda saydığımız diğer etkenlerle bir arada değerlendirilmesi, hakimin indirim miktarı konusunda kanaat oluşturmasına yardımcı olabilir[416].

Yargıtay kararlarında borçlunun menfaati hususu "borçlunun ifa etmeme yüzünden sağlayacağı kazançlar" tabiriyle ifade edilmiştir[417]. Bu husus irdelenirken yararlanılacak ölçütler öğreti ve uygulama tarafından belirlenmediğinden ceza koşulunun aşırılığının tespitinde yararlanılacak diğer kriterlerden olan borçlunun kusuru ve borca aykırı davranışının ağırlığı hususları dikkate alınarak indirim miktarı belirlenmelidir[418].

2. Aşırılığın Tespitinde Esas Alınacak Zaman

Ceza koşulu miktarının fahiş olup olmadığında karar mercii olan hakimin aşırılığın tespitinde dikkate alacağı tarih önemlidir. Ekonomik bir karşılığa haiz olan ceza koşulunun, değişen piyasa ve ekonomik şartlar karşısında değerinin değişmesi muhakkaktır. Ceza koşulunun kararlaştırıldığı an ile ifa zamanı arasında uğradığı değer değişikliği sebebiyle hangi andaki değer üzerinden aşırılık ve indirim değerlendirilmesi yapılacağı önemli bir husustur. Özellikle bu husus, ceza koşulu bedelinin götürü olarak önceden belirlenmediği hallerde karşımıza çıkar. Ceza koşulunun kararlaştırıldığı asıl

[416] BİLGE, s. 123.
[417] Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 23/02/2012 T., 2011/20627 E., 2012/4554 K., "…Mahkemece, alacaklının asıl edimi yerine getirmesindeki çıkarı ile ceza koşulu olarak saptanan miktar arasındaki oranının ve borçlunun borca aykırı davranmasındaki kusur derecesinin ve borçlunun ekonomik durumunun göz önünde tutulması gerekir. Ayrıca alacaklının çıkarların hesabında, borçlunun ifa etmeme yüzünden sağlayacağı kazançlar da göz ardı edilmemelidir…"; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 16/06/2009 T., 2009/2732 E., 2009/8302 K.; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 02/10/2019 T., 2018/4231 E., 2019/7407 K. "…cezai şartın belirlenmesinde tarafların ekonomik durumu, borçlunun ödeme yeterliliği ile beraber borcunu yerine getirmemiş olması dolayısıyla sağladığı yarar, borçlunun kusur derecesi, borca aykırı davranışın ağırlığı, sözleşmeden beklenen yararın elde edilememesi ve akde aykırı davranılması yüzünden doğan zarar, cezai şartın tazmin ve ceza fonksiyonlarının dengeli olarak korunması prensipleri göz önünde bulundurmalı ve takdir hakkını Yargıtay'ın denetimine olanak vermeye elverişli objektif esaslara dayandırmalıdır…"; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 03/04/2019 T., 2017/5855 E., 2019/2884 K.; Yargıtay (Kapatılan) 6. Hukuk Dairesi, 27/12/2016 T., 2015/11770 E., 2016/7881 K.,UYAP, (E.T.: 07/05/2020).
[418] USLU, s. 201.

borç konusunun maddi olarak değeri de fahişliğin belirlenmesinde dikkate alınmalıdır[419]. Örneğin, her yıl bin adet otomobilin güncel döviz kuru üzerinden satın alınacağına ve borca aykırı davranış sebebiyle araçların %20'si oranında ceza koşulu ödeneceğinin kararlaştırılması durumunda asıl borç konusunun değerinin değişken olması sebebiyle başta kabul edilebilir düzeyde olan ceza koşulu miktarının, sonrasında fahiş düzeye çıktığı varsayılabilir.

Kanunda ceza koşulunun aşırılığının tespitinde dikkate alınacak tarihle ilgili herhangi bir ifade yer almadığından, bu konuda öğretide birden fazla görüş öne sürülmüştür. Öğretide, "ceza koşulunun kararlaştırılma anının[420]", "ceza koşulunun muacceliyet anının[421]", "ceza koşulu alacağına ilişkin açılan dava tarihinin[422]", "hakimin karar verdiği tarihin[423]" ve "borç konusunun özelliğine göre farklı zamanların[424]" aşırılığın tespitinde dikkate alınması gerektiği öne sürülmüştür.

Ceza koşulu anlaşmasının yapıldığı anın esas alınması gerektiğini ileri süren görüş, ceza koşulunun kararlaştırıldığı anda fahiş olması durumunun süreklilik arz etmediği, mali değere haiz fahiş ceza koşulu bedelinin sonrasında makul düzeye gelebileceğini, alacaklı tarafın menfaatinin artması sonucu fahiş olan ceza koşulunun ifa anında kabul edilebilir seviyede olabileceği noktalarında eleştirilmektedir. Kararlaştırılma anındafahiş düzeyde olan ancak sonrasında değişen piyasa şartları ve para değeri karşısında kabul edilebilir bir seviyeye gelen ceza koşulundan,aşırılığı sebebiyle indirim yapılması alacaklının menfaatlerinin zedelenmesine neden olacaktır. Ceza koşulunun kararlaştırıldığı anda normal seviyede olup ifa anında fahiş seviyede olması da mümkündür. Özellikle döviz üzerinden belirlenen ceza koşulu bu duruma

[419] YAĞCIOĞLU, s. 238.
[420] İlgili görüş için ayrıntılı bilgi için bkz. KOCAAĞA, s. 351, dpn.137; EKİNCİ, s. 360; TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 150.
[421] İlgili görüş için ayrıntılı bilgi için bkz. KOCAAĞA, s. 351, dpn.139; EKİNCİ, s. 360; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 113.
[422] GÜNAY, s. 196; ÖZMEN, s. 92.
[423] TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 151; UÇAR, s. 107; Tamer, s. 748; KOCAAĞA, s. 352-353; YAĞCIOĞLU, s. 239.
[424] ÇINAR, s. 101.

örnek olabilir. Böyle bir durumda ceza koşulunun kararlaştırılma anının esas alınması ve aşırı olmadığından hareketle indirim yapılmaması borçlunun menfaatlerini zedeleyecektir[425].

Ceza koşulunun aşırılığının tespitinde, talep edilebilir olduğu anın yani muacceliyet anının esas alınması gerektiğini savunan görüşe göre, ceza koşulu asıl borç ihlal edildiğinde muaccel olacağından ceza koşulunun kararlaştırılma anından, talep edilebilir olduğu ana kadar ceza koşulunda sözleşme tarafları lehine ya da aleyhine olan maddi değişimler dikkate alınarak aşırılık belirlenebilir. Ceza koşulunun kararlaştırılma anının esas alınması gerektiği görüşüne yapılan eleştiriler az da olsa bu görüşe de yöneltilmektedir. Özellikle de muacceliyet anı ile hakim tarafından karar verilecek an arasındaki sürenin uzun olması halinde ceza koşulunun ya da asıl borç konusunun değerinin değişmesi söz konusu olacak ve muacceliyet anı esas alındığından sağlıklı bir aşırılık tespiti ve indirim sağlanamayabilecektir[426].

Ceza koşulunun aşırılığının tespitinde, dava tarihinin esas alınması gerektiğini öne süren ve bizim de katıldığımız görüşe göre, ceza koşulu alacağı muaccel olduktan sonra talep edilebileceğinden, bu talebin dava yoluyla yapılması gerektiğinden ve her davanın da açıldığı zamandaki hal ve şartlara göre değerlendirilmesi gerektiğinden hükmün verildiği ve kararın icra edilebilir olduğu anın uzaklığı aşırılığın tespitinin doğruluğunu etkilemeyecektir[427].

Ceza koşulunun aşırılığının tespiti için hüküm anının esas alınmasını ileri süren görüş, kararlaştırılma anında fahiş olmayan ancak hüküm anında değişen hal ve şartlar sebebiyle fahiş duruma gelen ceza koşulunun borçlunun menfaatlerine zarar vereceği ihtimali nedeniyle eleştirilmiştir. Yine aynı şekilde tam tersi bir durum da alacaklının sözleşmeden beklediği menfaatlerini zedeleyecektir. Bu görüşe göre, ceza koşulu alacağının tazmin edileceği ana en yakın an olan hüküm anı, sözleşmenin akdedilmesi

[425] GÜNAY, s. 194; TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 150; KOCAAĞA, s. 351.
[426] Bu görüş hakkında bkz. TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 151.
[427] GÜNAY, s. 196.

ile başlayan borca aykırı davranış sebebiyle ceza koşulunun muacceliyeti ile devam eden ve mahkemece hüküm verilmesi ile sona eren bu süreçte, ceza koşulunun borçlu tarafından ödeneceği ana en yakın zamandır[428]. Hüküm anının esas alınmasını öne sürenlere göre, bu anın dikkate alınması, en hakkaniyetli sonuçların doğmasına ve dikkate alınmayan değişikliklerin en az seviyede kalmasına sebep olur[429].

Aşırılığın tespitinde ortaya atılan bir diğer görüş ise dava konusu olayın özelliklerine göre hâkim tarafından belirlenecek en uygun ana göre tespit yapılmasıdır[430]. Ancak bu görüş de ceza koşulunun kararlaştırılma anı ile hüküm anı arasında herhangi bir anın esas alınmasının hukuk düzenindeki yeknesaklığın sağlanmasının zorlaşması yönünden ve yukarıdaki görüşlerde ileri sürülen sakıncalar yönünden eleştirilmiştir[431].

Yukarıda da değindiğimiz gibi ceza koşulunun aşırılığı tespit edilirken dava tarihinin esas alınması gerektiği yönündeki görüşe katılmaktayız. "Her dava açıldığı tarihteki hal ve şartlara göre değerlendirilir" ilkesinden hareketle, ceza koşulunun aşırılığının tespitinde dava tarihinin esas alınması gereklidir. Bu anın esas alınmasıyla dava tarihine göre aşırı olan ceza koşulundan indirim yapıldıktan sonra kalan miktara dava tarihinden itibaren yasal faiz işletileceğinden her iki tarih arasındaki meydana gelecek değişikliklerin taraflara etkisi minimum düzeye indirilecektir.

E. İndirimin Yasaklanmamış Olması

Ceza koşulundan indirim yapılabilmesi için gereken şartlardan bir diğeri ise indirimin yasaklanmamış olmasıdır. Bu hususta öncelikle ceza koşulu kararlaştırılabilecek hukuki düzenlemelere değinmek gerekir. Tarafların sözleşme

[428] KOCAAĞA, s. 353; TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 151; YAĞCIOĞLU, s. 239; USLU, s. 206; EKİNCİ, s. 360.
[429] GÜNAY, s. 195.
[430] ÇINAR, s. 101; KOCAAĞA, s. 353.
[431] GÜNAY, s. 195.

serbestisi içerisinde kararlaştırdıkları ve miktar konusunda da serbestiye sahip oldukları ceza koşulunun kararlaştırıldığı sözleşme ile indirim talebinin yasaklanıp yasaklanamayacağı hususu önemlidir. Ceza koşuluna ilişkin TBK'nda yer alan hükümlerin genel olarak emredici nitelikte olmadığını belirtmiştik. Ancak genel görünüş bu olsa da indirimi düzenleyen TBK'nun 182. maddesinin üçüncü fıkrası emredici niteliktedir. Bu düzenlemenin emredici nitelikte olması indirimin sözleşme ile yasaklanması ihtimalinin önüne geçmektedir. Sonuç olarak taraflar sözleşmede, ceza koşuluna ilişkin herhangi bir indirim talebinde bulunulamayacağına ilişkin bir hüküm koyamazlar[432].

Ceza koşulunun indirilmesinin kanuni olarak yasaklandığı durumlara örnek olan tacirlerin durumu üçüncü bölümde incelenecektir.

F. İndirim Talebi

Ceza koşulunun indirilmesini talep yetkisinin kimde olduğu hususu 818 Sayılı Borçlar Kanunu döneminde tartışmalıydı. Bu tartışmaların çıkış sebebi ise ilgili Kanun'un 161 maddesinin üçüncü fıkrasının, hakime indirme zorunluluğunu sunması ancak indirme talebini kimin yapacağını belirmemesiydi. İlgili madde hükmü ise şöyledir: "Hakim, fahiş gördüğü cezaları tenkisle mükelleftir.". Bu Kanun döneminde çoğunlukla savunulan görüş, hakimin borçlunun talebine gerek kalmaksızın aşırı gördüğü ceza koşulunu indirebileceğiydi[433]. Bu görüşü savunanlar, 818 Sayılı Kanun m. 161/III'ün kamu düzeni nedeniyle konulduğunu ve işbu sebeple hakimin herhangi bir talep olmaksızın ceza koşulunu indirmekle mükellef olduğunu ifade etmişlerdir. Yine aynı şekilde, ceza koşuluna ilişkin borcun başka bir sebeple dava konusu yapılması halinde bile hakimin aşırılık değerlendirmesi yaparak kendiliğinden indirim yapma

[432] KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 115.
[433] EREN, s. 1333; FEYZİOĞLU, s. 403; Hakim serbest takdirine istinaden fahiş gördüğü cezayı tenkis etmekle mükelleftir. (VON TUHR, s. 770; VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR, s. 338; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 354; GÜNAY, s. 197; KARAHASAN, s. 1402).

yetkisine sahip olduğunu ileri sürmüşlerdir[434]. Yargıtay tarafından da bu dönemde ceza koşulunun hakim tarafından re'sen indirilmesi gerektiği, borçlunun herhangi bir talebine gerek olmadığı görüşünü savunur şekilde kararlar verilmiştir[435].

Eski Kanun döneminde ileri sürülen bir diğer görüş ise, ceza koşulunun indirilmesi için borçlunun talebinin gerektiği ve hakimin re'sen fahiş gördüğü ceza koşulunu indiremeyeceğiydi[436]. Tunçomağ'a göre, ceza koşulundan indirim yapılması borçlu açısından yenilik doğurucu bir haktır ve kişiye tanınan bu hak onun sözleşmesel hakimiyet alanının yanında irade serbestisini temsil eder; bu sebeple borçlunun irade açıklaması gerekli ve mühimdir. 818 Sayılı Kanun'un 161. maddesinin üçüncü fıkrasının kamu düzeni ile ilgili olması hakimin aşırı gördüğü ceza koşulunu re'sen indirmesini haklı kılmaz[437].

Eski Kanun döneminde yukarıda belirttiğimiz şekilde cereyan eden tartışmalara 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile son verilmiş ve anılan Kanun'un 182 maddesinin son fıkrasında "Hakim aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir. "hükmü getirilmiştir. Bu maddeye göre borçlunun herhangi bir talebine gerek olmaksızın hakim tarafından re'sen harekete geçilerek aşırı görülen ceza koşulu indirilebilecektir. Kanun koyucu bu düzenleme ile hakimi yetkili kılarak fahiş ceza koşulu borçlusunun dava açamadığı ve itirazlarını belirtemediği hallerde hak kaybı yaşamasının önüne geçmek istemiştir[438].

---

[434] KUNTER, s. 978; Borçlunun bir talebi bulunmasa mesela gıyaben cereyan eden bir muhakemede dosyadaki vesikalardan cezanın fahiş olduğu anlaşılsa dahi hakim bu (re'sen indirim) salahiyeti kullanabilir. VON TUHR, s. 771.

[435] Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 03/10/1988 T., 1988/2765 E., 1988/4383 K.; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 02/02/2005 T., 2004/759 E., 2005/9 K.; Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 20/05/2009 T., 2009/2813 E., 2009/4698 K.; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 24/01/1968 T., 1966/4-365 E., 1968/45 K.; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 16/06/2009 T., 2009/2732 E., 2009/8302 K., "…Taraflar sözleşme ile cezanın miktarını tayin etmekte serbest iseler de, BK.1 61/son maddesi hükmüne göre, taraflar ileri sürmese bile hakim fahiş gördüğü cezaları resen tenkis etmekle yükümlüdür…", (www.lexpera.com, E.T.: 09/05/2020); Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 03/10/1973 T., 1973/751 E., 1973/391 K., (TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s. 886)

[436] TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 152 vd.; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s. 887 vd; DİRİCAN, s. 190; BİLGE, s. 119.

[437] TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s. 887.

[438] GÜLSEVEN, s. 128.

Ceza koşulundan indirim yapılabilmesi için açılmış bir dava olması gerekmektedir; aksi takdirde hakim tarafından henüz önüne gelmemiş bir uyuşmazlık hakkında ceza koşuluna ilişkin bir karar verilmesi mümkün değildir. Hakimin ceza koşulunu inceleme konusu yapabilmesi için sözleşmenin dava konusu edilmiş olması gereklidir[439].Dava konusu edilen hukuki işlemde yer alan ceza koşulunun aşırılığının tespiti ve indirimi mümkündür. Hakime verilen ceza koşulunu indirim yetkisi onun aşırılığını tespit görevini de içermektedir. Davayı, alacaklı ya da borçlu tarafın açmış olmasının herhangi bir önemi yoktur.

Hakimin önüne gelen bir uyuşmazlıkta ceza koşulunun aşırılığını tespit ederek onu indirmesi için uyuşmazlık konusunun ceza koşulunun kendisi olmasına gerek yoktur. Herhangi bir sebeple ceza koşulu içeren bir sözleşme hakimin önüne geldiyse ceza koşuluna ilişkin herhangi bir talep olmasa bile hakim tarafından aşırı görülen ceza koşulu indirilecektir. Bu indirme yetkisini hakim kullanmakla mükelleftir. Borçlunun ceza koşulunun aşırılığını ileri sürmesine gerek yoktur[440]. Ancak bu indirim konusunda yalnızca hakimin gündeme getirme yetkisi var demek değildir. Borçlu tarafından da ceza koşulunun fahiş olduğundan hareketle indirim talebi öne sürülebilir. Bu öne sürme dava ya da def'i yoluyla yapılabilir[441]. Ancak borçlunun dava yoluyla ceza koşulundan indirim talep etmesi için daha öncesinde sözleşme ile ilgili herhangi bir dava açılmamış olması gerekir. Halihazırda açılmış olan bir davada borçlu ayrı bir dava açmasına gerek kalmadan savunma olarak ceza koşulunun fahişliğini ileri sürerek indirim talep edebilecektir. Ancak yine de unutulmamalıdır ki kararlaştırılan ceza koşulu fahiş ise

[439] KOCAAĞA, s. 357.

[440] Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 18/10/2016 T., 2016/4271 E., 2016/5998 K., "…T.B.K. 182/son (B.K. 161/son) maddesi Hâkime fahiş gördüğü cezai şartı indirme yetkisini vermiştir. Bunun sonucu olarak aşırı görülen cezai şartın indirilmesinde tazmin ve ceza dengeli olarak korunmalıdır. Bu kuraldan dolayı davalı ileri sürmese bile, Hâkim cezai şarttan indirim yapılıp yapılmayacağını doğrudan doğruya saptamalıdır…", UYAP, (E.T.: 09/05/2020).

[441] KOCAAĞA, s. 358; FEYZİOĞLU, s. 404; KARAHASAN, s. 1403; TAMER, s. 746; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 29/11/2017 T., 2017/3-998 E., 2017/1459 K.; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 25/01/2017 T., 2015/22-330 E., 2017/132 K., UYAP, (E.T.:09/05/2020).

indirim yapmak hakimin görevi olduğundan yapılan indirim borçlunun talep sonucu değildir[442].

Ceza koşulu borçlusunun ceza koşulunun indirilmesinin ayrı bir dava olarak talep ettiği durumlarda yapılmasını istediği indirim miktarını belirtmesi gerekir. Talep edilen indirim miktarının borçlu tarafından belirlendiği davalarda, HMK'nun 26. maddesi gereğince talep sonucuyla bağlı kalınarak hakim tarafından talep edilenden daha fazla bir indirime gidilemeyecektir. Ceza koşulunun indirilmesine ilişkin talebin def'i yoluyla öne sürülmesi durumunda ise, ceza koşulu borçlusunun herhangi bir indirim tutarı belirlemesi gerekmemekte olup; hakim tarafından ceza koşulunun aşırılığı araştırılacak ve bu araştırma sonucunda ceza koşulundan yapılacak indirim miktarı belirlenecektir[443].

III. CEZA KOŞULUNDAN İNDİRİLECEK MİKTARIN BELİRLENMESİ

A. İndirimin Yapılış Şekli

1. Bölünebilir Edimleri Konu Edinen Ceza Koşulunun İndirilmesi

Ceza koşulunun konusunu yalnızca para borçları oluşturmaz; aksine paradan başka edimler de ceza koşulu olarak kararlaştırılabilir. Paradan başka edimlerin kararlaştırıldığı ceza koşullarında indirim hususunu incelerken edimlerin bölünebilirlik durumuna değinmek faydalı olacaktır**.** Bölünebilir edimler, bölünme sonucunda bölünen edimin muhteviyatında ya da değerinde köklü bir değişim geçirmeyen edimlerdir[444]. Bölünebilir edimler de dahil olmak üzere her türlü edim ceza koşuluna konu olabilir. Bölünebilir edimlerde, bölünen kısım edimin ilk halinin yalnızca miktar olarak

[442] GÜLSEVEN, s. 127.
[443] TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 164; UÇAR, s. 112; GÜLSEVEN, s. 127.
[444] VON TUHR, s. 820; GÜNAY, s. 208.

farklılaşmasına sebep olurlar. Örneğin, konusu para olan edimler bölünebilir edimlerdir çünkü edimin ilk hali ile bölünme sonrası hali arasındaki tek fark miktar yönündendir ve edim miktarı daha azdır. Bölünebilir edimlerde bölünme sonucunda nitelik yönünden herhangi bir farklılaşma olmamakta, asıl edim şekli olarak daha küçük edimlere ayrılmaktadır. Edimin konusu yalnızca bir madde ya da bir zamandan ibaret ise buna uygun bölünme şekillerine bakarak edimin türüne karar vermek gerekir. Edimin maddeleri daha küçük parçalara niteliği değişmeden bölünüyor ise bölünebilir edim söz konusudur. Bölünebilir edimin ceza koşulu olarak kararlaştırıldığı durumlarda indirim mümkündür. Verme borcuna ilişkin edimler çoğu zaman bölünebilir edimdirler. Genellikle konuları yapma ve yapmama olan borçlar bölünemez edimlerdir. Ancak konusu yapma ve yapmama borçlarını içeren edimler süreklilik arz ediyorsa ya da yer yönünden geniş bir alanı kapsıyor ise bölünebilirler. Örneğin rekabet yasağı sözleşmelerinde bölünemez edim geniş bir coğrafi alana yayıldığı için yer yönünden bölünme mümkündür[445]. Ceza koşuluna konu edimin bölünebilir olup olmadığını tespit etmek için edim konusunu, edim süresini ya da edim yerini[446] incelemek gereklidir[447]. Bu incelemeler sonucunda, edimin bölünebilir olduğu ve aşırılığı tespit edilir ise ceza koşulundan bir miktar indirim yapılabilir.

Yargıtay bir kararında, pilotluk eğitimi karşılığında mecburi hizmetini ifa eden bir pilotun, hizmet süresi bitmeden işi bırakması nedeniyle sözleşmenin yerine getirilen bölümü üzerinden oranlama yaparak kararlaştırılan ceza koşulunun indirilmesi gerektiğini ifade etmiştir[448]. Yargıtay'ın bu kararı ceza koşulu ediminin zaman bakımından bölünebilirliğine örnek teşkil edebilir.

[445] TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 170.
[446] Örneğin, rekabet yasağı sözleşmelerinde edim yer itibariyle bölünmektedir.(GÜNAY, s. 208).
[447] Bu üç olasılık bir arada değerlendirilerek de indirim konusunda değerlendirme yapılabilir. (GÜNAY, s. 211).
[448] Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 03/10/2000 T., 2000/4512 E., 2000/7781 K., (GÜNAY, s. 208-209, dpn. 594.)

2. Bölünebilir Olmayan Edimleri Konu Edinen Ceza Koşulunun İndirilmesi

Bölünebilir olmayan edimler, konusunun parçalara bölünmesi sonucunda niteliğinde ve değerinde önemli bir değişime uğrayan edimlerdir[449]. Genellikle konuları yapma ve yapmama olan borçlar bölünemez edimlerdir. Ancak bir önceki başlıkta da bahsettiğimiz gibi konusu yapma ya da yapmama edimlerini içeren bir ceza koşulunun sürekli bir edim olması ya da yer bakımından geniş bir coğrafi alanı kapsaması durumunda bölünebilir edim olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Sürekli bir edim ifası muhteva etmeyen ya da geniş bir coğrafi alanı kapsamayan yapma veya yapmama edimleri bölünemezler. Tüm bu açıklamalardan sonra bölünebilir olmayan edimi konu edinen ceza koşulunun indirilip indirilemeyeceği hususunda öğretide fikir birliği bulunmamaktadır.

Bir görüşe göre, bölünebilir olmayan edimi konu edinen ceza koşulundan kural olarak indirim yapılmasının yolu kapalıdır ancak istisnai olarak bu ceza koşulu aşırı ise bunu gidermek için indirim yapılması mümkündür ve bu indirim iki şekilde yapılabilir[450].

Bu indirim şekillerinden ilki, bölünebilir olmayan edimi konu edinen ceza koşulunun ifasından vazgeçilerek borçlu tarafından alacaklıya belirli bir miktar para verilmesidir. Verme ya da yapma borçlarını içeren ceza koşulu ediminin bölünebilir olmadığı durumlarda teknik anlamda indirim mümkün olmayacağından, borçlu hakim tarafından bir miktar para ödemeye mahkum edilir[451]. Bu durumda hakim tarafından hem ceza koşulunun konusu değiştirilmiş olacak ve hem de fahiş ceza koşulu miktarı indirilmiş olacaktır[452]. Ancak, bölünmez nitelikteki ferden belirli bir edimin ifasından

[449] VON TUHR, s. 820; KOCAAĞA, s. 367.
[450] TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 171; GÜNAY, s. 213; UÇAR, s. 115.
[451] GÜLSEVEN, s. 129; KOCAAĞA, s. 368; UÇAR, s. 115.
[452] Bölünemez nitelikteki edimi içeren ceza koşulundan indirim yapılması, onun paraya çevrilmesi ile mümkün olmaktadır ancak tam tersi mümkün değildir. Yani konusu para olan bir ceza koşulu ediminin hakim tarafından yapma, yapmama ya da verme edimine çevrilerek indirilmesi mümkün değildir.(KOCAAĞA, s.368).

hâkim tarafından vazgeçilmesi alacaklının yararına olmayabilir. Vazgeçilen ifa karşısında alacaklıya verilen bir miktar para, alacaklıyı ilk edim kadar tatmin etmeyebilir. Borçlunun daha yararına olan bu yöntem şüphesiz ki alacaklının aleyhine olacak ve alacaklının sözleşmeden beklediği ve aykırı ifa ile sarsılan menfaati ceza koşuluna konu edimin paraya çevrilmesi ile iyice zedelenecektir. Ayrıca, bölünmez nitelikteki ferden belirli bir edimin belirli bir miktar para ile değiştirilmesi sonucunda meydana gelen durumun, borçlu taraf için ilk halden daha ağır olmaması gerekmektedir[453].

