

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TÜRK HUKUKUNDA CEZAI ŞARTIN
İNDİRİLMESİ

HİLAL GÜLSEVEN

2501120679

TEZ DANIŞMANI

PROF. DR. SAİBE OKTAY ÖZDEMİR

İstanbul

2015



Y Ü K S E K L İ S A N S
T E Z O N A Y I

ÖĞRENCİNİN

Adı ve Soyadı : HİLAL GÜLSEVEN

Numarası : 2501120679

Anabilim/Bilim Dalı : ÖZEL HUKUK

Danışman: PROF.DR.SAİBE OKTAY ÖZDEMİR

Tez Savunma Tarihi : 12.06.2015

Tez Savunma Saati: 11.00

Tez Başlığı : TÜRK HUKUKUNDA CEZAI ŞARTIN İNDİRİLMESİ

TEZ SAVUNMA SINAVI, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 36. Maddesi uyarınca yapılmış, sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜ'NE ÖYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-PROF.DR.SAİBE OKTAY ÖZDEMİR		KABUL
2-PROF.DR.HALUK NAMİ NOMER		Düzeltilme
3- PROF.DR.FARUK ACAR		KABUL

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- DOÇ.DR.MEHMET SERKAN ERGÜNE		
2-DOÇ.DR.ASLI MAKARACI		

ÖZ

TÜRK HUKUKUNDA CEZAI ŞARTIN İNDİRİLMESİ

Hilal Gülseven

Çalışmamızın konusu cezai şartın indirilmesi ve indirilme koşullarıdır. Cezai şartın indirilmesi ve özellikle indirimi için gerekli koşullar, Yargıtay kararları ve bilimsel çalışmalar kapsamında incelenmiştir.

Tezimizin ilk bölümünde, cezai şartın tanımı, amacı, unsurları, cezai şartın türleri, benzer kavramlardan farkı, kusur ve zarar ile ilişkisine yer verilmiştir.

İkinci bölümde, cezai şartın indirilmesinin amacı, hukuki niteliği ile tacirler bakımından uygulanacak TTK m. 22 düzenlemesi ele alınmıştır.

Üçüncü bölümde, cezai şartın indirilmesinin koşulları değerlendirilmiştir. Aşırı şekilde yüksek olan cezai şartın tespitini sağlayan ölçütler ve mahkeme uygulamasında yer alan bazı eksiklikler değerlendirilerek, bunlar hakkında görüş ve önerilere yer verilmiştir.

Sonuç bölümünde, aşırı şekilde yüksek olan cezai şartın indirilmesi talebine ve usuli işlemlere yönelik görüşlerimiz yer bulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Cezai şart, cezai şartın indirilmesi, cezai şartın indirilmesinin hukuki niteliği, cezai şartın indirilmesinin koşulları, aşırı cezai şart, cezai şartın ahlaka aykırılığı, cezai şart indiriminin ölçüsü, cezai şart indirim kararının hukuki niteliği.

ABSTRACT

REDUCTION OF PENALTY CLAUSE IN TURKISH LAW

Hilal Gulseven

The subject of study is to determine the conditions of the reduction of penalty clause. These conditions are examined in the doctrine and Supreme Court's decision.

In the first chapter, the definition, objective, elements, types of penalty clauses, differs from the similar concepts and its relationship between fault and damage were investigated.

In the second section, the aim of reduction of penalty clause and its legal character are discussed as well as Turkish Commercial Code art.22, which is applied to merchants.

In the third section, the conditions of reduction of the penalty clause are evaluated. The criterions that provide determination of excessive penalty clause and some problems in the judicial exercise are discussed.

In conclusion, demand for reduction of excessive penalty clause and related procedural actions are examined.

Key words: Penalty clause, reduction of penalty clause, legal character of reduction of penalty clause, conditions of reduction of penalty clause, excessive penalty clause, immorality of penalty clause, extent of reduction of penalty clause, legal character of judgment to reduce penalty clause.

ÖNSÖZ

Türk Özel Hukuku kapsamında cezai şartın indirilmesi için gerekli koşulların belirlenmesi, bu çalışmanın temel amacını teşkil etmektedir. Türk Borçlar Kanunu m. 182/f.3 hükmü ile hâkime aşırı cezai şartın indirilmesi yetkisi verilmiştir. Cezai şartın indirilmesine ilişkin hukuki düzenleme bu hükümden ibarettir.

TBK’da cezai şartın indirilmesinin koşullarına ilişkin düzenlemeye yer verilmediği gibi hükümde yer alan aşırı cezai şartın tespitini sağlayacak ölçütlere de yer verilmemiştir. İndirim koşulları ve aşırılığın tespitinde kullanılacak ölçütler, Yargıtay kararları ve bilimsel çalışmalar etrafında şekillenmiştir.

Cezai şartın indirilmesinin koşulları ve aşırılığın tespitinde kullanılan ölçütlerin içerik ve uygulama alanı bakımından değerlendirmesi yapılmıştır. Doktrin ve uygulamada kabul edilen indirim koşullarına katkı sağlamak amacıyla, indirim koşulları ve aşırılığın tespitini sağlayan ölçütler ayrı olarak incelenmiştir. Kabul edilen indirim koşullarından bir kısmının, farklı şekillerde ifade edilmesi gerektiği ve böylece anlam karmaşasının önüne geçilebileceği vurgulanmıştır.

Çalışmamızda genel olarak, doktrin ve uygulamada konuyla ilgili olarak ileri sürülen görüşler derlenmiş ve değerlendirilmiştir. Özellikle tartışmalı olan hususlarda uygulamaya yardımcı olabilecek çözümlerin üretilmesi hedeflenmiştir.

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	iii
ÖNSÖZ.....	v
KISALTMALAR	xi
GİRİŞ	1
I. BÖLÜM.....	4
TÜRK HUKUKUNDA CEZAI ŞART	4
A. CEZAI ŞART KAVRAMI VE TANIMI.....	4
1. Kavram.....	4
2. Tanım	5
B. CEZAI ŞARTA İLİŞKİN KANUNİ DÜZENLEMELER.....	8
C. CEZAI ŞARTIN AMACI VE UYGULAMA ALANI	8
1. Cezai Şartın Amacı	8
a. Genel Olarak	8
b. Borçluyu İfaya Teşvik.....	10
c. Tazminatı Önceden Tespit	12
2. Cezai Şartın Uygulama Alanı	13
D. CEZAI ŞARTIN UNSURLARI.....	17
1. Asıl Borcun Mevcut Bulunması.....	17
2. Cezai Şart Olarak Asıl Borçtan Ayrı ve Bağımsız Bir Edimin Bulunması	20
3. Cezai Şartın Fer'i Niteliği	21
4. Cezai Şartın Sağlararası Bir Hukuki İşlem ile Kararlaştırılması	23

E. CEZAI ŞARTIN TÜRLERİ	24
1. Seçimlik Cezai Şart.....	24
2. İfaya Eklenen Cezai Şart.....	25
3. Dönme Cezası (İfayı Engelleyen Cezai Şart)	27
F. CEZAI ŞARTIN BENZER KAVRAMLARDAN FARKI	29
1. Temerrüt Faizi.....	29
2. Bağlanma Parası.....	31
3. Cayma Parası	32
4. Seçimlik Borç - Seçimlik Yetki	34
a. Seçimlik Borç.....	34
b. Seçimlik Yetki	35
G. CEZAI ŞARTIN KUSUR VE ZARAR İLE İLİŞKİSİ.....	35
1. Kusur ile İlişkisi	35
2. Zarar ile İlişkisi	36
a. Cezai Şart Talebinin Alacaklının Zararından Bağımsızlığı	36
b. Cezai Şart Miktarını Aşan Zararın Tazmini.....	37
II. BÖLÜM	41

**CEZAI ŞARTIN İNDİRİLMESİNİN AMACI, HUKUKİ NİTELİĞİ
VE TACİR SIFATINI HAİZ BORÇLU BAKIMINDAN
DEĞERLENDİRİLMESİ**

A. İNDİRİMİN AMACI	41
B. KANUNİ DÜZENLEME.....	42
C. İNDİRİMİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	44
1. Genel Olarak	44
2. Cezai Şartın İndirilmesinin Hukuki Niteliğine İlişkin Görüşler	45
a. Cezai Şartın İndirilmesinin Butlan Niteliğinde Olduğu Görüşü	45

b. Cezai Şartın İndirilmesinin İptal Kabiliyeti (Fesih) Niteliğinde Olduğu Görüşü	46
c. Cezai Şartın İndirilmesinin Sebepsiz Zenginleşme Niteliğinde Olduğu Görüşü	47
d. Cezai Şartın İndirilmesinin Ortalama Yaptırım Niteliğinde Olduğu Görüşü	48
e. Cezai Şartın İndirilmesinin Yenilik Doğuran Hak Niteliğinde Olduğu Görüşü	48
f. Cezai Şartın İndirilmesinin Değiştirilmiş Kısmi Hükümsüzlük Niteliğinde Olduğu Görüşü	50

D. TACİR SIFATINI HAİZ BORÇLU BAKIMINDAN CEZAI ŞARTIN İNDİRİLMESİ	53
1. TTK M. 22 Gereği Tacirin Cezai Şartın İndirilmesini İsteyememesi .	53
a. Genel Olarak	53
b. Koşulları.....	55
(1) Borçlunun Tacir Sıfatını Haiz Olması.....	55
(2) Cezai Şartın Ticari İşletmeyle İlgili Bir Borç İçin Taahhüt Edilmesi	62
2. Tacir Sıfatını Haiz Borçlu Tarafından Taahhüt Edilen Cezai Şartın Ahlaka Aykırılığı	63
a. Genel Olarak	63
b. Yargıtay Uygulaması	65
(1) Genel Olarak	65
(2) Yargıtay Kararlarında Ekonomik Durum ile İlgili Değerlendirmeler.....	66
(3) Yargıtay Kararlarında Angarya Yasağı, Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti ile İlgili Değerlendirmeler	70

III. BÖLÜM..... 74

CEZAI ŞARTIN İNDİRİLMESİNİN KOŞULLARI 74

A. GENEL OLARAK.....	74
B. İNDİRİM KOŞULLARI	75
1. Geçerli Bir Cezai Şartın Bulunması.....	75
2. Cezai Şartın Muaccel Olması.....	76
a. Asıl Borcun Muacceliyeti	76
b. Asıl Borcun İhlal Edilmesi.....	80
c. Borçlunun Kusurlu Olması	81
3. Cezai Şartın İfa Edilmemiş Olması.....	82
4. Aşırı (Fahiş) Cezai Şart Olması	84
a. Genel Olarak Aşırı Cezai Şart Kavramı.....	84
b. Aşırılığın Tespitinde Yargıtay Kararlarında Kabul Edilen Ölçütler	86
c. Aşırılığın Tespitinde Değerlendirilmesi Gerekli Ölçütler.....	89
(1) Alacaklının Menfaatleri.....	89
i. Genel Olarak	89
ii. Yargıtay Görüşü.....	91
(2) Borçlunun Borca Aykırılığının Ağırlığı.....	95
i. Genel Olarak	95
ii. Yargıtay Görüşü.....	97
(3) Borçlunun Kusurunun Ağırlığı.....	98
i. Genel Olarak	98
ii. Yargıtay Görüşü.....	99
(4) Cezai Şart Yükümlüsünün Menfaati	102
i. Genel Olarak	102
ii. Yargıtay Görüşü.....	102
(5) Cezai Şartın Kararlaştırılma Amacı	104
i. Genel Olarak	104
ii. Yargıtay Görüşü.....	105
(6) Ekonomik Özgürlüğün Ahlaka Aykırı Derecede Sınırlanması	106
i. Genel Olarak	106
ii. TBK m. 182/f.3 Kapsamında İndirilmesine Müdahale	
Edilebilen Cezai Şartın Ahlaka Aykırılığı	108

iii. Tacir Sifatını Haiz Borçlunun Taahhüt Ettiği Cezai Şartın Ahlaka Aykırılığı	110
d. Aşırılığın Tespitinde Esas Alınacak An.....	113
IV. BÖLÜM.....	116
CEZAI ŞARTIN İNDİRİLMESİNE İLİŞKİN USULİ İŞLEMLER..	116
A. GENEL OLARAK.....	116
B. İNDİRİM İÇİN YETKİLİ MAKAM	116
1. Mahkeme.....	116
2. Hakem	119
C. İNDİRİMİN YAPILIŞ ŞEKLİ VE ÖLÇÜSÜ.....	120
1. Genel Olarak	120
2. İndirimin Yapılış Şekli.....	122
a. Konusu Bölünebilir Edim Olan Cezai Şartın İndirilmesi	122
b. Konusu Bölünmez Edim Olan Cezai Şartın İndirilmesi	123
3. İndirimin Ölçüsü	124
D. İNDİRİM KARARININ HUKUKİ NİTELİĞİ	128
E. İNDİRİM KARARININ HÜKMÜ.....	129
F. YARGILAMA GİDERLERİ.....	130
SONUÇ.....	132
KAYNAKÇA.....	136

KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
ev.	: Çeviren
E.	: Esas
eBK	: Eski Borçlar Kanunu
eTTK	: Eski Türk Ticaret Kanunu
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
K.	: Karar
k.g.	: Karşı görüş
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vb.	: ve benzeri

vd. : ve devamı

Yarg. : Yargıtay

GİRİŞ

Cezai şartın indirilmesi konusunu tez konusu olarak seçmemizin amacı, cezai şartın indirilmesi ve indirilme koşulları ile aşırılığın tespitine ilişkin ölçütlerin uygulama ve doktrinde gerektiği gibi ve yeterli düzeyde ele alınmamış olmasıdır.

Cezai şart, günümüzde geniş bir uygulama alanına sahiptir ve sözleşmelerin vazgeçilmez unsurlarından birisi haline gelmiştir. Eser sözleşmeleri, taşınmaz satım sözleşmeleri, hizmet sözleşmeleri, anonim şirket ve limited şirket ana sözleşmeleri, ticari işletmelerin devrine ilişkin sözleşmeler, taşıma sözleşmeleri, mal ve hizmet temini amacıyla yapılan sözleşmeler cezai şarta yer verilen sözleşmelerin başında gelmektedir.

Genel bir tanımlamayla cezai şart, bir borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde ödenmesi gereken mali değeri bulunan ayrı bir edimdir. Taraflar cezai şart miktarını tayin etmek bakımından serbestiye sahiptirler. Bu serbesti ceza teşkil edecek edimin belirlenmesi bakımından da geçerlidir. Fakat bu serbesti başta sözleşme özgürlüğünün sınırlarını belirleyen TBK m. 27 olmak üzere, sözleşmelerin yapıldığı sırada var olan veya sonradan değişen şart ve durumlar nedeniyle sınırlandırılmıştır.

Günümüz hukuk sistemlerinde bu sınırlamanın en sık karşılaşılan hali hâkime tanınan sözleşmeye müdahale yetkisidir. Cezai şart miktarının aşırı derecede yüksek olması, hâkimin sözleşmeye müdahalesini gerektiren bir hal olarak TBK m. 182/f.3 hükmünde emredici şekilde düzenlenmiştir. Hâkim aşırı gördüğü cezai şartı kendiliğinden indirebilecektir.

Hâkim cezai şartın aşırı olup olmadığını ve aşırı ise indirim oranını takdir ederken; alacaklı tarafın menfaatlerini, borçlunun borca aykırılığının ağırlığını, borçlunun kusurunun ağırlığını, cezai şart yükümlüsünün menfaatlerini, cezai şartın kararlaştırılma amacını değerlendirmelidir.

Kanun koyucu bu hüküm ile hakkaniyete aykırı sonuç doğurmaya elverişli, adalet duygusunu zedeleyecek şekilde bir tarafın malvarlığı edinmesine hizmet eden

aşırı cezai şartın indirilmesini amaçlamaktadır. Diğer yandan sözleşmenin zayıf tarafını koruma amacı taşıdığı da açıktır.

Çalışmamızda, aşırı cezai şartın indirilmesinin hukuki niteliği değerlendirilmiştir. Doktrinde yer verilen diğer görüşler de tartışılarak, indirimin hukuki niteliğinin değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük olduğu görüşüne yer verilmiştir.

TBK m. 182/f.3 hükmünün, TTK m. 22 gereği, tacirler bakımından uygulama alanı bulmaması nedeniyle cezai şartın tacirler bakımından indirilmesinin mümkün olup olmayacağı incelenmiştir. Tacir sıfatını haiz borçlunun taahhüt ettiği cezai şartın indirilmesi için ahlaka aykırılığın değerlendirilmesi gerektiği görüşü savunulmuştur. Uygulamada ahlaka aykırılığın sadece ekonomik mahva neden olma ile ifade edilmesinin, cezai şartın indirilmesinden beklenen faydayı sağlamayacağı belirtilmiştir.