Bölünebilir olmayan edimleri konu edinen ceza koşulunun indirilmesini kabul eden yazarlara göre kullanılacak bir diğer yöntem ise alacaklı tarafın borçlu tarafa ceza koşulunun aşırı kısmı kadarlık belirli bir miktar parayı vermesi ve aynı anda borçlunun sözleşmede belirlenen ceza koşulunu ifa etmesidir[454]. Bu yöntemde hâkim tarafından borçlunun edimi karşı bir edim olarak alacaklının edimine bağlanmıştır. İndirimin bu yöntemle yapılması, hakimin borçlunun edimini karşı edime şart koşması yetkisine sahip olmaması ve alacaklının ödeyeceği miktarın aşırılık oranında artması nedeniyle ceza koşuluna konu edimin bütün cazibesini yitirecek şekilde yüksek olabileceği yönlerinden eleştirilmiştir[455].

Tunçomağ'a göre, kanunda ceza koşulunun indirimine dair herhangi bir yöntem belirtilmediğinden bölünemez edimlerde yapılacak indirimin hangi yöntemle yapılacağı konusunda hakim takdir yetkisine sahiptir ve bu yetki doğrultusunda hakim tarafların ve özellikle de alacaklının yararına en uygun yöntemi seçecektir[456].

Bölünmez edimleri konu edinen ceza koşulundan indirim yapılamayacağını savunan görüş ise, hakime tanınan yetkinin alacaklı tarafın karşı edimini zorunlu

[453] TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 171.
[454] GÜNAY, s. 212; KOCAAĞA, s. 368- 369; UÇAR, s. 115.
[455] TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 171; GÜNAY, s. 212.
[456] TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 171.

kılmayı içermediğini ve bu şekilde bir yetkinin tanınmasıyla indirim hakkının aşılacağını ifade etmektedir[457].

3. İndirim Ölçütleri

TBK'nun 182. maddesinin son fıkrası gereğince ceza koşulunun aşırılığının tespiti ve yapılacak indirimin miktarını belirleme yetkisi hakime verilmiştir. Öncelikle hakim tarafından yukarıda bahsettiğimiz aşırılığa ilişkin ölçütlere bakılarak ceza koşulunun aşırı olup olmadığına karar verilecektir. Ceza koşulunun fahişliğine karar verilirken hakim tarafından tarafların ve özellikle de alacaklının sözleşmeden beklediği tüm haklı yararları gözetilmeli; borçlu tarafın fahiş ceza koşulu yükü altında kalmaması ve yapılacak indirimin hakkaniyete ve somut olay şartlarına uygun olması gerekmektedir. Yine ceza koşulunun aşırılığına hakim tarafından kanaat getirildiği taktirde indirim yapılmak zorundadır; aksi bir durumda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 46. maddesi gereğince hakimin hukuken sorumluluğunun doğma ihtimali mevcuttur[458]. Ancak bu kural hakimin her ceza koşulunu fahiş kabul etmek ve bundan indirim yapmak zorunda olduğu anlamına gelmemektedir. Hâkim tarafından ceza koşulunun aşırılığına kanaat getirildi ise, titizlikle yapılacak indirim miktarı belirlenmelidir[459].

Ceza koşulunun aşırılığının tespitine ilişkin dikkat edilmesi gereken ölçütlerin öğreti ve uygulama tarafından belirlendiğini daha önceki bölümde ifade etmiştik. Aşırılığı tespit edilen ceza koşulundan indirimin nasıl yapılacağına ilişkin herhangi bir ölçüte kanunlarımızda yer verilmemiştir. Ceza koşulunun aşırılığına karar verildiği anda

---

[457] KOCAAĞA, s. 369; Aksi görüşte olan Tunçomağ'a göre, bölünemez bir edimi konu edinen ceza koşulundan bölünmezliği sebebiyle indirim yapılmaması, hakimin elinde imkan var iken borçlunun yardımına koşulmaması ve onun aşırı bir ceza koşulu ile karşı karşıya bırakılması demektir. Bu ise kabul edilemez. Hakim ceza koşulunu indirmekle mükellef olduğuna göre bu indirimi yapmak amacıyla çeşitli yöntemler kullanması mümkündür. (TUNÇOMAĞ , Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 172).

[458] YAĞCIOĞLU, s. 256.

[459] TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 141; GÖKTÜRK, Hüseyin Avni, "Cezai Şart Müessesesi",**İzmir Barosu Dergisi**, Aralık 1942, Y. 7, S. 2-26, s. 403.

aslında yapılacak indirim miktarı da belirlenmektedir. Yani hakim aşırı olduğuna kanaat getirdiği ceza koşulunun ne kadarlık kısmının fahiş olduğunu da belirlemiş olur. Tarafların ekonomik durumları, borçlunun kusuru, tarafların menfaatleri, borca aykırılığın ağırlığı, borçlunun borcu yerine getirmemesi nedeniyle sağladığı menfaatleri incelendiğinde ceza koşulunun aşırılığı belirlenirken aynı anda normal seviyeden ne kadar fazla olduğu da tespit edilir. Sonuç olarak hem aşırılığın tespiti ve hem de indirim yapılacak miktarın belirlenmesi aynı yargı faaliyeti içerisinde gerçekleştirilir[460]. Buradan hareketle ceza koşulunun aşırı olup olmadığının belirlenmesinde kullanılan kriterler ceza koşulunun indiriminde de kullanılmış olur. Nitekim Yargıtay da ceza koşulunun aşırılığının belirlenmesinde dikkate aldığı kriterleri yapılacak indirim miktarının tespitinde de kullanmıştır[461].

Hakime verilen ceza koşulunun aşırılığını tespit ve ondan yapılacak indirimi belirleme görevi TMK'nun 4. maddesinde zikredilen hakimin takdir yetkisinin yansımasıdır. Hakimin takdir yetkisini kullandığı durumlarda ortaya çıkacak olan sonucun adalete ve hukuka uygun olması gerekmektedir. Aynı şekilde hakimin,

[460] YAĞCIOĞLU, s. 257.

[461] Yargıtay tarafından açıkça bir ayrım yapılmayarak ceza koşulunun aşırılığının tespitinde kullanılan kriterler indirim miktarının belirlenmesinde de kullanılmıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 04/04/2019 T., 2017/13-577 E., 2019/413 K., "…Kanun koyucu cezai şartın indirilmesinde izlenecek yol konusunda hâkime takdir yetkisi tanımıştır. Ancak bu maddenin işlerlik kazanabilmesi için öncelikle hâkimin cezai şart miktarını fahiş (aşırı) bulması gerekmektedir. Bu doğrultuda hâkim, cezai şartın indirilmesi hakkını kullanırken alacaklının menfaatlerini, tarafların iktisadi durumunu, borca aykırılığın objektif ağırlığını, borçlunun kusurunun derecesini göz önünde tutarak hareket etmelidir. Bu değerlendirme yapılırken ceza şartının borçluya borcunu yerine getirmeye psikolojik bakımdan zorlamak üzere konulmuş olduğu gözden asla uzak tutulmamalıdır…"; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 27/11/2017 T., 2017/3-998 E., 2017/1459 K.; Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 18/10/2016 T., 2016/4271 E., 2016/5998 K., "…Hâkim cezai şarttan indirim yapılıp yapılmayacağını doğrudan doğruya saptamalıdır. Ne var ki, Hâkime akdin bir şartını değiştirme yetkisini veren bu hak, istisnai olarak tanınmış bir hak olduğu için Hâkim, bu hakkını ölçülü olarak kullanmalı, tarafların ekonomik durumu, borçlunun ödeme yeterliliği ile beraber borcunu yerine getirmemiş olması dolayısıyla sağladığı yarar, borçlunun kusur derecesi, borca aykırı davranışın ağırlığı, sözleşmeden beklenen yararın elde edilememesi ve akde aykırı davranılması yüzünden doğan zarar, cezai şartın tazmin ve ceza fonksiyonlarının dengeli olarak korunması prensiplerini göz önünde bulundurmalı ve takdir hakkını Yargıtay'ın denetimine olanak vermeye elverişli objektif esaslara dayandırmalıdır…"; Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 17/02/2016 T., 2015/4735 E., 2016/1050 K., Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 22/01/2020 T., 2019/5271 E., 2020/530 K., UYAP, (E.T.: 12/05/2020); Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 16/04/1986 T., 1984/730 E., 1986/416 K., "… Cezai şart miktarının aşırı olup olmadığını, aşırı görülmesi halinde yapılacak indirimi tayin ve takdir edebilmek için, tarafların sözleşmedeki karşılıklı yararları ve iktisadi dengeleri, alacaklının kendisine asıl borcun ifası halindeki yararı ile cezai şartödenmesi halindeki yararı arasındaki makul ve adil ölçü, borçlunun akdi ihlal etmekteki kusur derecesi, borçlunun ekonomik durumu, sözleşmeye aykırı hareket edilmesinde alacaklının uğradığı zarar gibi hususlar soruşturulup incelenmelidir…", (www.kanunum.com, E.T.: 13/05/2020).

aşırılığını tespit ettiği ceza koşulundan yapılacak indirim miktarını belirlediğinde ortaya çıkan sonuç vicdanları zedelememelidir ve hakkaniyete uygun olmalıdır[462]. Hakimin kendisine verilen takdir yetkisini hakkaniyete uygun olarak kullanmaması halinde, bu karar hukuki denetime açıktır[463]. Yargıtay da kararlarında ceza koşulundan yapılacak takdiri indirimin hakkaniyete uygun ve makul oranda olması gerektiğini belirtmiştir[464]. Hakim tarafından takdir yetkisi kullanırken ceza koşulunun indirilmesine dair özel hükümlerden yararlanılması gerekmekte olup genel kural niteliğindeki TMK'nun 4. maddesinde yer alan hakimin takdir yetkisine gidilmemelidir. Yargıtay bir kararında, aşırı olan ceza koşulundan yapılan indirimin, ilk derece mahkemesince genel nitelikle olan TMK'nun 4. maddesindeki hakimin takdir yetkisine dayandırmasını doğru bulmamış; daha özel nitelikteki bir kural olan ceza koşulunun indirilmesi hükümlerine göre(TBK m. 182/III) hakimin takdir yetkisini kullanarak indirimin yapılması gerektiğini ifade etmiştir[465].

[462] GÖKTÜRK, s. 404; UÇAR, s. 115; KOCAAĞA, s. 370.

[463]TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 153; Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 04/03/2014 T., 2013/6121 E., 2014/2444 K., "…Hakimin, bu kuralı uygularken kullanacağı takdir hakkının, Yargıtay denetimine elverişli esaslara dayanması da zorunludur. Mahkemece yukarıda açıklandığı şekilde inceleme yapılarak cezai şarttan indirim yapılıp yapılmayacağının değerlendirilmesi gerekirken cezai şartın tümünün tahsiline karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır…", UYAP, (E.T.:13/05/2020).

[464] Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 17/10/2019 T., 2019/1749 E., 2019/8051 K. "…Zira uyulan bozma ilamı uyarınca davacı, sözleşme ile kararlaştırılan cezai şartı ödemekle yükümlüdür ancak cezai şart bedelinden TBK'nun 182/son maddesi gereğince hakkaniyete uygun, makul oranda takdiri indirim yapılıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik araştırma ve inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir…"; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 25/10/2018 T., 2018/454 E., 2018/4077 K. "…Somut olayda mahkemece her ne kadar bozma ilamına uyularak indirim yapılmış ise de yapılan bu indirim tutarı cezai şartın amacına uygun oranda olmadığından daha makul ve hakkaniyete uygun oranda indirim yapılmak üzere hükmün bozulması gerekmiştir…"; Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, 02/06/2016 T., 2015/45131 E., 2016/12086 K.; Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, 01/12/2014 T., 2014/13013 E., 2014/21723 K.; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 04/02/2014 T., 2011/53135 E., 2014/3118 K.; Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 22/01/2014 T., 2013/36235 E., 2014/720 K.; Yargıtay bazı kararlarında ise makul sayılabilecek bir seviyede indirim yapılması gerektiğini belirtmiştir. Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, 20/11/2013 T., 2013/12403 E., 2013/19762 K., "…hakimin makul sayılabilecek şekilde cezai şarttan indirim(tenkis) yapması gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurması bozmayı gerektirmiştir…"; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 25/06/2009 T., 2008/7818 E., 2009/3871 K., UYAP, (E.T.:13/05/2020); Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 02/02/2005 T., 2004/759 E., 2005/9 K.; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 16/04/1986 T., 1984/730 E., 1986/416 K. "Böylece davacının taşınmazın satılmaması halindeki yararı ile ödenmesi gereken cezai şart miktarı arasındaki makul ve adil ölçü bulunmalı, borçlu için cezai şart miktarının onu çekindirecek, tazyik edecek bir vasıta olmasının yanında, iktisaden sarsılmasını mucip olacak bir dereceyi bulmaması da düşünülerek hak ve nisfete-Hakveserliğe (TMK m. 4) uygun düşecek tarzda indirim yapılmalıdır.", (www.kanunum.com, E.T.: 13/05/2020)

[465] Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 22/04/2010 T., 2010/6629 E., 2010/4835 K., UYAP, (E.T.:13/05/2020).

Hakim tarafından ceza koşulunun indirimi yetkisi kullanılırken indirilecek miktarının belirlenmesi teknik bilgiler gerektirdiğinden, uzman bilirkişiler yardımıyla rapor düzenlenmesi gerekmektedir. Konunun gereğine göre seçilecek uzman bilirkişilerden alınan rapor, indirim konusunda hakime yol gösterecektir. Ceza koşulunun fahiş olduğu kanaatiyle bilirkişiye gitmeden indirim miktarını belirlemek, indirim tutarının belirlenmesinin teknik bilgiyi gerektirmesi nedeniyle mümkün olmamaktadır[466]. Yargıtay bir kararında, ceza koşulundan yapılacak indirimin belirlenmesi amacıyla hakimin kendisini bilirkişiler yerine koyarak karar vermesinin doğru olmadığını, uzman bilirkişilerin teknik ve mesleki bilgilerinden yararlanılması gerektiğini, bu bilirkişilerin raporlarında borçlu tarafın sermayesi, gelir ve giderlerindeki denge ve malvarlığının ekonomik değeri gibi mali hususları değerlendirmesi gerektiğini ifade ederek ilk derece mahkemesi kararını bozma yoluna gitmiştir[467]. Yargıtay bu kararında, ceza koşulundan yapılacak indirim miktarının belirlenmesi için sadece borçlu tarafın mali durumunun araştırılmasından hareket etmiş olsa da yapılacak indirim miktarının belirlenmesinde zımnen alacaklının sözleşmeden

[466] Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 04/03/2014 T., 2013/6121 E., 2014/2444 K., "…Ancak mahkemece B.K. 16l/son maddesine göre cezai şartta indirim yapılıp yapılamayacağı tartışılmalı, tarafların ekonomik durumları, özel olarak borçlunun ödeme gücü, alacaklının, asıl borcun ifa edilmesi halinde elde edeceği yarar ile cezai şartın ödenmesinin sağlayacağı yarar arasındaki makul adil ölçü, sözleşmeye aykırı davranılması yüzünden alacaklının uğradığı zarar, borçlunun borcunu yerine getirmemek suretiyle sağladığı yarar, borçlunun kusur derecesi ve borca aykırı davranışının ağırlığı, ölçüt alınarak gerekirse bu konuda özel bilgisi olan bilirkişiden de yararlanılarak ve sonuçta hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun bir cezai şart miktarına hükmedilmelidir…"; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 16/04/1986 T., 1984/730 E., 1986/416 K. "Cezai şart miktarının aşırı olup olmadığını, aşırı görülmesi halinde yapılacak indirimi tayin ve takdir edebilmek için, tarafların sözleşmedeki karşılıklı yararları ve iktisadi dengeleri, alacaklının kendisine asıl borcun ifası halindeki yararı ile cezai şart ödenmesi halindeki yararı arasındaki makul ve adil ölçü, borçlunun akdi ihlal etmekteki kusur derecesi, borçlunun ekonomik durumu, sözleşmeye aykırı hareket edilmesinde alacaklının uğradığı zarar gibi hususlar soruşturulup incelenmelidir. Öyleyse, iddia ve savunma tahkiki edilmeli, davacının kira sözleşmesinin başlangıcından itibaren kiralananda yaptığı ticaretten sağladığı gelir sağlıklı bir biçimde yeniden seçilecek uzman bilirkişilere tespit ettirilmeli, taşınmaz satılmış olması dolayısıyla gelirinde azalma olup olmadığı belirlenmeli, sözleşmeden doğan yararları ve iktisadi dengesi üzerinde durulmalıdır.", (www.kanunum.com, E.T.: 13/05/2020).

[467] Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 10/06/2010 T., 2009/12903 E., 2010/7227 K., "…Ne var ki, bu şekilde bir indirime gidilebilmesi için borçlunun ekonomik ve sosyal durumunun araştırılması, ticari defter ve kayıtları üzerinde muhasebe tekniği konusunda uzman bir bilirkişiye inceleme yaptırılması ve bu inceleme sonucunda indirime gerek bulunup bulunmadığının gerek varsa hangi oranda indirim yapılması gerektiğinin değerlendirilmesi lazımdır. Bu hususların çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektirdiğinden HUMK'nun 275.maddesi uyarınca bilirkişinin görüşü alınmalıdır. Mahkemenin kendisini bilirkişi yerine koyarak bu konularda inceleme yapıp indirime gitmesi belirtilen yasa hükmüne aykırılık oluşturur. Kaldı ki, indirim oranının tayininde somut olayın özelliği, borçlunun sermayesi, mal varlığı, gelir ve gider dengesi, karlılık durumu gibi mali kriterlerin dikkatle irdelenip, değerlendirilmesi gerekmektedir…", UYAP, (E.T.: 13/05/2020).

haklı olarak beklediği menfaatinin, borçlunun alacaklı karşısındaki ekonomik bağlılık durumunun, alacaklı ile borçlu taraf arasındaki mali dengenin de incelenmesi gerektiğinin doğru olduğunu kabul etmiştir[468]. Çünkü, ceza koşulunun aşırılığının tespitinde kullanılan ölçütler, somut olayın hal ve durumuna göre yapılacak indirim miktarında da dikkate alınacaktır.

Ceza koşulunun indirilmesinde dikkate alınacak ölçütlerin aşırılığın tespitinde değerlendirilecek kriterlerle aynı olduğunu birkaç paragraf önce açıklamıştık. Buradan hareketle ceza koşulundan yapılacak indirim miktarı belirlenirken ceza koşulunun konuluş amacı dikkate alınmalıdır. Ceza koşulunun konuluş amacı farklılaştıkça ceza koşulundan yapılacak indirim miktarı da değişecektir. Ceza koşulunun amacının tazmin, ceza ya da tazminle birlikte ceza olduğu durumlarda belirlenecek indirim miktarı farklı olacaktır. Örneğin, ceza koşulunun konuluş amacı hem zararın önceden tazminini sağlamak ve hem de borçlunun üstünde ifaya baskı yaratmak olabilir. Hakim, aşırı gördüğü ceza koşulunda indirime giderken, borçlu üzerindeki ifaya baskı amacını göz ardı etmemelidir. Borçlu üzerindeki ifa baskısını sıfıra indirecek düzeyde indirim kararı verilmesi ceza koşulunun amacına uygun düşmeyecek ve yapılan indirim hakkaniyete uygun olmayacaktır[469]. Örneğin, hakim tarafından fahiş görülen ceza koşulunun somut olaydaki zarar miktarına indirilmesi alacaklının menfaatine ve ifaya baskı amacına ters düşecektir[470]. Buradan hareketle hakimin, önüne gelen somut uyuşmazlıkta meydana gelen zarar miktarının ceza koşulundan az olduğu her durumda ceza koşulundan indirim yapması doğru değildir. Ceza koşulunun zarardan daha yüksek bir miktarda kararlaştırıldığı her durumda aşırılığından bahsedemeyiz.

[468] GÜLSEVEN, s. 133; YAĞCIOĞLU, s. 257.
[469] EKİNCİ, s. 370; GÜLSEVEN, s. 131.
[470] TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 356; FEYZİOĞLU, s. 402; TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 157; GÜLSEVEN, s. 131; YAĞCIOĞLU, s. 258.

Yargıtay'ın da verdiği kararlarda, ceza koşulundan yapılacak olan indirimin onun ifaya zorlama amacını bertaraf etmeyecek şekilde yapılması gerektiğini ifade ettiğini görmekteyiz[471].

Yukarıda da değindiğimiz üzere hakim tarafından ceza koşulundan yapılacak olan indirim miktarı belirlenirken borçlu tarafın kusuru, borca aykırı ifa nedeniyle meydana gelen zarar miktarı, tarafların menfaatleri, tarafların ve özellikle de borçlunun ekonomik durumu değerlendirilecek ve bu değerlendirme sonucuna göre bir indirim kararı verilecektir[472].

a. Tarafların Menfaatleri

Hakim tarafından ceza koşulundan yapılacak indirim miktarı değerlendirilirken öncelikle alacaklının ve borçlunun menfaat dengesi gözetilmelidir. Sözleşmenin başındaki menfaat dengesinin, verilecek indirim kararı sonucunda diğer taraf aleyhine ya da lehine değişmesi hakkaniyete ve adalete aykırı olacaktır. Hem aşırılık değerlendirmesinin ve hem de yapılan indirim yapımı sonucu ortaya çıkacak miktarın, sözleşmenin başında taraflarca odaklanılan amaca ve tarafların menfaatlerine aykırı olmaması gerekmektedir. Yani yalnızca fahişlik tespitinde değil, ceza koşulundan

[471] Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 26/05/2016 T., 2015/17498 E., 2016/1359 K., "…Aşırılığın belirlenmesinde ceza-i şart borcun yerine getirilmesi için davalı üzerinde bir baskı yaptığı da gözetilip böyle bir baskının ortadan kaldırılması sonucunu doğuracak şekilde aşırı indirimden kaçınmalıdır…"; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 04/04/2019 T., 2017/13-577 E., 2019/413 K., "…Kanun koyucu cezai şartın indirilmesinde izlenecek yol konusunda hâkime takdir yetkisi tanımıştır. Ancak bu maddenin işlerlik kazanabilmesi için öncelikle hâkimin cezai şart miktarını fahiş (aşırı) bulması gerekmektedir. Bu doğrultuda hâkim, cezai şartın indirilmesi hakkını kullanırken alacaklının menfaatlerini, tarafların iktisadi durumunu, borca aykırılığın objektif ağırlığını, borçlunun kusurunun derecesini göz önünde tutarak hareket etmelidir. Bu değerlendirme yapılırken ceza şartının borçluya borcunu yerine getirmeye psikolojik bakımdan zorlamak üzere konulmuş olduğu gözden asla uzak tutulmamalıdır…"; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 07/02/2013 T., 2012/15611 E., 2013/2604 K.; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 14/06/2012 T., 2012/3604 E., 2012/15526 K.; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 27/03/2013 T., 2012/13-821 E., 2013/409 K., UYAP, (E.T.: 14/05/2020).

[472] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 29/11/2017 T., 2017/3-998 E., 2017/1459 K., "…Aşırılık tümüyle soyut bir kavramdır. Bu nedenle hâkimin aşırılıkla ilgili değerlendirmesinin taraflarca ve üst yargı mercilerince denetlenmesine imkân sağlayan verilerin karara yansıtılması gerekir. Hâkim cezai şartın indirilmesi hakkını kullanırken alacaklının menfaatlerini, tarafların iktisadi durumunu, borca aykırılığın objektif ağırlığını, borçlunun kusurunun derecesini göz önünde tutarak hareket etmelidir. Bu değerlendirme yapılırken ceza şartının borçluya borcunu yerine getirmeye psikolojik bakımdan zorlamak üzere konulmuş olduğu gözden asla uzak tutulmamalıdır…", UYAP, (E.T.: 14/05/2020).

yapılacak indirim miktarında da sadece borçlunun değil alacaklının da menfaati dikkate alınmalıdır[473]. Örneğin, borçlunun ifa nedeniyle elde edeceği menfaatinin alacaklıdan az olduğu ya da olmadığı hallerde ceza koşulundan yapılacak indirim miktarı artarken, tam tersi durumda ceza koşulundan yapılacak indirim miktarı azalacaktır[474]. Yine aynı şekilde alacaklı tarafın sözleşmeden beklediği haklı menfaatlerinin zedelenme oranının yüksek olduğu hallerde ceza koşulundan yapılacak indirim miktarı azalacakken tam tersi durumda miktar artacaktır.

Öğretide bazı yazarlarca, alacaklının menfaatinin ceza koşulunun indirilmesinde öncelikli olduğu savunulmuştur[475]. Yargıtay da bazı kararlarında, ceza koşulunda indirim yapılırken alacaklının menfaatinin en başta geldiğini ifade etmiştir[476]. Burada önemle belirtmeliyiz ki alacaklının menfaatleri değerlendirilirken sözleşmeden beklediği tüm maddi ve manevi beklentileri değerlendirilmeli ve bunun sonucuna göre bir indirim tutarı belirlenmelidir[477].