Diğer yandan cezai şart miktarının, sözleşme ile hedeflenen menfaatin üzerinde olup olmadığı; cezai şartın, karşılıksız ve hakkaniyete aykırı kazanç sağlama aracına dönüşüp dönüşmediği, ekonomik anlamda üstün konumda bulunan alacaklı tarafın bu üstün durumunu kullanarak borçluyu sömürüp sömürmediği gibi ahlaka aykırı olan durumların değerlendirilmesi gerektiğine yer verilmiştir.

Çalışmamız, “Giriş” bölümünün dışında, dört “Bölüm” ve bir “Sonuç” kısmından oluşmaktadır.

Birinci bölümde, cezai şart müessesine ilişkin genel düzenlemelere ve bilgilere yer verilmiştir. Cezai şart kavramı ve tanımı, cezai şart ilişkin kanuni düzenlemeler, cezai şartın amacı ve uygulama alanı, cezai şartın unsurları ve türleri, cezai şartın benzer kavramlardan farkı, cezai şartın kusur ve zarar ile ilişkisi incelenmiştir.

İkinci bölümde, cezai şartın indirilmesi cezai şartın indirilmesinin amacı, hukuki niteliği ve tacir sıfatını haiz borçlular bakımından TTK m. 22 düzenlemesi kapsamında cezai şartın indirilmesine yer verilmiştir.

Tacir sıfatını haiz borçlunun taahhüt ettiği cezai şartın indirilemeyeceği TTK m. 22 düzenlemesi gereği kabul edilse de ahlaka aykırılığın ileri sürülebileceği doktrinde ve uygulamada kabul edilmiştir. Bu nedenle tacir sıfatını haiz borçlu tarafından taahhüt edilen cezai şartın, ahlaka aykırı olduğu durumlarda; angarya yasağı gereği tamamen batıl sayılması veya indirim koşullarının varlığı halinde indirilmesi hususu incelenmiştir.

Üçüncü bölümde, cezai şartın indirilme koşulları incelenmiştir. Cezai şartın indirilmesi için gerekli koşullar; geçerli bir cezai şartın bulunması, cezai şartın muaccel olması, cezai şartın ifa edilmemiş olması ve aşırı bir cezai şartın varlığı gerektiğine yer verilmiştir. Yargıtay kararları ve doktrin çalışmaları kapsamında bu koşulların nasıl değerlendirildiği ve nasıl değerlendirilmesi gerektiği incelenmiştir. Özellikle aşırı cezai şartın tespitini sağlayan ölçütler incelenmiştir.

Dördüncü bölümde, yürürlükten kalkan eBK döneminde cezai şartın indirilmesi konusunda borçlunun talepte bulunmasının gerekip gerekmediğine ilişkin doktrinde yer alan görüşler değerlendirilmiştir. TBK m. 182/f.3 düzenlemesinde yer alan kendiliğinden ibaresi gereği, aşırı cezai şartı hâkim kendiliğinden indirecektir. Böylece kendiliğinden ibaresinin getirilmesiyle doktrinde yer alan tartışmalara son verilmiştir. Son olarak, cezai şartın indirilmesinde usule yönelik değerlendirmelere yer verilmiştir.

Cezai şartın indirilmesi konusuna ilişkin değerlendirme, görüş ve önerilerimizi içeren bir sonuç bölümüyle çalışmamız sona ermektedir.

I. BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA CEZAI ŞART

A. CEZAI ŞART KAVRAMI VE TANIMI

1. Kavram

Cezai şartı ifade etmesi açısından Kanunlarda ve doktrinde kullanılan kavramlar arasında birlik bulunmamaktadır. 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu¹'nda (eBK) cezai şart kavramı kullanılmasına karşın 6098 sayılı yürürlükteki Türk Borçlar Kanunu²'nda (TBK) ceza koşulu kavramı kullanılmaktadır. 743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenisi³'nde cayma tazminatı ve ceza şartı kavramı kullanılmıştır. 865 sayılı mülga Ticaret Kanunu⁴ ise maktu zarar ve ziyan kavramını kullanmıştır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu⁵ (TTK) sözleşme cezası kavramına yer vermiştir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda⁶ (TMK) tercih edilen kavram cezai şart olmuştur.

Türk Medeni Kanunu'nda cezai şart kavramı kabul edilmesine rağmen bu kanundan sonra yürürlüğe giren TBK ve TTK'da farklı kavramların kabul edilmesi ve bu şekilde kavram değişikliğine gidilmesi haklı olarak eleştirilmiştir⁷. Yine TBK ve TTK'nın aynı gün yürürlüğe giren kanunlar olmasına rağmen farklı kavramları

¹ 818 sayılı Borçlar Kanunu 01.07.2012 tarihinde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesiyle mülgadır. Bundan sonra Eski Borçlar Kanunu anlamında eBK olarak kullanılacaktır.

² 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunudur. Bundan sonra TBK olarak kullanılacaktır.

³ 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi 01.01.2002 tarihinde Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girmesiyle mülgadır.

⁴ 29.06.1956 tarihinde kabul edilen 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girmesi ile mülgadır.

⁵ 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunudur. Bundan sonra TTK olarak kullanılacaktır. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu ise 01.07.2012 tarihinde 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girmesi ile mülgadır. Bundan sonra Eski Türk Ticaret Kanunu anlamında eTTK olarak kullanılacaktır.

⁶ 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunudur. Bundan sonra TMK olarak kullanılacaktır.

⁷ Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 18. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, 2014, s. 780 vd.

içermeleri kanun koyucu tarafından düzenleme yapılırken kavram birliğine önem verilmediğini göstermektedir.

Doktrinde kullanılan kavramlar ise; “cezai şart”, “akdi ceza”⁸, “sözleşme cezası”⁹, “ceza şartı”¹⁰, “ceza koşulu” ve “cezai sözleşme kaydı”¹¹’dir.

Görüldüğü üzere bu kavramlar bakımından ortak bir husus ceza ifadesini içermeleridir. Çalışmamızın devam eden kısımlarında görüleceği üzere cezai şart tazminat özelliği de bulunan bir hukuki kurumdur. Fakat kullanılan kavramlarda tazminat ifadesi yer almamaktadır. Şart ifadesi de teknik anlamda bir şartın varlığını akla getirmektedir. Esasen buradaki şart terimi ‘kloz’ ya da ‘kayıt’ olarak ifade edebileceğimiz sözleşme hükmü anlamındadır. O halde bu kavram hukuki niteliği itibariyle bir şart değil, bir tür geciktirici şarta bağlı borçtur¹².

TBK’ nın ilgili hükümlerinde her ne kadar ceza koşulu kavramı kullanılmış olsa da bu kavramın cezai şart kavramından farkı bulunmamaktadır. TBK’ nın genel düzenleme mantığı içerisinde yer alan ifadelerin Türkçeleştirilmesi gayesiyle “şart” ifadesi “koşul” ifadesi olarak değiştirilmiştir. Cezai şart kavramının hukukumuzda yerleşmiş teknik bir kavram olması, doktrin ve uygulamada yerleşmiş bulunması nedeniyle bu kavramın korunması ve kullanımının yeknesaklaştırılmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz.

2. Tanım

Hukuki bir kavrama tanım vermenin zorluğu kendisini göstermiş ve kanun koyucu, yürürlükten kaldırılan eBK’da olduğu gibi TBK’da da cezai şart=ceza koşulu kavramını tanımlamaktan kaçınmıştır. Bu nedenle doktrinde bu konuda çeşitli

⁸ Andreas Von Thur, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı C.1-2**, Çev. Cevat Edege, 2. Bası, Ankara, Olgaç Matbaası, 1983, s. 821 vd.

⁹ Ergun Özsunay, **Borçlar Hukuku Dersleri I**, İstanbul, 1976, s. 143; M. Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.II, 11. Bası, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2014, s. 518 vd.

¹⁰ Halil Arslanlı, **Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumi Hükümler**, 3. Bası, İstanbul, 1960, s. 62; Nihat Renda/ Galip Onursan, **Borçlar Hukuku**, Ankara, Balkanoğlu Matbaacılık, 1978, s. 239(A).

¹¹ H. Ferit Saymen / K. Halid Elbir, **Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler**, İstanbul, 1958, s. 833.

¹² Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 4; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.II, s. 518.

tanımlar verilmiştir. Bunlardan bazıları bir sözleşmenin varlığını belirtmek suretiyle cezai şartı aşağıdaki gibi tanımlamaktadırlar.

“Cezai şart, bir mukavele olup, asıl bir borcun mevcudiyetini gerektiren tali bir borç mahiyetindedir¹³.”

“Cezai şart, yaşayanlar arasında yapılan öyle bir hukuki muameledir ki, onunla borçlu borcunun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde bir edada bulunmayı alacaklıya karşı taahhüt eder¹⁴.”

“Sözleşmenin hiç ya da gereği gibi ifa edilmediği hallerde borçlunun alacaklıya vermeyi taahhüt ettiği para ya da ekonomik değere cezai şart (ceza koşulu) denir¹⁵.”

“Borçlu alacaklıya karşı esas borcun ifa edilmemesi veya zamanında yerine getirilmemesi halinde bir edada bulunmayı taahhüt etmesi halinde cezai şart mevcuttur¹⁶.”

“Cezai şart, asıl borç dışında yan borç doğurucu bir anlaşma olup bununla borçlu, alacaklıya sözleşmenin ifa edilmemesi veya eksik ya da kötü ifası veya kararlaştırılmış yer ve zamanda ifa edilmemesi hallerinden birinin vukuunda anlaşmada kararlaştırılmış mali karakterde bir ifada bulunmayı taahhüt etmeye denir¹⁷.”

“Borcun zamanında ve gereği gibi ifasını temin etme ve icabında alacaklıya zararını ispat yükü olmadan belli bir tazminat alabilme imkânı sağlayan kayda cezai şart denir¹⁸.”

¹³ Kemaleddin Birsen, **Borçlar Hukuku Dersleri**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1967, s. 360; Tahir Kanuk, Cezai Şart, **Adalet Dergisi**, Ağustos, 1950, Sayı 8, s. 1071 vd.

¹⁴ Necip Bilge, “Cezai Şart”, **Esat Arsebük’e Armağan**, Ankara, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, 1958, s. 39.

¹⁵ Hüseyin Hatemi / Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 2. Bası, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2012, s. 345; Turgut Önen, **Borçlar Hukuku**, 5. Bası, Yargı Yayınevi, 1999, s. 119.

¹⁶ Tuhr, **a.g.e.**, s. 763.

¹⁷ Fahiman Tekil, **Borçlar Hukuku**, İstanbul, 1981, s. 236.

¹⁸ Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Umumi Hükümler**, C.2, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1969, s. 327.

“Cezai şart, borcun yerine getirilmemesi veya istenilen zaman ve mahalde ve kararlaştırılan tarzda yapılmaması halinde ödenmesi şart koşulan maktu bir tazminattır¹⁹.”

“ Cezai şart, bir borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde ödenmesi gereken mali değeri haiz ayrı bir edimdir²⁰.”

“Cezai şart, bir borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde alacaklıya bir edimde bulunmayı taahhüt etmesi şeklinde bir hukuki işlemdir²¹.”

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

Yukarıda yer alan tanımlamalara bakıldığında aralarında büyük farklılıklar bulunmamaktadır. Tanımlara bakıldığında bir kısmında ‘edim’ ifadesinin, diğer kısmında ‘hukuki işlem’ ifadesinin vurgulandığı görülmektedir. Hukuki işlemin kullanıldığı tanımlarda, cezai şart kavramı, taraflar arasında yer alan ve cezai şartı doğuran hukuki işlemi ifade etmektedir²³. Diğerleri ise, bu hukuki işlem ile kararlaştırılmış ve asıl borçtan ayrı bulunan edimi ifade etmektedir.

¹⁹ Ekrem Edgü, **Borçlar Hukuku Umumi Hükümler**, Balkanoğlu Matbaası, 1965, s. 135.

²⁰ Kenan Tunçomağ, **Türk Hukukunda Cezai Şart**, İstanbul, Baha Matbaası, 1963, s. 6; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu/ Reşad Kaynar, **Borçlar Hukuku Umumi Hükümler**, 2. Bası, Nazir Akbasan Matbaası, 1957, s. 157; Özsunay, **a.g.e.**, s. 143; Osman Fazlı Berki, “Pey Akçesi, Rücu Tazminatı ve Cezai Şart Etrafında Tetkikler”, **İstanbul Barosu Dergisi**, 1943, Sayı 5, s. 281; Sulhi Tekinay/ Sermet Akman/ Haluk Burcuoğlu/ Atilla Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 341 vd.; Renda/Onursan, **a.g.e.**, s. 239(A); Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 780 vd.; Turgut Akıntürk/ Derya Ateş Karaman, **Borçlar Hukuku**, 21. Bası, İstanbul, Beta yayıncılık, 2013, s. 163; Şahin Akıncı, **Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler**, Konya, Sayram Yayıncılık, 2006, s. 272; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s. 1181; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 771 vd.; Cevdet İlhan Günay, **Cezai Şart**, Ankara, 2002, s. 4 vd. Doğan Şenyüz, **Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler**, 5. Bası, Bursa, Ekin Yayınları, 2011, s. 193; Haluk N. Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 12. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2012, s. 344 vd.

²¹ Esat Arsebük, **Borçlar Hukuku C.1-2**, Ankara, Güney Matbaacılık, 1950, s. 980 vd.; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.II., s. 518 vd.; Ali Naim İnan/ Özge Yücel, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4. Bası, Ankara, 2014, s. 564.

²² Salter Uçar, **Cezai şart ve Uygulaması**, İstanbul, Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1993, s. 11.

²³ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 59; Eren, **a.g.e.**, s. 1181; Köksal Kocaağa, **Türk Özel Hukukunda Cezai Şart**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003, s. 34.

Şimdiye kadar yapılan tanımlamalardan farklı olmamakla birlikte edim karakterinin ön planda olduğu düşüncesiyle tarafımızca bir tanımlama yapmak gerekirse: “Cezai şart, bir borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi ya da kararlaştırılan yer veya zamanda ifa edilmemesi halinde, önceden belirlenmiş veya nasıl belirleneceği tespit edilmiş ekonomik değere sahip asıl borçtan ayrı edime denir.” Tanımlamamızdan da anlaşılacağı üzere asıl borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi hali veya kararlaştırılan yer veya zamanda ifa edilmemesi halinde cezai şart hüküm ifade edecektir.

B. CEZAI ŞARTA İLİŞKİN KANUNİ DÜZENLEMELER

Türk Borçlar Hukuku sistemi içerisinde cezai şart, TBK’ nın genel hükümler kısmında, borç ilişkilerinde özel durumlar başlıklı dördüncü bölümün üçüncü ayırımında 179 - 182. maddelerinde düzenlenmiştir. Madde 179’da cezai şartın türü, madde 180’de cezai ile zarar arasındaki ilişki, madde 181’de kısmi ifa, madde 182’de cezanın miktarı ile geçersizliği ve indirilmesine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

Ticaret Hukuku sistemi içerisinde cezai şart, TTK’ nın birinci kitabında tacir olmanın hükümleri başlıklı bölümde, ücret ve sözleşme cezasının indirilmesi başlığıyla madde 22’de düzenlenmiştir. Bu madde gereğince; tacir sıfatını haiz borçlu, Türk Borçlar Kanununun 121 inci maddesinin ikinci fıkrasıyla 182 nci maddesinin üçüncü fıkrasında ve 525 inci maddesinde yazılı hâllerde, aşırı ücret veya ceza kararlaştırılmış olduğu iddiasıyla ücret veya sözleşme cezasının indirilmesini mahkemeden isteyemeyecektir.

C. CEZAI ŞARTIN AMACI VE UYGULAMA ALANI

1. Cezai Şartın Amacı

a. Genel Olarak

Cezai şartın amacı borçlu ve alacaklı taraf bakımından farklılık içermektedir. Tarafların sözleşme ile elde etmek istedikleri menfaatlere göre cezai

şartın amacı da şekillenmektedir. Cezai şartın genel olarak iki temel amacı bulunmaktadır. Bunlardan ilki borçluyu borca uygun davranmaya sevk etmek ve böylece borçluyu ifaya teşvik etmek; diğeri ise borçlunun borcu hiç ya da gereği gibi ifa etmediği takdirde alacaklıyı doğacak zararı saptama yükümünden kurtararak önceden tazminatın tespit edilmesini sağlamaktır²⁴. Bunlardan ilki teşvik ikincisi de tazminat fonksiyonudur.

Yürürlükten kaldırılan eBK’da olduğu gibi yürürlükte bulunan TBK’da da cezai şartın ceza ve tazminat fonksiyonları kaynaştırılarak, bileşik sistem²⁵ kabul edilmiştir. Kabul edilen bu sistemde ceza ve tazminat dengeli olarak korunması gerekmektedir. Cezai şartın, tarafların iradelerinde aksi anlaşılmıyorsa ceza fonksiyonu göz ardı edilerek, zarar karşılığı olan tutara indirilmesi veya tam tersi şekilde tazminat fonksiyonun göz ardı edilmesi ve sadece ceza fonksiyonu gözetilerek aşırı cezai şartın indirilmemesi gibi tutumlar cezai şarttan beklenen hukuki faydayı sağlamayacaktır²⁶.

Cezai şartın yukarıda bahsi geçen iki temel amacı her durumda ve aynı oranda göz önüne alınmamış olabilir. Cezai şartın amacının somut olayın özelliklerinden ve tarafların iradelerinden yola çıkılarak belirlenmesi, hâkim tarafından cezai şartın indirilmesi noktasında etkisini gösterecektir²⁷.

Bu iki temel amacın yanında cezai şartın; sözleşmeden dönmeyi kolaylaştırma, borçluyu doğacak bütün zararlardan sorumlu tutma, hâkimin rolünü kolaylaştırmak gibi amaçları bulunmaktadır. Cezai şartın alacaklı yönünden; emniyet

²⁴ Bilge, **a.g.m.**, s. 81 vd.; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 58 vd.; Kılıçoğlu **a.g.e.**, s. 771-772; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 42; Berki, **a.g.m.**, s. 281 vd.; Önen, **a.g.e.**, s. 120; Tahir Kanık, Cezai Şart, **Adalet Dergisi**, Ağustos, 1950, Sayı 8, s. 1071; İnan, **a.g.e.**, s. 565; Hüseyin Ekinci, **Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004, s. 47; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.II., s. 519; Ayça Akkayan Yıldırım, “Cezai Şartın İşlevi Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.LXI, S.12, 2003, s. 375 vd.

²⁵ Bileşik sistemin kabul edildiği Yargıtay kararları için bkz. Yarg. 14. HD., 08.11.1977 T., 1977/4307 E., 1977/5588 K. sayılı kararı. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 31.10.2014); Yarg. 14. HD., 05.05.1999 T., 1999/2536 E., 1999/3371 K. sayılı kararı. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 31.10.2014).

²⁶ Akkayan-Yıldırım, **a.g.m.**, s. 377.

²⁷ Akkayan-Yıldırım, **a.g.m.**, s. 377 vd.; Nil Karabağ Bulut, **Medeni Kanununun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2014, s. 191.

vermek, hakkını kolay ve emin bir surette sağlamasına imkân yaratmak, zararını ve karşı tarafın kusurunu ispata mecbur olmadan belli bir tazminata kavuşmak amaçlarının da olduğunu söyleyebiliriz²⁸. Şüphesiz ki alacaklıya ilişkin bu amaçların gerçekleşmesi de cezai şartın borçlu üzerindeki etkisine bağlı olmaktadır.

b. Borçluyu İfaya Teşvik

Cezai şartın bir amacı borçluyu ifaya teşvik suretiyle, asıl borcun ifasını teminat altına almaktadır. Cezai şart, alacaklının ifayı elde edebilmek için, borçluya karşı kullanabileceği bir baskı aracıdır. Bu baskı ile borçlu ifaya teşvik edilmektedir. Cezai şart, borçluyu ifada bulunmaya teşvik edicidir, zorlayıcıdır²⁹.

Cezai şartın asıl borcun ifasını teminat altına alması, borçlu üzerinde psikolojik baskı nedenidir ve onu ifaya teşvik etmektedir. Bu psikolojik baskı unsuru nedeniyle borçlu, asıl borcu yerine getirmemesi halinde daha ağır bir yükümlülükle karşılaşacağını düşünerek asıl borcu ifa etmeye ve böylece ferî nitelikteki cezai şarttan kurtulmaya çalışacaktır³⁰.

Doktrinde, borçlu üzerindeki bu ifa baskısı nedeniyle cezai şartın bir özel hukuk cezası niteliği taşıdığını ifade eden yazarlar bulunmaktadır³¹. Özel hukuk cezası niteliği taşımasını ise alacaklının hiçbir zararı olmasa bile cezai şartın istenilebilmesine ve cezai şart miktarının genellikle mahkeme tarafından hükmedilen

²⁸ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 327.

²⁹ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.II., s. 519; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 372; Sevgi Kayak, “Roma Hukukunda Cezai Şart”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXIV, S.1, 2006, s. 240; İsmail Kayar, **Borçlar Hukuku**, 9. Baskı, Seçkin Yayınları, 2014, s. 218; Cezai şartın borcun ifası konusunda borçlu üzerinde baskı yaptığına ilişkin olarak bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 27.03.2013 T., 2012/13-821 E., 2013/409 K. sayılı kararı. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 30.10.2014).

³⁰ Hüseyin Avni Göktürk, “Cezai Şart Müessesesi”, **İzmir Barosu Dergisi**, Sayı 1-13, 1938, s. 399; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 58 vd.; Kılıçoğlu **a.g.e.**, s. 771-772; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 42; Berki, **a.g.m.**, s. 281 vd.; Önen, **a.g.e.**, s. 120; Kanık, **a.g.m.**, s. 1071; İnan, **a.g.e.**, s. 442; Ekinci, **a.g.e.**, s. 47; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 43-44.

³¹ İnan, **a.g.e.**, s. 565 vd. ; K.g. Birsen, **a.g.e.**, s. 361. Cezai şartın, Amme Hukuku sahasına giren bir ceza olup olmadığı ve cezai şartın adında başka hiç bir tarafında cezailik olmadığı konusunda bkz. Arkun Kudat, “Cezai Şartın Mahiyeti ve Ceza ile Münasebeti”, **Ankara Borusu Dergisi**, C.5, Şubat 1949, S. 58-59 s. 29.

tazminattan daha yüksek olması gibi nedenlerle borçlunun üzerinde baskı unsuru oluşturmasına ve borçluyu asıl borcun ifasına zorlamasına baęlamaktadırlar³².

Borçluyu ifaya teşvik amacıyla kararlaştırılan cezai şart ile zararın tazmini değil, borcun ifasını gereği gibi sağlama amacı güdülmektedir. Cezai şart ile kararlaştırılan ceza miktarı ilke olarak zarar miktarından yüksek tutulduğu için ancak alacaklının zararını aşan miktar borçluyu cezalandırma işlevine sahip olabileceğinden, borçlu borcunu ifa etmek için daha fazla çaba sarf edecektir³³. Sürekli borç ilişkisinin söz konusu olduğu durumlarda kararlaştırılan cezai şartın, borçluyu gelecekte meydana gelebilecek borca aykırılıklarından kaçınmaya teşvik etmesi de yine bu fonksiyonun bir sonucu olmaktadır³⁴.

Doktrinde cezai şart miktarının çok yüksek tutulması halinde bu amacın gerçekleşmesinin mümkün olacağı ileri sürülmektedir³⁵. Yüksek bir miktarın borçlu üzerinde baskı yapmaması ve onu ifaya teşvik etmemesi imkânsızdır. Bununla birlikte cezai şartın ileride hâkim tarafından indirilebilmesi imkânı borçlunun üzerindeki ifa baskısını azaltmamaktadır. Çünkü hiç veya gereği gibi ifa etmeme halinde cezai şart ödemesi kesin iken, cezai şartın indirilmesi somut olayda yer alan şartların hâkim tarafından değerlendirilmesi neticesinde ihtimal olarak söz konusudur³⁶.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 27.03.2013 tarihinde “...Aşırılığın belirlenmesinde cezai şart borcun yerine getirilmesi için davalı üzerinde bir baskı yaptığı da gözetilip böyle bir baskının ortadan kaldırılması sonucunu doğuracak şekilde indirimden kaçınılmalıdır...”³⁷ gerekçeleriyle verdiği karar, cezai şartın

³² Kocaağa, **a.g.e.**, s. 42-43; Akkayan-Yıldırım, **a.g.m.**, s. 380-381.

³³ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 42-43; Eren, **a.g.e.**, s. 1181; Akıncı, **a.g.e.**, s. 272.

³⁴ Karabağ-Bulut, **a.g.e.**, s. 191.

³⁵ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 49.

³⁶ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 49 vd.

³⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 27.03.2013 T., 2012/13-821 E., 2013/409 K. sayılı kararı detay için bkz. “...Kural olarak Sözleşme Serbestisi ilkeleri çerçevesinde taraflar cezai şart miktarını tayinde serbesttirler. Ancak BK 161/son maddesi gereğince hâkim fahiş olan cezai şart miktarını indirmekle yükümlüdür. Bu konu da tarafların talepte bulunmasına gerek yoktur. Hal böyle olunca hâkimin BK 161/son maddesi gereğince cezai şart miktarında indirim yapılıp yapılmayacağı, yapılacaksa bunun miktarı konusunda bir değerlendirme yapması gerekir. Hâkim cezai şartın fahiş olup olmadığını değerlendirirken, tarafların ekonomik durumları, asil olarak borçlunun ödeme gücü; alacaklının, kendisine asıl borcun ifasındaki yararıyla cezai şart ödenmesi halindeki yararı arasında

borçluyu ifaya teşvik amacıyla borçlu üzerinde baskı oluşturduğuna dair amacı ortaya koyması bakımından önemli bir karardır.

c. Tazminatı Önceden Tespit

Tarafların, bir sözleşme ilişkisinden kaynaklanan muhtemel zararları en iyi bilecek kimseler olmaları nedeniyle, cezai şart ile taraflara tazminat miktarını önceden belirleme imkânı verildiği ileri sürülmektedir³⁸. Tazminat hukukunun genel prensibinde, tazminat talebinin temeli bir zararın varlığına dayanmaktadır. Oysa TBK m. 180/f.1 hükmü, alacaklının hiçbir zararı bulunmasa dahi cezai şart talep edebileceğini düzenlemektedir. Bu nedenle doktrinde³⁹, cezai şartın teknik anlamda bir tazminat olmadığı ve cezai şartın tazminat amacının, tazminat hukukunun genel prensiplerine bir istisna getirdiği ileri sürülmektedir.

Borca aykırılık veya temerrüd halinde alacaklı uğradığı zararın tazminini talep edebilecektir. Fakat alacaklının bu taleplerde bulunabilmesi için uğradığı zararın varlığını ve uğradığı zararın miktarını ispat etmesi gerekmektedir. Zararın varlığının ve miktarının ispatı her zaman çok kolay olmamaktadır. Bu ispat hususu alacaklı adına bir külfettir⁴⁰. Cezai şartın tazminat amacı, asıl borcun hiç veya gereği

makul ve adil ölçü, sözleşmeye aykırı davranılmasından dolayı alacaklının uğradığı zarar, borçlunun borcunu yerine getirmemiş olması sebebiyle sağladığı menfaat, borçlunun kusuru derecesi ölçü alınıp cezai şart miktarı hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun olarak saptanmalıdır. Hâkimin bu kuralları uygularken kullanacağı takdir hakkının Yargıtay denetimine elverişli olması gerekir. Aşırılığın belirlenmesinde cezai şart borcun yerine getirilmesi için davalı üzerinde bir baskı yaptığı da gözeticiler böyle bir baskının ortadan kaldırılması sonucunu doğuracak şekilde indirimden kaçınılmalıdır. Bu durumun yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda cezai şartın fahiş olup olmadığı, indirim gerekip gerekmediği, fahiş ise ne oranda indirim yapılması gerektiği saptanıp, sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken..” (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 30.10.2014) Benzer bir karar için bkz. Yarg. 19. HD., 10.04.2013 T., 2013/727 E., 2013/6380 K. sayılı kararı: “...Davacı vekili, davalının bayileri olduğunu ve başka firmalara ait ürünleri satmamayı taahhüt ettiğini, 2007/109 D.İş dosyası ile yapılan tespit 3. Kişilere ürün satıldığının belirlendiğini... Cezai şartın tahsilini talep etmiştir... Taraflar arasında akdedilen 26.06.1997 tarihli Bayilik Sözleşmesi'nin 10.2 maddesinde “Bayi, C... Ürünleri dışında başka madeni yağ ve müstahzarlarını satmama, bulundurmama, tanıtım ve reklamını yapmama, teşhir etmemeye ilişkin olarak bu sözleşmede yer alan yükümlülüklerle her aykırı davranışında C... 'ye, C... 'nin herhangi bir ihtarına veya mahkeme kararı almasına gerek olmaksızın 100.000,00-TL cezai şart bedeli ödemeyi kayıtsız şartsız kabul eder.” hükmü yer almaktadır. Bu hüküm uygulanarak cezai şart tayin edilmesi gerekmektedir...” şeklinde yer alan gerekçelerden anlaşıldığı üzere taraflarca kararlaştırılan cezai şart davalıyı sözleşmeye uygun davranmaya, bayiliğini üstlendiği dağıtım şirketinin ürünlerini satmaya ve borcunu sözleşmeye uygun ifaya yöneltmektedir. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 31.10.2014)

³⁸ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 50; Akkayan-Yıldırım, **a.g.m.**, s. 382..

³⁹ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 48-49; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 358.

⁴⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 342.

gibi ifa edilmemesi yüzünden alacaklının uğrayacağı zarar miktarını önceden tespit etmek suretiyle, alacaklıyı uğradığı zararı ispat külfetinden kurtarmaktadır⁴¹.

Kanun koyucu, cezai şart ile ilgili düzenlemelerde, borca aykırılık halinin alacaklıya hiçbir zarar vermediği hususunu borçlunun ispat etmesine de izin vermemiştir⁴².

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 16.04.1986 tarihli kararında yer verdiği “...Taraflar arasında akdedilmiş, 1.1.1982 başlangıç tarihli ve beş yıl süreli kira sözleşmesi ile davalı, davacıya işyeri kiralamış ve teslim etmiştir. Sözleşme özel şartlarınının 4. Maddesi “Kontrat süresince binanın satılması halinde mal sahibi kiracıya beş milyon TL. tazminat ödemeyi taahhüt etmiştir.” sözlerini içermektedir... Maddede “tazminat” sözcüğü kullanılmış ise de, tazminatın götürü olarak tayin ve tespit edilmiş bulunması, davalının yüklendiği bu edimin “cezai şart” olduğunu açıkça göstermektedir. Hal böyle olunca, davacının ayrıca zararını ve bunun miktarını ispat etmesi gerekmez. Kaldı ki alacaklı zararı olmasa da cezai şart olarak kararlaştırılan meblağı isteyebilir...” gerekçeleriyle cezai şartın tazminat amacına sahip olduğu yönünde karar vermiştir⁴³.

TBK m. 180/f.2’de alacaklının cezai şart miktarından daha fazla zarara uğraması halinde, alacaklının bu fazla zararını borçlunun kusurlu bulunduğunu ispat etmedikçe talep edemeyeceği düzenlenmiştir. Madde hükmü ile cezai şart miktarını aşan bir zararın varlığı ihtimali değerlendirilmiş ve cezai şartın alacaklının zararını karşılamaya yönelmiş olduğu kabul edilmiştir. Bu değerlendirme doğrultusunda cezai şartın tazminat fonksiyonuna sahip olduğunu ifade etmek mümkündür⁴⁴.

2. Cezai Şartın Uygulama Alanı

Cezai şartın uygulama alanı oldukça geniştir. Bu bölümde cezai şartın uygulandığı başlıca hallere değineceğiz. Cezai şart, geçerli bir hukuki işlem ile

⁴¹ Bilge, **a.g.m.**, s. 84; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 49; Şenyüz, **a.g.e.**, s. 193; Birsen, **a.g.e.**, s. 361; İnan, **a.g.e.**, s. 442; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 328; İnan/Yücel, **a.g.e.**, s. 566.

⁴² Bilge, **a.g.m.**, s. 84; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 49; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 46.

⁴³Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 16.04.1986 T., 1984/13-730 E., 1986/416 K. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 28.10.2014)

⁴⁴ Akkayan-Yıldırım, **a.g.m.**, s. 382-383; Kayak, **a.g.m.**, s. 241.

kararlaştırıldığında hüküm ve sonuçlarını meydana getirir. Cezai Şartı ortaya çıkararak ilişki tek taraflı ya da çok taraflı bir hukuki işlem olabilir.