Burada bahsedilmesi gereken bir diğer husus ise borca aykırı davranış nedeniyle borçlu tarafın temin ettiği faydaların da dikkate alınması gerekliliğidir. Yargıtay kararlarında borçlunun menfaati hususu "borçlunun ifa etmeme yüzünden sağlayacağı

---

[473] BİLGE, s. 121.
[474] ÇINAR, s. 108.
[475] Bu görüşü savunanlar için bkz. KOCAAĞA, s. 344; GÜNAY, s. 182; Borçluyu ekonomik anlamda korumayı esas alan ceza koşulundan indirim kurumu değerlendirilirken, sadece alacaklının menfaatinin ön planda tutulmamasını, tüm ölçütlerin bir arada değerlendirilmesi gerektiğini iddia eden aksi görüş için bkz. YAĞCIOĞLU, s. 241; BİLGE, s. 110.
[476] Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 24/05/2016 T., 2014/76 E., 2016/403 K., "…Bir davada, cezai şart miktarının fahiş olup olmadığı; tarafların ekonomik durumları, özel olarak borçlunun ödeme gücü, sözleşmenin süresi, alacaklının asıl borcun ifa edilmesi halinde elde edeceği yarar ile cezai şartın ödenmesinin sağlayacağı yarar arasındaki makul (adil) ölçü, sözleşmeye aykırı davranılması yüzünden alacaklının uğradığı zarar, borçlunun borcunu yerine getirmemek suretiyle sağladığı yarar, borçlunun kusur derecesi ve borca aykırı davranışının ağırlığı esas alınarak belirlenmelidir. Hakimin, bu kuralı uygularken kullanacağı takdir hakkının, Yargıtay denetimine elverişli esaslara dayanması da zorunludur. Cezai şartın indirilmesini gerektiren hallerde, hakim her şeyden önce alacaklının menfaatini göz önünde tutmalı, menfaatlerin ne dereceye kadar ihlal edildiğini araştırmalı, davalının kusurunun ağırlığını ve tarafların içinde bulunduğu durum göz önünde tutmalıdır…"; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 29/09/2015 T., 2010/792 E., 2015/347 K.; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 14/11/2012 T., 2011/430 E., 2012/291 K.; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 19/06/2018 T., 2018/683 E., 2018/6692 K.; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 03/04/2019 T., 2017/5855 E., 2019/2884 K.; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 14/03/2019 T., 2017/5547 E., 2019/2134 K., UYAP, (E.T.: 19/04/2020).
[477] VON TUHR, s. 772; ÇINAR, s. 108; TİRYAKİ, s. 95.

kazançlar" tabiriyle ifade edilmiştir[478]. Ceza koşulu borçlusunun borca aykırı davranış nedeniyle önemli yararlar sağlamış olması ya da sağlayabilecek durumun olması hali ceza koşulundan yapılacak indirim miktarının tespitinde hakim tarafından dikkate alınacaktır[479]. Bu husus değerlendirilirken faydalanılacak ölçütler doktrin ve uygulama tarafından tespit edilmediğinden, ceza koşulunun indirim miktarının tespitinde yararlanılacak diğer kriterlerden olan borçlu tarafın kusuru ve borca aykırılığın ağırlığı hususları göz önünde bulundurularak indirim miktarı belirlenmelidir[480].

b. Borca Aykırı İfa Sebebiyle Meydana Gelen Zarar

TBK m. 180/I gereğince ceza koşulunun istenilmesi alacaklının uğradığı zarardan bağımsız tutulmuştur. Yani alacaklının ceza koşulunu talep edebilmesi için borcun hiç ya da sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde ifa edilmemesi ve diğer şartların mevcudiyeti yeterli olacak; borca aykırı ifa sebebiyle alacaklının herhangi bir zarara uğramış olması gerekmeyecektir. Zarar şartı ceza koşulunu talep etmek için aranmaz iken uğranılan zararın miktarı ceza koşulundan yapılacak olan indirimin miktarını etkileyebilecektir[481]. Borçlunun borca aykırı davranışı sebebiyle alacaklının uğradığı zararın ceza koşulundan az olması ceza koşulundan indirim yapılması gerektiği sonucuna götürmez. Alacaklı tarafından ispat edilecek olan zarar miktarı hakim

[478] Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 23/02/2012 T., 2011/20627 E., 2012/4554 K., "…Mahkemece, alacaklının asıl edimi yerine getirmesindeki çıkarı ile ceza koşulu olarak saptanan miktar arasındaki oranının ve borçlunun borca aykırı davranmasındaki kusur derecesinin ve borçlunun ekonomik durumunun göz önünde tutulması gerekir. Ayrıca alacaklının çıkarların hesabında, borçlunun ifa etmeme yüzünden sağlayacağı kazançlar da göz ardı edilmemelidir…"; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 16/06/2009 T., 2009/2732 E., 2009/8302 K.; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 02/10/2019 T., 2018/4231 E., 2019/7407 K. "…cezai şartın belirlenmesinde tarafların ekonomik durumu, borçlunun ödeme yeterliliği ile beraber borcunu yerine getirmemiş olması dolayısıyla sağladığı yarar, borçlunun kusur derecesi, borca aykırı davranışın ağırlığı, sözleşmeden beklenen yararın elde edilememesi ve akde aykırı davranılması yüzünden doğan zarar, cezai şartın tazmin ve ceza fonksiyonlarının dengeli olarak korunması prensipleri göz önünde bulundurmalı ve takdir hakkını Yargıtay'ın denetimine olanak vermeye elverişli objektif esaslara dayandırmalıdır…"; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 03/04/2019 T., 2017/5855 E., 2019/2884 K.; Yargıtay (Kapatılan) 6. Hukuk Dairesi, 27/12/2016 T., 2015/11770 E., 2016/7881 K.,UYAP, (E.T.: 15/05/2020).
[479] BİLGE, s. 123.
[480] USLU, s. 201.
[481] VON TUHR, s. 772; ÇINAR, s. 108; TİRYAKİ, s. 95.

tarafından değerlendirilecek ve bu değerlendirme sonucunda diğer kriterler de uygun ise ceza koşulundan indirilecek miktar belirlenecektir[482]. Ancak bazı durumlarda doğacak zararın alacaklı tarafından ispat edilmesi zor olabilir. Sürekli borç ilişkileri için ya da alacaklı için kendine has özellikler ihtiva eden sözleşmelerde örneğin rekabet yasağı sözleşmesi vb. kararlaştırılmış olan ceza koşulu sebebiyle doğan zararın ispatı alacaklı açısından güç olacağından, hakim tarafından muhtemel zararlar değerlendirilerek bunun sonucuna göre indirim oranı belirlenmelidir[483].

c. Borçlunun Kusuru

Ceza koşulundan yapılacak olan indirim miktarının belirlenmesinde dikkate alınacak kıstaslardan bir diğeri ise borçlunun kusurunun ağırlığıdır. TBK m. 182/II gereğince, ceza koşulunun bağlı olduğu sözleşmeye konu edimin sonradan ve borçlunun kusuruna dayanmayan nedenlerle imkansız hale gelmesi durumunda, ceza koşulu talep edilemez. Bu hüküm gereğince borçlunun borcun imkansızlaşmasında herhangi bir kusuru yok ise, ceza koşulu talep hakkı düşecektir. Bahsedilen madde hükmünden hareketle, borca aykırılığın meydana gelmesinde borçlunun kusurunun derecesi, ceza koşulundan yapılacak indirim miktarının tespitinde doğal olarak dikkate alınacaktır[484].

Borçlunun kusurunun ağır olduğu hallerde, hakim tarafından ceza koşulundan indirim yapılmama ya da küçük bir miktar indirim yapılması yoluna gidilebilir. Yine aynı şekilde borca aykırı davranışın gerçekleşmesinde borçlunun kusurunun ağır

---

[482] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 28/03/2019 T., 2017/3270 E., 2019/2415 K., "…Cezanın fahiş olup olmadığının anlaşılması için, mahkemece sözleşmenin yerine getirilmemesinden ötürü alacaklının uğradığı zararın tespiti de zorunludur..."(Turgut UYAR, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Cilt 4, syf 4342, 4343).Bu durumda mahkemece, 818 sayılı BK'nın 351/1. ve 2. fıkrası hükmü ile yukarıda yapılan açıklamalar nazara alınarak somut uyuşmazlık bakımından öncelikle davacının uğradığı fiili zarar ve zarar ihtimali konusunda bir değerlendirme yapılıp sonucuna göre cezai şartın fahiş olup olmadığı ve indirim gerekip gerekmediği konusunda bir değerlendirme yapılması gerekirken, davacının zarar miktarı konusundan bir değerlendirme yapılmadan yazılı gerekçelerle cezai şartın aşırı olarak nitelendirilip, cezai şarttan indirim yapılması doğru görülmemiş, açıklanan nedenlerle kararın davacı ve davalı … yararına bozulması gerekmiştir…", UYAP, (E.T:14/05/2020).

[483] VON TUHR, s. 770; BİLGE, s. 121; ÇINAR, s. 108.

[484] BİLGE, s. 123.

olmaması yapılacak indirim miktarının artmasına sebep olacaktır[485]. Örneğin, borcun büyük bir kısmını ifa eden borçlunun kalan bölümünü ifa edememesi hallerinde kusur derecesinin hafifliği nedeniyle ceza koşulundan yapılacak indirim miktarı daha yüksek olabilir. Tüm bu açıklamalar doğrultusunda söylemek gerekir ki, borçlunun kusurunun ağır olduğu her durumda ceza koşulundan indirim yapılmayacağı yönünde bir kural olmadığı gibi, kusurun hafif olduğu her halde de ceza koşulundan indirim yapılması yönünde bir zarurilik bulunmamaktadır[486]. Ceza koşulundan borçlunun kusurunun hafifliği nedeniyle indirim yapılabilmesi için unutulmamalıdır ki ceza koşulunun aşırı düzeyde kararlaştırılmış olması ve diğer bütün kriterlerin da bir arada bulunması gerekmektedir.

İndirim miktarı tespit edilirken alacaklı tarafın borcun ihlal edilmesinde borçlu ile birlikte kusuru var ise borçlunun kusurunun derecesine bakılmaksızın ceza koşulunun indirilmesine karar verilebilir[487].

Öğretide bazı yazarların da ifade ettiği gibi, borçlunun kasıtlı olarak alacaklının zararına hareket ettiği hallerde, ceza koşulunun indirilmesi TMK m. 2/II gereğince hakkaniyete aykırı olacaktır[488]. Özel hukuk düzeninde herkes borçlarını yerine getirirken ve haklarını kullanırken dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılmaması yasağına ilişkin kurala uymak zorundadır ve hukuk düzeni tarafından borçlunun kasıtlı olarak alacaklının zararına hareket etmesi korunamaz.

d. Tarafların Ekonomik Durumu

Aşırı miktarda kararlaştırılan ceza koşulundan yapılacak olan indirim miktarının somutlaştırılması için dikkat edilecek hususlardan bir diğeri ise ceza koşulu

[485] TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s.884; ÇINAR, s. 108.
[486] ÇINAR, s. 109; GÜLSEVEN, s. 107; KOCAAĞA, s. 349-350.
[487]TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 148-149; KOCAAĞA, s. 350; YAĞCIOĞLU, s. 246; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s. 885; BİLGE, s. 123.
[488] TAMER, s. 748; ÇINAR, s. 109; BİLGE, s. 123, VON TUHR, s. 772.

borçlusunun ve alacaklısının ekonomik durumlarıdır. Sözleşmelerin tarafları her durumda farklı olduğundan bir sözleşmenin tarafları için aşırı olan ceza koşulu başka bir sözleşmenin tarafları için aşırı olmayabilir. Daha dar bir pencereden bakarsak sözleşmenin kendi içerisinde taraflardan biri için aşırı olmayan ceza koşulu diğeri için aşırı olabilir. Yani aşırılık kavramı tamamen sübjektif ve soyut olduğundan her sözleşmenin kendi dinamikleri içerisinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Ceza koşulundan yapılacak indirim için tarafların iktisadi durumlarını irdelemek gerekmektedir. Ekonomik olarak güçlü olan bir alacaklı karşısında güçsüz bir ceza koşulu borçlusunun yer alması -diğer kriterler de değerlendirildiğinde- ceza koşulundan yapılacak indirimin oranını arttırabilecektir. Sözleşme taraflarının eşit ekonomik güce sahip oldukları durumlarda ceza koşulunun aşırılığı ve dolayısıyla indirim çoğu zaman meydana gelmeyebilir[489]. Ekonomik açıdan zayıf olan bir ceza koşulu borçlusunun, güçlü olan bir alacaklı karşısında maddi yönden ezilmesinin önüne geçmek için yapılacak indirim miktarı arttırılabilir. Aslında verdiğimiz bu iki durum örneğinde de borçlunun ödeme gücünün daha önemli olduğunu görmekteyiz. Borçlu tarafın mali olarak zayıf olduğu hallerde kararlaştırılan ve ekonomik olarak mahvına sebep olacak olan ceza koşulunun indirilmemesi hakkaniyete aykırı bir durum yaratacaktır[490].

B. Ceza Koşulunun Tamamen Kaldırılması

Ceza koşulundan indirime gitmek yerine şartları uygun ise tamamen kaldırılması konusu öğreti ve uygulamada tartışmalıdır. *Oser/Schönenberger'e* göre, sözleşmeye konu borcun ifa edilmesinde alacaklı tarafın menfaatinin bulunmaması durumunda ceza koşulu tamamen kaldırılabilecektir[491]. Bu görüşü savunmalarının nedeni olarak ise İsviçre Borçlar Kanunu'nun1905 tarihli tasarısının 1189. maddesinde yer alan " ceza

[489] TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 149.
[490] BİLGE, s. 123.
[491] OSER/SCHÖNENBERGER, s. 709.

koşulunun ispat edilen zarar miktarına kadar indirilebileceği" hükmünü göstermişlerdir. *Göktürk'e* göre, ceza koşulu ahlaka ve adaba aykırı derecede fahiş oranda belirlenmiş ise buna hakim müdahale edebilir ve ceza koşulunu tamamen hükümsüz ilan edebilir ya da tenkis yoluna gidebilir[492].İsviçre Federal Mahkemesi1913 yılına ait bir kararında, ceza koşulu yalnızca fahiş ise yani alacaklının menfaatlerini bir miktar aşıyor ise ceza koşulunun yalnızca tenkisi yoluna gidilebileceğini; ceza koşulunun ifası iktisaden zayıf durumda olan borçlunun ekonomik anlamda mahvına sebep olacak ise bu durumda ahlaka aykırı sayılarak tamamen iptal edilmesinin makul olacağını ifade etmiştir[493].

Bir önceki paragrafta belirttiğimiz yazarların aksine öğreti tarafından genel olarak ceza koşulunun tamamen kaldırılamayacağı görüşü savunulmuştur[494]. Ceza koşulunun tamamıyla kaldırılamayacağını öne süren yazarlar, kaldırılabileceğini savunan yazarları birçok noktada eleştirmişlerdir. Bizim de katıldığımız görüşe göre ceza koşulunun tamamen kaldırılması mümkün değildir. Ceza koşulundan indirim yapabilme yetkisinin hakime verilmesinin sebebi ekonomik bakımdan güçsüz olan borçlunun sömürülmesini engellemektir ve ceza koşulunun tamamen kaldırılması borçlunun sömürülmesini önlemekten ziyade sebepsiz olarak zenginleşmesine neden olacaktır. Ceza koşulu miktarının meydana gelen zarardan fazla olması tek başına indirim sebebi değildir. Ceza koşulunun konuluş amacının borçluyu ifaya zorlama olduğu durumlarda, ifa baskısı yaratmak amacıyla zarar miktarından daha yüksek miktarda ceza koşulu kararlaştırılmaktadır. Ceza koşulundan indirim yapılırken, borca aykırı ifa sonucu meydana gelen zarar ile kararlaştırılan ceza koşulu arasında denge kurmak, ceza koşulunun ifaya zorlama amacına ters düşecektir[495]. Bu sebeple meydana

[492] GÖKTÜRK, s. 401; Aynı görüşte başka bir yazar için bkz., VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR, s. 338.
[493]İlgili karar bilgileri için bkz. :Recueile Officiel des arrets du Tribunal Federal (RO) 41.11.188, JdT 1915 1. 450. (KUNTER, s. 974, dpn. 15).
[494] KUNTER, s.975; BİLGE, s. 124; TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 158; SAYMEN/ELBİR, s. 844; EREN, s. 1333; ÇINAR, s. 110; YÜCEL, s. 2951; VELİDEDEOĞLU/KAYNAR, s. 160; TAMER, s. 746; GÜLSEVEN, s. 131; YAĞCIOĞLU, s. 258-259; KOCAAĞA, s. 371; YILDIRIM, s. 146; GÜNAY, s. 201.
[495] KOCAAĞA, s. 370; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 356; FEYZİOĞLU, s. 402; TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 157; GÜNAY, s. 201.

gelen zararın azlığından bahisle ceza koşulundan indirim yapmak ya da alacaklının hiçbir zararı olmaması nedeniyle ceza koşulunu tamamıyla kaldırmak yerinde değildir[496]. Yine aynı şekilde TBK m. 180/I'de ifade edildiği üzere, alacaklının borca aykırı ifa nedeniyle hiçbir zararı olmasa bile ceza koşulu talep edebileceğinden hareketle ceza koşulunun alacaklının herhangi bir zararı olmadığı iddiasıyla tamamıyla kaldırılması mümkün olmayacaktır. Kanun koyucu, ceza koşulunun indirilmesini düzenlediği TBK 182. maddesinin son fıkrasında yalnızca ceza koşulunun indirilmesi yetkisini hakime vermiş, kaldırılması yetkisini vermemiştir. Kanun koyucu eğer ceza koşulunun kaldırılması yetkisini hakime vermek isteseydi, TBK'nun 52. maddesinin birinci fıkrasındaki gibi kanun metni içerisinde kaldırma ifadesini kullanırdı. Kanun koyucunun zımni olarak ceza koşulunun tamamen kaldırılması yetkisini hakime verdiğine ilişkin bir sonuca ulaşmak da hakimin indirim yetkisinin olağan bir yetki olmaması ve sözleşme serbestisi ilkesinin istisnalarından olan indirim yetkisinin dar yorumlanması gerektiğinden mümkün değildir[497].

Ceza koşulunun kaldırılmasına ilişkin Yargıtay'ın kararlarında da yeknesaklık bulunmamaktadır. Yargıtay bir kararında "…Akde bağlılık ilkesi uyarınca da, haklı neden olmaksızın kararlaştırılan cezanın değiştirilmesini veya bütünüyle ortadan kaldırılmasını talep edemezler. BK'nın 161/III maddesi hükmü gereğince, hakim "fahiş" gördüğü cezaları tenkis ile mükellef ise de, kural olarak Türk Ticaret Kanunu'nun 24. maddesi uyarınca tacirlerin cezanın fahiş olduğundan bahisle cezai şartın indirilmesini isteme hakları bulunmamaktadır. Ancak istisnai olarak, kararlaştırılan cezanın tacir olan borçlunun iktisaden mahvına neden olacak derecede ağır ve yüksek olması halinde BK'nın 20. maddesi gereğince adap ve ahlâka aykırı sayılarak iptâli mümkündür…"

[496] KOCAAĞA, s. 370.
[497] BİLGE, s. 124; ÇINAR, s. 110; KOCAAĞA, s. 371.

ifadelerine yer vererek ceza koşulunun bütünüyle kaldırılmasının mümkün olduğunu belirtmiştir[498].

Yargıtay başka bir kararında ise ceza koşulunun tacirin mahvına sebep olacak kadar yüksek olması halinde kısmen ya da bütünüyle kaldırılabileceğini ifade etmiştir[499].

Yargıtay'ın ceza koşulunun tamamen kaldırılmasının TBK'nun açık hükmü gereğince mümkün olmadığını ve hakime sadece ceza koşulunun indirilmesi yetkisi verildiğini ifade eden kararları da bulunmaktadır[500].

C. Kısmen İfa Halinde İndirim

Kısmen ifa halinde yapılacak indirim, ceza koşulunun tabi olduğu ana sözleşmedeki edimin kısmi olarak ifa edilmesi ihtimali sonucunda izlenecek yolun özel olarak belirlenmesi ya da belirlenmemesine göre değişecektir**.** Genel nitelikteki sözleşmelerde edimin kısmi olarak ifa edilmesi halinde ceza koşulundan ne kadar indirim yapılacağı hakim tarafından belirlenecektir. Ancak kısmi ifa durumuyla ilgili

---

[498] Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 29/12/2010 T., 2010/2749 E., 2010/7324 K., UYAP, (E.T.: 16/05/2020).

[499] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 03/05/2016 T., 2015/11066 E., 2016/4996 K., "…6762 Sayılı TTK.'nın 24. maddesinde "Tacir sıfatına haiz borçlu, 818 Sayılı Borçlar Kanunu' nun 104. maddesinin 2. fıkrası ile 161. maddesinin 3. fıkrasında ve 409. maddesinde yazılı hallerde, fahiş olduğu iddiasıyla bir ücret veya cezanın indirilmesini mahkemeden isteyemez." hükmü vardır. Ne var ki, borçlu tacir olsa bile cezai şart iktisaden mahvına mucip olacak derecede ağır ve yüksek ise adap ve ahlaka aykırı sayılarak tamamen veya kısmen iptal edilmesi gerekir. (YHGK. 20.03.1974 gün 1053/222 sayılı kararı). 818 sayılı BK'nın 161/son maddesine göre hakimin fahiş görmesi halinde cezai şartın indirilmesi mümkündür…"; aynı yönde başka bir karar için bkz. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, 10/05/2018 T., 2015/9886 E., 2018/3074 K., "…Bu durumda mahkemece yukarıda belirtilen biçimde deliller toplanıp konusunda uzman bilirkişiler marifetiyle mahallinde gerekirse bilirkişi incelemesi de yapmak suretiyle açıklanan şekilde bu seviyedeki bir cezai şartın Borçlar Kanununun 27. maddesine göre ahlak ve adaba aykırı sayılıp sayılmayacağı konusunda rapor alınıp, tamamen veya kısmen indirime tabi tutulup tutulamayacağı tartışılarak, oluşacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken, bu husus üzerinde durulmadan eksik inceleme ile davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir…"UYAP, (E.T.: 16/05/2020).

[500] Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 18/12/2017 T., 2015/28987 E., 2017/12575 K., "…818 sayılı B.K.nun 161/son maddesine göre geçerli olan sözleşmelerde hakimin fahiş gördüğü cezai şartta indirim yapabileceği düzenlenmiş, tamamen kaldırabileceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu açıklamalardan sonra, yukarıda bahsedilen yasal düzenleme göz önünde bulundurulup dosyada bulunan deliller kapsamında cezai şartın fahiş olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme yapılarak, fahiş ise indirim yapılarak sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken, cezai şartın tamamen kaldırılarak karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir…"; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 02/07/2015 T., 2014/25209 E., 2015/22987 K., UYAP, (E.T.: 16/05/2020).

sözleşmede özel bir hüküm bulunuyor ise bu hükmün uygulanması gerekmektedir. Sözleşmede edimin kısmi olarak ifa edilmesi ya da hiç ifa edilmemesi durumlarına özel ceza koşulunun uygulanacağı belirtilmiş ise yapılan ifa oranında ceza koşulundan indirim yapılamayacaktır[501].

Kısmi ifa durumunda ne yapılacağına ilişkin herhangi bir hükmün olmadığı (genel nitelikteki) sözleşmelerde, ifa edilen kısım ile ifa edilemeyen kısım arasında oranlama yapılarak bunun sonucuna göre ceza koşulundan indirim yapılacaktır. Özellikle de eğitim karşılığı iş sözleşmelerinde karşımıza çıkan kısmi ifa durumu ile ilgili Yargıtay da oranlama yapılarak ceza koşulundan yapılacak indirim miktarının belirlenmesi gerektiği yönünde kararlar vermektedir[502]. Kısmi ifa durumunda ifa edilen edim ile edilmeyen edim arasında oranlama yapılarak ceza koşulundan indirim yapılması yanında ceza koşulunun fahişliği de mevcut ise oranlama sonucunda belirlenen miktardan da TBK'nın 182/III gereğince indirim yapılması gerekmektedir[503].

[501]AYDEMİR, Efrail, **Aşkın Zarar- Sözleşmenin Uyarlanması- Ceza Koşulu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013,
s. 215.

[502] Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 05/03/2020 T., 2016/32365 E., 2020/4284 K., "…Ancak cezai şart miktarının belirlenmesinde oranlama ve indirim yapılması gerekmektedir. Şu halde, davalının çalıştığı ve çalışması gereken süreler oranlanmak ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 182. maddesinin son fıkrası gereği indirim yapılmak suretiyle belirlenecek cezai şart miktarının hüküm altına alınması gerekli iken indirim yapılmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir…"; Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 19/06/2018 T., 2015/34039 E., 2018/15251 K., UYAP, (E.T.:16/05/2020).

[503] Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 17/02/2017 T., 2015/35041 E., 2016/4254 K., "…Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda; davalının, davacı işyerinde 01.09.2010 tarihinde işe başladığı, 07.03.2011 tarihinde de iş sözleşmesinin davalı tarafça istifa sebebiyle sona erdirildiği, iş sözleşmesinin 5.maddesinde, davalının davacı işyerinde üç yıl süreyle çalışmayı taahhüt ettiği, buna göre, davalının taahhüdünün altı ay altı gününü yerine getirdiği, iki yıl beş ay yirmidört günlük taahhüdünü ise yerine getirmediği belirtilerek oranlama yapılmak suretiyle cezai şart miktarının belirlenmesi hatalı olmuştur. Hükmedilen cezai şart miktarı fahiş olup mahkemece cezai şarta ilişkin talep hüküm altına alınırken salt kalan süre esas alınmak suretiyle yapılan oranlama ile belirlenen indirim davalının işçi olduğu hususu ve aldığı ücret miktarı da dikkate alındığında Borçlar Kanunu 161/son maddesinin amacına uygun değildir. Bu durumda mahkemece belirlenen cezai şart miktardan dava tarihi itibariyle yürürlükte bulunan mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 161/son maddesi gereğince makul bir indirim yapılarak hüküm kurulması hakkaniyete uygun düşecektir…", UYAP, (E.T.: 16/05/2020).

D. Ceza Koşulunun Kısmen Talep Edilmesi

Ceza koşulunun alacaklı tarafından kısmen talep edilmesi mümkündür. Böyle bir durumda mahkemece ceza koşulunun aşırı olup olmadığının ve aşırı olduğuna karar verilir ise yapılacak indirim miktarının belirlenmesi için gerekli araştırmalar yapılarak bilirkişi raporu alınmalı, alınan bilirkişi raporunda indirim yapılması gereken oranı talep edilen kısma değil, sözleşmede kararlaştırılan ceza koşuluna uygulayarak indirim sonucunda çıkan miktarın talep edilen kısımdan fazla olması halinde taleple bağlı kalınarak, az olması halinde ise kısmen kabul yapılarak hüküm verilmesi gerekmektedir[504]. Örneğin, 100.000 TL'lik ceza koşulunun sadece 10.000 TL'sinin alacaklı tarafından dava edildiği bir durumda aşırılık değerlendirmesi 100.000 TL üzerinden yapılacaktır. Bu örnekte bilirkişi tarafından ceza koşulunun %85'lik kısmının aşırı olduğu belirtilmiş ise 100.000 TL üzerinden %85'lik indirim yapılacak ve alacaklının talebiyle bağlı kalınarak mahkemece tam kabul kararıyla borçlu aleyhine 10.000 TL üzerinden ceza koşuluna hükmedilecektir.

[504] GÜLSEVEN, s. 133; Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 09/04/2019 T., 2017/4217 E., 2019/2365 K., "…Mahkemece birleşen davada her ne kadar taleple bağlı kalınarak 20.000,00 TL cezai şarta hükmedilmiş ise de mahkemece benimsenen bilirkişi raporunda toplam cezai şart miktarının 286.807,68 TL olduğu belirtilmiştir. Dava tarihinde yürürlükte bulunan ve somut olayda uygulanması gereken 6762 sayılı TTK'nın 24.maddesine göre tacir olan borçlu cezai şartın fahiş olduğunu ileri sürerek cezai şarttan indirim yapılmasını kural olarak isteyemez. Ancak kararlaştırılan cezai şart miktarının ekonomik yönden borçlunun mahvına sebep olabilecek tarzda yüksek olduğunun saptanması halinde cezai şarttan uygun bir indirim yapılabileceği Yargıtay'ca kabul edilmektedir. Bu şekilde bir indirime gidilebilmesi için borçlunun ekonomik durumunun, ticari defterlerinin, bilançosunun konusunda uzman bir bilirkişiye incelettirilerek ayrıntılı ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınması ve bu inceleme çerçevesinde indirime gerek bulunduğunun saptanması halinde somut olayın özelliği de gözetilerek makul düzeyde bir indirime gidilmesi gerekmektedir. Buna göre mahkemece az evvel açıklanan şekilde yaptırılacak bilirkişi incelemesi sonucunda 286.807,68 TL cezai şart miktarının ekonomik açıdan davalının mahvına sebebiyet verip vermeyeceği değerlendirilerek toplam hükmedilecek cezai şart miktarı belirlenip davacı tarafından talep edilen miktar gözetilerek karar verilmesi gerekirken eksik inceleme sonucu yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmadığı gibi bu hükmün Dairemizce onanması da doğru olmadığından davacı -birleşen davalı vekilinin karar düzeltme isteğinin kısmen kabulü ile hükmün yukarıda belirtilen gerekçe ile bozulması gerekmiştir…", UYAP, (E.T.: 16/05/2020).