Sözleşmeler cezai Şartın en yaygın uygulandığı alanlardır. Eser sözleşmeleri, taşınmaz satım sözleşmeleri, taŐınır satım sözleşmeleri, hizmet sözleşmeleri, anonim Şirket ve limited Şirket ana sözleşmeleri, ticari işletmelerin devrine ilişkin sözleşmeler, Őirketlerin satım sözleşmeleri, hisse devri sözleşmeleri, taşıma sözleşmeleri, mal ve hizmet temini amacıyla yapılan sözleşmeler gibi birçok sözleşme türünde cezai Şarta yer verilmektedir⁴⁵.

Medeni Hukuk iŐlemleri açısından cezai Şartın uygulama alanını inceleyecek olursak;  l me bağlı tasarruflar açısından cezai Şartın uygulama alanı yoktur. Cezai Şart sağlararası hukuki işlemlerden kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda miras sözleşmelerinin sağlararası edimlerine ilişkin olarak cezai Şarta yer verilebileceği gibi miras paylaŐtırma sözleşmelerinde veya miras payının devri sözleşmelerinde cezai Şarta yer verilebileceği kanatindeyiz⁴⁶.

EŞya Hukukunda ise kat mülkiyeti, menkul-gayrimenkul satım sözleşmelerinde, tescil veya Őerh etme borcu doğuran sözleşmelerde cezai Şart uygulama alanı bulmaktadır⁴⁷.

Dernekler Hukukunda da cezai Şart uygulama alanına sahiptir. Dernek cezası olarak adlandırılan ve üyelerin yükümlülüklerini yerine getirmesi amacına hizmet eden para cezaları, cezai Şartın uygulama alanını oluŐturmaktadır⁴⁸.

Hizmet sözleşmelerinde, işçinin ve işverenin hak ve yükümlülüklerinin teminatı olmak üzere uygulamada sıklıkla cezai Şart kararlaştırılması yoluna gidilmektedir. Hizmet sözleşmelerinde yer alan cezai Şartlar için TBK m. 420 hükmü *“Hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir.”* düzenlenmiştir. eBK’ da bu konu da yasal bir düzenleme yer almamasına rağmen bu

⁴⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 09.10.1991 T., 1991/15-340 E., 1991/467 K.; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 27.04.2011 T., 2011/15-118 E., 2011/234 K. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 28.10.2014)

⁴⁶ K.g.: Kocaağa, **a.g.e.**, s. 78.

⁴⁷ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 76; Ekinici, **a.g.e.**, s. 104.

⁴⁸ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 78.

kanunun yürürlükte olduğu dönemlerde, yalnız işçi aleyhine cezai şart kararlaştırılmış olması halinde Yargıtay tarafından, çoğunlukla cezai şartın geçersiz olduğu ve işçiyi bağlamadığı yönünde kararlar verilmiştir⁴⁹.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 17.09.2013 yakın tarihli bir kararında daha önceki kararları ile uyumlu olarak “...Cezai şart öğretide, mevcut borcun ifa edilmemesi veya eksik ifası halinde ödenmesi gereken mali değeri haiz ayrı bir edim olarak tanımlanmıştır. Cezai şart eBK 158-161 maddeleri arasında düzenlenmiş olup, İş Kanunlarında konuya dair bir hükme yer verilmemiştir. İş hukuku açısından Borçlar Kanununun sözü edilen hükümlerini uygulamakla beraber, Dairemizce bazı yönlerden İş Hukukuna özgü çözümler üretilmiştir. İş Hukukunda “İşçi Yararına Yorum İlkesi”nin bir sonucu olarak sadece işçi aleyhine yükümlülük öngören cezai şart hükümleri geçersiz sayılmış ve bu yönde yerleşmiş içtihatlar öğretide de benimsenmiştir⁵⁰. Hizmet sözleşmeleri açısından cezai şartla ilgili olarak 818 sayılı yasada açık bir hüküm bulunmaz iken, Dairemizin uygulamasına paralel olarak; 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 420. maddesi “Hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir...” hükmünü getirmiştir. Bu itibarla hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan cezai şartlar geçersiz, işçi lehine konulan cezai şartlar ise geçerli kabul edilmelidir.”⁵¹ gerekçeleriyle işçi aleyhine tek taraflı olarak kararlaştırılan cezai şartı geçersiz kabul etmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, yukarıda bahsi geçen karardan ve daha önceki tarihlerde aynı yöndeki diğer kararlarından farklı olarak 27.03.2013 tarihindeki kararında sayılan gerekçelerle “...Dava, iş sözleşmesine dayalı olarak

⁴⁹ Yarg. 9. HD. 17.11.1992 T., 8777/12603 sayılı kararı; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 08.06.2011 T., 2011/9-356 E., 2011/388 K. sayılı kararı; Yarg. 22. HD. 22.01.2013 T., 2012/10007 E., 2013/358 K. sayılı kararı; Yarg. 9. HD. 17.09.2013 T., 2011/23226 E., 2013/22695 K. sayılı kararı; Yukarıda belirtilen Yargıtay Kararlarında bu konuda birlik olmasına ve TBK m. 420 ile bu hususa ilişkin yasal düzenleme konulmasına rağmen karşı görüşte karar için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 27.03.2013 T., 2012/13-821 E., 2013/409 K. sayılı kararı. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 31.10.2014); Sabahattin Yürekli, “Yeni İşverenin Sorumluluğu ve Cezai Şart”, **Hayri Domaniç’e Armağan C. II.**, s. 1097 vd.

⁵⁰ Fevzi Demir, “Karar İncelemesi, Temsilcinin Sözleşmesinin Feshinde Kötüniyet Tazminatı ve Cezai Şart”, **Kamu İş Dergisi**, C.9, S.1/2007, s. 51.

⁵¹ Yarg. 9. HD. 17.09.2013 T., 2011/23226 E., 2013/22695 K. sayılı kararı. . (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 31.10.2014)

borçsuzluğun tespiti istemine ilişkindir... Taraflar arasındaki uyuşmazlık, iş sözleşmesinin davacı tarafından tek taraflı olarak feshedilmesinin haklı olup olmadığı ve davacının imzalamış olduğu sözleşme hükümleri sebebiyle davalıya karşı borçlu olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Anılan sözleşmenin 10/c maddesinde, ücretlinin işten ayrılmak istediği takdirde sözleşme bitim tarihinden en az üç ay önce işverene durumu yazıyla bildirmek suretiyle feshedebileceği, ...Ücretlinin buna riayet etmemesi halinde son almış olduğu ücret ve uçuş tazminatının 5 katı tutarını tazminat olarak talep edilebileceği, düzenlemesi getirilmiştir. ...Taraflar arasındaki sözleşmenin, sözleşme serbestisi İlkeleri çerçevesinde düzenlenmiş, özel hukuk hükümlerine tabi olarak yapılan bir sözleşme olduğu gözetildiğinde, tarafları açısından bağlayıcı olup, iş kanununun kapsamında değerlendirme yapılarak 10/c maddesinin işçi aleyhine tek taraflı bir düzenleme olması sebebiyle geçersiz olduğunun kabulüne de olanak yoktur... ”⁵² ifadelerinin yer aldığı ve davacı işçinin aleyhine tek taraflı olarak düzenlenen cezai şartın geçerli olduğuna ilişkin bir karardır.

İş Hukukunun temel ilkelerinden olan “İşçi Yararına Yorum İlkesi” nin bir sonucu olarak sadece işçi aleyhine yükümlülük öngören cezai şart hükümleri geçersiz sayılmıştır⁵³. Kanaatimizce, karara konu somut ilişkide işçinin hizmet sözleşmesinde yer alan hükümleri değiştirebilme ve işveren ile pazarlık gücü göz önüne alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır. Karar metninde somut olaya ilişkin verilen bilgilerden işçinin pazarlık gücüne sahip olduğuna dair veya sözleşmenin düzenlenmesi aşamalarında işveren ile eşit konumda olduğuna dair bir husus yer almamaktadır. Kaldı ki, işçinin işverenle sözleşme hükümleri üzerinde pazarlık gücünün bulunması halinde dahi hizmet sözleşmesinde sadece işçi aleyhine yer alan cezai şartın geçerli olduğu yönünde 27.03.2013 tarihinde verilen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı kanuni düzenleme, yerleşik içtihat ve doktrin görüşü karşısında kanaatimizce hatalıdır

⁵² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 27.03.2013 T., 2012/13-821 E., 2013/409 K. sayılı kararı. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 31.10.2014)

⁵³ Demir, **a.g.m.**, s. 51.

D. CEZAI ŞARTIN UNSURLARI

1. Asıl Borcun Mevcut Bulunması

Cezai şartın söz konusu olabilmesi için her şeyden önce ifası teminat altına alınacak asıl borcun bulunması gerekmektedir. Asıl borcun konusunun para veya paradan başka bir edim olması gerekmektedir⁵⁴.

Cezai şart, asıl borç ilişkisinin tamamına, bu ilişkiden doğan bazı borçlara veya o borçlardan yalnız birine ilişkin olabilir. Asıl borcun konusunu emredici hükümlere, ahlak ve adaba aykırı olmamak koşuluyla her türlü edim oluşturabilir. Verme borçları gibi yapma veya yapmama borçları hakkında da cezai şart kararlaştırılabilir⁵⁵. Asıl borcun ekonomik bir değere sahip olması zorunlu değildir. Malvarlığına dâhil olmayan veya parayla ölçülemeyen menfaatlerinde cezai şart ile teminat altına alınması mümkündür.

Yargıtay tarafından geçmiş dönemde verilen bazı kararlarda, para borçları için cezai şart kararlaştırılmayacağı yer almaktaydı⁵⁶. Yargıtay'ın para borçlarında cezai şartı kabul etmemesinin nedeni ise para borçlarının ifasında gecikme üzerine kanunun temerrüt faizi isteme hakkı tanınması ve bu temerrüt faizinin yanında veya yerine cezai şart istenmesinin kanun sistematığına ve amacına uygun olmaması düşüncesidir⁵⁷. Cezai şart adı altında aşırı faiz oranlarına yol açılması kaygısıdır. Fakat eBK döneminde gecikme faizi için azami bir had gösterilmiş değildir. O halde gecikme faizi için mevcut olmayan bir yasağı cezai şart için kabul etmek isabetli değildir. Bununla birlikte para borçlarında uğranılacak zararın faizden ibaret olduğu düşüncesi de, para borçlarının cezai şarta bağlanamayacağı görüşü için yeterli

⁵⁴ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 7; Bilge, **a.g.m.**, s. 49 vd.; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.II., s. 520 vd.; Tekil, **a.g.e.**, s. 236-237; Özsunay, **a.g.e.**, s. 143; İnan, **a.g.e.**, s. 564; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 323; Akıntürk/Karaman, **a.g.e.**, s. 164; Kanık, **a.g.m.**, s. 1073; Safa Reisoğlu, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Bası, , Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s. 457; Gökhan Dirican, **Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 21; Tuhr, **a.g.e.**, s. 764.

⁵⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 343; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.II., s. 521.

⁵⁶ Yarg. 4. HD., 07.12.1965 T., 1965/9146 E., 1965/6973 K. sayılı kararı için bkz. M. Reşit Karahasan, "Para Borçlarında Cezai Şart", **İstanbul Barosu Dergisi**, 1966, Medeni Kanunun 40. Yıl Özel Sayısı, s. 469-494; Akar Öcal, "Para Borçlarındaki Cezai Şart Hakkında Yargıtay'ın Görüşleri", **Adalet Dergisi**, Y. 52, 1961, S.5, s. 525; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.II., s. 521; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 86 vd.

⁵⁷ Karahasan, **a.g.m.**, s. 469 vd.; Öcal, **a.g.m.**, s. 526 vd.

değildir⁵⁸. Bu nedenlerle Yargıtay'ın bu konudaki görüşü yerinde değildir. Sonraki yıllarda verdiği kararlarda ise bu hatalı karardan dönülmekle para borçlarında cezai şartın kararlaştırılmasını kabul ettiği görülmektedir⁵⁹.

Geçerli olması koşuluyla her türlü borcun cezai şartta bağlanması sözleşme serbestisi⁶⁰ ilkesinin bir sonucudur. Fakat bazen kanun hükmü bazı borçlar için cezai şart kararlaştırılmasını yasaklamaktadır. TBK m. 346 hükmünde, konut ve çatılı işyeri kiralarında kira bedelinin zamanında ödenmemesi halinde cezai şart ödeneceğine veya sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin anlaşmaların geçersiz olacağı düzenlenmiştir⁶¹. Yine 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 5 gereği, tüketici sözleşmelerinde tüketici aleyhine düzenlenen cezai şart, haksız şart sayılarak geçersiz olacaktır⁶².

⁵⁸ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 86 vd.; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 8; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 344; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.II., s. 521.

⁵⁹ Öcal, **a.g.m.**, s. 526-527; Para borçlarında cezai şartın kabul edildiğine ilişkin detaylı bilgi için bkz. I.Bölüm, F, 1.

⁶⁰ Sözleşme serbestisi, kişilerin hukuk düzeninin sınırları içerisinde irade beyanlarıyla hukuki ilişkiler kurmak, değiştirmek ve ortadan kaldırmak hususundaki hürriyetlerdir. Bkz. İbrahim Kaplan, **Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi**, Ankara, Kadioğlu Matbaası, 1987 s. 3 vd.

⁶¹ Hükümde kira bedelinin zamanında ödenmemesi hali için kararlaştırılan cezai şarttan söz edilmişse de, diğer kiracı yükümlülükleri için bu yasağın geçerli olup olmayacağı incelenmelidir. Hükümde getirilen sınırlama ve yasak, kira bedeli ve yan giderler ile bağlantılı para niteliğinde olan ödeme yükümlülüklerine ilişkindir. Dolayısıyla kiracının paradan başka yükümlülüklerinin cezai şartta bağlanmasına imkân vardır. Örneğin; kiracının özen borcunu ihlal etmesi halinde ödenmek üzere kararlaştırılan cezai şart, kiracının tahliye taahhdüne aykırı davranması halinde ödenmek üzere kararlaştırılan cezai şart gibi. Detaylı bilgi için bkz. Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 10. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2014, s. 593.

⁶² Haksız şart; tüketici ile müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır. Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 17; TKHK m. 5: *“(1) Haksız şart; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır. (2) Tüketiciyle akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez. (3) Bir sözleşme şartı önceden hazırlanmış ve standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Sözleşmeyi düzenleyen, bir standart şartın münferiden müzakere edildiğini iddia ediyorsa bunu ispatla yükümlüdür. Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez. (4) Sözleşme şartlarının yazılı olması hâlinde, tüketicinin anlayabileceği açık ve anlaşılır bir dilin kullanılmış olması gerekir. Sözleşmede yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi hâlinde; bu hüküm, tüketicinin lehine yorumlanır. (5) Faaliyetlerini, kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan*

Eksik borçlar⁶³ açısından konuyu değerlendirdiğimizde ise eksik borçların ifası da kural olarak cezai şartla kuvvetlendirilebilir. Eksik borcun bir türü olarak ahlaki görevin ifası niteliğindeki borç için cezai şart kararlaştırılabileceği ve borcu ifa etmeme halinde cezai şartın istenebileceği kabul edilmektedir⁶⁴. Kumar ve bahisten doğan borçlar ile evlenme tellalığından doğan borçlar için cezai şart kararlaştırılamayacağı doktrinde kabul edilmektedir⁶⁵. Aksi durumda bu cezai şarttan da bir eksik borç doğacağı bu nedenle cezai şarttan beklenen yararın, ifaya teşvik amacının ve ifaya zorlayıcılığın söz konusu olamayacağı savunulmaktadır⁶⁶. Zamanaşımına uğramış borçlar hakkında cezai şart kararlaştırılabileceği kabul edilmektedir⁶⁷.

kişi veya kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de niteliklerine bakılmaksızın bu madde hükümleri uygulanır. (6) Bir sözleşme şartının haksızlığı; sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin kuruluşunda var olan şartlar ve sözleşmenin diğer hükümleri veya haksız şartın ilgili olduğu diğer bir sözleşmenin hükümleri dikkate alınmak suretiyle sözleşmenin kuruluş anına göre belirlenir. (7) Sözleşme şartlarının haksızlığının takdirinde, bu şartlar açık ve anlaşılır bir dille yazılmış olmak koşuluyla, hem sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri arasındaki hem de mal veya hizmetin piyasa değeri ile sözleşmede belirlenen fiyat arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamaz. (8) Bakanlık, genel olarak kullanılmak üzere hazırlanmış sözleşmelerde yer alan haksız şartların, sözleşme metinlerinden çıkarılması veya kullanılmasının önlenmesi için gerekli tedbirleri alır. (9) Haksız şartların tespit edilmesi ve denetlenmesine ilişkin usul ve esaslar ile sınırlayıcı olmamak üzere haksız şart olduğu kabul edilen sözleşme şartları yönetmelikle belirlenir.”