E. Yabancı Para Borçlarında İndirim

TBK m 99/I gereğince sözleşmeden doğan borçlarda borcun ülke parası ile ödenmesi genel kuraldır. Ancak anılan maddenin ikinci fıkrasında da belirtildiği üzere sözleşmede yabancı ülke parası ile ödeme kararlaştırılabilir. Sözleşmedeki borcun yabancı para birimi ile kararlaştırılması ve aynen ödeme kaydı olmaması halinde iki adet ihtimal bulunmaktadır[505]. Borçlu temerrüde düşmemiş ise, para borcunun sözleşmede kararlaştırılan ülke parası üzerinden aynen ya da Türk Lira'sının rayiç değeri üzerinden ödeneceğine karar verecektir. Ancak borçlu temerrüde düşmüş ise yabancı para ile mi yoksa rayiç ülke parası ile mi ödeme yapılacağına alacaklı karar verecektir[506].

Asıl sözleşmedeki borcun yabancı ülke parası üzerinden kararlaştırıldığı hallerde genel olarak ceza koşulu da bu para birimi üzerinden kararlaştırılır[507]. Ceza koşulunun yabancı ülke parası üzerinden kararlaştırıldığı durumlarda ceza koşulu miktarının aşırı olup olmadığı ve yapılacak indirim miktarı yabancı ülke parası üzerinden değerlendirilir. Ceza koşulunun mahkeme kararı sonucunda tahsili için ise TBK'nun 99. maddesindeki hüküm uygulama alanı bulur. Yargıtay bir kararında, yabancı ülke parası üzerinden kararlaştırılan ceza koşulunun fahiş olup olmadığının değerlendirilmesi için meydana gelen zararın ülke rayiç değeri üzerinden belirlenip yabancı ülke parasına çevrilerek fahişlik ve tenkis değerlendirmesi yapılması gerektiğini ifade etmiştir[508].

---

[505] AYDEMİR, s. 218.
[506] AYDEMİR, s. 218.
[507] AYDEMİR, s. 218; USLU, s. 203.
[508] Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 13/10/2011 T., 2011/2402 E., 2011/5888 K., "…Somut olayda cezai şart, eserin belirlenen sürede tamamlanıp teslim edilmemesi sebebiyle kararlaştırılmış olduğundan ve 01.08.2000-30.04.2002 tarihleri arasındaki 15 aylık gecikmeden dolayı talep edilmiş bulunduğundan bilirkişi kurulundan alınacak ek raporla davacının yoksun kaldığı 15 aylık kira kaybı o tarihteki rayiçlerle hesaplanıp DM 'ye çevrilmeli, bulunan kira kaybı ile sözleşmede kararlaştırılan cezai şart miktarı karşılaştırılmalı, yukarıda belirtilen ilkeler gözetilerek sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın fahiş olup olmadığı ve tenkisinin gerekip gerekmediği değerlendirilmeli ve sonucuna göre önceki bozma ilamı doğrultusunda karar verilmelidir…", UYAP, (E.T.:16/05/2020).

Genel olarak yurt dışı ile bir şekilde bağlantısı olan sözleşmelerde yabancı ülke para birimi üzerinden kararlaştırılan ceza koşuluna rastlanmaktadır. Özellikle yükseköğretim kurumları tarafından yurtdışına yüksek lisans ya da doktora yapmak amacıyla gönderilen akademisyenler hakkında kararlaştırılan ceza koşulunun yabancı para üzerinden belirlendiğini görmekteyiz. Yargıtay uygulamasında bu tür sözleşmelerin ihlali sebebiyle muaccel olan ceza koşulunun fahiş olması şartıyla ceza koşulundan bir miktar indirim yapıldığını görmekteyiz[509].

Burada belirtilmesi gereken bir diğer husus ise, yabancı para birimi üzerinden kararlaştırılan ceza koşulunun ülkemizdeki enflasyon değerinin artması ve Türk lirasının belirlenen ülke parası karşısında değer kaybetmesi hallerinde ceza koşulunun fahiş duruma gelmesi ihtimalidir. Nitekim Yargıtay tarafından da bu husus dikkate alınarak böyle durumlarda ceza koşulunun aşırılığına karar verilmesi gerektiğini ifade eden kararlar verilmiştir[510].

F. Borçlunun İndirim Talep Hakkından Feragat Etmesi

Ceza koşulunun indirimini düzenleyen TBK m. 182/III kamu düzenine ilişkin bir emredici hükümdür. İndirim yetkisinin kamu düzeninden kaynaklanıyor olması borçlunun talebine gerek olmaksızın hakimin re'sen ceza koşulunu indirebilmesinin önünü açmaktadır. İşte bu noktada değinilmesi gereken bir diğer husus ise, tarafların anlaşarak ceza koşulundan indirim isteme hakkından feragat edileceğine ilişkin taahhüdün geçerli olup olmayacağıdır.

Türk öğretisi ve uygulaması tarafından ceza koşulunun indirilmesi hakkından borçlunun önceden feragat edemeyeceği kabul edilmektedir[511]. Henüz muaccel olmamış

[509] Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 10/12/2003 T., 2003/2800 E., 2003/5920 K.; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 29/04/2004 T., 2003/5432 E., 2004/2399 K., (www.kanunum.com, E.T.: 16/05/2020).
[510] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 01/04/2013 T., 2012/7267 E., 2013/6403 K., UYAP, (E.T.: 16/05/2020).
[511] VON TUHR, s. 772; BİLGE, s. 119; EREN, s. 1333; KARAGÖZ, s. 55; ÇINAR, s. 102; USLU, s. 196; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 23/01/1946 T., T 24-6, (Uçar, s. 49); Yargıtay Hukuk Genel Kurulu,

bir ceza koşulundan indirim talep etme hakkından vazgeçen borçlunun, bu taahhüdü TBK'nun 27. maddesi gereğince geçerli olmayacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken husus indirim hakkından ceza koşulu muaccel olmadan önce mi yoksa sonra mı feragat edildiğidir. Doğmamış haktan feragat geçerli olmayacağından önceden yapılan ceza koşulundan indirim talep etme hakkından feragat geçersiz olacakken, ceza koşulu muaccel olduktan sonra indirim hakkından feragat edilmesinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır.

G. Ödenmiş Ceza Koşulunun İndirilmesi

Ödenmiş olan ceza koşulundan indirim yapılıp yapılamayacağı hususunda kanunlarımızda herhangi bir hüküm bulunmamakla birlikte bu konu öğretide tartışmalıdır. Ödenmiş ceza koşulunun indirilmesinin mümkün olduğunu savunan görüşe göre, ceza koşulunun ödenmiş olması onun tenkisine engel değildir ve TBK m. 181/I gereğince kısmı ödemelerin alacaklıya kalacağını belirten sözleşmelere de ceza koşuluna ilişkin hükümlerin uygulanacağı, dolayısıyla kısmen ödenmiş ceza koşulunun

---

15/10/2014 T., 2013/13-1108 E.,2014/768 K., "…Kural olarak, taraflar cezai şart miktarını tayinde serbesttirler. Ancak, kararlaştırılan cezai şartın borçlu üzerinde adalete aykırı sonuçlar doğurmaması da gerekir. 818 S. BK'nun 161/3. maddesi hükmü uyarınca, hâkim fahiş gördüğü cezaları indirmekle yükümlüdür. Bu hüküm, emredici nitelikte olduğundan hâkim tarafından re'sen gözetilmelidir; borçlunun bu yolda bir talebinin bulunması aranmaz. Ancak, cezai şart ödenmişse, hâkim bunu daha sonra indiremez. Borçlu, cezai şartın indirilmesini isteme hakkından önceden feragat edemez; anılan yasa hükmüyle hakime bırakılan bu konuda taraflarca yapılan kararlaştırma, aynı kanunun 19. maddesine göre geçerli değildir…";Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 05/02/2013 T., 2012/18720 E., 2013/1653 K.; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 20/02/2018 T., 2017/1673 E., 2018/251 K., "…"Doğmamış haktan peşinen vazgeçilemeyeceği yolundaki evrensel hukuk ilkesi gözden kaçırılarak, davacının borç miktarına itiraz etmeyeceği ve dava açamayacağına dair beyanına dayanılmak suretiyle sonradan çıkarılan borca karşı dava hakkından feragat ettiğinden bahisle davanın reddine karar verilmesi doğru olmamıştır." (11. Hukuk Dairesi, 14.10.1997 T., 1997/4264 E. 1997/7002 K.)"Taraflar arasındaki sözleşmede her ne kadar cezai şartın fahiş olmadığına ilişkin hüküm bulunduğu iddia edilmiş ise de doğmamış haktan feragat edilemeyeceğinden bu husus araştırılmalıdır. Mahkemece hükmedilen cezai şartın fahiş olup olmadığı tartışılmalı, şayet fahiş görülür ise indirilecek miktar belirlenip sonucuna uygun bir karar verilmelidir." (13 Hukuk Dairesi, 11.10.2004 T., 2004/6611 E. 2004/14120 K.)…", UYAP, (E.T.: 17/05/2020); Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 02/02/2005 T., 2004/9-759 E., 2005/9 K., " …Borçlu, cezai şartın indirilmesini isteme hakkından önceden feragat edemez; Borçlar Kanunu'nun 161/3. maddesiyle hakime bırakılan bu konuda, taraflarca yapılan kararlaştırma, aynı kanunun 19. maddesine göre geçerli değildir…" (www.kanunum.com, E.T.:17/05/2020).

tenkisi mümkün ise tamamen ödenmiş olan ceza koşulunun da tenkisinin olacağı ifade edilmiştir[512].

Aksi ve bizim de katıldığımız görüşe göre, ödenmiş olan ceza koşulundan indirim yapılması mümkün değildir[513]. Bu görüşü savunanlara göre, ceza koşulunun talep edilebilmesi için gereken şartlardan biri de ödenmemiş olmasıdır ve durum böyleyken ödenmiş olan ceza koşulundan indirim yapmak mümkün değildir. Günay'a göre, TBK'nun 181 maddesinin birinci fıkrasında kısmi ifanın alacaklıya kalacağını öngören sözleşmelere de ceza koşulu hükümlerinin uygulanması, yalnızca borçlunun zor duruma düşmesini engellemektir ve ceza koşulunun bir uygulaması değildir. TBK m. 181/I ile 182/III tamamen iki farklı kurumdur ve ilk hükme dayandırarak ödenmiş olan ceza koşulunun indirilmesi mümkün değildir[514]. Bu görüşü savunanlara göre, ceza koşulunun ödenmesi sırasında borçlu indirim talep etme hakkını saklı tutmuş ise ödenmiş olan ceza koşulunun indirilmesini isteyebilir[515]. Yargıtay da bir kararında ödenmiş olan ceza koşulunun indirilemeyeceğine ilişkin görüşünü ifade etmiştir [516].

[512] KUNTER, s. 973; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 356; KOCAAĞA, s. 362-363.
[513] TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 142; GÜNAY, s. 200; VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR, s. 338; BİLGE, s. 119; ÇINAR, s. 100; DİRİCAN, s. 187.
[514] GÜNAY, s. 200.
[515] EKİNCİ, s. 362; GÜNAY, s. 200; TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 156; Borçlunun cezai şartı öderken geri alma(indirim) hakkını saklı tutması durumunda ödenmiş olan ceza koşulundan indirim yapılabileceğine dair karar için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 05/10/1979 T., 1977/15-958 E., 1979/1277 K., (KARAHASAN, s. 1347).
[516] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 02/02/2005 T., 2004/9-759 E., 2005/9 K., "… Kural olarak, taraflar cezai şart miktarını tayinde serbesttirler. Ancak, kararlaştırılan cezai şartın borçlu üzerinde adalete aykırı sonuçlar doğurmaması da gerekir. Borçlar Kanunu'nun 161/3. maddesi hükmü uyarınca, hakim fahiş gördüğü cezaları indirmekle yükümlüdür. Bu hüküm, emredici nitelikte olduğundan hakim tarafından re'sen gözetilmelidir; borçlunun bu yolda bir talebinin bulunması aranmaz. Ancak, cezai şart ödenmişse, hakim bunu daha sonra indiremez. Borçlu, cezai şartın indirilmesini isteme hakkından önceden feragat edemez; Borçlar Kanunu'nun 161/3. maddesiyle hakime bırakılan bu konuda, taraflarca yapılan kararlaştırma, aynı kanunun 19. maddesine göre geçerli değildir…", (www.kanunum.com, E.T.:17/05/2020).

IV. CEZA KOŞULUNUN İNDİRİLMESİNE İLİŞKİN HÜKMÜNHUKUKİ NİTELİĞİ, DÜRÜSTLÜK KURALI VE KISMÎ HÜKÜMSÜZLÜK İLE İLİŞKİSİ

A. Ceza Koşulunun İndirilmesine İlişkin Hükmün Hukuki Niteliği

Öğretide ceza koşulunun indirilmesine ilişkin hükmün hukuki niteliğinin ne olduğuna ilişkin görüş birliği bulunmamakla birlikte çoğunlukla ceza koşulunun indirilmesine ilişkin davanın inşai (kurucu) dava ve indirilmesine ilişkin kararın ise inşai (kurucu) karar olduğu savunulmaktadır[517]. Hakim fahiş olan ceza koşulunu indirirken tarafların özgür iradeleriyle yapılmış bir sözleşmeye, takdir yetkisini kullanarak müdahale etmekte ve ceza koşulu konusunda başlangıçtaki sözleşmeden farklı yeni bir durum meydana getirmektedir. Hakimin verdiği indirim kararı doğrultusunda, tarafların arasındaki sözleşme hükümleri değişim geçirecektir. Hakimin verdiği kararın kesinleşmesi ile taraflar arasındaki durum farklılaşacak yani alacaklının borçludan talep edebileceği ceza koşulu miktarı hakimin kararı doğrultusunda değişecektir. Hakim tarafından sözleşmeye yapılan bu tür bir müdahale taraflar arasındaki sözleşmenin tamamına değil, ceza koşuluna ilişkin hükmedir. Hakim, ceza koşulunun hukuki mahiyetini değiştirmeyerek yalnızca miktarını azaltacaktır. Verilen indirim kararı kesinleşene kadar aşırı olan ceza koşulu geçerliliğini korur ve kesinleşme gerçekleştikten sonra hakimin indirim kararı geçmişe etkili olarak hüküm ve sonucunu doğurur[518]. Ceza koşulunun indirilmesine ilişkin verilen karar her ne kadar kurucu yenilik doğurucu bir karar ise de, indirim talebiyle açılan bir davanın reddedilmesi halinde verilen karar bir tespit hükmüdür[519]. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da yakın

[517] TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 156; EREN, s. 1333; KOCAAĞA, s. 374; GÜNAY, s. 206-207; USLU, s. 217.
[518] EREN, s. 1333.
[519] ÇINAR, s. 110.

tarihli bir kararında, ceza koşulundan indirim kararının, yenilik doğuran ve geçmişe etkili bir karar olduğunu ifade etmiştir[520].

Sonuç olarak kanaatimizce de verilen indirim kararı bir eda ya da tespit davasından da öte olarak taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi değiştirmesi ve geçmişe etkili olarak sonuçlarını doğurması nedeniyle kurucu yenilik doğurucu bir karardır.

B. Ceza Koşulunun İndirilmesine İlişkin Hükmün Dürüstlük Kuralı ve Kısmi Hükümsüzlük ile İlişkisi

TMK'nun 2. maddesinin birinci fıkrasında dürüstlük kuralı, ikinci fıkrasında ise hakkın kötüye kullanılması yasağı düzenlenmektedir. Ceza koşulunun indirilmesinin anılan bu iki düzenleme karşısındaki yeri önemli olduğundan bu kısımda aralarındaki ilişkiden bahsedilecektir. Alacaklı tarafından ceza koşulunun tahsili amaçlı açılan bir davada, hakim tarafından ceza koşulunun aşırı olduğuna kanaat getiriliyorsa TBK m. 182/III uyarınca ceza koşulundan bir miktar indirim yapılacaktır. Aşırı bir ceza koşulunun varlığı halinde dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık sebebiyle ceza koşuluna hükmetmekten kaçınılamaz[521]. Ancak ceza koşulu talepli açılan bir davada ceza koşulunun talep edilmesi dürüstlük kuralına ya da hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil ediyor ise hakim bu talebi reddedebilir.

Dürüstlük kurallarının dikkate alınacağı bir diğer durum ise ceza koşulundan yapılacak indirim miktarının belirlenmesidir. Yargıtay ve öğreti tarafından da ceza koşulunda yapılacak indirim miktarı belirlenirken, tarafların dürüstlük ya da hakkın kötüye kullanılmaması kurallarına aykırı davranışlarının göz önüne alınması gerektiği kabul edilmektedir. Örneğin, borçlu tarafın ekonomik durumunu kötü göstermek

[520]Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 18/06/2019 T., 2017/19-922 E., 2019/706 K., "…Son olarak belirtilmelidir ki, hâkimin aşırı ceza koşulunu (cezai şartı) indirme kararı, yenilik doğuran bir karar olup, geçmişe etkili hüküm ve sonuç doğurur. Böylece ceza daha başlangıçtan itibaren indirilmiş miktarıyla korunmuş sayılır…", UYAP, (E.T.: 22/05/2020).
[521] ÇINAR, s. 110.

maksadıyla paravan şirketler kurarak asıl borcu ifa edecek olan işletmesinin içini boşaltması durumunda, borçlunun ekonomik durumunun iyi olmaması nedeniyle ceza koşulundan indirim yapılması dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacaktır. Yine aynı şekilde, eser sözleşmelerinde(özellikle inşaat sözleşmelerinde) eserin tesliminin geciktiği her gün için ifaya ekli ceza koşulunun kararlaştırılması halinde eserin teslim edilemeyeceğinin belli olmasına rağmen alacaklının, daha fazla ceza koşuluna hükmedilmesi için ceza koşulu talepli açacağı davayı geciktirmesi hakkın kötüye kullanılması oluşturacağından hakim tarafından indirim yapılırken bu husus dikkate alınmalıdır. Nitekim Yargıtay tarafından da bu yönde kararlar verilmektedir[522].

Yargıtay tarafından ifaya ekli ceza koşulunun azami bir süre belirtilmeksizin kararlaştırıldığı ve alacaklı tarafın ceza koşulunun artmasına sessiz kalarak sebep olduğu durumlara ilişkin verdiği kararlarda yeknesaklık bulunmamaktadır. Yargıtay önceleri "borcun ödeneceği kanısı ile davacının beklemesi lazım gelen normal ve makul süre"[523]ölçütünden hareketle bu süreyi kasten geçiren alacaklının davranışının dürüstlük kuralına aykırılık oluşturduğu ve bu sebeple ceza koşulundan indirim yapılması gerektiği görüşündeyken; 1991 yılında Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen karardan[524] sonra alacaklı davacının seçimlik haklarını istediği zaman, zamanaşımı

[522] Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, 28/11/2014 T., 2014/2289 E., 2014/7662 K.; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 08/04/2010 T., 2009/6874 E., 2010/2036 K., UYAP, (E.T.: 22/05/2020).

[523] Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 08/04/1991 T., 1990/4450 E., 1991/1798 K., "…Aksine akdi ilişkiyi devamettirmiş, gecikmiş ifayı istemiş, sadece cezai şart hakkını saklı tutmakla yetinmiştir. O halde karşı tarafın edimini yerine getirdiğini kabul eden davalının, ücretin miktar ve ödenmesine dair olup, serbest iradesiyle kabul ettiği 6. maddeyi 'anlaşmanın ruhuna ters düştüğünü gerekçe göstererek iptal ettiğini bildirmesi ve buna dayanarak kendi edimini yerine getirmemesi sözleşmenin tek yanlı ihlalidir. Bu tutum ahde vefa ilkesine aykırı olduğu gibi MK'nun 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralıyla da bağdaşmaz…"; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 07/10/1977 T., 1977/1234 E., 1977/1830 K., (www.kanunum.com, E.T.:18/05/2020).

[524] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 09/10/1991 T., 1991/15-340 E., 1991/467 K., "…İş sahibinin 106/II. maddedeki seçimlik hakkını geç kullanması kınanabilecek bir davranış olarak kabul edilemez. Çünkü, yukarıda açıklandığı gibi seçimlik hakkını dilediği zaman ve zamanaşımı süresince kullanmak iş sahibinin yasal hakkıdır; O nedenle bu kınanacak bir davranış değildir. Diğer taraftan davacı sözleşmenin yerine getirilmesinde ve işin tesliminde davalıyı duraksamaya düşürerek, işin gecikmesine neden olan bir eylemi de bulunmamaktadır. Her iki tarafın, sözleşmenin yerine getirilmesi ve teslimi konusundaki eylemli durumu bunun kanıtıdır…"; Anılan görüş değişikliği sonrasında bu görüşe uygun şekilde verilen diğer kararlar için bkz. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 03/07/1995 T., 1995/6285 E., 1995/6630 K.; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 15/06/1995 T., 1995/5604 E., 1995/5908 K., (www.kanunum.com, E.T.:18/05/2020).

engeline takılmadığı sürece kullanmakta serbest olduğu, alacaklı tarafın istediği zaman kullanabileceği seçimlik hakkını geç kullanması nedeniyle alacaklının müterafik kusurundan hareketle ceza koşulundan indirim yapılamayacağı, alacaklının gecikme süresi ne olursa olsun beklediği süre kadar zarara uğradığı ve bu sebepten ceza koşulu talep etmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil etmeyeceği yönünde görüş değiştirilmiştir[525]. Ancak sonrasında Yargıtay tarafından verilen kararların anılan Hukuk Genel Kurulu kararından önceki şekliyle devam ettiği ve makul süre kriterinin kullanılmaya devam ettiğini görmekteyiz[526].

Yukarıdaki açıklamalarımız doğrultusunda, ceza koşulunun aşırı olması halinde bu aşırılığın sebepleri arasında taraflardan birinin dürüstlük kuralına ya da hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı davranışı, borçlunun kusurunun artmasına ya da alacaklının ortak kusuruna sebebiyet veriyor ise ceza koşulundan yapılacak indirimde dikkate alınmalıdır.

[525] YAĞCIOĞLU, s. 201; GÜNAY, s. 183-188; USLU, s. 135.

[526] Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 28/03/2013 T., 2012/2052 E., 2013/1381 K., "…Her ne kadar davacı 24.06.2007 tarihli tutanakla eseri teslim almış ise de gecikmeden doğan cezai şart vs. haklarını saklı tuttuğundan ve halen de imalâtta eksik bulunduğundan, sözleşmede kararlaştırılan BK'nın 158/II. maddesince ifaya ekli cezayı istemekte haklı ise de, akreditifin açılmasında kusurlu bulunan davacının imalâtın tümü için kararlaştırılan gecikme cezasının tamamını istemekte haklı olduğu kabul edilemez. Ancak eksik bırakılan imalât tutarı oranında cezai şart istemi amaca uygun düşer. O halde mahkemece yapılması gereken iş, %1,78 oranında ve 4.181,71 TL tutarındaki montaj işçiliğinin tamamlanması için gereken makul süre kadar gecikme cezası bilirkişilerden ek rapor alınarak hesaplattırılıp, eksik işler ve işlemiş faizle birlikte hüküm altına almaktan ibarettir…"; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 02/06/2011 T., 2010/3010 E., 2011/3269 K.; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 04/12/2008 T., 2008/17292 E., 2008/21050 K., Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 12/12/2017 T., 2017/6507 E., 2017/17496 K., UYAP, (E.T.:18/05/2020).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

CEZA KOŞULUNUN İNDİRİLMESİNE İLİŞKİN ÖZEL DURUMLAR VE USULİ İŞLEMLER

I. TACİRLERİN CEZA KOŞULUNUN İNDİRİLMESİNİ İSTEYEMEMESİ

A. Tacirin Ceza Koşulunun İndirilmesini İsteyememesine İlişkin Genel Açıklamalar

TTK'nun 18-23. maddeleri arasında tacir olmanın sağladığı nimetler ve doğurduğu külfetler, tacir olmanın hükümleri başlığı altında açıklanmıştır. Tacir olmanın külfetlerinden biri de TTK'nun 18. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğüdür. Anılan maddeye göre tacirin, daha öncesinde şahsen taahhüt etmediği edimleri yüklenme olasılığı vardır ve sorumluluğu çok geniş bir alana yayılmıştır. Bu geniş alan, tacirin yalnızca subjektif davranışlarını değil objektif olarak nasıl davranması gerektiğini de kapsar. Bir tacirin sorumluluk alanı belirlenirken yalnızca kendisinin şahsi olarak gösterdiği özen değil, o iş alanında çalışan herhangi bir akıllı ve dikkatli davranış sergileyen tacirin göstereceği özen kıstas alınmalıdır. Tacir işiyle ilgili borçları ifa ederken ve sözleşme akdederken basiretli bir iş adamı gibi davranmak zorundadır[527].

Basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün yansımalarından birini de tacirin ceza koşulundan indirim isteyememesinde görmekteyiz. TTK'nun 22. maddesine göre eğer bir borçlu tacir sıfatına sahip ise sözleşme cezasının yani ceza koşulunun indirilmesini isteme hakkı yoktur. TTK m. 22 uyarınca "Tacir sıfatını haiz borçlu, Türk

[527] KOCAAĞA, s. 377; BİNGÖL, s. 103.

Borçlar Kanunu'nun 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.".

İlgili madde TBK'nun 182. maddesinin son fıkrasında düzenlenen fahiş olan ceza koşulunun indirilmesi kuralına istisna teşkil eder. Anılan hüküm doğrultusunda, mahkeme önüne götürülen uyuşmazlıkta borçlunun tacir olması halinde, ceza koşulu fahiş olarak belirlenmiş olsa bile, borçlu TBK m. 182/III'de yer verilen haktan yararlanamayacak ve ceza koşulunun indirilmesini isteyemeyecektir[528].Bu hüküm tacir sayılanlar hakkında da uygulanacaktır. Kanun koyucu tacirlerin aşırı ceza koşulundan indirim isteyememesi hükmünü getirirken, tacirin basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlüğünün yansıması olarak ceza koşuluna ilişkin sözleşmeyi akdederken ceza koşulunun kendisi için getireceği riskleri bilerek hareket ettiğini ve sonuçlarına katlanmayı göze aldığını varsaymıştır[529].

865 Sayılı Eski Ticaret Kanunu'nun 24. maddesinde de yer alan tacirin ceza koşulundan indirim isteyememesi hükmü, halihazırda yürürlükte olan Ticaret Kanunu'muzun 22. maddesiyle korunduğundan uzun yıllar boyunca Yargıtay tarafından da tacirin ticari işletmesiyle ilgili olan aşırı ceza koşulundan indirim isteyemeyeceği yönünde kararlar verilmiştir. Yargıtay hukuk daireleri arasında çıkan tacirin ceza koşulundan indirim isteme konusu hakkındaki uyuşmazlıkları gidermek amacıyla Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 1940 yılında vermiş olduğu kararı önemlidir[530].

---

[528]TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 173; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s. 845; KOCAAĞA, s. 378; BİLGE, s. 125; ÇABRİ, Sezer," Cezai Şart Borçlusunun Tacir Olması Halinde İş Sözleşmesinde Kararlaştırılan Fahiş Cezai Şartın İndirime Tabi Tutulup Tutulamaması", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi,** 2006, C.3, S.11, s. 923; BİNGÖL, s. 103; GÜNAY, s. 216; KARAGÖZ, s. 56; YAĞCIOĞLU, s. 263; UÇAR, s. 116; TAMER, s. 748-749; DİRİCAN, s. 193; KILIÇOĞLU, s. 1003; YÜCEL, s. 2948-2949; YAVUZ, s. 535; ARSLANLI, s. 61-62.