⁶³ “Alacak hakkı, alacaklıya ilke olarak borçludan borçlanılan edimi dava ve cebri icra yoluyla talep ve takip hakkı verir. Ancak hukuk düzeni bazı alacaklarda alacaklıya, borçlusunu dava ve cebri icra yoluyla zorlama hakkını vermemiştir. Borçlu isterse borcunu ifa edebilir ancak borçlu borcunu yerine getirmediği takdirde, alacaklı onun malvarlığına devlet organları aracılığıyla el koyamaz. Bu tür borçlara hukuk dilinde “eksik borç veya tabii borç” denir. Eksik borçlar dava edilemezler fakat ifa edilebilirler. Böyle bir borcun ifası bağışlama teşkil etmediği gibi bir sebepsiz zenginleşme davası ile de geri istenemez”. Detaylı bilgi için bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 88.

⁶⁴ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 11; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 344.

⁶⁵ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 11; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 344; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.II., s. 520-521.

⁶⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 344; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.II., s. 520-521.

⁶⁷ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 11-12; Azra Arkan Serim, “Cezai Şart”, **İstanbul Barosu Dergisi**, 1997, cilt 71, sayı 1-2-3, s. 80; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 324; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 344.

2. Cezai Şart Olarak Asıl Borçtan Ayrı ve Bağımsız Bir Edimin Bulunması

Cezai şart olarak kararlaştırılan edimin, asıl borçtan bağımsız ve ekonomik değer taşıyan bir edim olması gerekir⁶⁸. Cezai şart asıl borca eklenmiş olabileceği gibi asıl borcun artmasını, çoğalmasını sağlayan bir edim olarak da kararlaştırılabilir. Cezai şart, asıl borca o borcun özel bir kaydı olarak konulabileceği gibi, ayrı bir sözleşme ile de kararlaştırılabilir⁶⁹.

Asıl borcun ifa edilmemesi halinde bir hakkın sınırlanması, değişikliğe uğraması veya sona ermesi halleri söz konusu olduğunda cezai şarttan bahsedilemez. Bu gibi durumlarda bir edimin yerine getirilmemesi değil de borçlunun bir hak veya yetkisini kaybetmesi söz konusudur. Örneğin; karşı tarafın temerrüde düşmesi halinde tarafların arasındaki sözleşmenin feshedilebileceğine, faizin ödenmemesi halinde asıl borcu oluşturan paranın muaccel olacağına, satıcının malı vaktinde teslim etmemesi üzerine satım sözleşmesinde yer alan bir takım haklarını kaybedeceğine dair sözleşmeler cezai şart oluşturmaz⁷⁰. Bu gibi hallerde asıl borçtan bağımsız bir edim söz konusu olmamaktadır. Fakat faizlerin ödenmemesi halinde faiz oranının yükseltileceğine ilişkin sözleşme, asıl borcun miktarını çoğaltan niteliği, aynı cinsten fakat ayrı miktarda bir edim olduğu için cezai şart olarak kabul edilmektedir⁷¹.

Kısmi ifaların temerrüt halinde alacaklıya kalacağı hususundaki sözleşmenin cezai şart sayılıp sayılmayacağı doktrinde tartışma konusudur. Kısmi ifaların ayrı bir edim olmaması nedeniyle cezai şartın meydana gelmeyeceği

⁶⁸ Arsebük, **a.g.e.**, s. 982; Esat Arsebük, Cezai Şart Mefhumu Etrafında Tahliller, **Adliye Ceridesi**, S. 16, Nisan 1936, s. 989; Kanık, **a.g.m.**, s. 107; Bilge, **a.g.m.**, s. 49 vd.; Akıntürk/Karaman, **a.g.e.**, s. 164; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 102; Feyzioğlu; **a.g.e.**, s. 322; İnan, **a.g.e.**, s. 439; Özsunay, **a.g.e.**, s. 144; Ekinci, **a.g.e.**, s. 35; Uçar, **a.g.e.**, s. 15.

⁶⁹ Bilge, **a.g.m.**, s. 49.

⁷⁰ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 13; Arsebük, **a.g.e.**, s. 983; Arsebük, **a.g.m.**, s. 989; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 322; Arkan-Serim, **a.g.m.**, s. 81.; K.g. “... Bir hak veya yetkinin kaybedilmesine ilişkin sözleşmelerin edim niteliği taşımadığına ilişkin ayırımın isabetli olmadığı yönünde ve bu gibi durumlarda en azından kıyasen cezai şarta ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğine dair” Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.II., s. 523.

⁷¹ Tuhr, **a.g.e.**, s. 765; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 322-323.

çoğunlukla kabul edilmektedir⁷². TBK m. 181’de dönme durumunda ifa edilmiş olan kısmın alacaklıya kalacağını öngören sözleşmelere de cezai şarta ilişkin hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiştir. Kanun koyucu bu durumda yapılan sözleşmeleri tam anlamıyla cezai şart olarak kabul etmemiş fakat benzerliği nedeniyle cezai şarta ilişkin hükümlere tabi tutmuştur.

Cezai şart olarak kararlaştırılan edim; kanuna, ahlaka veya kişilik haklarına aykırılık içeriyorsa veya imkânsızsa, bu cezai şart hükümsüzdür. TBK m. 182/f.2 uyarınca, cezai şartın bu şekilde geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hale gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemeyecektir⁷³.

3. Cezai Şartın Fer’i Niteliği

Asıl borcun teminat altına alınması amacıyla kararlaştırılan cezai şartın varlığı ve akibeti, teminat altına aldığı asıl borcun varlığına bağlıdır. Bu nedenle cezai şart, asıl borcun yanında fer’i bir borç niteliğindedir⁷⁴. Asıl borcun konusunu oluşturan edim ile cezai şart sözleşmesinde yer alan edimin bir asli-fer’i edim ilişkisi içinde olmasını ifade etmektedir. Aksi halde cezai şart sözleşmesi yerine seçimlik borç sözleşmesi yapılmış olacaktır.

Cezai şartın fer’i nitelikte olması çeşitli sonuçlar doğurmaktadır; cezai şartın doğması nasıl asıl borca bağlı ise cezai şartın sona ermesi de asıl borcun sona

⁷² Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 13; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 105; Arsebük, **a.g.e.**, s. 983; Arkan-Serim, **a.g.m.**, s. 81; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 523.

⁷³ eBK m. 161’de bu husus belirtilmediğinden, alacaklının cezai şart olmasaydı asıl borca ilişkin sözleşmeyi yapmayacağını ispat etmesi halinde bu asıl borca ilişkin sözleşmeyi geçersiz kılacağı eBK m. 20/f.2 (TBK m. 27/f.2) gereği kabul edilmekteydi. Bkz. Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 85; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 124-125; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 357.

⁷⁴ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 15; Bilge, **a.g.m.**, s. 67, 74 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 342 vd.; Kudat, **a.g.m.**, s. 30; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.II., s. 524, Kocaağa, **a.g.e.**, s. 134; Arkan-Serim, **a.g.m.**, s. 82; Tuhr, **a.g.e.**, s. 764; Eren, **a.g.e.**, s. 1182; Ekinci, **a.g.e.**, s. 50; Edgü, **a.g.e.**, s. 135; Birsen, **a.g.e.**, s. 360; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 346; M. Reşit Karahasan, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.II., Beta Yayıncılık, 2003, s.1375; Berki, **a.g.m.**, s.284; Arsebük, **a.g.e.**, s. 981; Akıncı, **a.g.e.**, s. 273; Önen, **a.g.e.**, s. 120; Renda/Onursan, **a.g.e.**, s. 239(A); Tekil, **a.g.e.**, s. 236; Eren, **a.g.e.**, s. 1182; Uçar, **a.g.e.**, s. 13; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 773; İnan, **a.g.e.**, s. 440; Kanık, **a.g.m.**, s. 1072; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 457; Kayar, **a.g.e.**, s. 220; Turgut Uygur, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, Seçkin Yayıncılık, C.I., 2012, s. 1075; Dirican, **a.g.e.**, s. 21.

ermesine bağlıdır⁷⁵. Asıl borç hükümsüz ise cezai şart da hükümsüz olacaktır⁷⁶. Emredici hükümlere, ahlaka, kişilik haklarına aykırılık, baştaki objektif imkânsızlık, şekle aykırılık, muvazaa ya da ehliyetsizlik sebebiyle geçersiz bir sözleşmeye dayanan asıl borç için kararlaştırılan cezai şart da geçersizdir. Fakat TBK m. 182/f.2 gereği asıl borcun objektif imkânsızlıkla sona ermesi halinde, taraflar cezai şartın sona ermeyeceğini kararlaştırabilecektir.

Asıl borca karşı ileri sürülebilen itirazlar, cezai şart için de ileri sürülebilir. Asıl borcun zamanaşımına uğraması veya karşı edimin ifa edilmediği def'i gibi bir savunma hakkına sahip olunması halinde ifadan kaçılması söz konusu ise cezai şartın

⁷⁵ Yarg. 1. HD, 14.01.1986 T., 1985/6910 E., 1986/85 K. sayılı kararı "... Davacılar, 01.05.1981 tarihinde imzalanan ve 01.06.1981 başlangıç tarihli iki yıl süreli kira sözleşmesi ile dükkânlarını davalıya kiraya verdiklerini, davalının 26.05.1981 tarihli tahliye taahhüdü ile sözleşme sonunda 01.06.1983 tarihinde mecuru tahliye etmeyi ve tahliye etmediği takdirde aylık kira bedelinden ayrı olarak her geçen gün için 500 Lira cezai şart ödemeyi taahhüt ettiği halde ancak icraen 01.10.1984 tarihinde tahliye ettirildiğini ileri sürerek bu iki tarih arasında tahakkuk eden 244.000 Lira cezai şartın tahsilini talep etmiştir... Kira sözleşmesi devam ederken verilen yazılı tahliye taahhüdü geçerli olduğundan, buna bağlı olarak öngörülen cezai şart da geçerlidir. Çünkü cezai şart tahliye taahhüdüne bağlı fer'i bir borçtur, bağımsız bir niteliği yoktur. Kaldı ki ilk tahliye taahhüdünde de cezai şart öngörülmüştür. Ne var ki, mecurun, tahliye taahhüdünde belirtilen tarihte tahliye edilmemesi halinde her geçen gün için ödenmesi öngörülmüş bulunan cezai şart eBK m.158/2 uyarınca ifaya eklenen cezai şart niteliğinde olup, alacaklı hem akdın icrasını, yani hem tahliyeyi hem cezai şartın tevdisini talep edebilir ise de, şayet alacaklı kaydı ihtirazı dermeyan temeksizin edayı kabul etmiş ise artık cezai şart talep edemez. Eda kabul edilirken cezai şart istemek hakkı saklı tutulmamış ise alacaklı cezai şartta müteallik hakkını kaybeder. Cezai şart fer'i bir borçtur. Esas borç ifa ile sükût ederse, onun fer'i olan cezai şart borcu da, saklı tutulmamışsa, esas borç ile birlikte sükût eder..." cezai şartın fer'i niteliği ve asıl borç ile cezai şart arasındaki hukuki durumun değerlendirilmesi açısından önemli bir karardır. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 28.10.2014) Yarg. 19. HD., 17.12.2013 T., 2013/14654 E., 2013/19950 K. sayılı kararı. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 28.10.2014)

⁷⁶ Yarg. 19. HD., 26.10.2001 T., 2001/5430 E., 2001/6861 K. sayılı kararı "Benzin istasyonunun demiryolundaki seyri sefer emniyetini tehlikeye düşürmesi nedeniyle istasyona ruhsat verilemeyeceği anlaşıldığından, işletme ruhsatı alınamayacağı için sözleşmenin eBK'nın 20. maddesi gereğince geçersiz olup, ölü doğduğu, bu sözleşmeye dayanarak davacı yapmış olduğu masrafları isteyemez, zira masrafların yapıldığı benzin istasyonuna işletme ruhsatı alınması mümkün değildir... Davacı sadece davalıya verdiği teminatları isteyebilir, birleşen davanın davacısı dağıtım şirketi cezai şart isteyemez... İşyeri açmak ve ruhsata bağlama işi kamu düzeni ile ilgili bulunduğu ve hiç kimsede ruhsatsız çalışmaya zorlanamayacağından sözleşmenin ölü doğmuş olduğunun kabulünde, masrafların yapıldığı istasyon için hiçbir zaman ruhsat alınması mümkün olmadığından davacının istasyona yaptığı masrafları ile ilgili talebinin ve davalı- birleşen davanın davacısı dağıtım şirketinin cezai şart isteminin reddine karar verilmesinde isabetsizlik bulunmadığından..." gerekçelerle bayilik sözleşmesinin butlan nedeniyle geçersiz olduğu bu durumda fer'ilik ilkesi sonucu olarak butlan sözleşmeye dayanılarak cezai şart talep edilemeyecektir. Aynı yönde karar için bkz. Yarg. 3. HD. 29.01.2014 T., 2013/17152 E., 2014/1196 K. sayılı kararı; Yarg. 19. HD. 02.07.2013 T., 2013/10248 E., 2013/12358 K. sayılı kararı. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 28.10.2014) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 344 vd.; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.II., s. 524; Tuhr, **a.g.e.**, s. 764; Eren, **a.g.e.**, s. 1183; ; Berki, **a.g.m.**, s. 284; Arsebük, **a.g.e.**, s. 981; Akıncı, **a.g.e.**, s. 273; Önen, **a.g.e.**, s. 120; Renda/Onursan, **a.g.e.**, s. 239(A); Tekil, **a.g.e.**, s. 236; Uçar, **a.g.e.**, s. 13; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 773; İnan, **a.g.e.**, s. 440; Kanık, **a.g.m.**, s. 1072.

da ödenmesi istenemez. Asıl borçta değişiklik yapılması halinde, cezai şart artık bu değişen borca bağlı olacaktır⁷⁷. Asıl borcun ifa yeri, cezai şartın da ifa yeri olacaktır⁷⁸. Asıl borcun kaynaklandığı hukuki işlem geçerlilik şekline tabi ise cezai şart da aynı geçerlilik şekline tabi olacaktır⁷⁹.

Cezai şartın fer'i niteliği muaccel olduğu ana kadar devam eder, cezai şart alacağı muaccel olduktan sonra bağımsız bir alacak niteliği kazanır⁸⁰. Bununla birlikte doktrinde cezai şartın fer'i niteliğinin mutlak olmadığı hususu kabul görmektedir. Fer'ilik ilkesinin istisnalarının varlığı kabul edilmektedir. Örneğin, henüz muaccel olmamış bir cezai şartın asıl borçtan bağımsız olarak temlikinin mümkün olması veya cezai şart alacağının daha kararlaştırılırken üçüncü bir şahsa ait bulunması halleri fer'ilik ilkesinin istisnalarını teşkil etmektedir⁸¹.

4. Cezai Şartın Sağlararası Bir Hukuki İşlem ile Kararlaştırılması

Cezai şart, sağlararası bir hukuki işlem ile kararlaştırılmalıdır. Geçerli bir cezai şartın varlığından bahsedebilmek için, yer aldığı işlemin sağlararası bir hukuki işlem olması gerekmektedir. Sağlararası hukuki işlemler; etkilerini, hüküm ve sonuçlarını işlem yapanın sağlığında ve onun malvarlığında meydana getiren işlemlerdir. Bu sağlararası hukuki işlemler tek taraflı olabileceği gibi iki taraflı veya çok taraflı da olabilecektir⁸².

⁷⁷ Cezai şart, asıl borcun temliki halinde kural olarak ve kanun gereği bu temlike dâhil olacaktır. Bkz. Kocaağa, **a.g.e.**, s. 136.

⁷⁸ Taraflar bu hususun aksini kararlaştırabilirler. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 345; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 389; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 137;

⁷⁹ Bilge, **a.g.m.**, s. 74 vd.; Eren, **a.g.e.**, s. 1183-1184; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.II., s. 524; Kılıçoğlu **a.g.e.**, s. 774; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 345; İnan, **a.g.e.**, s. 440; Kanık, **a.g.m.**, s. 1072; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 125; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 61; Uçar, **a.g.e.**, s. 13; Dirican, **a.g.e.**, s. 19; Tekil, **a.g.e.**, s. 237; Renda, **a.g.e.**, s. 239(A); Akıncı, **a.g.e.**, s. 273; Arsebük, **a.g.e.**, s. 982; Berki, **a.g.m.**, s. 284; Karahasan, **a.g.e.**, s. 1377; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 349; Birsen, **a.g.e.**, s. 360; Nomer, **a.g.e.**, s. 30; Ekinci, **a.g.e.**, s. 115; Tuhr, **a.g.e.**, s. 764.