[529] TAMER, s. 150.

[530] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 03/07/1940 T., 1940/7 E., 1940/71 K., "…Neticede; Ticaret Kanununun 2. maddesinde ticari meselelerin kanunen muteber mukaveleler ve böyle bir mukavele olmadığı surette ticaret kanunlarının sarahat veya delaletiyle halledileceği yazılı olduğu ve 647. maddesinde de mukavele sırasında maktu zarar ve ziyan olarak tesmiye kılınan meblağ müteahhidinlesin taahhüdün ifası halinde istihsal edeceği menfaat bedelini tecavüz etse dahi mahkemece miktarının tenzil edilemiyeceği musarrah bulunduğu ve bu maddede kanun vazıı tecavüzün nisbetini tayin ve tahdide lüzum görmediği cihetle bu sarahat ve ıtlak muvacehesinde münhasıran ticari olmayan hadiselere tatbik

Anılan karara göre, tacir ticari işletmesiyle ilgili bir borç için kararlaştırılan ceza koşulunun aşırı olması durumunda mahkemeden indirim isteyemeyecektir. Tacirin birkaç istisnai hal dışında aşırı olan ceza koşulundan indirim isteyemeyeceği Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarıyla sabittir[531]. Anılan istisnai hallere aşağıdaki bölümde değinilecektir.

B. Tacirin Ceza Koşulunun İndirilmesini İsteyememesinin Koşulları

1. Borçlunun Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Tacir Sıfatına Sahip Olması

TTK'nun 22. maddesine göre tacir sıfatını taşıyan borçlu tarafından aşırı olan ceza koşulunun indirilmesi istenemez. Tacir sıfatından kasıt ya kişinin tacir olması ya da kişinin hareketleri nedeniyle tacir gibi sorumlu olmasıdır.

TTK'nda tacir terimi, ticari işletme[532] kavramı üzerinden açıklanmıştır[533]. TTK'nun 12. maddesinde gerçek kişi tacirler ve tacir gibi sorumlu olanlar belirtilmiştir[534]. Anılan maddenin birinci ve ikinci fıkrasında tacir olan kişiler, üçüncü fıkrasında ise tacir gibi sorumlu olan kişiler belirtilmiştir. Anılan maddenin birinci

edilmesi icap eden Borçlar Kanununun 161. maddesinin son fıkrasının ticari muamelelere teşmiline imkan bulunmadığına ve bu itibarla Ticaret dairesince evvelce takarrür etmiş olan içtihat musip olup değiştirilmesine mahal olmadığına 1. içtihat musip olup değiştirilmesine mahal olmadığına 1. içtimada sülüsan ekseriyet hasıl olamadığından 2. içtimada mutlak ekseriyetle karar verildi…"(www.kanunum.com, E.T.:19/05/2020).

[531] Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 04/03/1976 T., 1975/5425 E., 1976/915 K.; Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 10/12/2019 T., 2018/3597 E., 2019/5492 K.; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 23/05/2019 T., 2017/7135 E., 2019/4896 K.; Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 31/10/2017 T., 2016/11562 E., 2017/7463 K., UYAP, (E.T:19/05/2020).

[532] Ticari işletmenin tanımı TTK'nun 11. maddesinin birinci fıkrasında açıklanmıştır: " Ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir.".

[533]KARAMAN COŞGUN, Özlem, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Teşebbüs Kavramı ve Tacir Sayılmasının Sonuçları", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 2015, C. 21, S.1, s. 107.

[534] TTK m.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 sayılmayan diğer bir şirket adına ortak sıfatıyla işlemlerde bulunan kimse, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olur.".

fıkrasında ticari işletmesini ticaret siciline tescil ettirip ticari faaliyetlerine başlayanlardan; ikinci fıkrasında ticari işletmesine ilişkin ilanları ve tescili yapıp fiili olarak işletmeye başlamayanlardan; üçüncü fıkrasında ise tacir sıfatına haiz olmayıp da tacir gibi davranışlar sergileyerek iyiniyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olanlardan bahsedilmiştir. Tacir gibi sorumlu olan kişiler de, tacir olmanın nimetlerinden faydalanmayıp yalnızca külfetlerine katlanacakları için aşırı ceza koşulundan indirim talep edemeyeceklerdir[535].

Gerçek kişi tacirlerin tacir sıfatını kazanabilmeleri için TTK'nun 12. maddesinde belirtilen hususlara sahip olmaları gerekli olup gerçek kişi tacirlerin ticaret ya da oda sicillerine kayıt yaptırmaları gerekli değildir[536]. Nitekim sicillere kayıt tacirlik sıfatının kazanılması için şart olmayıp yalnızca tacir olmanın yükümlülükleri arasındadır[537].

Gerçek kişinin işletmesinin ticari işletme mi yoksa esnaf işletmesi mi olduğu hususuna da dikkat etmek gereklidir. Esnafın tanımı TTK'nun 15. maddesinde yapılmıştır[538]. Esnafın ekonomik faaliyetleri sermayeden çok bedeni çalışmasına dayanır ve ticari işletme – esnaf arasındaki ekonomik sınır da TTK'nun 11. maddesinin ikinci fıkrası gereğince Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile belirlenir. Esnaf işletmesinin sahibi olan kişi tacir değildir ancak TTK'nun 15. maddesinde belirtildiği üzere tacirlere özel hükümlerden bazıları esnaf işletmelerine de uygulanabilecektir. Bu hükümler arasında tacirin aşırı ceza koşulunun indirilmesini isteyememesine ilişkin hüküm olan

---

[535] ÜLGEN, Hüseyin/ HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, Füsun, **Ticari İşletme Hukuku**, 5. Baskı, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 273; KARAHAN, Sami, **Ticari İşletme Hukuku**, 27. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2015, s. 103; POROY, Reha/ YASAMAN, Hamdi, **Ticari İşletme Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 137; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 04/03/2020 T., 2019/6040 E., 2020/2033 K., "…Belirtmek gerekir ki TTK 24. madde hükmünün uygulanabilmesi için, cezaî şartın veya ücretin veyahut da faizin tespit ve tayin edildiği sırada, borçlunun tacir sıfatını haiz olması veya tacir gibi mes'ul olacak bir durumda bulunması iktiza eder. Ayrıca, borçlunun cezaî şartı, faizi veya ücreti kendi ticarî işletmesi icabı taahhüt etmiş bulunması icap eder…", UYAP, (E.T.: 21/05/2020).

[536] KOCAAĞA, s. 380.

[537] KARAHAN, s. 111; POROY/YASAMAN, s. 35; KARAMAN COŞGUN, s. 144.

[538] TTK m. 15: "(1) İster gezici olsun ister bir dükkânda veya bir sokağın belirli yerlerinde sabit bulunsun, ekonomik faaliyeti sermayesinden fazla bedenî çalışmasına dayanan ve geliri 11 inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca çıkarılacak kararnamede gösterilen sınırı aşmayan ve sanat veya ticaretle uğraşan kişi esnaftır. Ancak, tacirlere özgü 20 ve 53 üncü maddeler ile Türk Medenî Kanununun 950 nci maddesinin ikinci fıkrası hükmü bunlara da uygulanır.".

TTK'nun 22. maddesi yoktur. Yargıtay da kararlarında, ceza koşulu borçlusunun esnaf işletmesi mi yoksa ticari işletme sahibi mi olduğunun dikkatlice araştırılarak, esnaf işletmesi ise ceza koşulundan indirim yapılabileceğini ifade etmiştir[539].

Ceza koşulu borçlusunun tacir sıfatına haiz olup olmadığı konusunda bir ihtilaf var ise borçlunun tacir olduğunu ispat yükü, ceza koşulu alacaklısının üzerindedir. Ancak borçlu kendisinin TTK'nun 15. maddesindeki gibi esnaf işletmesine sahip olduğunu iddia ediyor ise bu durumda ispat yükü borçlunun üzerinde olacaktır[540].

TTK'nun 16. maddesinde ise tüzel kişi tacirler belirtilmiştir[541]. Anılan maddeye göre ticaret şirketlerinin hepsi, ticari işletme işletmek şartıyla vakıf ve dernekler ve son olarak maddede belirtilen kamu tüzel kişileri tarafından ticari faaliyet yürütmek amacıyla kurulan kurumlar da tacir sıfatına haizdir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise maddede belirtilen kamu tüzel kişileri tarafından bir kurulan bir kuruluş ya da kurum tarafından değil de direkt kendileri tarafından yürütülen bir ticari işletme faaliyeti

[539] Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 04/03/2020 T., 2019/6040 E., 2020/2033 K., "…Somut olayda, davalılar tacir olmadıklarını ileri sürerek TBK 182. maddesi kapsamında takdiri indirim hakkının nazara alınmasını talep etmişler ise de dosya kapsamından davalıların tacir olup olmadıklarının araştırılmadığı ve cezai şartın fahiş olarak kabul edilip edilemeyeceği, dolayısıyla indirilmesi gerekip gerekmediği mahkemece yeterli somut veriye dayanılarak tartışılmadığı anlaşılmaktadır. Eksik inceleme, denetime elverişli olmayan gerekçe, subjektif ifade ve soyut beyanlar ile hüküm kurulamaz. Bu durumda, TTK 14, 17, 1463 maddeleri, 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları kanunun 3. maddesi çerçevesinde davalıların tacir olup olmadığı araştırılarak tacir olması halinde; cezai şartın davalıların iktisaden çöküntüye uğramasına yol açıp açmayacağı, tacir olmadığının tespiti halinde ise; TBK'nun 182/son maddesi gereğince hakimin aşırı gördüğü cezai şart bedelinden indirim yapılabileceği gözetilerek, alacak miktarı belirlenip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken anılan hususlar gözardı edilerek, eksik inceleme, soyut ve yetersiz gerekçe ile hüküm verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir…"; Yargıtay 11. Hukuk, 18/04/2016 T., 2015/9568 E., 2016/4235 K., "…davalının esnaf olduğu için TBK'nın 182/3. maddesi gereğince sözleşmede belirtilen cezai şart miktarından %50 oranında indirim yapılmasının uygun olduğu, gerekçesiyle asıl davanın kısmen kabulü ile, 20.000,00 TL cezai şartın avans faizi ile birlikte davalıdan tahsiline, karşı dava kesinleştiği için karşı dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına, karar verilmiştir…Onanmasına…"; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 14/11/2019 T., 2019/4267 E., 2019/9155 K.,UYAP, (E.T.: 21/05/2020).

[540] TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 177; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 18/06/2019 T., 2017/19-922 E., 2019/706 K. "… Şayet borçlunun tacirlik sıfatı üzerinde bir anlaşmazlık varsa, bu sıfatının mevcudiyetini ispat zorunda bulunan alacaklıdır. Ancak borçlunun TTK. 17 deki istisnaî olaya dayanması hâlinde, ispat yükü kendisinin omuzlarındadır…", UYAP, (ET: 21.05.2020).

[541] 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.".

sonucunda ilgili kamu tüzel kişilerinin bizzat tacir sıfatına sahip olmadığı ifade edilmiştir[542].

TTK'nda 12. ve 16. maddeleri dışında 13.[543] 14.[544],17.[545]maddeleri de tacir sayılan kişi ya da kurumlardan bahsetmiştir. Anılan kanunun 17. maddesine göre donatma iştiraki de tacire ilişkin hükümlere tabi olacaktır[546].Yine aynı şekilde TTK'nun 195/5 maddesi gereğince hakim teşebbüs de tacir sıfatına haizdir[547].

TTK'nun 124. maddesi ve 1163 Sayılı Kooperatifler Kanunu'nda değişiklik yapan 5146 Sayılı Kanun'un 1. maddesine göre kooperatifler de ticari şirketlerdendir. TTK'nun 16. maddesine göre ise de ticaret şirketleri tacir sıfatına haiz olmalarına rağmen, her ne kadar doktrin[548] tarafından tacir olarak sayılsa da Yargıtay tarafından kooperatifler tacir olarak sayılmamakta ve kooperatifin borçlusu olduğu bir ceza koşulunun fahiş olması durumunda indirim yapılabileceğini ifade edilmiştir[549].Her ne

---

[542] TTK m. 16 :"(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.".

[543] TTK m. 13: "(1) Küçük ve kısıtlılara ait ticari işletmeyi bunların adına işleten yasal temsilci, tacir sayılmaz. Tacir sıfatı, temsil edilene aittir. Ancak, yasal temsilci ceza hükümlerinin uygulanması yönünden tacir gibi sorumlu olur.".

[544] TTK m. 14: "(1) Kişisel durumları ya da yaptığı işlerin niteliği nedeniyle yahut meslek ve görevleri dolayısıyla, kanundan veya bir yargı kararından doğan bir yasağa aykırı bir şekilde ya da başka bir kişinin veya resmî bir makamın iznine gerek olmasına rağmen izin veya onay almadan bir ticari işletmeyi işleten kişi de tacir sayılır.".

[545] TTK m. 17: "(1) Tacire ilişkin hükümler donatma iştirakine de aynen uygulanır.".

[546] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 18/06/2019 T., 2017/19-922 E., 2019/706 K. "…Ancak aynı maddenin ikinci fıkrasındaki istisna saklıdır. Ayrıca anılan Kanun'un 19. maddesi tüzel kişiliği bulunmayan "donatma iştiraki"ni de tacirler hakkındaki hükümlere bağlı tutmuştur…", UYAP, (ET: 21.05.2020); Tamer, s. 751.

[547] TTK m. 195/5: "Şirketler topluluğunun hakiminin, merkezi veya yerleşim yeri yurt içinde veya dışında bulunan, bir teşebbüs olması halinde de, 195 ila 209 uncu maddeler ile bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır. Hakim teşebbüs tacir sayılır. Konsolide tabl".

[548] ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER, s. 502; KIRCA, İsmail, "Kooperatiflerin Tacir Niteliği Hakkında Yargıtay'ın Tutumu: Kanuna Aykırı Yorum Mu Yoksa Örtülü Boşluk Doldurma Gayreti Mi?", **Banka ve Ticaret Enstitüsü Dergisi**, Haziran 2017, C.33, S. 2, s. 25.

[549]Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 09/07/2019 T., 2019/1960 E., 2019/3281 K., "…Davalı yüklenici kooperatif tacir olmayıp mahkemenin kabul ettiği gibi aşırı cezai şartın tenkisi mümkün ise de kararlaştırılan aylık 200 Alman Markı cezai şart sözleşme konusu işin niteliği, yapılıp davacı arsa sahibine teslim edilecek inşaatın villa olup bunun değeri, cezai şartın konuluş amacı, tarafların iktisadi durumları dikkate alındığında fahiş olmadığı gibi teslimi gereken tarihin ötelenerek tenkis yapılması doğru olmamıştır…"; Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, 27/09/2018 T., 2016/2898 E., 2018/4347 K., "…Somut olayda davalı kooperatiftir. Kooperatiflerin tacir olup olmadıkları tartışmalı ise de Dairemiz yerleşik uygulamaları ile kooperatiflerin tacir olmadığını kabul etmektedir. Kooperatiflerin tacir olduğu kabul edilse dahi tacir olan borçlunun iktisaden mahvına sebep olacak derecede aşırı cezanın indirilmesi gerektiği de Dairemizce kabul edilmektedir. Bu durumda mahkemece tacir olmayan davalı kooperatif aleyhine verilecek cezada TBK 182/3. maddesi uyarınca indirime gidilmesinin gerekip gerekmediği

kadar genel olarak Yargıtay'ın kooperatiflerin tacir olmadığı yönünde kararları mevcut olsa da, görevli mahkemeyi belirlemek adına verdiği bir kararında, kooperatifin tacir sıfatına sahip olduğu ve bu sebeple ticaret mahkemesinin açılan davaya bakmakla görevli olduğunu ifade edilmiştir[550].

Ceza koşulundan indirim yapılması hususunda önemli olan ceza koşulu borçlusunun tacir sıfatına haiz olup olmamasıdır. Taraflar arasındaki işin ticari iş olması ceza koşulu borçlusu tacir değil ise indirime engel değildir. Burada önemli olan ceza koşuluna konu borcun ticari iş olup olmaması değil, ceza koşulu borçlusunun tacir olup olmadığıdır[551].

Ceza koşulu borçlusu tacirin, tacirlik sıfatına haiz olup olmadığı tespit edilirken dikkat edilecek an ceza koşuluna ilişkin kararlaştırmanın yapıldığı andır[552]. Ceza koşulu borçlusunun ceza koşuluna ilişkin sözleşmeyi akdettiği anda tacir sıfatına sahip olması yeterlidir. Ceza koşulu borçlusunun sözleşme akdedildikten sonra tacirlik vasfını yitirmesi, ceza koşulundan indirim talep etmeyi mümkün hale getirmez. Borçlu, tacir sıfatını sözleşme akdedildikten sonra kaybetse bile ceza koşulundan indirim yapılamaz.

---

tartışılmadan karar verilmesi doğru görülmemiştir…"; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 01/04/2010 T., 2009/4963 E., 2010/1898 K., UYAP, (E.T.: 21/05/2020).

[550] Anılan karar için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 29/11/2017 T., 2017/19-1658 E., 2017/1464 K., UYAP, (E.T.: 21/05/2020).

[551] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 12/02/2019 T., 2017/3949 E., 2019/1070 K."… karşısında takdir edilen 165.000,00 TL cezai şart bedelinin fahiş olduğu, davalıların ticaret şirketi ortağı olmaları davalılara tacir sıfatını kazandırmayacağından ve davalılar tacir olmayıp taraflar arasındaki sözleşmede ticari iş niteliğinde bulunmadığından TTK'nın 22. maddesinin uygulama yeri bulunmadığı gerekçesiyle davanın kısmen kabul ve kısmen reddine, 50.000,00 TL cezai şartın dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan alınarak davacıya verilmesine karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir. Dosyadaki yazılara, mahkemece uyulan bozma kararı gereğince hüküm verilmiş olmasına ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacı vekilinin bütün temyiz itirazları yerinde değildir…"; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 28/06/2011 T., 2009/13345 E., 2011/7844 K., "…Somut olaya gelince, mahkemece tarafların sosyal ve ekonomik durum araştırmasında davacının esnaf, davalının ise dava dışı şirket ortaklığı dışında başkaca bir işi yada gelirinin bulunmadığı tespit edilmiş olup, salt şirket ortağı olmanın da davalıya tacir sıfatını kazandırmayacağı kuşkusuzdur. Bu bağlamada mahkemece, davalının tacir olduğuna ilişkin denetlenebilir kanıtları da gösterilmeksizin tacir olduğu kabulünden hareketle cezai şart miktarının belirlenmesi doğru değildir. Bu durumda, mahkemece, yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda, davaya dayanak yapılan borcun asıl miktarı da nazara alınarak, karar yerinde isabetle belirlenen ilkeler çerçevesinde davalının tacir sıfatını taşımadığı da gözetilerek cezai şartın daha uygun ve makul bir oranda tenkisi yerine somut olayla uyuşmayan fahiş yazılı miktara hükmedilmesi doğru görülmemiş, kararın davalı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir…", UYAP, (E.T.: 21/05/2020).

[552] GÜNAY, s. 219; TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 176; KARAHAN, s. 103; GÖKÇEOĞLU, s. 70; DİRİCAN, s. 193; ÇABRİ, s. 924.

Çünkü borçlu sözleşmeyi akdettiği anda basiretli bir tacir gibi davranma yükümlülüğü altındadır[553]. Ceza koşulu borçlusunun ceza koşuluna ilişkin sözleşmeyi akdettikten sonra tacir vasfını kazanması durumunda ise ceza koşulundan TBK m. 182/III gereğince indirim yapılmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır[554]. Yargıtay da kararlarında, indirim için ceza koşulunun kararlaştırıldığı anda borçlunun tacir sıfatına haiz olup olmadığına dikkat edilmesi gerektiğini ifade etmiştir[555].

Ceza koşulunun bağlı olduğu asıl borcun borçlu tacir tarafından değil, başka biri tarafından üstlenilmesi halinde üstlenen şahsın ceza koşulundan indirim isteyip isteyemeyeceği hususu doktrinde tartışmalara sebep olmuştur. Borcu üstlenen kişinin tacir sıfatına haiz olup olmadığına bakılmaksızın ceza koşulundan indirim talep edemeyeceğini kabul eden görüşe göre, borcu üstlenen kişinin ceza koşulundan indirim hakkına sahip olması kanuna karşı hile teşkil edecek ve kanun dolanılmış olacaktır[556]. Borcu üstlenen kişinin ceza koşulundan indirim isteyebileceğine ilişkin görüşü savunanlara göre, aşırı olan ceza koşulunun indirilemeyeceğine ilişkin hüküm yalnızca tacirlere ilişkin olduğundan borcu üstlenen kişinin tacir sıfatına sahip olmaması durumunda, ceza koşulundan indirim yapılmayacağını bilmesinin beklenilmesi hakkaniyete aykırıdır[557].Kanaatimizce de, borcu üstlenen kişinin tacir sıfatına sahip olmaması halinde, TTK'nun 22. maddesi gereğince aşırı olan ceza koşulundan indirim talep edememesi hakkaniyete aykırı olacaktır. Nitekim, TBK'nun 196. maddesine göre, borcun üstlenilebilmesi için borcu üstlenen ile ceza koşulu alacaklısı arasında sözleşme yapılmakta ve ceza koşulu alacaklısının oluru alındıktan sonra borç üstlenilmiş

[553] BİNGÖL, s. 105.
[554] GÜNAY, s. 219; BİNGÖL, s. 106.
[555] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 18/06/2019 T., 2017/19-922 E., 2019/706 K., "…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 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…"; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 04/03/2020 T., 2019/6040 E., 2020/2033 K., UYAP, (E.T.: 22/05/2020).
[556] TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 177; GÜLSEVEN, s. 71; GÜNAY, s. 219.
[557]KOCAAĞA, s. 381-382; USLU, s. 226; KARAHAN, s. 104; YAĞCIOĞLU, s. 265; BİNGÖL, s. 106-107.

olacaktır. Alacaklının borcun üstlenilmesine, üstlenme sözleşmesiyle onay vermesinden sonra üstlenme işleminin kanun hükümlerini dolanmak amacıyla yapıldığı iddiası dinlenemez. Sonuç olarak, ceza koşulunun kararlaştırıldığı asıl borcun üstlenilmesi halinde, tacir olmayan üstlenenin fahiş olan ceza koşulundan indirim talep etmesinin önünde herhangi hukuki bir engel yoktur.

2. Ceza Koşulunun Ticari İşletmeyle İlgili Bir Borç İçin Getirilmesi

TTK'nun 22. maddesine göre ceza koşulundan indirim talep edilememesi için ceza koşulu borçlusunun tacir sıfatına haiz olması gerektiği ifade edilmişse de borcun tacirin ticari borçlarına ilişkin olup olmaması hususunda herhangi bir kanuni düzenleme getirilmemiştir[558]. Hal böyleyken tarafından tacirin ticari işletmesiyle ilgili borçlarından kaynaklanan ceza koşulundan indirim talep edemeyeceği kabul edilmektedir[559].

Burada dikkat edilmesi gereken husus ise TTK'nun 22. maddesindeki indirim yasağının tacirin tüm borçları için değil ticari işletmesiyle ilgili borçları için geçerli olduğudur[560]. TTK'nun 19. maddesi gereğince bir tacirin borçlarının ticari olması asıl iken tacirin sözleşmeyi akdederken açıkça ticari işletmesiyle ilgili bir iş olmadığını karşı tarafa bildirdiği ya da işin hal ve şartlarından ticari olmadığının anlaşıldığı durumlarda, ticari iş karinesi devre dışı kalacaktır[561]. Buradan hareketle, tacirin ticari işletmesiyle ilgili olmayan kendi kişisel borçları için kararlaştırılan ceza koşulundan indirim yapılabilmesinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır[562]. Ticari işletmesiyle

---

[558] Alman Ticaret Kanunu'nun 348. Paragrafında, tacirler bakımından kararlaştırılan ceza koşulundan indirim yapılmamasına ilişkin kuralda söz konusu borcun tacirin ticari işletmesiyle ilgili işlerden kaynaklanması gerektiği ifade edilmiştir. (TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 177).

[559] GÜNAY, s. 220; TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 177-178; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 476; FEYZİOĞLU, s. 405; CANSEL/ÖZEL, s. 732; KARAHAN, s. 92; KOCAAĞA, s. 383; ARSLANLI, s. 62-63; USLU, s. 223;

[560] POROY/YASAMAN, s. 139.

[561] 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 adi sayılır.".

[562] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 18/06/2019 T., 2017/19-922 E., 2019/706 K., "…TTK'nın 21. maddesine göre "Bir tacirin borçlarının ticarî olması asıldır...". Değişik bir söyleyişle, tacirin yaptığı

ilgili olmayan borçlar için kararlaştırılan ceza koşulundan indirim yapılabileceği kuralı yalnızca gerçek kişi tacirler bakımından uygulanabilir niteliktedir. Nitekim tüzel kişi tacirlerin adi iş sahaları bulunmamakta ve yaptıkları işlerin tümü ticari niteliktedir[563]. Buradan hareketle tüzel kişi tacirlerin işlerinin tümü için ceza koşulundan indirim yapılamaması kuralı geçerlidir[564]. Tüzel kişi tacirlerin adi iş alanı olmadığı kabul edilse bile Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararında isabetsiz olarak, işveren tüzel kişi tacirin, işçisiyle yapmış olduğu iş sözleşmesi gereğince ceza koşulu borçlusu olması halinde, işçisi ile ilişkisi adi iş sayılarak TBK'nun 182/III hükmü gereğince aşırı olan ceza koşulundan indirim yapılabileceği ifade edilmiştir[565].

TTK'nun 3. maddesine göre yalnızca TTK'nda düzenlenmesi sebebiyle ticari iş sayılan işlemleri akdeden tacirin, bu tür bir borç sebebiyle ceza koşulunu taahhüt ettiği durumlarda da TTK'nun 22. maddesi gereğince fahiş olan ceza koşulundan indirim talep etmesi mümkün değildir[566].

---

muamele ve işlerin, onun ticari işletmesiyle ilgili bulunması asıldır. Ancak gerçek kişi olan tacir muamele sırasında bunun ticarî işletmesiyle ilgili bulunmadığını açıkça bildirir veya o muamelenin ticarî sayılmasına hâl ve durum elverişli olmazsa, o zaman borç adi sayılır. Hatta ticarî işletmeyle ilgili bulunmasa da, sırf TTK'da yazılı bulunduğu için ticarî sayılan muameleler vardır…", UYAP, (E.T.: 22/05/2020); Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 03/07/1940 T., 1940/7 E., 1940/71 K., "…Neticede; Ticaret Kanununun 2. maddesinde ticari meselelerin kanunen muteber mukaveleler ve böyle bir mukavele olmadığı surette ticaret kanunlarının sarahat veya delaletiyle halledileceği yazılı olduğu ve 647. maddesinde de mukavele sırasında maktu zarar ve ziyan olarak tesmiye kılınan teblağ müteahhidünlehin taahhüdün ifası halinde istihsal edeceği menfaat bedelini tecavüz etse dahi mahkemece miktarının tenzil edilemiyeceği musarrah bulunduğu ve bu maddede kanun vazıı tecavüzün nisbetini tayin ve tahdide lüzum görmediği cihetle bu sarahat ve ıtlak muvacehesinde münhasıran ticari olmayan hadiselere tatbik edilmesi icap eden Borçlar Kanununun 161. maddesinin son fıkrasının ticari muamelelere teşmiline imkan bulunmadığına ve bu itibarla Ticaret dairesince evvelce takarrür etmiş olan içtihat musip olup değiştirilmesine mahal olmadığına 1. içtihat musip olup değiştirilmesine mahal olmadığına 1. içtimada sülüsan ekseriyet hasıl olamadığından 2. içtimada mutlak ekseriyetle karar verildi…", (www.kanunum.com, E.T.:19/05/2020).