⁸⁰ Bilge, **a.g.m.**, s. 74 vd.; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 16; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 136; Tuhr, **a.g.e.**, s. 765; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 775; Eren, **a.g.e.**, s. 1183; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 347; Birsen, **a.g.e.**, s. 360.

⁸¹ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 16; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 145-146; Şenyüz, **a.g.e.**, s. 196 vd.

⁸² Bilge, **a.g.m.**, s. 47 vd.; Arsebük, **a.g.e.**, s. 982; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 16; Arkan-Serim, **a.g.m.**, s. 82; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 119; Eren, **a.g.e.**, s. 1182; İnan, **a.g.e.**, s. 440; Özsunay, **a.g.e.**, s. 144; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 323; Uçar, **a.g.e.**, s. 16; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 773 vd.; Renda/Onursan, **a.g.e.**, s.

Ölüme bağlı tasarruflarda, şahsın tasarrufun konusunu tayin serbestisi bulunmamaktadır⁸³. Ölüme bağlı tasarrufların konusu Türk Medeni Kanunu'nda açık olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu nedenle miras bırakan her istediği konuda değil de kanunun izin verdiği konularda tasarrufta bulunabilecektir. Örneğin, miras bırakanın vasiyetname ile bir mirasçısına veya vasiyet alacaklısına herhangi bir mükellefiyet yüklemesi ve bunun yerine getirilmemesi halinde ödenmek üzere bir edim tayin etmesi halinde, cezai şart doğmuş olmayacaktır.

E. CEZAI ŞARTIN TÜRLERİ

1. Seçimlik Cezai Şart

Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir⁸⁴. TBK m. 179/f.1 düzenlemesi gereği, alacaklı dilerse borcun dilerse cezai şartın ifasını seçebilir. Bir seçim hakkı söz konusudur. Fakat bu hüküm emredici nitelikte değildir, bu nedenle taraflar sözleşme serbestisi prensibinden hareketle m.179/f.1'in aksine borcun ifası ile ceza şartın ifasını birlikte kararlaştırma yetkisine sahiptirler.

Alacaklının borcun veya cezai şartın ifasını isteyebilmesi öncelikle seçimlik hakkının doğmasına, borçlunun borcunu ihlal etmesine bağlıdır. Bu nedenle alacaklı, borçlu borcunu ihlal etmediği müddetçe, asıl borcun ifasından vazgeçip cezai şartın ifasını talep edemez⁸⁵. Buradaki seçimlik deyiminden, cezai şart ile asıl borcun ifası

239(A); Berk, **a.g.m.**, s. 283; Karahasan, **a.g.e.**, s. 1377; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 346 vd.; Birsen, **a.g.e.**, s. 361.

⁸³ Bilge, **a.g.m.**, s. 44 vd.; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 18; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 120; Arkan-Serim, **a.g.m.**, s. 82; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 323. Buna karşılık doktrinde ölüme bağlı tasarruf işlemi olan vasiyetname ile cezai şart kararlaştırılabileceği görüşü ileri sürülmüştür. Bkz. Arsebük, **a.g.e.**, s. 980.

⁸⁴ Bilge, **a.g.m.**, s. 97; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 44-45; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 146 vd.; Arkan-Serim, **a.g.m.**, s. 85; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.II., s. 527; Kanık, **a.g.m.**, s. 1075; İnan, **a.g.e.**, s.443; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 348 vd.; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 325; Akıntürk/Karaman, **a.g.e.**, s. 165; Uygur, **a.g.e.**, s. 1078; Tekil, **a.g.e.**, s. 238-239; Şenyüz, **a.g.e.**, s. 194; Nomer, **a.g.e.**, s. 349; Uçar, **a.g.e.**, s. 17; Özsunay, **a.g.e.**, s. 144; Eren, **a.g.e.**, s. 1184; Tuhr, **a.g.e.**, s. 767; Ekinci, **a.g.e.**, s. 107 vd.; Uygur, **a.g.e.**, s. 1075; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 458; Kayar, **a.g.e.**, s. 218; Arsebük, **a.g.e.**, s. 985; Renda/Onursan, **a.g.e.**, s. 239A; Karahasan, **a.g.e.**, s. 1386; Birsen, **a.g.e.**, s. 362; Berki, **a.g.m.**, s. 293; Önen, **a.g.e.**, s. 120; Akıncı, **a.g.e.**, s. 273; Edgü, **a.g.e.**, s. 136; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 349; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 775; Dirican, **a.g.e.**, s. 27; Uçar, **a.g.e.**, s. 17.

⁸⁵ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 147 vd.; Eren, **a.g.e.**, s. 1184; Ekinci, **a.g.e.**, s. 125.

arasındaki ilişkinin, seçimlik borç konusunu oluşturan birden çok edim arasındaki ilişkiye benzediği anlamı çıkarılmamalıdır. Gerçek anlamda bir seçimlik borç ilişkisi söz konusu olmayıp, alacaklıya tanınmış bir seçimlik yetki söz konusu olmaktadır. Borçlu asıl borcun ifasıyla yükümlüdür. Alacaklının ise asıl borcun ifasından vazgeçerek, cezai şartın ödenmesini istediğini borçluya bildirmesine bu sonuç bağlanmıştır. Borçlu kendisinden, cezai şart talep edilmedikçe, yalnız asıl borcun ifası ile yükümlüdür. Seçimlik borçta ise taahhüt edilen tüm edimler asli niteliktedir, yani biri diğerinin fer'i değildir⁸⁶.

Karşılıklı edimler içeren sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü halinde, alacaklının, temerrüde düşen borçludan cezai şart talep edebilmesi için; TBK m.125'de yer alan seçimlik hakkını kullanarak, borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen borçluya bildirmesi ve ardından borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini istemesi gerekmektedir. Alacaklı seçimlik yetkiyi kullanıp cezai şartı talep ettikten sonra, kararını değiştiremez, artık asıl borcun ifasını isteyemez⁸⁷.

2. İfaya Eklenen Cezai Şart

Cezai şart, 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 isteyebilir⁸⁸. TBK

⁸⁶ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 147 vd.; Eren, **a.g.e.**, s. 1184; Arkan-Serim, **a.g.m.**, s.85; Ekinci, **a.g.e.**, s. 125.

⁸⁷Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 45; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 149; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 349; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.II., s. 527-528; Eren, **a.g.e.**, s. 1185; Arkan-Serim, **a.g.m.**, s. 85; Ekinci, **a.g.e.**, s. 118.

⁸⁸ Bilge, **a.g.m.**, s. 104 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 350 vd.; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 45 vd.; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 326; Akıntürk/Karaman, **a.g.e.**, s. 166; Şenyüz, **a.g.e.**, s. 195; Nomer, **a.g.e.**, s. 349 vd.; Uçar, **a.g.e.**, s. 17; Özsunay, **a.g.e.**, s. 144 vd.; Eren, **a.g.e.**, s. 1184; Tuhr, **a.g.e.**, s. 768; Ekinci, **a.g.e.**, s. 150 vd.; Uygur, **a.g.e.**, s. 1075; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 449; Kayar, **a.g.e.**, s. 219; Arsebük, **a.g.e.**, s. 986; Renda/Onursan, **a.g.e.**, s. 239A; Karahasan, **a.g.e.**, s. 1390 vd.; Birsan, **a.g.e.**, s. 363; Berki, **a.g.m.**, s. 293; Önen, **a.g.e.**, s. 120; Akıncı, **a.g.e.**, s. 274; Edgü, **a.g.e.**, s. 136; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 350; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 777; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 150 vd.; Arkan-Serim, **a.g.m.**, s. 86; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.II., s. 528 vd.; Kanık, **a.g.m.**, s.1075; İnan, **a.g.e.**, s.444; Dirican, **a.g.e.**, s. 29; Tekil, **a.g.e.**, s. 239; Uçar, **a.g.e.**, s. 17.

m. 179/f.2’de yer alan düzenleme gereği alacaklı gecikmiş ifayı veya ifanın kararlaştırılan yerde yapılmasını hem de cezai şartın ödenmesini isteyebilmektedir⁸⁹.

İfayla birlikte cezai şartın istenebileceğini düzenleyen hüküm emredici nitelikte değildir. Bu nedenle taraflar TBK m.179/f.2’de sayılan haller dışında kalan borç ihlalleri içinde hem ifanın hem de cezai şartın birlikte talep edilebileceğini kararlaştırabilirler. Borcun zamanında veya yerinde ifa edilmemesi hali için seçimlik cezai şart kararlaştırılabilir. Bununla birlikte taraflar dilerse cezai şart anlaşmasında seçimlik cezai şarta ve ifaya eklenen cezai şarta birlikte yer verebilirler⁹⁰.

Asıl borcun kararlaştırılan yer veya zamanda ifa edilmemesi için tayin edilen cezai şartın asıl borcun ifasıyla birlikte istenilmesi işin niteliğine de uygundur. Örneğin; bir inşaat sözleşmesinde yüklenici, işin teslim edilmesi gereken tarihten itibaren gecikilen her gün için iş sahibine 1.000-TL cezai şart ödemeyi taahhüt etmesi halinde, iş sahibi yüklenicinin geciktiği her gün için 1.000-TL talep etme ve inşaatın bitirilerek tarafına teslimini talep edebilir.

Cezai şartın türünün tespit edilmesinde, cezai şartın miktarı da bazı durumlarda rol oynayabilmektedir. Cezai şartın miktarının düşük olması çoğu zaman ifaya eklenen bir cezai şartın varlığına işaret etmektedir⁹¹.

Alacaklı, asıl borcun ifasıyla birlikte cezai şartı da talep etme hakkına sahip olduğu hallerde, bu haktan açıkça vazgeçmiş veya bir ihtirazı kayıt ileri sürmeden yalnız ifayı kabul etmişse, artık cezai şartı talep edemeyecektir. TBK m.179/f.2’de, alacaklının hakkından açıkça feragat etmemiş olması veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmemiş olması halinde asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebileceği yer almaktadır. Bu ifadeden, alacaklının cezai şart ile asıl edimi birlikte talep edebilmesi

⁸⁹ Yarg. 19. HD., 17.12.2013 T., 2013/14654 E., 2013/19950 K. sayılı kararı. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 28.10.2014)

⁹⁰ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 151; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 45 vd.; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 326; Akıntürk/Karaman, **a.g.e.**, s. 166; Kayar, **a.g.e.**, s. 219; Arsebük, **a.g.e.**, s.986; Renda/Onursan, **a.g.e.**, s. 239A; Karahasan, **a.g.e.**, s. 1390 vd.; Birsen, **a.g.e.**, s. 363; Berki, **a.g.m.**, s. 293; Önen, **a.g.e.**, s. 120; Akıncı, **a.g.e.**, s. 274; Edgü, **a.g.e.**, s. 136; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 350; Özsunay, **a.g.e.**, s. 144 vd.; Eren, **a.g.e.**, s. 1184; Tuhr, **a.g.e.**, s. 768; Ekinci, **a.g.e.**, s. 150 vd.; Uygur, **a.g.e.**, s. 1075; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 150 vd.; Arkan-Serim, **a.g.m.**, s. 86; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.II., s. 528 vd.; Kanık, **a.g.m.**, s. 1075; İnan, **a.g.e.**, s.444; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 351; Dirican, **a.g.e.**, s. 31; Uçar, **a.g.e.**, s. 17.

⁹¹ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 47; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 153.

hususunda kendisine tanınmış bulunan haktan feragat edebileceği anlaşılmaktadır. Kanun koyucu ifayı çekincesiz olarak kabul etmeye zımni ve kesin bir feragat sonucunu bağlamıştır⁹².

3. Dönme Cezası (İfayı Engelleyen Cezai Şart)

Hukukumuzda sözleşme bağı tek taraflı olarak ortadan kaldırmak kural olarak mümkün değildir. Fakat taraflar anlaşarak, bir tarafa veya taraflara belli bir meblağ ödemek şartıyla serbestçe sözleşmeden dönme hakkı tanıyabilirler. İşte bu meblağa dönme cezası denilmektedir⁹³.

Dönme cezası gerçek anlamda bir cezai şart değildir. Kanun koyucu yakın ilgisinden dolayı bunu da cezai şarta ilişkin hükümler arasında düzenlemiştir. TBK m.179/f.3.'te borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkına sahip olduğuna dair düzenleme yer almaktadır. Bu madde hükmünde, ceza düzenleyen sözleşme hükmünün dönme cezasını değil, cezai şartı düzenlediği karinesi yer almaktadır. Uyuşmazlık halinde borçlu kararlaştırılan miktarın cezai şart değil, dönme cezası olduğunu ispat etmek zorundadır⁹⁴.

Seçimlik veya ifaya eklenen cezai şart borçlunun borcunu ihlal etmesine karşı alacaklıya bir talep hakkı sağlamaktadır. Buna karşılık dönme cezası söz

⁹² Yarg. 1. HD, 14.01.1986 T., 1985/6910 E., 1986/85 K. Sayılı kararı için bkz. I.Bölüm, C, 4.; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 44-45; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 146 vd.; Arkan- Serim, **a.g.m.**, s. 85; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.II., s. 527; Kanık, **a.g.m.**, s. 1075; İnan, **a.g.e.**, s. 443; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 348 vd.; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 325; Akıntürk/Karaman, **a.g.e.**, s. 165; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 459; Kayar, **a.g.e.**, s. 219; Arsebük, **a.g.e.**, s. 985; Renda/Onursan, **a.g.e.**, s. 239A; Karahasan, **a.g.e.**, s. 1386; Birsen, **a.g.e.**, s. 362; Berki, **a.g.m.**, s. 293; Önen, **a.g.e.**, s. 120; Akıncı, **a.g.e.**, s. 273; Edgü, **a.g.e.**, s. 136; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 349; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.775; Tekil, **a.g.e.**, s. 238-239; Şenyüz, **a.g.e.**, s. 194; Nomer, **a.g.e.**, s. 349; Uçar, **a.g.e.**, s. 17; Özsunay, **a.g.e.**, s. 144; Eren, **a.g.e.**, s. 1184; Tuhr, **a.g.e.**, s. 767; Ekinci, **a.g.e.**, s. 107 vd.; Uygur, **a.g.e.**, s. 1075; Dirican, **a.g.e.**, s. 27.

⁹³ Bilge, **a.g.m.**, s. 86 ve 195 vd.; İnan, **a.g.e.**, s. 445; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 352 vd.; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 326; Akıntürk/Karaman, **a.g.e.**, s. 166; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 460; Kayar, **a.g.e.**, s. 219; Arsebük, **a.g.e.**, s. 987; Renda/Onursan, **a.g.e.**, s. 239A; Karahasan, **a.g.e.**, s. 1395 vd.; Birsen, **a.g.e.**, s. 362; Berki, **a.g.m.**, s. 294; Önen, **a.g.e.**, s. 121; Akıncı, **a.g.e.**, s. 274; Edgü, **a.g.e.**, s. 136; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 351; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 779; Tekil, **a.g.e.**, s. 239; Şenyüz, **a.g.e.**, s. 195; Nomer, **a.g.e.**, s. 345; Uçar, **a.g.e.**, s. 17; Özsunay, **a.g.e.**, s. 145; Eren, **a.g.e.**, s. 1186; Tuhr, **a.g.e.**, s. 769; Ekinci, **a.g.e.**, s. 188 vd.; Uygur, **a.g.e.**, s. 1078; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 47; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 154 vd.; Arkan-Serim, **a.g.m.**, s. 87; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.II., s. 530; Kanık, **a.g.m.**, s. 1075; Uçar, **a.g.e.**, s. 18; Dirican, **a.g.e.**, s. 31.

⁹⁴ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.II., s. 531.

konusu olduğunda borcun ihlali şartı aranmaksızın, belirli bir meblağı ödemekle borçluya sözleşmeyi ortadan kaldırma imkânı verilmektedir. Dönme cezasının, asıl borç ilişkisini kuvvetlendirmedeği aksine onu zayıflatıcı bir rol oynadığı kabul edilmektedir⁹⁵.

Seçimlik cezai şartta seçim hakkı alacaklıya tanındığı halde; dönme cezasında seçim hakkı borçluya tanınmıştır. Borçlu ya asıl borcu ifa edecek ya da dönme cezasını ödeyerek borçtan kurtulabilecektir. Bununla birlikte dönme cezası ödeyerek sözleşmeden dönme yetkisi alacaklıya da tanınabilmektedir⁹⁶. Bu durumda kararlaştırılma biçimine bağlı olarak taraflardan biri veya her ikisi de bu yetki ile borca aykırı davranışın bulunmadığı koşullarda, cezai şartı ödeyerek sözleşmeden dönebilmektedir.

Dönme cezası kararlaştırılmışsa, sözleşmenin ifa edilmemesi halinde alacaklı, yalnız sözleşmede belirtilen miktar ile yetinmek zorundadır. Alacaklının uğramış olduğu zarar miktarı dönme cezasından daha fazla olsa bile, borçludan bunun tazminini isteyemeyecektir⁹⁷.

Dönme cezası sözleşmeden keyfi olarak dönülmesi halinde söz konusu olmaktadır. Yoksa taraflardan birinin, kanundan doğan bir hakkını kullanması söz konusuysa, artık dönme cezası ödenmesi gerekmez. Örneğin; TBK m. 125 gereği sözleşmeden dönme hakkı doğmuş olan taraf, bu sözleşmede dönme cezası

⁹⁵ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 154; Eren, **a.g.e.**, s. 1186; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 47; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 155 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 352 vd.; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 779 vd.

⁹⁶ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.II., s. 531; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 780; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 155; Eren, **a.g.e.**, s. 1186.

⁹⁷ Eren, **a.g.e.**, s. 1186; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 352; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 401; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 155; Arkan-Serim, **a.g.m.**, s. 88. Bununla birlikte TBK m. 446 “ (1) Rekabet yasağına aykırı davranan işçi, bunun sonucu olarak işverenin uğradığı bütün zararları gidermekle yükümlüdür. (2) Yasağı aykırı davranış bir ceza koşuluna bağlanmışsa ve sözleşmede aksine bir hüküm de yoksa işçi öngörülen miktarı ödeyerek rekabet yasağına ilişkin borcundan kurtulabilir; ancak, işçi bu miktarı aşan zararı gidermek zorundadır. (3) İşveren, ceza koşulu ve doğabilecek ek zararlarının ödenmesi dışında, sözleşmede yazılı olarak açıkça saklı tutması koşuluyla, kendisinin ihlal veya tehdit edilen menfaatlerinin önemi ile işçinin davranışı haklı gösteriyorsa, yasağı aykırı davranışa son verilmesini de isteyebilir.” şeklinde düzenlenmiştir. Bu hüküm zararın cezai şart miktarından fazla olması halinde alacaklıya istisnai olarak bu fazla miktarı isteme hakkı vermektedir.

kararlaştırılmış olsa da herhangi bir ceza 6demek zorunda kalmaksızın s6zleşmeden d6nebilir⁹⁸.

S6rekli edimli bor6 ilişkilerinde, belirli bir meblağın 6denmesi koşuluyla bor6 ilişkisinin sona ereceği kararlaştırılmış ise burada d6nme cezası fesih cezası olarak uygulanacaktır. İfasına başlanmış s6rekli edimli bor6 ilişkileri ancak ileri etkili olarak feshedilebilir. S6rekli edimli bir s6zleşmede belirlenmiş bir tutarı 6deyerek s6zleşmeyi gerek6ersiz olarak sona erdirme hakkı tanınmış ise burada d6nme cezasının fesih cezası Őeklini alması s6z konusudur. Kararlaştırılan tutarı 6deyerek s6zleşmeyi fesheden taraf ileriye y6nelik olarak bu s6zleşmenin getireceği y6k6ml6l6klerden kurtulur, fesih anına kadarki d6neme ilişkin ifalar ge6erli kalacaktır⁹⁹.

F. CEZAI ŞARTIN BENZER KAVRAMLARDAN FARKI

1. Temerr6t Faizi

Faiz, para alacaklısının, bu paradan mahrum kaldığı s6re i6in kendisine tanınan karřılıktır¹⁰⁰. Para borcunda temerr6de d6şmenin yasal bir sonucu olarak 6denmesi gereken ve asıl borca bağlı olan (fer'i) bir bor6 niteliğindedir¹⁰¹. Her para borcu i6in mutlaka faiz 6demek gerekmez. Ancak bir hukuki işlem veya bir kanun h6km6 faiz borcu doğuruyorsa, para bor6lusu faiz 6demekle y6k6ml6 olur.

Para bor6larında temerr6t halinde bor6lu, gecikme tazminatı olarak temerr6t faizi 6demek y6k6ml6l6đ6 altındadır. Diğer bor6larda bor6lu, temerr6de d6şmede kusuru bulunmadığını ispat ederek gecikme tazminatı 6demekten kurtulabilirken, bu

⁹⁸ Oğuzman/6z, **a.g.e.**, C.II., s. 531; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 352 vd.; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 157.

⁹⁹Eren, **a.g.e.**, s. 1186; Oğuzman/6z, **a.g.e.**, C.II., s. 532; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 157; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 352.

¹⁰⁰ M. Kemal Oğuzman/Turgut 6z, **Bor6lar Hukuku Genel H6k6mler**, C.I., 10. Bası, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2012, s. 308; Tuhr, **a.g.e.**, s. 61; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 786; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 637; Eren, **a.g.e.**, s. 978; Mehmet Helvacı, **Para Bor6larında Faiz Kavramı**, İstanbul, 2000, s. 43; Kılı6oğlu, **a.g.e.**, s. 705.

¹⁰¹ Kılı6oğlu, **a.g.e.**, s. 711.

imkân temerrüt faizi için söz konusu değildir. Borçlunun temerrüde düşmede kusuru bulunmasa bile para borcu için temerrüt faizi ödemekle yükümlüdür¹⁰².

Temerrüt faizi ödeme borcunun doğması, zararın varlığını veya alacaklının bir zararı bulunduğunu ispat etmesini gerektirmez¹⁰³. Zarar şartının aranmaması yönünden temerrüt faizi, cezai şarta benzemektedir. Cezai şartın talep edilebilmesi için alacaklının zarara uğramış olması zorunlu değildir.

Alacaklının zararı, temerrüt faizinden fazlaysa, TBK m. 122 gereği, alacaklı temerrüt faizini aşan bu zararının (munzam zarar)¹⁰⁴ tazminini de talep edebilir¹⁰⁵. Doktrinde bir görüş, temerrüt faizinin, kanunun belirlediği bir cezai şart olduğunu ileri sürmektedir¹⁰⁶.

Bu benzerliklerin yanı sıra cezai şart ile temerrüt faizi arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Temerrüt faizinin, tarafların anlaşmasına gerek olmadan doğrudan doğruya kanundan doğmasına karşılık; cezai şart, bir hukuki işleme dayanmaktadır. Temerrüt faizi yalnız para borçları açısından söz konusu iken; ilke olarak cezai şartın her türü borç için kararlaştırılabileceği kabul edilmektedir. Temerrüt faizi, para borçlarının zamanında ifa edilmemesi halinde ödenirken; cezai şart, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde ödenir¹⁰⁷.

Temerrüt faizi, alacaklının kanunen var sayılan zararını tazmin için kanunun kabul ettiği bir götürü tazminat niteliğindedir¹⁰⁸. Buna karşılık cezai şartın, zararın götürü olarak tespit edilmesi amacından başka, borçluyu ifaya teşvik amacı da vardır. Borçlu, üstlendiği edimi hiç veya gereği gibi ifa etmediği takdirde karşılaşıcağı

¹⁰² Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 706.

¹⁰³ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.I., s. 494; Tuhr, **a.g.e.**, s. 68; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 711.

¹⁰⁴ "Alacaklının malvarlığında iradesi dışında meydana gelen ve temerrüt faizinin üzerinde bulunan bu zarara munzam zarar denir. Zararın, temerrüt faizinin üzerinde kalan kısmı, aşkın zararı oluşturur." Detaylı bilgi için bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 1106 vd.; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.I., s. 502 vd.; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.706.

¹⁰⁵ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.I., s. 502; Eren, **a.g.e.**, s. 1106; Helvacı, **a.g.e.**, s. 86; Hayri Domaniç, **Faizle Karşılanamayan Zararların Giderilmesini Sağlayan BK 105 ve Diğer Hükümler**, 2. Bası, İstanbul, 1993 s. 113; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 708.

¹⁰⁶ Arsebük, **a.g.e.**, s. 988.

¹⁰⁷ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 56.

¹⁰⁸Nami Barlas, **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçları**, Kazancı Hukuk Yayınları, 1992, s. 124 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 930.

sonucu bilmekte ve bu durum borçluyu ifanın yerine getirilmesi için teşvik etmektedir¹⁰⁹.

Bir diğer fark ise borçlu temerrüdünün varlığı noktasında kendisini göstermektedir. Temerrüt faizinin doğması için temerrüdün varlığı zorunludur. Borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olması gerekli değildir. Temerrüt faizi, temerrüdün doğrudan sonucudur ve talep edilebilmesi için kusur şartı aranmamaktadır. Cezai şartın doğması, temerrüde bağlı değildir, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde söz konusudur. Cezai şartın talep edilebilmesi için, borçlunun, borcun ihlalinde kusurlu olması gerekir¹¹⁰.

Temerrüt faizini aşan zararın tazminine ilişkin TBK m. 122/f.1 ile cezai şartı aşan zararın tazminine ilişkin TBK m. 180/f.2 arasında da fark bulunmaktadır. Temerrüt faizini aşan bir zarar söz konusu olduğunda, borçlu kendisinin kusuru bulunmadığını ispat ile mükelleftir. Aksi takdirde borçlu bu aşan zararı da gidermekle yükümlüdür¹¹¹. Cezai şart açısından ise alacaklının uğradığı zarar karşılaştırılan cezai şart miktarını aşıyorsa alacaklı, borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmedikçe aşan miktarı isteyemeyecektir¹¹².

2. Bağlanma Parası

Bağlanma parası (pey akçesi), TBK m. 177'de "Sözleşme yapılırken bir kimsenin vermiş olduğu bir miktar para, cayma parası olarak değil sözleşmenin yapıldığına kanıt olarak verilmiş sayılır, aksine sözleşme veya yerel âdet olmadıkça, bağlanma parası esas alacaktan düşülür." şeklinde düzenlenmiştir.

Hükmün içeriğinden de anlaşılacağı üzere, sözleşme yapılırken borçlunun alacaklıya vermiş olduğu bir miktar para olup, bir yandan sözleşmenin yapıldığına

¹⁰⁹ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 57.

¹¹⁰ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.I., s. 502; Eren, **a.g.e.**, s. 1106; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 930; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 57.

¹¹¹ Eren, **a.g.e.**, s. 1106; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.I., s. 502; Helvacı, **a.g.e.**, s. 86; Barlas, **a.g.e.**, s. 191; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 57.

¹¹² Eren, **a.g.e.**, s. 1106; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.I., s. 502; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 57.

kanıt olarak diğerk yandan da ispat kolaylığı sağlamak amacıyla verilmiş sayılır¹¹³. Kanun koyucu sözleşmenin yapıldığı sırada verilen bu paranın bağlanma parası olduğu yönünde bir karine koymuş bulunmaktadır. Aksine bir sözleşme veya yerel adet bulunmadıkça bağlanma parası, esas alacaktan düşülür. Bağlanma parasını alan taraf sözleşmeyi ifa etmez veya taraflar anlaşarak sözleşmeyi ortadan kaldırmaları halinde, bağlanma parası veren taraf bunun geri verilmesini isteyebilir.

Bağlanma parası ile cezai şart birbirinden farklıdır. Bağlanma parasında bir miktar para borçlu tarafından alacaklıyla daha sözleşme yapılırken verilmektedir, cezai şartta ise paranın ödenmesi sadece üstlenilmektedir¹¹⁴.

3. Cayma Parası

Cayma parası (pişmanlık akçesi), TBK madde 178'de "Cayma parası kararlaştırılmışsa, taraflardan her biri sözleşmeden caymaya yetkili sayılır; bu durumda parayı vermiş olan cayarsa verdiğini bırakır; almış olan cayarsa aldığıının iki katını geri verir." şeklinde düzenlenmiştir¹¹⁵.

Cayma parası her iki tarafa da sözleşmeden dönme hakkını tanıdığı için buna dönme parası veya dönme tazminatı da denilmektedir. Cayma parasını veren tarafın sözleşmeden dönmesi halinde feda edeceği miktar sözleşme kurulurken ödediği miktar ile sınırlı olmasına karşın, bunu alan tarafın sözleşmeden dönmesi halinde ödeyeceği miktar, aldığıının iki katıdır.

Cayma parasını veren taraf, sözleşmeden dönmemesi halinde ödediği miktarı geri isteyebilecektir. Ancak taraflar yine de cayma parasını verenin

¹¹³ Eren, **a.g.e.**, s. 1191; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 769; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.I., s. 523; İnan, **a.g.e.**, s. 421; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 354-255; Önen, **a.g.e.**, s. 118; Arsebük, **a.g.e.**, s. 992; Özsunay, **a.g.e.**, s. 142; Şenyüz, **a.g.e.**, s. 191; Ekinci, **a.g.e.**, s. 213; Tuhr, **a.g.e.**, s. 773.

¹¹⁴ Bilge, **a.g.m.**, s. 52; Eren, **a.g.e.**, s. 1192; Nomer, **a.g.e.**, s. 343-344; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s.355; Önen, **a.g.e.**, s.118; Arsebük, **a.g.e.**, s. 992; Özsunay, **a.g.e.**, s. 142; Şenyüz, **a.g.e.**, s. 191; Uçar, **a.g.e.**, s. 2 vd.; Ekinci, **a.g.e.**, s. 213 vd.; Tuhr, **a.g.e.**, s. 774.

¹¹⁵ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 781; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 353; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 31; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 57 vd.; İnan, **a.g.e.**, s. 443; Uygur, **a.g.e.**, s. 1072; Nomer, **a.g.e.**, s. 344; Edgü, **a.g.e.**, s. 134; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 355; Berki, **a.g.m.**, s. 277; Arsebük, **a.g.e.**, s. 993; Akıncı, **a.g.e.**, s. 275; Önen, **a.g.e.**, s.118-119; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 327; Özsunay, **a.g.e.**, s. 142; Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 161; Şenyüz, **a.g.e.**, s. 191-192; Uçar, **a.g.e.**, s. 5; Ekinci, **a.g.e.**, s. 194 vd.; Tuhr, **a.g.e.**, s. 774-775; Birsen, **a.g.e.**, s. 364.

sözleşmeden dönme hakkını kullanmaması halinde dahi paranın alanda kalacağını kararlaştırabilirler¹¹⁶.

Cezai şart ile cayma parasının benzer yönleri olmasına karşın ikisi arasında önemli farklar vardır. Benzerlikleri cezai şartın bir çeşidi olan dönme cezası bakımındandır. Gerek cayma parası gerekse dönme cezasında, sözleşmeden cayılması halinde bir miktar paranın ödenmesi söz konusudur¹¹⁷.

Bu iki kavram hukuki nitelikleri bakımından birbirinden farklıdır. Cayma parası daha sözleşme kurulurken ödendiği ve parayı verenin borcu ifa etmeyerek sözleşmeden dönmesi halinde bu para diğer tarafta kaldığı halde, ifayı engelleyen cezai şart ise ancak sözleşmeden dönülmesi halinde ödenir. Cayma parasının aksine, ifayı engelleyen cezai şartta aksine bir düzenleme yer almıyorsa alacaklının, borçlunun taahhüt ettiği miktarın iki katını ödeyerek sözleşmeden dönmesi de mümkün değildir. Cayma parası olarak verilen para genellikle ifadan beklenen menfaate oranla azdır. Cezai şart ise muhtemel zararı giderecek hatta zararı aşacak düzeyde bile kararlaştırılabilir. Cayma parası, aşırı derecede yüksek olduğu gerekçesi ile makul bir düzeye indirilemeyecektir, buna karşılık cezai şartın aşırı derecede yüksek olması nedeniyle hâkim tarafından indirilmesi talep edilebilir. Cayma parası her iki tarafa da sözleşmeden dönme hakkını tanınması nedeniyle sözleşme hükmünü zayıflatırken, cezai şart tarafları ifaya zorlamak gayesiyle kararlaştırılmış olması nedeniyle sözleşme hükmünü kuvvetlendirmektedir. Cayma parasın ancak sözleşmeden dönülmesi halinde diğer tarafa kaldığı halde; cezai şart borcunun doğması için sözleşmeden dönülmesi zorunlu olmayıp, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi yeterlidir¹¹⁸.