563 İNAL, Tamer, **Ticari İşletme Hukuku- Uluslararası Ticari Sözleşmeler**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s.62.

564 POROY/YASAMAN, s. 138.

565 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 15/10/1997 T., 1997/9-486 E., 1997/822 K., "…O nedenle; işe almama karşılığı bir yaptırım olarak kararlaştırılan ceza koşulu TTK. nu hükümlerinin öngördüğü anlamda bir ticari ilişkiden kaynaklanmadığı çok açıktır. Hal böyle olunca; davalı işveren A.Ş.nin, tacir olması taraflar arasındaki anlatılan hukuki ilişkinin kendine, özellikle iş yasasına özgü niteliği karşısında, TTK.nun 24. maddesinin uygulamasını gerektirmez. Açıklanan nedenlerle, TTK. 24. maddesine dayanılarak, işe almama tazminatı (Ceza koşulu) miktarında indirim yapılmamasına ilişkin yerel mahkemenin kabulü ve direnmesi yerinde görülmemiştir…", (www.kanunum.com, E.T.:22/05/2020).

566 TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai şart, s. 178; Kanun koyucu, Türk Ticaret Kanunu'ndaki işlemleri önemli gördüğünden ticari işletme ile ilgili bulunmasalar bile ticari sayılmalıdırlar. (GÜNAY, s. 221).

Her ne kadar TTK'nun 22. maddesinde ceza koşulu borçlusunun tacir olması durumunda aşırı olan ceza koşulundan indirim talep edemeyeceği açık olarak belirtilmiş ise de, Yargıtay uygulamasında işverenin tacir olması ve uyuşmazlığın tacir işveren ve işçi arasında bulunması durumunda TBK'nun 182. maddesinin son fıkrası gereğince indirim yapılmasının zorunlu olduğunu kabul etmiştir[567]. Yargıtay bu yönde verdiği kararlarda, işveren tacir olsa bile işçisi ile arasındaki iş ilişkisinin TTK'nun 3. maddesine göre ticari iş olmadığını, taraflar arasındaki ilişkinin 4857 Sayılı İş Kanunu kapsamında hizmet sözleşmesinden kaynaklandığını ve işverenin tacir olması nedeniyle ceza koşulundan indirim yapılmaması kuralının burada işletilemeyeceğini ifade etmiştir. Yargıtay'ın bu yönde verdiği kararlar öğretide haklı olarak eleştirilmiştir[568]. Bu eleştirilerden ilki, TTK'nun 22. maddesindeki hükmün tacirin ticari işletmesini ilgilendiren bütün faaliyetlerini kapsar şekilde geniş bir hüküm olmasıdır. Tacir işveren

[567] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 25/01/2017 T., 2015/22-330 E., 2017/132 K., "…Bu tespitlere ve tüm dosya içeriğine göre, davada talep edilen ceza koşulunun sözleşmenin 13/2. fıkrasında düzenlenen iş akdinin haklı nedenle feshine bağlanan ceza koşulu olduğu, ceza koşulu borçlusu işveren tacir olsa bile iş sözleşmesinde düzenlenen ceza koşulu bakımından Türk Ticaret Kanununun 24. maddesinin işveren hakkında uygulanmayacağı ve Borçlar Kanununun 161/3. maddesindeki emredici düzenleme nedeniyle hakimin fahiş gördüğü takdirde ceza koşulundan re'sen indirim yapmasının zorunlu olduğu Kurul çoğunluğunca kabul edilmiştir. O halde, mahkemece Borçlar Kanununun 161/3. maddesindeki emredici hüküm nedeniyle ceza koşulundan indirim yapılıp yapılmayacağı hususu değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçelerle direnme kararı verilmesi isabetsizdir…", UYAP, (E.T.:22/05/2020); Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 02/02/2005 T., 2004/759 E., 2005/9 K., "…Buna karşılık, Özel Daire sözcüleri; İş Hukukunun kendine özgü yapısı uyarınca, tacir sıfatını taşıyan işveren ile işçi arasında İş Kanunu hükümleri çerçevesinde düzenlenen bir hizmet sözleşmesinin, işveren bakımından Türk Ticaret Kanunu'nun 3. maddesianlamında ticari iş niteliğinde olmadığını; İş Kanunu hükümlerine tabi, kendine özgü bir hizmet sözleşmesi olarak kabulü gerektiğini, işçi işveren ilişkilerinin kamu düzeni ile ilgili olmasının da bu kabulü zorunlu kıldığını, keza, İş Hukukunun temel ilkelerinden biri olan "tarafların dengeli tutulması" ilkesinin de bunu gerektirdiğini, Özel Dairenin aynı yöndeki uygulamasının daha önce benzer davalarda Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenmiş olduğunu dile getirmişlerdir. Gerçekten, Hukuk Genel Kurulu'nun 15.10.1997 gün ve 1997/9-486-822 sayılı kararında, aynı ilkelere vurgu yapılmak suretiyle, tacir statüsünde olmasının, iş akdindeki cezai şart bakımından Türk Ticaret Kanunu'nun 24. maddesindeki kuralın işveren hakkında uygulanmasını gerektirmeyeceği; eş söyleyişle, cezai şart borçlusu işveren tacir de olsa, Borçlar Kanunu'nun161/3. maddesindeki emredici hüküm uyarınca, fahiş görüldüğü takdirde cezai şarttan re'sen indirim yapılmasının zorunlu bulunduğu kabul edilmiştir…"; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 15/10/1997 T., 1997/9-486 E., 1997/822 K., "…O nedenle; işe almama karşılığı bir yaptırım olarak kararlaştırılan ceza koşulu TTK. nu hükümlerinin öngördüğü anlamda bir ticari ilişkiden kaynaklanmadığı çok açıktır. Hal böyle olunca; davalı işveren A.Ş.nin, tacir olması taraflar arasındaki anlatılan hukuki ilişkinin kendine, özellikle iş yasasına özgü niteliği karşısında, TTK.nun 24. maddesinin uygulamasını gerektirmez. Açıklanan nedenlerle, TTK. 24. maddesine dayanılarak, işe almama tazminatı (Ceza koşulu) miktarında indirim yapılmamasına ilişkin yerel mahkemenin kabulü ve direnmesi yerinde görülmemiştir…", (www.kanunum.com, E.T.:22/05/2020).

[568]ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER, s. 274; POROY/YASAMAN, s. 138-139; AYHAN, Rıza, "Ticari İş Kavramı ve Tacir Sıfatına Bağlanan Ücret ve Sözleşme Cezalarının İndirilmesini İsteyememe", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013, C.17, S.2, s. 314; CANSEL/ÖZEL, s. 732; KARAGÖZ, s. 59; YAĞCIOĞLU, s. 267.

ile işçi arasındaki hizmet ilişkisi, TTK'nun 3.maddesi gereğince ticari niteliktedir ve bu sebeple TTK'nun 22. maddesinde belirtilen indirim yasağına tacir işverenin de tabi olması gerekmektedir[569]. Nitekim TTK'nun 22. maddesinin hukuki sonuçları hiçbir sözleşmeye ya da hukuki işleme değil ceza koşulu borçlusunun tacir olmasına bağlanmıştır[570]. Sonuç olarak tacir işveren ve işçi arasında akdedilen hizmet sözleşmesi ticari niteliktedir ve bu sebeple ceza koşulu borçlusunun hem tacir olması ve hem de borcun ticari işletmesiyle ilgili bir akitten kaynaklanması nedeniyle işveren tacir aleyhine TTK'nun 22. maddesinin uygulama alanı bulması gerekmektedir. Eleştirilerden bir diğeri ise, işçileri korumak adına İş Kanunu'nun işçiyi koruma amacına ve işçi lehine yorum ilkesine uygun olarak getirilmiş işçinin lehine olan ceza koşulunun, işverenin lehine olacak şekilde indirime tabi kılınması İş Kanunu'nun amacına aykırı olacaktır[571]. TBK m. 182/III gereğince ceza koşulunun indirilmesi kurumunun amacı da, ekonomik anlamda zor durumda olan borçluyu korumak iken maddi anlamda güçlü olan işverenin lehine anılan maddenin kullanılması, ilgili hükmün konuluş amacına da aykırılık teşkil edecektir. Yargıtay ilgili kararlarında, taraflar arasındaki dengenin sağlanmasından bahsetmiş ise de İş Kanunu'nun getirilme amacı zaten zayıf konumda olan ve işveren karşısında ekonomik anlamda ezilen işçinin lehine hükümler getirerek işçi aleyhine bozulan sözleşme dengesinin biraz da olsa işçi lehine dengelenmesini sağlamak iken, Yargıtay'ın taraflar arasındaki dengenin korunması amacıyla işçi aleyhine bir uygulamaya yer vermesi isabetsiz olmuştur[572].

[569] POROY/YASAMAN, s. 140-142; ÇABRİ, s. 925; TAMER, s. 764-765; KARAGÖZ, s. 58-59.
[570] AYHAN, s. 114, ÇABRİ, s. 925.
[571] AYHAN, s. 114; POROY/YASAMAN, s. 142.
[572] AYHAN, s. 114; POROY/YASAMAN, s. 142; CANSEL/ÖZEL, s. 732.

3. Tacir Borçlunun Aleyhine Hükmedilen Ceza Koşulunun TBK'nun 26. ve 27.Maddelerine Aykırı Olmaması

TTK'nun 22. maddesine göre, tacirin aşırı olan ceza koşulunun indirilmesini isteyememesi kuralı mutlak değildir. Yani her kuralın olduğu gibi bu kuralın da istisnaları bulunmaktadır.

Bu istisnalardan ilki, tacirin iradesini sakatlayan hal içerisindeyken ceza koşuluna ilişkin borcu üstlenmesidir. TBK'nun 30. ve 40. maddeleri arasında düzenlenen ve iradeyi sakatlayan hallerden olan hata, hile ve tehdit durumunda ya da TBK'nun 28. maddesinde belirtilen aşırı yararlanma hallerinde -basiretli bir tacirin deneyimsizliğinden ve bilgisizliğinden söz edilemeyeceğinden yalnızca tacirin zor durumda kalması nedeniyle sözleşme akdettiği hallerde- ceza koşulu borçlusu tacir olsa bile ceza koşulunu doğuran sözleşme iptal yaptırımına tabi olacağından ve borçlunun iptal beyanı ile birlikte sözleşme iptal edileceğinden, TTK'nun 22. maddesindeki indirim yasağı doğal olarak devre dışı kalacaktır[573].

TTK'nun 22. maddesindeki indirim yasağının istisnalarından bir diğeri ise öğreti ve uygulama tarafından benimsenen, borçlu tacir hakkında kararlaştırılan ceza koşulunun, onun ekonomik anlamda mahvına sebep olacak şekilde aşırı olması halinde ceza koşulundan bir miktar indirim yapılabilmesi ya da TBK'nun 27. maddesi gereğince ceza koşulunun genel ahlaka ve adaba aykırı olduğu kabul edilerek tamamen kaldırılabilmesidir. TBK'nun 27. maddesine göre "Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.".

[573] POROY/YASAMAN, s. 144; TAMER, s. 760; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 476.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ceza koşulunu ahlaka aykırı olması nedeniyle geçersiz saydığı bir kararında, TMK'nun 23. maddesine atıf yapmıştır[574]. TMK'nun 23. maddesinin 2. fıkrasına göre kimse özgürlüklerinden vazgeçemez ve bu özgürlüklerini de ahlak ya da hukuk kurallarına aykırı şekilde kısıtlayamaz. Özgürlüklerden vazgeçme hususunda kanun koyucu istisna tanımazken, kısıtlama konusunda kişinin serbest iradesiyle kısıtlama yapabileceğini ancak bu kısıtlamanın sınırlarının olduğunu ifade etmiştir. Bu düzenlemeye paralel olarak TBK'nun 26. maddesinde sözleşme özgürlüğünden, 27 maddesinde ise de sözleşme özgürlüğünün sınırlarından bahsedilmiştir. Sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince taraflar özgür iradeleriyle her türlü sözleşmeyi akdedebilir ancak bu özgürlükleri sınırsız değildir ve TBK'nun 27. ve TMK'nun 23. maddeleri ile sınırlandırılmıştır[575].

Sözleşme özgürlüğü ekonomik özgürlüğü de şüphesiz ki beraberinde getirir. Özel hukuk düzeninde bir sözleşmeye ekonomik özgürlükleri olağanüstü şekilde kısıtlayan bir hüküm koyulması, o sözleşme hükmünü TBK'nun 27. maddesi gereğince ahlaka aykırı ve buradan hareketle hükümsüz kılar.

Tüm bu açıklamalarımız doğrultusunda, tacir aleyhine kararlaştırılan ceza koşulundan indirim yapılamaması kuralının istisnası olarak Yargıtay tarafından, ceza koşulunun tacirin ekonomik özgürlüğünü mahvedecek ve iktisadi geleceğini tehlikeye sokacak şekilde yüksek olması durumunda TTK'nun 22. maddesinin aksine bir indirim yapılabileceği ya da duruma göre ceza koşulunu ilişkin hükmün tamamen kaldırılabileceği içtihat edilmiştir. Yargıtay kararlarında tacirin ilgili ceza koşulunu ifa

---

[574] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 22/05/2013 T., 2012/11-1601 E., 2013/752 K., "…Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise; bu serbestinin sınırları belirlenmiş ve "Kanunun kat'i surette emreylediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet; ahlaka (adaba) veya umumi intizama yahut şahsi hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça, iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir" şeklinde düzenleme yapılmıştır. Bu maddeden sonra gelen madde ise; sözleşmenin konusunun gayri mümkün veya gayri muhik yahut ahlaka (adaba) mugayir olması halinde geçersiz olacağı belirtilmiştir (Mülga BK m.20; TBK m.27). Benzer bir geçersizlik hali de, aynı yasanın 161. maddesinde cezai şartlara ilişkin olarak da öngörülmüştür. Bu hükümlerin yanı sıra, Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 23/2. maddesindeki düzenleme uyarınca da; kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz…", UYAP, (E.T.:28/05/2020).

[575] ATEŞ, Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, s. 165.

etmesi durumunda maddi olarak zorlanması indirim için kıstas alınmamış; tacirin ekonomik özgürlüğünün aşırı derecede zorlaması, sınırlandırılması, yok olması, tacirin ceza koşulunun ifası ile ekonomik geleceğini yok etme keyfiyetinin alacaklı tarafa bırakılması veya tehlikeye düşürecek olması ya da iktisadi anlamda mahvına sebep olması durumları kıstas olarak alınmıştır[576]. Bu kriterlerden birinin varlığı halinde ceza koşulunun ahlaka aykırılığından bahsedebiliriz. Ceza koşuluna ilişkin hükmün yalnızca aşırı olması tacir açısından indirim için haklı sebep olmaz. Ceza koşulunun taciri ekonomik anlamda sarsması hususunun değerlendirilmesi için borçlu tacirin şahsi malvarlığının ve sözleşme tarafları arasındaki dengenin her davada araştırılması gerekmektedir[577].Çünkü tacire tanınan bu istisnai indirim hakkı tacirin piyasadan silinmesini önlemek ve ticaret hayatının devamını sağlamak amacıyla getirilmiştir ve maddi varlıkları aynı olmayan tacirler bakımından TTK'nun 22. maddesi hükmünün mutlak olarak kabul edilmesi, görünürde bir eşitlik sağlamaktan başka bir işe yaramayacaktır.

Tacir aleyhine kararlaştırılan ceza koşulunun aşırı olması, onun ahlaka aykırı olduğunu göstermez[578]. Ceza koşulunun ahlaka aykırı olması ve yüksek olması birbirinden bağımsız kavramlardır. Ceza koşulunun aşırı derecede yüksek kararlaştırılması tacirin ekonomik olarak mahvına sebep olacak ise burada aşırılık ve ahlaka aykırılık kavramları etkileşim halinde olsa da aşırılığın olduğu her yerde ahlaka aykırılıktan bahsedemeyiz[579]. Ceza koşulunu ahlaka aykırı olarak addedebilmek için

[576] Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 16/01/2014 T., 2013/14851 E., 2014/1302 K., "…Dava tarihinde yürürlükte bulunan 6762 sayılı TTK'nun 24. maddesi uyarınca kural olarak tacir olan borçlu, cezai şartın fahiş olduğu gerekçesi ile indirim yapılmasını isteyemez. Ancak, kararlaştırılan cezai şartın borçlunun ekonomik yönden yıkımına neden olacak derecede fahiş olduğunun saptandığı hallerde cezai şarttan indirim yapılacağı Yargıtay'ca kabul edilmektedir…"; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 23/05/2019 T., 2017/6427 E., 2019/4894 K., "….Buna karşılık , TTK'nun 22. maddesi gereğince tacir sıfatını haiz borçlu cezai şartın indirilmesini isteyemez ise de, kararlaştırılan ceza tutarı borçlunun iktisaden sarsılmasını, çöküntüye uğramasını mucip olacak ise indirim isteyebileceği uygulamada kabul edilmektedir…"; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 18/06/2019 T., 2017/19-922 E., 2019/706 K.; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 04/03/2020 T., 2019/6040 E., 2020/2033 K., UYAP,(E.T.: 28/05/2020).

[577] ATEŞ, Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, s. 271.

[578] ATEŞ, Sözleşmelerde Genel Ahlak, s. 268; DİRİCAN, s. 185; EKİNCİ, s. 359; BİLGE, s. 120.

[579] DİRİCAN, s. 185.

borçlu tacirin iktisadi özgürlüğünü sınırlaması, ceza koşulunun ifa edilmesi halinde tacirin ekonomik olarak yok olmasına sebep olması(örneğin, tacirin iflasına sebep olma ihtimalinin çok yüksek olması), tacirden ifası beklenemeyecek kadar ağır olması ya da iktisadi geleceği için büyük tehlike yaratacak olması gerekmektedir[580]. Ceza koşulunun ifa edilmesinin borçlu taciri sarsacağı hususunun dikkatlice incelenmesi gerekmektedir. Bu sarsıntının tacirin alacağı bir kısım önlemlerle azaltılabilmesi mümkün ise ceza koşulunun ahlaka aykırı olduğundan bahsedilemeyecektir[581].

Burada dikkat edilmesi gereken husus, tacir olmayan borçlunun TBK m.182/III gereğince indirim isteyebilme sınırından daha ağır derecede bir sınır belirlenerek tacir borçlu aleyhine kararlaştırılan ceza koşulunun ahlaka aykırılığının belirlenmesidir[582].

Ceza koşulunun ifa edilmesinin ekonomik anlamda tacirin mahvına sebep olup olmayacağının araştırılması hususunda Yargıtay tarafından, tacirin şirketinin ya da işletmesinin ticari defter kayıtlarında bulunan bilançolarındaki aktif ve pasiflerin bilirkişi raporu aracılığıyla dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir[583].

---

[580] ÇABRİ, s. 926; ÇINAR, s. 104; DİRİCAN, s. 195; TAMER, s. 757-758; ATEŞ, Sözleşmelerde Genel Ahlak, s. 268; USLU, s. 229; POROY/YASAMAN, s. 142.

[581] TAMER, s. 757.

[582] TAMER, s. 757.

[583] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 27/02/2020 T., 2018/4961 E., 2020/2156 K., "… Fakat, kararlaştırılan cezai şart miktarının ekonomik yönden borçlunun mahvına sebebiyet verecek ölçüde yüksek olduğunun saptanması durumunda cezai şarttan makul oranda indirim yapılabileceği kabul edilmektedir. Ne var ki, bu şekilde bir indirime gidilebilmesi için borçlunun ekonomik durumu yönünden ayrıntılı bir inceleme yapılması ve kararlaştırılan cezai şartı ödemesinin ekonomik yönden mahvına sebep olup olmayacağı hususunun belirlenmesi gerekmektedir. Bu cümleden olarak, sözleşmenin feshi tarihi itibariyle bir değerlendirme yapılması gerekmekte olup, yapılacak işbu değerlendirme de, şirketin aktif, pasif ve öz varlıkları itibariyle cezai şartın ödenmesinin mahvına sebebiyet verip vermeyeceği noktasında olmalıdır. Yukarıda yapılan açıklamalardan sonra somut olaya gelindiğinde ise, taraflar arasında akdedilen sözleşme davalı tarafından Kasım 2012 tarihinde feshedilmiş ve feshin de haksız olduğu anlaşılmış, işbu tarih itibariyle sözleşmeyi feshedip, 1.185.800,00 TL cezai şart alacağı için 27.12.2012 tarihinde aleyhine icra takibi başlatılan davalı şirket, 22.02.2013 tarihinde genel kurul toplantısı yaparak kâr dağıtımı kararı almış, 2014 yılında 2.891.305,00 TL kâr payı dağıtmış olup ayrıca yargılama sırasında alınan bilirkişi raporları ile tespit edilen davalı şirketi bilançolarındaki aktif ve pasifler de göz önünde bulundurulduğunda bu miktar ödemenin davalının ekonomik mahvına sebep olmayacağının anlaşılmış olması karşısında…"; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 04/04/2019 T., 2017/5444 E., 2019/2959 K.; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 16/03/2017 T., 2016/2751 E., 2017/1589 K.; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 30/11/2017 T., 2016/6257 E., 2017/6784 K.; Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 21/12/2016 T., 2016/6702 E., 2016/16086 K., UYAP, (E.T.:28/05/2020).

Yargıtay[584] ve öğreti[585] tarafından da, kararlaştırılan ceza koşulunun taciri iktisadi anlamda mahvedecek şekilde aşırı olması halinde, ceza koşulunun genel ahlaka aykırılığından bahisle bütünüyle geçersiz sayılabileceği ya da ceza koşulundan bir miktar indirim yapılabileceği kabul edilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 1974 yılında vermiş olduğu kararında, ilk derece mahkemesinin tacir sıfatına haiz kimsenin ceza koşulu aşırı olsa bile indirim isteyemeyeceği yönündeki kararının, özel daire tarafından ceza koşulunun tacirin iktisaden mahvına sebep olacak derecede yüksek olması halinde kısmen ya da tamamen indirim yapılması gerektiği yönüyle bozulması üzerine, ilk derece mahkemesi tarafından direnme kararı verilerek, uyuşmazlık Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelmiş ve Hukuk Genel Kurulu, tacirin aşırı olan ceza koşulundan indirim isteyemeyeceğine ilişkin hükmün 818 sayılı eski TBK'nun 20. maddesinin uygulanması önünde engel olmadığını ve buradan hareketle ceza koşulunun tacirin mahvına sebep olacak şekilde yüksek olmasının, onu ahlaka aykırı yapacağı ve bu hususun araştırılması gerektiği, bu sebeple ilk derece kararının bozulması gerektiğini ifade etmiştir[586]. Bu kararla birlikte öğreti ve yargılama esnasında oluşan fikir ayrılıkları giderilmek istenmiş ve sonrasında Yargıtay tarafından bu görüş benimsenmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken husus ise, tacir hakkında kararlaştırılan her ceza koşulunun kısmen ya da tamamen geçersizliği yoluna gidilmemesi gerektiğidir. Ceza koşulunun, tacirin ekonomik anlamda mahvına sebep olacak derecede aşırı olması, tacirin ticari hayatını tehlikeye atması ya da ekonomik geleceğinin sarsıntıya uğratacak olması

[584] Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 04/03/2020 T., 2019/6040 E., 2020/2033 K., UYAP, (E.T.: 28/05/2020).

[585] VON TUHR, s. 770; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 357; KILIÇOĞLU, s. 1004; TAMER, s. 757-760; KOCAAĞA, s. 388; AYHAN, s. 311; BİNGÖL, s. 339; YÜCEL, s. 2945; TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 155; KUNTER, s. 974; ATEŞ, Borçlar Hukuk Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, s. 271.

[586] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 20/03/1974 T., 1970/1053 E., 1974/222 K., "…Bidayet Mahkemesi, cezaî şartın fahiş olması ile ahlak ve adaba aykırı bulunmasını ayırmak yoluna gitmemiştir. Ticaret Kanununun 24. maddesi. Borçlar Kanunu'nun 161. maddesinin son fıkrasına yaptığı yollamadan da anlaşılacağı gibi, yalnız "fahiş olsa dahi cezaî şartın indirilemeyeceği" esasını kabul etmiştir. Yoksa ahlak ve adaba ve emredici hükümlerinin koyduğu kurallara aykırı olan cezaî şartın geçerli olmasını kabul etmemiştir, maddede bu sonucu veren bir hüküm yoktur. Fahiş cezaî şartın tenkisini önleyen bir hüküm ister bulunsun, isterse bulunmasın cezaî şartın ahlaka ve adaba, emredici hükümlere aykırılığı sebebiyle iptal edilmesine bu durumun bir etkisi olmaz. Nitekim İsviçre ve Alman Hukukçuları arasında, mevzuatın farklı olmasına rağmen, bu bakımdan tam bir mutabakat mevcuttur. Bizim mevzuatımız itibariyle, farklı bir sonuca ulaşmak içi hukukî bir dayanak bulunmamaktadır…" (www.kanunum.com, E.T.: 28/05/2020).

hallerinde ahlaka aykırı sayılarak kısmen ya da tamamen geçersizliğine karar verilmelidir. Aksi bir görüş, TTK'nun 22. maddesindeki indirim yasağının dolanılması sonucunu doğuracak ve tacirlerin yükümlendikleri bütün aşırı ceza koşullarının ahlaka aykırı sayılarak iptal edilmesinin önünü açacaktır[587].

Ceza koşuluna ilişkin hükmün, taahhüt edildiği anda ahlaka aykırı seviyede aşırı olması ancak ifanın istenildiği tarihte enflasyonist sebeplerle aşırı olmaması halinde artık ceza koşulunun kısmen ya da tamamen indiriminden bahsedemeyiz.

Yargıtay yakın tarihli bir kararında davalı tacir aleyhine kararlaştırılan ceza koşulunun tacirin ekonomik anlamda mahvına sebep olacak olması nedeniyle ceza koşuluna ilişkin hükmün kısmi hükümsüzlüğüne karar vererek, bundan %30 oranında indirim yapılmasının doğru olduğunu ifade etmiştir[588]. Yargıtay yine başka bir kararında, tacir aleyhine kararlaştırılan ceza koşulunun onun iktisadi hayatını sürdüremeyecek derecede fahiş olup olmadığının araştırılmasını, fahiş olduğu sonucuna varılır ise 818 sayılı eski TBK'nun 20. maddesi gereğince tamamen batıl değil, fahiş olduğu kısım kadarıyla kısmen batıl sayılması gerektiğini ifade etmiştir[589]. Buradan hareketle Yargıtay'ın tacirin mahvına sebep olacak şekilde aşırı olan ceza koşulundan yapılan indirimi, kısmi hükümsüzlükle ifade ettiğini görmekteyiz.

---

[587] Böyle bir durumda, aşırı ceza koşuluyla karşı karşıya kalan tacir borçlular, tacir olmayan borçluların dahi elde edemeyeceği kadar büyük bir menfaat sağlayacaklardır. (TAMER, s. 758).

[588] Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 26/11/2019 T., 2018/3485 E., 2019/5303 K., "…davalının tacir olması nedeni ile cezai şartın tenkisini talep etme hakkının bulunmadığı, cezai şartın bir kimsenin ekonomik mahvına sebep olacak kadar yüksek olması halinde cezai şartı içeren sözleşme hükmünün kısmi hükümsüzlük uygulaması ile cezai şartın tenkisinin mümkün olduğu, cezai şart alacağının miktarının davalı yönünden ticari faaliyetini devam ettirmesinde ekonomik açıdan ciddi sıkıntıya neden olacağı, cezai şarttan takdiren % 30 oranında hakkaniyet indirimi yapılması kanaatinin oluştuğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne…onanmasına…", UYAP, (E.T.: 28/05/2020).

[589] Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, 12/04/2017 T., 2015/2772 E., 2017/1091 K., "…Dairemizin 13.11.2014 tarih ve 3510 E. 7239 K. sayılı ilamıyla, hükme esas alınan bilirkişi raporunun yeterli olmadığı, bu itibarla, uzman bilirkişi kurulu aracılığıyla davalı şirketin kapasitesi, maddi gücü, söz konusu cezanın tahsili halinde davalının eskiden olduğu gibi ticari hayatını sürdürüp sürdüremeyeceği, mümkün olmazsa bu durum onun iktisaden mahvına sebep olup olmayacağı hususlarında rapor alınıp, bu durumun davalının ekonomik mahvına sebep olduğunun belirlenmesi halinde, cezai şart hükmünün BK'nın 20. maddesi hükmü uyarınca tamamen batıl olduğu sonucuna varılmaması, mahvına sebep olacağı belirlenen miktar itibariyle batıl, geri kalan miktar itibariyle batıl olmadığının kabul edilmesi, diğer anlatımla kısmi butlan halinin belirlenmesi gerektiği gözetilerek, uygun bir indirim yapılması hususunda hakimce takdir yetkisinin kullanılması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiği belirtilerek, davacı yararına bozulmuştur…", UYAP, (E.T.: 28/05/2020).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararında, davalı tacir aleyhine kararlaştırılan ceza koşulunun davalının, Anayasa'nın 48. maddesinde öngörülen çalışma hürriyetini ve sözleşme özgürlüğünü yok edecek şekilde düzenlenmiş bir kelepçeleme düzenlemesi olduğundan bahisle ceza koşulunun kısmen değil ihlalin ağırlığından bahisle tamamen geçersizliğine karar vermiştir[590]. Kanaatimizce Yargıtay tarafından verilen bu karar isabetlidir çünkü kişinin ekonomik özgürlüğünü kabul edilemeyecek düzeyde sınırlandıran ve sözleşmenin diğer tarafına bağımlı hale getiren kelepçeleme sözleşmelerinde ceza koşulunun kısmen indirilmesi hak ihlalini engellemeyecek, tacirin ekonomik olarak mahvı ve haksız rekabet durumunun devam etmesine sebep olacak ve son olarak tacirin iktisaden sömürülmesinin önünü tam olarak kapatmayacaktır.

Ceza koşulunun ahlaka aykırı sayılabilmesi için tacirin ekonomik özgürlüğünü ağır bir şekilde sınırlamasının beklenmesi, bazı hallerde maddi açıdan iyi durumda olan tacirin bu durumdan yararlanmasının önünde engel olabilir. Çünkü borçlu tacirin sözleşme bazında baktığımızda aşırı şekilde sömürülecek olması hali, tacirin tüm ticari faaliyetleri açısından bakıldığında onun ekonomik özgürlüğünü sınırlamıyor görünebilir.

Sonuç olarak, tacir aleyhine ve ticari işletmesinden kaynaklanan bir borç sebebiyle kararlaştırılan ceza koşulundan TBK m. 182/III'e göre indirim mümkün olmasa da,öğreti ve uygulama tarafından birtakım istisnalar getirilmiştir. Bu istisnalardan en önemlisi de ceza koşulunun ifa edilmesinin borçlu tacirin iktisadi anlamda mahvına sebep olması ya da ekonomik özgürlüğünü aşırı derecede kısıtlaması halinde ahlaka aykırı sayılarak, TBK'nun 27. maddesinden ve TMK'nun 23. maddesinden hareketle, Yargıtay'ın da yerleşmiş içtihatlarında belirtmiş olduğu gibi ceza koşulunun ahlaka aykırılığının ağırlığına göre bir kısmının ya da tamamının kısmi

[590] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 22/05/2013 T., 2012/11-1601 E., 2013/752 K., UYAP, (E.T.: 28/05/2020).

hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulmasıdır. Her istisna gibi bu istisna da değerlendirilirken tacirin basiretli bir tacir gibi davranması gerektiği ve sözleşme özgürlüğü ilkeleri dikkate alınarak dar yorumlanmalı; hakim tarafından tacirin ekonomik anlamda mahvına sebep olma kriteri bilirkişiler aracılığıyla titizlikle araştırılmalıdır.

II. CEZA KOŞULUNUN İNDİRİLMESİNDE USULÜ İŞLEMLER

A. İndirimin Talep Edileceği Makam

TBK'nun 182/III maddesinin son fıkrasına göre ceza koşulundan indirim yapma görevi hakime verilmiştir. Buradan hareketle, ceza koşulundan indirim yapılması işlemi mahkeme tarafından gerçekleştirilecektir. TBK'nun ceza koşuluna ilişkin düzenlemelerine baktığımızda, özel bir mahkeme belirlemesi yapılmamasından hareketle görevli ve yetkili mahkemenin göreve ilişkin genel hükümler çerçevesinde belirlenmesi gerektiği görülmektedir[591].

1. Yetkili Mahkeme

HMK'nun 5 vd. maddelerinde belirtilen yetkiye ilişkin hükümler ceza koşulu hakkında açılacak davalara da uygulanacaktır. Ceza koşulu borçlusu tarafından indirim için davanın, HMK m. 6/I gereğince, genel yetkili mahkeme olan davalı alacaklının ya da davalı tüzel kişinin dava açılış tarihindeki yerleşim yerindeki mahkemede açılması gerekmektedir[592]. Ceza koşulu alacaklısının dava açması durumunda da aynı kural

[591] TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 160; KOCAAĞA, s. 364; UÇAR, s. 111; USLU, s. 207.

[592]KURU, Baki, **Medeni Usul Hukuku**, 3. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ekim 2019, s. 61; GÖRGÜN, L. Şanal/ BÖRÜ, Levent/ TOROMAN, Barış/ KODAKOĞLU, Mehmet, **Medeni Usul Hukuku,** 8. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 156; ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder/ TAŞPINAR AYVAZ, Sema/ HANAĞASI, Emel, **Medeni Usul Hukuku,** 4. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 207.

geçerlidir[593]. Ancak bu kural kesin yetki kuralı olmadığından HMK m. 116/I gereğince ilk itiraz olarak öne sürülmezse, yetkisiz mahkemede dava açılmış olsa bile hakim tarafından yetkisizlik kararı verilmeyecek ve davaya bakmaya devam edecektir.

TMK'nun 51. maddesine göre, davalının tüzel kişi olması durumunda kuruluş belgelerinde aksi bir kabul yok ise işlerin yönetim merkezinin bulunduğu yer mahkemesi yetkili olmaktadır[594].

Ceza koşuluna ilişkin sözleşmede davalının tüzel kişi olması halinde, yapılan işlem ilgili tüzel kişinin şubesi tarafından yapılmış ise HMK m. 14/I gereğince şubenin bulunduğu yer mahkemesi de davaya bakmaya yetkilidir[595].

Asıl alacağa ilişkin ifa davasında karşı dava olarak ceza koşulundan indirim davası açılması halinde, asıl davanın açıldığı yer mahkemesi yetkilidir. Yine aynı şekilde ceza koşulundan indirim davasına karşı, ceza koşuluna ilişkin bir dava açılması durumunda da asıl davanın açıldığı yer mahkemesi yetkilidir. Ancak unutulmamalıdır ki HMK'nun 13. maddesindeki yetki kuralının geçerli olabilmesi için karşı davanın kesin yetki kuralına tabi olmaması gerekmektedir[596].

Kesin yetki kuralının olmadığı, tarafların tacir ya da kamu tüzel kişi olduğu, tarafların serbestçe tasarruf edebileceği konulara ilişkin ve kesin yetkinin söz konusu olmadığı durumlarda HMK'nun 17. ve 18. maddeleri gereğince yetkili mahkemeye ilişkin anlaşma yapılabilir[597]. Taraflarca bir ya da daha fazla mahkeme yetkili kılınabilir.

---

[593] Buna ek olarak ceza koşulu alacaklısının ceza koşuluna ilişkin dava açabileceği yerler arasında ceza koşulunun bağlı olduğu esas sözleşmedeki borcun ifa edileceği yer mahkemesi de yetkilidir. KOCAAĞA, s. 364, dpn. 188; Borçlunun da bu kuraldan yararlanması gerektiği yönünde görüş için bkz. GÜNAY, s. 204; GÜLSEVEN, s. 125.

[594] KURU, s. 63; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/ HANAĞASI, s. 209; GÖRGÜN/BÖRÜ/TOROMAN/KODAKOĞLU, s. 157.

[595] KURU, s. 63; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/ HANAĞASI, s. 218; GÖRGÜN/BÖRÜ/TOROMAN/KODAKOĞLU, s. 163.

[596] KURU, s. 420; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/ HANAĞASI, s. 217-218; GÖRGÜN/BÖRÜ/TOROMAN/KODAKOĞLU, s. 164.

[597] KURU, s. 70-71.

2. Görevli Mahkeme

Kanun koyucunun ceza koşuluna ilişkin davalardaki görevli mahkemeyi özel olarak belirlememesi sebebiyle görevli mahkeme, HMK'nun 2. ve 4. maddesinde yer alan ve asliye hukuk ve sulh hukuk mahkemelerinin görev alanlarının belirlendiği genel hükümlere göre tespit edilecektir[598]. Ceza koşulunun, asıl borçla bir arada ya da ayrı bir alacak davası olarak açılmasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır[599]. Her iki durumda da ceza koşuluna ilişkin davalarda görevli mahkeme, genel hükümlere göre belirlenecektir. HMK'nun 2. maddesine göre ceza koşuluna ilişkin bir davada, uyuşmazlık mal varlığından ya da şahıs varlığından kaynaklanıyor ise dava değerine bakılmaksızın kural olarak asliye hukuk mahkemeleri görevlidir[600].

HMK'nun 4. maddesine göre ise ceza koşuluna ilişkin bir davada, uyuşmazlık kiralanan taşınmazların icra aracılığıyla tahliyesine ilişkin talepler haricindeki kira ilişkisinden, paydaşlığın giderilmesinden ya da taşınır ve taşınmaz mal ayrımı olmaksızın bunların zilyetliklerinin korunmasından kaynaklanıyor ise görevli mahkeme sulh hukuk mahkemesidir[601].

Ceza koşuluna ilişkin dava İş Kanunu'na ya da TBK'ya tabi bir iş sözleşmesinden kaynaklanıyor ise 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesine göre iş mahkemesi görevlidir.

Ceza koşuluna ilişkin uyuşmazlığın ticari iş niteliğinde olması durumunda TTK'nun 5. maddesine göre asliye ticaret mahkemesi görevli olacaktır. Bu uyuşmazlığın çekişmeli yargı işi olması gerekmemekte ve belli bir değer üzerinde olması şartı aranmamaktadır.

---

[598] AYDEMİR, s. 234.
[599] UÇAR, s. 112.
[600] ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/ HANAĞASI, s. 195; GÖRGÜN/BÖRÜ/TOROMAN/KODAKOĞLU, s. 145.
[601] ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/ HANAĞASI, s. 196-197; GÖRGÜN/BÖRÜ/TOROMAN/KODAKOĞLU, s. 145-146.

Ceza koşuluna ilişkin talebin ayrı bir dava olarak ya da asıl borca ilişkin bir davada def'i olarak talep edilebilmesi mümkündür. Ceza koşuluna ilişkin talebin ayrı bir dava olarak açılması halinde yukarıda bahsettiğimiz gibi genel görev kuralları geçerlidir. Ceza koşulu talebinin asıl alacak için açılmış bir davada def'i olarak öne sürülmesi durumunda ise asıl alacağa bakmaya görevli mahkeme, ceza koşuluna ilişkin talep için de görevli mahkemedir. Ceza koşuluna ilişkin talebin karşı dava olarak ileri sürülmesi durumunda da asıl davaya bakan mahkeme karşı davaya bakmaya da görevlidir.

Ceza koşulunun tahsiline ilişkin talep bir yargılama sürecine muhtaçtır çünkü ceza koşulu talebinin haklı olup olmadığı, şartlarının oluşup oluşmadığı ve ceza koşulunun aşırı olup olmadığının mahkeme kararıyla tespit edilmesi gerekir. Bu mahkeme kararı ile ceza koşulu alacaklısı alacağına kavuşacaktır. Ceza koşuluna ilişkin talebin herhangi bir mahkeme kararı olmaksızın ilamsız icra yoluyla takibe konulması halinde ceza koşulu borçlusunun takibe itiraz etmesi halinde takip duracaktır[602].İcra Hukuk Mahkemeleri'nin yetkileri sınırlı olduğu için burada ceza koşulunun indirilmesi davası açılamaz[603].

Mahkemelerin görevine ilişkin kurallar kamu düzenine ilişkin olduğundan taraflarca görevli mahkemenin, kanunda belirtilenin dışında bir mahkeme olarak belirlenmesi mümkün değildir.

---

[602] Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 28/05/2019 T., 2016/16612 E., 2019/6703 K., "…Somut davada cezai şart ve işlemiş faizin davalıdan tahsiline dair görevli mahkemede verilmiş bir ilam olmasına rağmen davacı, bu alacağın tahsili için genel haciz yoluyla ilamsız takip başlatmış ve itiraz üzerine dava açmıştır. Ancak, ilamların genel haciz yoluyla ilamsız takibe konu edilmesinin icra hukuku ve yargılama tekniğine uygun düşmediği, bu yola başvurmakta alacaklının hukuki yararının bulunmadığı gibi borçlunun hukuki durumunu da ağırlaştırdığı gerekçesiyle ilama dayalı bir alacağın ilamsız takibe konu edilemeyeceğine 21/07/2017 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan 2017/2 Esas ve 2017/3 Karar sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu kararı ile karar verilmiş olup, bu durumda İBK'nın bağlayıcılığı gözetilip ilama dayalı alacağın ilamsız takip konusu yapılamayacağı nazara alınarak hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir…", UYAP, (E.T.: 08/06/2020).

[603] GÜNAY, s. 203.

3. Tahkim

Taraflar arasındaki uyuşmazlığın mahkeme kanalıyla çözümlenmesi genel kural olsa da, sözleşme hükümleriyle uyuşmazlığın mahkeme dışı alternatif yöntemlerle çözümlenmesi kararlaştırılabilir. Bu alternatif yollardan biri ise tahkimdir[604]. HMK'nun 412. maddesinden hareketle tahkim, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünün, hakem adı verilen uzman kişilerce çözüme kavuşturulmasına imkan veren bir hukuki kurumdur[605]. Tahkimle yapılan yargılama verilen karar, mahkeme hükümleri gibi tarafları bağlar[606].

Tahkime başvuru konusunda ihtiyari ve zorunlu tahkim olarak ikili bir ayrım mevcuttur[607]. Zorunlu tahkimde, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı mahkeme önüne getirmeden önce tahkime götürmeleri zorunludur. Örneğin, 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'da, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda ve 5857 Sayılı Kanun'da (hal hakem heyeti) zorunlu tahkim yolu öngörülmüştür[608]. İhtiyari tahkim ise, kanuni bir zorunluluk olmamasına rağmen taraflarca sözleşme ile ya da daha sonrasında yapılacak bir anlaşma ile üzerinde özgürce tasarruf edebilecekleri konularda ve kendi iradeleriyle başvurdukları tahkimdir[609].

---

[604] Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 29/05/2012 T., 2012/4065 E., 2012/9080 K., "…Tarafların aralarında çıkacak ihtilafların kural olarak mahkeme eliyle çözümlenmesi gerekir. Ancak taraflar imzaladıkları sözleşme ile ihtilafın hakemler eliyle çözülmesini kararlaştırabilecekleri gibi, asıl sözleşmeden ayrı olarak da hakem sözleşmesi yapabilirler. Tahkim iradesi, hiçbir tereddüte yer vermeyecek şekilde açık ve kesin olmalı, tarafların ihtilafın hakemde görülmesi iradesi kararlı bulunmalıdır…", UYAP, (E.T.: 08/06/2020).

[605] GÜLSEVEN, s. 126; GÖKSU, Mustafa, **Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Tahkim**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 115; BUDAK, Ali Cem/ KARAASLAN, Varol, **Medeni Usul Hukuku**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 409; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/ HANAĞASI, s. 780; GÖRGÜN/BÖRÜ/TOROMAN/KODAKOĞLU, s. 767.

[606] GÖKSU, s. 116.

[607] KURU, s. 667.

[608] ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/ HANAĞASI, s. 780; GÖRGÜN/BÖRÜ/TOROMAN/KODAKOĞLU, s. 768.

[609] KURU, s. 669-670; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/ HANAĞASI, s. 781; GÖRGÜN/BÖRÜ/TOROMAN/KODAKOĞLU, s. 768.

Tahkime ilişkin anlaşma ceza koşulunun kararlaştırıldığı asıl borca ilişkin sözleşme içerisinde ya da sonrasında akdedilen bir sözleşme ile belirlenebilir[610]. Belirleme her nasıl olursa olsun sözleşmenin geçerliliği, HMK m. 412/III hükmü gereğince yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır[611].

Bizim burada değineceğimiz konu, ceza koşuluna ilişkin sözleşmede ihtiyari tahkim şartının kararlaştırılıp kararlaştırılamayacağıdır. HMK'nun 408. maddesi tahkim sözleşmesinin yapılabileceği halleri belirlemiştir[612]. İlgili madde hükmünden hareketle yalnızca devlet tasarrufu altında olmayan yani sözleşme taraflarının üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konular için tahkim yoluna başvurulabilir.

Tunçomağ'a göre tarafların serbestçe hareket edebileceği hukuki işlemlerden doğan uyuşmazlıklar için tahkime gidilebilmesinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır[613]. Taraflar ceza koşulu miktarını belirlemekte serbesttirler. Taraf iradelerinin sınırlandırılması, yalnızca ceza koşulu borçlusunun aşırılığı ileri sürmesini ortadan kaldıran ya da kısıtlayan anlaşmaların geçerli kabul edilmemesinde geçerlidir. Ceza koşulu miktarının belirlenmesi konusunda tarafların özgür iradeleri var ise bu miktara ilişkin uyuşmazlığın çözümü için de hakeme gidilebilir. Günay'a göre ise, ceza koşulundan indirim yapma görevi açık Kanun hükmü gereğince yalnızca hakime verilmiştir. Kanun koyucu tarafından hakimden başka bir makama da indirim görevi verilecek olsa idi bu düzenleme açıkça getirilirdi. Günay'ın görüşüne katılmakla birlikte, TBK m. 182/III'de aşırı olan ceza koşulundan indirim yapma görevi yalnızca hakime verilmiştir. Bir uyuşmazlığın tahkime konu edilebilmesi için onun kamu düzeninden kaynaklanmaması gerekmektedir. Ancak Yargıtay'ın da kararlarında belirttiği üzere ceza koşulunun indirilmesi görevinin hakime verilmesinin nedeni, ceza

---

610 GÖKSU, s. 121.
611 BUDAK/KARAASLAN, s. 412; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/ HANAĞASI, s. 783; GÖRGÜN/BÖRÜ/TOROMAN/KODAKOĞLU, s. 772.
612 HMK m. 408: "Taşınmaz mallar üzerindeki ayni haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir.".
613 TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 162; aynı yönde bkz. USLU, s. 213.

koşulunun aşırı olmasının kamu düzenine aykırılığından kaynaklanmaktadır. Aşırı ceza koşulunun indirilmesi görevinin hakime verilmesi ve hakimin aşırı gördüğü ceza koşulunu indirmek zorunda olması hususları birlikte değerlendirildiğinde kamu düzeninden kaynaklanan indirim istisnasının tahkime götürülmesi HMK'nun 408.maddesine de aykırılık oluşturacaktır. Ceza koşuluna ilişkin uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenebilmesi kabul edilir ise tahkimdeki hakem önüne götürülen ceza koşulunun fahiş olması ihtimali karşısında ceza koşulundan indirim yapılamayacak ve TBK m. 182/III hükmü bertaraf edilmiş olacaktır.

B. Yargılama Sebebiyle Oluşan Giderlerden Sorumluluk ve İcra İnkar Tazminatı

Yargılama giderlerinin hangi kalem masrafları içerdiği HMK'nun 323. maddesinde belirtilmiştir. Yargılama esnasında ortaya çıkan ve gider avansından karşılanan yargılama masraflarının hangi taraftan alınacağı ise HMK'nun 326. maddesinde belirtilmiştir. Anılan maddeye göre, yargılama giderlerinden, davanın tamamen ret ya da kabulü durumunda aleyhine karar verilen taraf sorumluyken; kısmen kabulü kısmen reddi durumunda davanın tarafları haksızlık oranlarına göre sorumludur.

Ceza koşulundan indirim talebiyle borçlu tarafından açılan ya da ceza koşulu talep etmek amacıyla alacaklı tarafından açılan davalarda HMK'nun 326. maddesindeki genel hükme göre, dava taraflarının mahkeme kararı sonucunda ortaya çıkan haksızlık durumlarına göre yargılama giderlerine mahkum edilmesi gerekmektedir. İkinci durumda yani alacaklı tarafından ceza koşulunun tahsiline ilişkin açılan davada, borçlunun ceza koşulunun aşırılığını ileri sürmesi ve sonucunda ceza koşulundan indirim yapılması durumunda indirilen kısım için davacı alacaklı aleyhine yargılama

giderlerine hükmedilemez[614]. Yerleşmiş Yargıtay kararlarına göre, ceza koşulunun indirimi yoluna gidilmesi halinde, indirim yapılan kısım yönünden davalı taraf lehine vekalet ücreti takdir edilmesi yerinde değildir[615]. Yargıtay'ın bu görüşleri yerindedir çünkü, davalı borçlunun aşırı olan kısmın dışında kalan kısım yönünden ödemede temerrüde düşmesi nedeniyle yargılama masraflarının borçlunun üzerinde bırakılması ve davalı lehine indirilen kısım yönünden vekalet ücretine hükmedilmemesi hakkaniyetlidir[616].

Yargıtay bir kararında icra inkar tazminatının talep edilebilmesi için dava konusu alacağın likit olması gerektiğinden ve ceza koşulunun miktar açısından tespiti için yargılama gerektirdiğinden hareketle, ceza koşulunun tahsili amacıyla alacaklı tarafından açılan davanın kabul edilmesi halinde borçlu davalı aleyhine icra inkar tazminatına hükmedilmemesi gerektiğini ifade etmiştir[617].

---

[614] Ceza koşulunun tahsiline ilişkin alacaklı tarafından açılan davada borçlunun itiraz olarak ileri sürdüğü ceza koşulunun fahiş olduğu ve indirilmesi talebi sonucunda indirim kararı verilmesinde borçlunun ceza koşulunu zamanında ödememesi nedeniyle ilgili yargılama masrafları borçlunun temerrüdü sebebiyle gerçekleştiğinden tüm mahkeme masraflarının davalı borçluya yükletilmesi doğru olacaktır. Günay, s. 214.

[615] Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 18/06/2019 T., 2017/7997 E., 2019/7353 K., "…6100 sayılı HMK.'nun 323/1-ğ maddesine göre, vekil ile takip edilen davalarda vekalet ücreti yargılama giderlerinin kapsamındadır. Aynı Kanun'un 326. maddesine göre, yargılama giderleri davada haksız çıkan tarafa yükletilir. Davada iki taraftan biri kısmen haklı çıkarsa yargılama giderleri tarafların haklılık oranına göre belirlenir. Kural bu olmakla birlikte B.K 161/son maddesi gereği (T.B.K. 182/son) hakim fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir. Cezai şarttan indirim yapılmasını davacının önceden takdir etmesi düşünülemez. Cezai şarttan indirim yapılması tamamen hakimin takdirine ait olduğundan indirilen miktardan dolayı davacı taraf aleyhine yargılama giderleri ve avukatlık ücretine hükmedilemez. Bu nedenle mahkemece tenkis edilen miktar üzerinden davacı aleyhine yargılama gideri ve vekalet ücretine hükmedilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir…"; Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, 01/10/2019 T., 2016/8137 E., 2019/3956 K., "…Sözleşme ile tayin edilen cezai şart tutarının tahsilini istemek hakkına haiz olan davacının, açtığı dava sonucunda cezai şartın hakim tarafından fahiş görülerek tenkis edilmesi halinde tenkis edilen miktardan dolayı davacı aleyhine avukatlık ücreti ve muhakeme masrafına hükmedilmemesi gerekir. Çünkü cezai şarttan indirim yapılması hususunda hakimin takdir hakkını kullanıp kullanmayacağının davacı tarafından dava açılırken bilinmesi mümkün değildir. Bu nedenle tenkis edilen kısım yönünden davalı yararına vekalet ücretine hükmedilmesi ve yargılama giderlerinin kabul-ret oranına göre belirlenmesi doğru görülmemiştir…"; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 22/01/2013 T., 2010/38760 E., 2013/2520 K.; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 25/06/2012 T., 2011/4994 E., 2012/10898 K., UYAP, (E.T.: 08/06/2020).

[616] GÜLSEVEN, s. 137; Aksi görüş için bkz. TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, s. 170.

[617] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 09/09/2019 T., 2018/3465 E., 2019/5093 K., "…TBK 182/3 maddesi uyarınca takdiren cezai şart tutarında 1/2 oranında indirim yapılması gerektiği ayrıca cezai şart tutarının takdiren belirlendiğinden alacağın likit olarak kabul edilemeyeceği gerekçesiyle, davalı vekilinin istinaf başvurusunun kabulüne, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılması ve esas hakkında yeniden hüküm kurulması suretiyle, davanın kısmen kabulü ile, takibin 25.000,00 TL asıl alacak ve 93,75 TL işlemiş faiz bakımından devamına, asıl alacağa takip tarihinden itibaren faiz işletilmesine ve icra inkar tazminatı talebinin reddine karar verilmiştir…onanmasına…"; aynı yönde başka bir karar için bkz. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 10/06/2019 T., 2019/1644 E., 2019/7152 K., "…İcra inkar tazminatı, aleyhinde yapılan

SONUÇ

Sözleşme serbestisi ve beraberinde gelen ahde vefa ilkesi gereğince taraflarca akdedilen bir sözleşmeye, toplumsal ve hukuki adaleti sağlamak amacıyla müdahale edilebilmesi tercihten çok zorunluluktur. Bazen sözleşme serbestisi ilkesini mutlak olarak uygulamak ekonomik olarak zayıf durumda olanın sömürülmesine izin vermek anlamına gelebilir. Kanun koyucu bu gibi kaygılarla, TBK'nun 182. maddesinin son fıkrası gereğince sözleşme serbestisi ve ahde vefa yani sözleşmeye bağlılık ilkesinin istisnası olarak aşırı olan ceza koşulunun indirilmesi imkanı vermiştir. Kanun koyucunun bu düzenlemeyi getirmesindeki asli amaç şüphesiz ki sözleşme adaletini sağlamaktır. Borçluyu borca uygun davranmaya teşvik, edimin hiç ya da gereği gibi ifa edilmeme durumlarında alacaklıya zararı ispat kolaylığı sağlanması ve alacaklının borcunu teminat altına alma amaçları bakımından ceza koşulu alacaklının lehine bir düzenlemedir. Kanun koyucunun yalnızca alacaklı tarafın menfaatlerini değil borçlu tarafın da sömürülme ihtimalini düşünerek aşırı ceza koşulunun indirimine ilişkin bir hüküm getirmiş olması sözleşme ve hukuk düzeni açısından çok önemli ve yerindedir.

TBK'nun 182. maddesinin son fıkrası gereğince ceza koşulunun aşırı olması nedeniyle indirilmesi görevi hakime verilmiştir ve hakim bu yetkisini kullanırken kendiliğinden hareket edebilecek, yani tarafların herhangi bir talebine ihtiyaç duymayacaktır. Bu kural emredici nitelikte bir kuralıdır ve hakim, dava ya da def'i yoluyla önüne gelen bir uyuşmazlıkta ceza koşulu mevcut ise bunun aşırı olup olmadığını tespit etmek, aşırı olduğu kanaatine varır ise indirim yapmak zorundadır.

---

icra kovuşturmasına itiraz eden ve işin çabuk bitirilmesine engel olan borçluya karşı konulmuş bir yaptırımdır.
Bunlardan ayrı; alacağın likit ve belli olması gerekir. Daha geniş bir açıklama ile Borçlu tarafından alacağın gerçek miktarı belli sabit veya belirlenmek için bütün unsurlar bilinmekte veya bilinmesi gerekmekte böylece borçlu tarafından tahkik ve tayin edilmesi mümkün nitelikte olması gereklidir. Açıklanan yasal kuralların ışığında takip konusu alacak değerlendirildiğinde, cezai şart alacağının likit ve belirli olmaması nedeniyle icra inkar tazminatı koşulları oluşmamıştır…", UYAP, (E.T.08/06/2020).

Hakimin ceza koşulunu indirme yetkisi, onu tamamen kaldırmayı ya da değiştirmeyi içermez. Kanaatimizce, hakim tarafından verilen bu indirim kararı bir eda ya da tespit davasından da öte olarak taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi değiştirmesi ve geçmişe etkili olarak sonuçlarını doğurması nedeniyle kurucu yenilik doğurucu bir karardır.

Hakim tarafından ceza koşulunun aşırılığının tespiti, esasında iki faaliyeti ihtiva etmektedir. Şöyle ki, hakim ceza koşulunun aşırı olup olmadığını tespit ederken aslında ceza koşulundan indirim yapılacak miktarı da belirlemektedir. Hakimin, ceza koşulunun aşırılığını ve indirilecek miktarı tespit ederken hangi ölçütlere göre bir değerlendirme yapacağına ilişkin herhangi bir hukuki düzenleme bulunmamaktadır. Böyle bir düzenlemenin bulunmaması ve hukuki yeknesaklığın sağlanması açısından öğreti ve Yargıtay tarafından ceza koşulunun aşırılığının tespiti için yararlanılacak ölçütler belirlenmiştir. Borçlunun borca aykırı ifadaki kusur derecesi, tarafların ve özellikle de alacaklının sözleşmeden beklediği menfaatleri, tarafların ekonomik durumları ve borca aykırı ifa nedeniyle meydana gelen zarar dikkate alınarak her olay bazında hakim tarafından değerlendirilerek varılan sonuca göre bir karar verilecektir. Ancak bu ölçütler mutlak değildir. Hakim önüne gelen her uyuşmazlığın kendine has şartlarına göre bir değerlendirme yapacaktır.

Aşırı ceza koşulunun tespit edilmesine yarayan ölçütler her ne kadar öğreti ve Yargıtay tarafından tespit edilmiş ise de yapılacak indirim miktarı hususunda herhangi bir belirleme olmadığından ve aşırılık tespiti aslında indirim miktarını tespit etmeyi de ihtiva ettiğinden bu ölçütler doğal olarak indirim miktarının belirlenmesinde de kullanılacaktır.

Ceza koşulunun indirilmesi için geçerli bir ceza koşulunun varlığı, ceza koşulunun muaccel olması, ifa edilmemiş olması, aşırı miktarda kararlaştırılması gerekmektedir. Her ne kadar ceza koşulunun ifa edilmemesinin şart olmadığını, ifa edilmiş olan ceza koşulundan indirim yapılabileceği öğretide öne sürülmüş ise de

kanaatimizce indirim için ceza koşulunun ifa edilmemiş olması gerekmektedir. Ceza koşulunun borçlunun ödeme gücünü aşmadığı ve iradesiyle ödendiği hususları dikkate alınmayarak ifa edilmiş bir ceza koşulunun aşırı olduğundan hareketle indirim yapılması, hukuki öngörülebilirliği azaltacak ve hakkaniyete aykırı olacaktır. Ancak borçlunun ödeme yaparken ihtirazi kayıt öne sürmesi halinde ceza koşulunun ifa edilmiş olması indirim için engel teşkil etmeyecektir.

Ceza koşulunun aşırılığının tespitinde dikkate alınacak an hususunda öğretide görüş farklılığı mevcut olsa da kanaatimizce, davanın açıldığı tarih esas alınmalıdır. "Her dava açıldığı tarihteki hal ve şartlara göre değerlendirilir." ilkesinden hareketle, ceza koşulunun aşırılığının tespitinde dava tarihinin esas alınması gereklidir. Öğreti tarafından da ileri sürülen bu görüş, her ne kadar dava tarihi ile hükmün icra tarihi arasındaki uzaklık nedeniyle şartların değişebileceğinden hareketle eleştirilmiş olsa da; kanaatimizce, bu anın esas alınmasıyla dava tarihine göre aşırı olan ceza koşulundan indirim yapıldıktan sonra kalan miktara dava tarihinden itibaren yasal faiz işletileceğinden her iki tarih arasındaki meydana gelecek değişikliklerin taraflara etkisi minimum düzeye indirilecektir.

TBK m. 182/III hükmünün en önemli istisnası ceza koşulu borçlusunun tacir olması durumunda ceza koşulundan indirim yapılamayacak olmasıdır. TTK'nun 22. maddesi ile kanuni düzenlemeye sahip olan bu kural, TTK m. 18/II gereğince tacirlerin basiretli bir iş adamı gibi davranması yükümünden kaynaklanmaktadır. TTK'nun 22. maddesindeki indirim isteyememe kuralının işletilebilmesi için ceza koşulu borçlusunun tacir ya da tacir gibi sorumlu kişilerden olması, borcun tacirin ticari işletmesiyle ilgili olması ve ceza koşulunun tacirin ekonomik anlamda mahvına neden olacak düzeyde aşırı olmaması gerekmektedir. Kanun koyucu, borçlusu tacir olan bir ceza koşulundan indirim yapılamaz kuralını mutlak olarak kabul etmiş olsa da; ceza koşulunun ifasının tacirin ekonomik olarak yıkımına neden olacak olması durumunda sözleşmeler

hakkındaki genel hükümler olan TBK'nun 26. ve 27. maddelerinden ve TMK'nun 23. maddesinden hareketle Yargıtay tarafından indirim yapılmasının ya da ceza koşulunun tamamen kaldırılmasının mümkün olduğu ifade edilmiştir. Çünkü sözleşme taraflarından birinin diğeri üzerinde üstünlük sağlaması yani sözleşme dengesinin taraflardan biri lehine bozulması hukuk düzeni tarafından korunamayacağından TTK'nun 22. maddesinin mutlak olarak uygulanmaması hakkaniyete uygun olacaktır.

KAYNAKÇA

AKKAYA, Hilal, **Yargıtay Kararları Doğrultusunda Ceza Koşulu** (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Ankara 2019).

AKKAYAN YILDIRIM, Ayça, "Cezai Şartın İşlevi Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2003, C. LXI, S. 1-2, s. 357-414.

AKKURT, Sinan Sami, "Hukuk İşlemlerde Geçersizlik Olgusuna Genel Bir Bakış", **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2014, C.4, S.1, s. 99-131.

AKSOY DURSUN, Sanem, **Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması** (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 2008).

AKSOY, Hüseyin Can, *"Ceza Koşulunun Borçlunun Borca Aykırı Davranıştaki Kusuru ile İlişkisi Nedir?",* **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 24, S.2, Aralık 2018, s. 999-1018.

ANTALYA, Osman Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, C. V/1,1.

ARAZ DİNÇER, Nilgün, **Roma Hukukunda Ceza Koşulu (Stıpulatıo Poenae)**, (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara 2018).

ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder/ TAŞPINAR AYVAZ, Sema/ HANAĞASI, Emel, **Medeni Usul Hukuku,** 4. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2018.

ARSLANLI, Halil, **Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumi Hükümler**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1960.

ATEŞ, Derya, "Sözleşmelerde Genel Ahlak Kurallarının Belirlenmesi", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi,** Y. 8, Ekim 2017, S.32, s. 247-268, (Sözleşmelerde Genel Ahlak).

ATEŞ, Derya, **Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık**, Turhan Kitapevi, Ankara 2007, (Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık).

AVCI, Mehmet Özgür,"Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Cezai Şart Sorumluluğu",**Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**,Temmuz 2017, C. 5, S. 1, s. 11-19.

AYAN, Mehmet, **Borçlar Hukuk Genel Hükümler**, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.

AYDEMİR, Efrail,**Aşkın Zarar- Sözleşmenin Uyarlanması- Ceza Koşulu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.

AYHAN, Rıza, "Ticari İş Kavramı ve Tacir Sıfatına Bağlanan Ücret ve Sözleşme Cezalarının İndirilmesini İsteyememe", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013, C.17, S.2, s.291-314.

AYKAÇ, Hande Bahar,"Bireysel İş Sözleşmesinde Düzenlenen Cezai Şart", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2016, C. 13, S.50, s. 699-762.

BASKAN, Ş. Esra,"6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi", **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y., 2012, C.2, S.2, s. 116-125.

BAŞAR, Didem, "İfaya Eklenen Cezai Şart", **Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi**, 2018, C.2, S.4, s. 49-77.

BAŞPINAR, Veysel, **Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı**, Adalet Matbaacılık, Ankara 1998.

BİLGE, Necip, **Cezai Şart**, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara 1957.

BİNGÖL, Muhammet Emin,**Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Yükümlülüğü: Özellikle Tacirin Ücret ve Cezai Şartın İndirilmesini İsteyememesi**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.

BİRİNCİ UZUN, Tuba, **Götürü Tazminat**, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.

BUDAK, Ali Cem/ KARAASLAN, Varol, **Medeni Usul Hukuku**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.

CANGÜL, Murat, "İş Sözleşmelerinde İfaya Ekli Cezai Şart", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2017, C.14, S.54, s. 811-815.

CANSEL, Erol/ ÖZEL, Çağlar, "Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu", **Yaşar Üniversitesi Dergisi,** 2013, C.8, Özel Sayı, s. 713-733.

ÇABRİ, Sezer, "Cezai Şart Borçlusunun Tacir Olması Halinde İş Sözleşmesinde Kararlaştırılan Fahiş Cezai Şartın İndirime Tabi Tutulup Tutulamaması", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**,2006, C. 3, S.11, s. 913-926.

ÇAĞLAYAN AKSOY, Pınar, "Asgari Alım Taahüdü İçeren Bayilik Sözleşmelerinde Cezai Şart- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 16.01.2013 Tarihli Kararı Üzerine Düşünceler",**Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Temmuz-Ağustos 2017, S.131, s. 261-294.

ÇAKIR, Aytuğ Ceyhun ve SOLAK, Ekrem, "Rekabet Yasağı Sözleşmesi Çerçevesinde Ceza Koşulu", **Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Ocak 2015, S.9, s. 55-74.

ÇINAR, Ömer, "Türk Borçlar Kanunu ve Alman Medenî Kanununa Göre Cezaî Şartın İndirilmesi", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 8, S. 16, Güz 2009, s. 91-115.

DEMİR, Şamil, "Türk Borçlar Kanunu'nun Para Borçlarında Faize İlişkin Getirdiği Yenilik ve Sınırlamalar", **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 2012, S.4, s.207-234.

DİRİCAN, Gökhan, **Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007.

DOĞAN, Beşir Fatih, "Teiaş'ın Uyguladığı Cezai Şartların Hukuka Uygunluğu", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013, C. 4, S.1, s.61-84.

EKİNCİ, Hüseyin, **Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.

ERDEM, Mehmet, "Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi", **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, 2009, s.97-124.

ERDOĞAN, İhsan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Genişletilmiş 4. Baskı, Gazi Kitapevi, Ankara 2019.

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yenilenmiş 2. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1977, C.2.

GÖKÇEOĞLU, Kamil Haluk, **Cezai Şart ve Güncel İçtihatlar**, Kazancı Yayımevi, İstanbul 2007.

GÖKSU, Mustafa, **Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Tahkim**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

GÖKTÜRK, Hüseyin Avni, "Cezai Şart Müessesesi", **İzmir Barosu Dergisi**, S. 2-26, Y. 7, Aralık 1942, s. 397-406.

GÖKYAYLA, K. Emre, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Mahkemece Sözleşmenin Feshine Karar Verilen Hallerde İfaya Eklenen Ceza Koşulunun Akıbeti", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2017, C.19, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan/Özel Sayı, s. 47-67.

GÖRGÜN, L. Şanal/ BÖRÜ, Levent/ TOROMAN, Barış/ KODAKOĞLU, Mehmet, **Medeni Usul Hukuku,** 8. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2019.

GÜLSEVEN, Hilal, **Türk Özel Hukukunda Cezai Şartın İndirilmesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.

GÜNAY, Cevdet İlhan, **Cezai Şart**, Turhan Kitapevi Yayınları, Ankara 2002.

GÜNDÜZ, Fehmi, "Hizmet Akitlerinde Cezai Şart",**İstanbul Barosu Dergisi**, Mayıs-Haziran 2014, C. 88, S.3, s. 134-153.

İNAL, Tamer, **Ticari İşletme Hukuku - Uluslararası Ticari Sözleşmeler**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.

İZMİRLİ, Mustafa Kağan, **Cezai Şart** (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Ankara 2010).

KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, Yasemin, **Ceza Koşulu -Özellikle Zarar ve Tazminatla İlişkisi**,Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.

KAPANCI, K. Berk, **Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi,** Prof.Dr.Mustafa Dural'a Armağan, 2013, s. 655-683.

KARAGÖZ, Veli, **İş Sözleşmesinde Cezai Şart**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.

KARAHAN, Sami, **Ticari İşletme Hukuku**, 27. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2015.

KARAHASAN, Mustafa Reşit, "Para Borçlarında Cezai Şart", **İstanbul Barosu Dergisi**, 1966, C. XL, S.10, s. 469-494.

KARAHASAN, R. Mustafa, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler Öğreti Yargıtay Kararları,** Beta Basım Yayım, İstanbul 2003, C.2.

KARAMAN COŞGUN, Özlem, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Teşebbüs Kavramı ve Tacir Sayılmasının Sonuçları", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 2015, C. 21, S.1, s. 107-166.

KAYAK, Sevgi, "Roma Hukukunda Cezai Şart" , **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,** 2006, C. 64, S.1, s. 237-258.

KILIÇ, Şebnem,**İş Sözleşmelerinde İbraname ve Cezai Şartın Türk Borçlar Kanunu Açısından Değerlendirilmesi**, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014, Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan, C. 2, s. 2829-2867.

KILIÇOĞLU YILMAZ, Kumru, "Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 2016, C.22, S.3, s. 1759-1771.

KILIÇOĞLU, Ahmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2019.

KIRCA, İsmail, "Kooperatiflerin Tacir Niteliği Hakkında Yargıtay'ın Tutumu: Kanuna Aykırı Yorum Mu Yoksa Örtülü Boşluk Doldurma Gayreti Mi?", **Banka ve Ticaret Enstitüsü Dergisi**, Haziran 2017, C.33, S. 2, s.5-25.

KIRKBEŞOĞLU, Nagehan, **Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük**, Vedat Yayınları, İstanbul 2011.

KOCAAĞA, Köksal, **Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası)**, 2. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2018.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, **Değişik Kısmi Hükümsüzlük ve Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük Kavramları ile İlgili Düşünceler**, Prof. Dr. Selim Kanati' ye Armağan, Aybay Yayınları, İstanbul 1996.

KUDAT, Arkın, "Cezai Şartın Mahiyeti ve Ceza ile Münasabeti", **Ankara Barosu Dergisi**, 1949, S. 58-59.

KORKMAZ, Savaş, **İfaya Eklenen Ceza Koşulu**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi, Ankara 2018).

KUNTER, Nurullah, "Ödedikten Sonra Azaltılabilmeleri Bakımından Cezai Şart", **Adliye Ceridesi**, Y.31, Kasım 1940, S.11, s. 971-983.

KURU, Baki, **Medeni Usul Hukuku**, 3. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2019.

KÜÇÜKDAĞLI, Ayşegül, **Genel İşlem Şartları ve Yargısal Yoldan Denetimi**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi- İstanbul Üniversitesi, İstanbul 2014).

OLGAÇ, Samet Can, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Ceza Koşulu", **Terazi Hukuk Dergisi**, Şubat 2017, C.12, S.126, s. 96-112.

OSER, Hugo/ SCHÖNENBERGER, Wilhelm (Çev. Dr. Jür. Ferit AYİTER), **İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi**, Yeni Cezaevi Basımevi, Ankara 1950.

OZAN, Başak, "İş Sözleşmelerinde Kararlaştırılan Cezai Şart", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2010, C. 7, S.25, s. 135-155.

ÖCAL APAYDIN, Bahar/ İNCE AKMAN, Nurten, "Götürü Tazminatın Hakim Tarafından İndirilmesi Meselesi", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Haziran 2019, C.25, S. 1, s. 220-261.

ÖZCAN BÜYÜKTANIR, Burcu G. / OKYAR KARAOSMANOĞLU, Dila, "Evlenmeye Zorlamak için Öngörülen Cayma Tazminatı ya da Cezai Şart Dava Edilemez; Ancak Yapılan Ödemeler de Geri İstenemez- TMK m. 119/f. 2 Üzerine bir Değerlendirme", **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.7, S. 1, s. 215-232.

ÖZMEN, Adem, **Borçlar Hukukunda Cezai Şartın İndirilmesi**, (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul 2011).

ÖZMEN, E. Saba/ AKTAŞ, Türkan, "Türk Hukuku Açısından Para Borçlarında Temerrüt Faizi Yanında Ceza Koşulu Talep Edilebileceğine İlişkin Yargıtay Kararlarının Eleştirisi", **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Haziran 2018, C.17, S.1, s. 39-54.

PARLAK BÖRÜ, Şafak, "Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2017 Mart-Nisan, S.129, s. 196- 226.

POROY, Reha/ YASAMAN, Hamdi, **Ticari İşletme Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.

SAYMEN, H. Ferit / ELBİR, K, Halid, **Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler**, Hak Kitapevi, İstanbul 1958.

SAYMEN, H. Ferit / ELBİR, K. Halid, **Türk Eşya Hukuku Ayni Haklar**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1954.

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.

ŞENGÜL, Mehmet, "Seçimlik Borçlara İlişkin Temel Özellikler ve Seçimlik Borçların İfası", **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y.2011, C.XV, S.3-4, s. 208-248.

ŞİRİN, Şerafettin, **Ticaret Hukukunda Faiz ve Uygulaması**, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1994.

TAMER, Ahmet, "Tacirler Bakımından Cezai Şart (Ceza Koşulu)", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Temmuz 2013, Y.4, S. 14, s. 747- 785.

TEKELİOĞLU, Numan, "İnşaat Sözleşmelerinde Cezai Şart ve Götürü Tazminat", **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, 2017, S.2, s. 159-186.

TEKİNAY, Selahattin/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Filiz Kitapevi, İstanbul 1993.

TİRYAKİ, Murat, **Özel Hukuk Alanında Cezai Şart** (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, İstanbul 2015).

TUHR, Andreas Von (Çev. Av. Cevat EDEGE), **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı**, 2. Baskı, Ankara 1983, C.1-2.

TUNÇOMAĞ, Kenan, "Cezai Şartın Hukuki Mahiyeti", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Haziran 1962, C.1, S. 4, s 558-568.

TUNÇOMAĞ, Kenan, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 6. Baskı, Sermet Matbaası İstanbul 1976, C.1, (Türk Borçlar Hukuku).

TUNÇOMAĞ, Kenan, **Türk Hukuku'nda Cezai Şart**, Baha Matbaası, İstanbul 1963, (Türk Hukukunda Cezai Şart).

TUTAR, Elce, "Cezai Şartın Hukuki Niteliğini Açıklayan Görüşlerin Dönme Cezası Bakımından Değerlendirilmesi ve Dönme Cezasının Benzer Kurumlardan Farkı",**Terazi Hukuk Dergisi**, Ocak 2017, C.12, S.125. s. 29-41.

TUTAR, Elce, **Dönme Cezası**, Turhan Yayıncılık, Ankara 2016, (Dönme cezası).

UÇAR, Salter, **Cezai Şart ve Uygulaması**, Alfa Yayıncılık, İstanbul 1993.

Uğur Yıldırım, **Cezai Şart**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul 2010).

USLU, Ebubekir, **Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

ÜLGEN, Hüseyin/ HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, Füsun, **Ticari İşletme Hukuku**, 5. Baskı, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet/ KAYNAR, Reşat, **Borçlar Hukuku Umumi Hükümler**, 2. Baskı, Nazir Akbasan Matbaası, İstanbul 1957.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet/ ÖZDEMİR, Refet, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel Özel, 1-2-)**, Yargıtay Yayınları, Ankara 1987.

YAĞCI, Kürşad, "Anapara Faizi ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren Tbk M. 88 Ve Tbk M. 120 Hükümlerinin Ticari Faizler (Ttk M. 8 ve Ttk M. 9) Bakımından Uygulanabilirliği", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2013, C. 71, S.2, s. 421-437.

YAĞCIOĞLU, Burcu, "Bağlanma Parası, Cayma Parası, Bunların Ceza Koşuluyla Benzerlikleri ve Farklılıkları", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2017, C. 19, Prof.Dr.Şeref Ertaş'a Armağan/Özel Sayı 2, s. 1207-1270.

YAĞCIOĞLU, Burcu, **Türk ve İsviçre Hukukunda Ceza Koşulu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

YAVUZ, Nihat, **Borçlar Hukuku El Kitabı**, Adalet Yayınları, Ankara 2018.

YENER, Mehmet, "Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Yapılan Değişiklikler", **Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi,** C.4, S. 7, Ocak 2012, s. 105-114.

YÜCEL, Özge, **Fahiş Cezai Şartın Tenkisi**, Prof.Dr.Sarper Süzek'e Armağan, 2011, C. 3, s. 2945-2956.

ÇEVRİMİÇİ KAYNAKLAR

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Genel Gerekçe https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf, (E.T.: 20/03/2020).

HammurabiKanunları,https://www.hukukihaber.net/pratik-bilgiler/mo1750de-olusturulan-hammurabi-kanunlari-h431109.html, (E.T. : 12/12/2019).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 20/03/1974 T., 1970/1053 E., 1974/222 K., http://www.turkhukuksitesi.com/serh.php?did=15235, (E.T.:01/03/2020-25/03/2020).

ÇEVRİMİÇİ İÇTİHAT KAYNAKLARI

Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP), (E.T.: 24/11/2019- 08/06/2020).

www.kanunum.com, (E.T.: 22/03/2020- 28/05/2020).

www.kazancihukuk.com, (E.T.: 14/04/2020).

www.lexpera.com, (E.T.: 13/02/2020- 09/05/2020).

ÖZET

Melike Akkoyun, Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulunun İndirilmesi, Yüksek Lisans Tezi, Danışman Dr. Öğr. Üyesi Şafak Parlak Börü, s. 191.

Bu çalışmamızın konusunu Yargıtay kararları doğrultusunda ceza koşulunun indirilmesi oluşturmaktadır. Ceza koşulu, taahhüt edilen edimin hiç yerine getirilmemesi, eksik olarak yerine getirilmesi ya da taraflarca kararlaştırılan şekilde yerine getirilmemesi durumunda borçlunun, alacaklının uğrayacağı olası zararı karşılayacağını taahhüt ettiği, alacaklının alacağını garanti altına alan, borçluda ise ifa baskısı oluşturan, sözleşme anında ya da sonrasında kararlaştırılan aslilik ve fer'ilik özelliğine haiz ekonomik değeri olan bir edimdir. Ceza koşulunun indirilmesi, kamu düzeninden kaynaklanan emredici nitelikte bir kuraldır. Ceza koşulunun aşırı olması sebebiyle indirilmesi kuralı, borçlunun tacir sıfatına sahip olması durumlarında devre dışı kalacaktır ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 22. maddesi gereğince tacir olan borçlu ceza koşulundan indirim talep edemeyecektir. Ancak bu kural mutlak değildir ve ceza koşulunun ifa edilmesi borçlu tacirin mahvına neden olacak ise ceza koşulundan indirim mümkündür.

Çalışmamızın birinci bölümünde ceza koşulu kavramına ilişkin genel açıklamalarımıza; ikinci bölümünde ceza koşulunun indirilmesine ilişkin genel açıklamalara, indirim şartlarına ve ölçütlerine ve son olarak ceza koşulunun indirilmesine ilişkin özel açıklamalara, tacirlerin ceza koşulu karşısındaki durumuna ve değerlendirmelerimize yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Türk Borçlar Hukuku, Sözleşmeler, Ceza Koşulu, Yargıtay Kararları.

ABSTRACT

Melike Akkoyun, Reduction of Penal Clause in Turkish Law of Obligations, Master Thesis, Advisor Dr. Şafak Parlak Börü, 191 p.

The subject of this study is "Reduction of Penal Clause in Turkish Law of Obligations". The penalty clause means that a fixed sum that has to be paid by a party if this party doesn't pay his or her contractal duties, duly and timely. The reduction of penalty clause is a mandatory rule which stems from public order. If debtor is a trader at the same time, the rule which is about the reduction of penalty clause because it is excessive doesn't apply, and because of the article 22 of the Turkish Commercial Code No. 6102, trader debtor cannot demand the sale from the penalty clause. However, that rule is not certain and if the execution of the penalty clause will cause the destruction of the trader debtor, a reduction from the penalty clause can be possible.

The first part of our study includes general explanations about the penalty clause. The second part is about general explanations about the reduction of penalty clause, discount terms and discount criteria. The last part includes special explanations about the reduction of penalty clause, the situation of traders in the case of the penalty clause and our evaluations.

Keywords: Contracts, Supreme Court, Turkish Law of Obligations, Supreme Court Decisions, Code of Obligations, Penal Clause, Violation of Contract Terms.