¹¹⁶ İnan, **a.g.e.**, s. 443; Uygur, **a.g.e.**, s. 1072; Nomer, **a.g.e.**, s. 344; Edgü, **a.g.e.**, s. 134; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 355; Berki, **a.g.m.**, s. 277; Arsebük, **a.g.e.**, s. 993; Akıncı, **a.g.e.**, s. 275; Önen, **a.g.e.**, s. 118-119; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 327; Özsunay, **a.g.e.**, s. 142; Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 161; Şenyüz, **a.g.e.**, s. 191-192; Birsen, **a.g.e.**, s. 364; Uçar, **a.g.e.**, s. 5; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 781; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 353; Tunçomağ, **a.g.e.**, s.31; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 57 vd.

¹¹⁷ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 58.

¹¹⁸ Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 355; Berki, **a.g.m.**, s. 277; Arsebük, **a.g.e.**, s. 993; Akıncı, **a.g.e.**, s. 275; Önen, **a.g.e.**, s. 118-119; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 327; Özsunay, **a.g.e.**, s. 142; Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 161; Şenyüz, **a.g.e.**, s. 191-192; Uçar, **a.g.e.**, s. 5; Ekinci, **a.g.e.**, s. 194 vd.; Tuhr, **a.g.e.**, s.774-775; Uygur, **a.g.e.**, s. 1072; Birsen, **a.g.e.**, s. 364; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 781; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 353; İnan, **a.g.e.**, s. 443; Nomer, **a.g.e.**, s. 344; Edgü,

4. Seçimlik Borç - Seçimlik Yetki

a. Seçimlik Borç

Seçimlik borç, borcun konusunu birden çok edim oluşturmakla birlikte, bunlardan yalnız seçilecek birinin veya bir kaçının yerine getirilmesiyle borcun tamamen sona ermesidir. Seçim hakkı kural olarak borçluya aittir. Seçim hakkı, yenilik doğuran tek taraflı bir irade beyanıdır. Seçim hakkının kullanılmasıyla artık tek bir edim borcun konusu olur¹¹⁹.

Cezai şart ile seçimlik borç kavramları birbirinden farklılıklar içermektedir. Cezai şartta, muacceliyetten önce biri asıl diğeri fer'i olmak üzere iki borç bulunduğu halde, seçimlik borçta tek bir borç olmakla birlikte bu borcun konusunu birden çok asli edimden biri oluşturur. Bu durumun sonuçları, borcun ifasının borçluya yüklenemeyen nedenlerle imkânsız hale gelmesi noktasında görülür. Cezai şartın fer'i niteliğinden dolayı cezai şartın kaderi asıl borca bağlıdır ve asıl borçla birlikte cezai şartta imkânsız hale gelir. Fakat seçimlik borcun söz konusu olduğu durumlarda ya borç seçimlik olmaktan çıkar ve borcun konusunu diğeri edim oluşturur ya da seçim konusu edimlerin sayısında bir azalma olur. Cezai şart, geciktirici şartta bağlı bir edim taahhüdüdür. Cezai şartın ileride doğup doğmayacağı tamamen şüphelidir. Seçimlik borç ise şartta bağlı değildir. Seçimlik borçtaki şüphe, borçlanılmış birden çok edimin hangisinin yerine getirileceğine ilişkindir. Seçimlik borçta, borç ilişkisi kurulmuş ve borç doğmuş olup, bunun sadece konusu belirsizdir¹²⁰.

a.g.e., s. 134; “Cayma parasının ve kanunda miktar olarak düzenlenmiş cezaların indirilmesi söz konusu olmayacaktır. Cayma parasının indirilmemesi cezai şart ile farklılıklar içermesinden kaynaklanmaktadır. Kanunda miktar olarak düzenlenmiş cezalar ise, kanun koyucunun aşırı derecede yüksek bir cezai şart miktarı tayin etmeyeceği nedeniyle indirilemeyecektir.” Detaylı bilgi için bkz. Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 31-32; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 57 vd.

¹¹⁹ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 62; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 32; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 776; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 349; Ekinci, **a.g.e.**, s. 125; Arkan-Serim, **a.g.m.**, s. 85.

¹²⁰ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 62; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 32; Ekinci, **a.g.e.**, s. 125 vd.

b. Seçimlik Yetki

Seçimlik yetki, borçluya asıl edim yanında kararlaştırılmış bir başka edimi ifa ederek borçtan kurtulma yetkisi vermekle beraber borçlunun yalnız belirli bir edimle sorumlu tutulması halinde söz konusu olur. Asıl edimin ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı nedenle imkânsız hale gelirse, asıl edimle birlikte yedek edim de sona erer¹²¹.

Seçimlik yetki ile cezai şart kavramının birbirinden ayrıldığı nokta ise seçimlik yetkinin borçluya ait olması halinde borçlu, yedek edimi ifa etmek suretiyle asıl borçtan kurtulabilir. Oysa ifaya eklenen cezai şartta borçlu, ilke olarak cezai şartı ödemek suretiyle asıl edimi ifadan kaçınmaz, asıl borcu da yerine getirmek zorundadır¹²².

G. CEZAI ŞARTIN KUSUR VE ZARAR İLE İLİŞKİSİ

1. Kusur ile İlişkisi

Cezai şart alacağının doğumu için borçlunun borca aykırı davranışta bulunması yeterli olmayıp, bu borca aykırılığın borçlunun kusurlu bir eyleminin sonucu olması gerekmektedir. TBK m. 182/f.2.'de bu husus “Asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse, cezanın ifası istenemez.” şeklinde düzenlenmiştir. Kanun koyucu cezai şart alacağının doğması için borçlunun kusurlu bulunması gerektiğini olumsuz bir ifade ile ortaya koymuştur¹²³.

¹²¹ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 33; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 64; Günay, **a.g.e.**, s. 58; Ekinci, **a.g.e.**, s. 129.

¹²² Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 33; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 65; Günay, **a.g.e.**, s. 59; Ekinci, **a.g.e.**, s. 130.

¹²³ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.II., s. 532 vd.; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 170 vd.; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 101 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 359 vd.; Arkan-Serim, **a.g.m.**, s. 90; Bilge, **a.g.m.**, s. 108; Arsebük, **a.g.e.**, s. 985; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 330; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 782 vd.; Ekinci, **a.g.e.**, s. 311 vd.; Tuhr, **a.g.e.**, s. 763.

Seçimlik cezai şartta, asıl borcun borçlunun kusuru olmaksızın imkânsızlaşması veya borçlunun kusuru olmaksızın kötü ifa durumunun ortaya çıkması halinde cezai şart talep edilemeyecek; ifa ile birlikte istenebilen cezai şartta ise borçlunun kusursuz olarak ifayı kararlaştırılan yerde veya zamanda yapmaması halinde, cezai şart istenemeyecektir¹²⁴.

Kusurun türü ve ağırlığı cezai şartın talep edilebilmesinde her hangi bir farklılık yaratmayacaktır. Borçlunun kastı, ağır ihmali veya hafif ihmali ile borcu ihlal etmesi durumları cezai şartın talep edilmesini mümkün kılmaktadır¹²⁵. Bununla birlikte kanun koyucu tarafından borçlunun, asıl borcun ihlalinde kusuru olmasa dahi sorumlu tutulduğu durumlarda, borçlunun kusuru aranmaksızın cezai şart talep edilebilecektir¹²⁶.

TBK m. 182/f.2 hükmü emredici nitelikte değildir. Bu nedenle taraflar kusurun varlığını aramadan, asıl borcun ifa edilemediği hallerde borçlunun cezai şart ödeyeceğini sözleşme ile kararlaştırabilirler¹²⁷.

2. Zarar ile İlişkisi

a. Cezai Şart Talebinin Alacaklının Zararından Bağımsızlığı

Özel hukukta kabul edilen genel tazminat prensibi zararın varlığına bağlıdır¹²⁸. Zararın bulunmadığı yerde ilke olarak tazminat da söz konusu olmaz¹²⁹. Fakat cezai şart bu prensibin istisnasını teşkil etmek üzere TBK m. 180/f.1'de “Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir.” şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile zarara uğramayan alacaklıya cezai şartı talep etme hakkı verilmektedir. Bu istisnai durumun cezai şart için kabul edilmesi

¹²⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 360; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 102; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 171; Arsebük, **a.g.e.**, s. 984; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 330; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 782 vd.

¹²⁵ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.II., s. 533; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 170 vd.

¹²⁶ Kocaağa, **a.g.e.**, s.175; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 123 vd.; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.II., s. 533; Arkan-Serim, **a.g.m.**, s. 91; Arsebük, **a.g.e.**, s. 98; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 330; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 783; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 359-360; Ekinci, **a.g.e.**, s. 311; Uçar, **a.g.e.**, s. 81.

¹²⁷ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.II., s. 533; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 175; Eren, **a.g.e.**, s. 1187; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.783; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 121.

¹²⁸ Eren, **a.g.e.**, s. 515; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.II., s. 38.

¹²⁹ Eren, **a.g.e.**, s. 515; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.II., s. 38; Bilge, **a.g.m.**, s. 109.

isabetlidir. Zira cezai şartın kararlaştırılma nedenlerinden biri de ilerde tarafların zarar konusunda bir tartışmaya girmek istememeleridir¹³⁰.

Cezai şart, borcun ihlali halinde ödenecek önceden belli bir tazminat tutarı olduğu için cezanın ödenmesi alacaklının zararına bağlı bulunmamaktadır. Borçlu, alacaklının zararının cezai şart miktarından daha az olduğunu; hatta alacaklının hiç zarara uğramadığını ispat ederek cezai şart miktarını ödemekten kurtulamaz¹³¹.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 28.02.1989 tarihli kararı “...*Taraflar arasında akdedilen sözleşmenin 5. maddesine göre akde muhalefet halinde davalının davacıya 10 milyon TL ödeyeceği kararlaştırılmış olup, bunun cezai şart olduğu çekişmesizdir. Davalı her ne kadar davacının akde muhalefet nedeniyle ne gibi bir zararı olduğunu ispat etmesi gerektiğini savunmakta ise de BK'nun 159/1 maddesi hükmüne göre, bir zarar olmasa bile cezai şart isteminde bulunulması mümkün olduğundan ve akde muhalefet nedeniyle davacının bir zarar uğramış olup olmadığını araştırmaya gerek bulunmadığı gerekçesi ile davalı vekilinin bu yöne ilişkin temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir...*”¹³² gerekçeleriyle cezai şart talebinde bulunulması için tarafın zarara uğramasının gerekmediği yönünde verilen karardır.

b. Cezai Şart Miktarını Aşan Zararın Tazmini

Cezai şartın ödenmesini talep eden alacaklı, cezai şarttan ayrı olarak kusurlu borçludan uğradığı zarar için ayrıca tazminat talep edemeyecektir. Fakat cezai şart miktarını aşan zararın varlığı halinde alacaklı sadece bu miktarın tazminini isteyebilecektir¹³³. TBK m. 180/f.2’de “*Alacaklının uğradığı zarar kararlaştırılan ceza tutarını aşıyorsa alacaklı, borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmedikçe aşan*

¹³⁰ Kocağa, **a.g.e.**, s. 205; Önen, **a.g.e.**, s. 121; Birsen, **a.g.e.**, s. 365; Nomer, **a.g.e.**, s. 350-351; Berki, **a.g.m.**, s. 295; Arsebük, **a.g.e.**, s. 987; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 781; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 358; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 121; Ekinci, **a.g.e.**, s. 309 vd.

¹³¹ Bilge, **a.g.m.**, s. 110; Kocağa, **a.g.e.**, s. 204 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 359; Göktürk, **a.g.m.**, s. 400.

¹³² Yarg. 11. HD., 28.02.1989 T., 1988/4080 E., 1989/1210 K. sayılı kararı. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 28.10.2014)

¹³³ Bilge, **a.g.m.**, s. 110; İnan, **a.g.e.**, s. 446; Birsen, **a.g.e.**, s. 365; Nomer, **a.g.e.**, s. 350-351; Berki, **a.g.m.**, s. 295; Önen, **a.g.e.**, s. 121; Arsebük, **a.g.e.**, s. 987-988; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 330-331; Özsunay, **a.g.e.**, s. 146; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 782; Kocağa, **a.g.e.**, s. 209; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 358-359; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 121 vd.; Ekinci, **a.g.e.**, s. 309 vd.; Tuhr, **a.g.e.**, s. 769.

miktarı isteyemez.” şeklinde düzenlenmiş olup, hükümde cezai şart miktarını aşan zararın talep edilebilmesi koşuluna ilişkin esaslar düzenlenmiştir.

Alacaklının cezai şart miktarını aşan zararının tazminini talep edebilmesi için bazı şartların varlığı gereklidir. Bu şartlar;

a- Asıl borcun ihlal edilmesi sonucunda alacaklının cezai şart miktarını aşan bir zarara uğramış olması gerekmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus alacaklının uğradığı zararın tamamı değil, yalnız cezai şart miktarını aşan kısmın talep edilebileceğidir.

b- Asıl borcun ihlal edilmesi ile meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir.

c-Alacaklının cezai şart miktarını aşan zararını borçludan talep edebilmesi için borçlunun kusurlu bulunması gerekmektedir. Kusurun alacaklı tarafından ispat edilmesi gerektiği kanun düzenlemesinde yer almaktadır. Kanun koyucu TBK m.112¹³⁴'de yer alan genel kusur prensibinin aksine kusurun ispatını alacaklıya yüklemiştir. Alacaklı taraf uğradığı zararın miktarının cezai şart miktarından fazla olduğunu iddia ediyorsa, bu hususun ve borçlunun kusurunun ispatının alacaklıya yükletilmesinin yerinde olduğu doktrinde kabul edilmektedir¹³⁵. Kusursuz sorumluluk hallerinde ise borçlunun kusurunu ispat yükünü alacaklıya yükleyen bu hüküm uygulama alanı bulamayacaktır¹³⁶.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 21.06.2006 tarihli kararında “...Cezai şartın, davacının hizmet sözleşmesinin süresinden önce feshedilmesinden dolayı uğradığı zararı karşılamadığı iddia edilmiş cezai şartı aşan zararın tazmini istenilmiştir... Taraflar arasındaki sözleşme çerçevesinde cezai şartın tahsili istemiyle davacı

¹³⁴ TBK m. 112 “*Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.*” şeklinde düzenlenmiştir. Borçlar hukukunda kabul edilen genel ilkeye göre, taahhüdünü ihlal eden borçlu, tazminat yükümlülüğünden kurtulabilmek için, kusursuz olduğunu ispat etmelidir.

¹³⁵ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.n331; Bilge, **a.g.m.**, s. 111; Özsunay, **a.g.e.**, s. 146; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 781 vd.; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 205; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 358-359; Ekinci, **a.g.e.**, s. 313; Kanık, **a.g.m.**, s. 1076; Tuhr, **a.g.e.**, s. 769-770.

¹³⁶ Bilge, **a.g.m.**, s. 112; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.II., s. 535; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 212; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 123; Ekinci, **a.g.e.**, s. 313.

tarafından daha önce açılan davada ve gerekse görülmekte olan davada, davacının uğradığı ileri sürülen zarar miktarının sözleşme süresinin sonu esas almak suretiyle hesaplanmış ve bu doğrultuda tazminat talebinde bulunulmuş olmasına; cezai şart istemine ilişkin önceki davada Yerel Mahkemece hüküm altına alınan tutarların fahiş görülmesi gerekçesiyle birçok kez bozulmuş ve neticede kesinleşmiş olmasına; bu durumda davacının cezai şartı aşan bir zararı bulunmadığının kabulü gerekmesine göre...”¹³⁷ gerekçeleriyle cezai şartı aşan zarar tutarının istenilebilmesi için eBK m. 159/2 maddesinde öngörülen koşulun gerçekleşmesi gerektiğini, davalının fesihle kusurlu olduğunun ispatı halinde ise ortada cezai şartı aşan bir zararın bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerektiğine dair hususları içeren Hukuk Genel Kurulu kararı yukarıda yer alan açıklamalarımızın ve doktrin görüşlerinin uygulamada nasıl değerlendirilmesi gerektiği yönünde yol göstericidir.

Dönme cezasında ise ceza miktarını aşan zararın talep edilemeyeceğinin kabulü gerekmektedir. Alacaklının sözleşmeden dönmesiyle birlikte artık dönme cezasının kararlaştırıldığı sözleşme geçmişe etkili olarak, sürekli borç ilişkisinin varlığı söz konusu ise geleceğe etkili olarak ortadan kalkmaktadır. Artık alacaklının bu sözleşmeye dayanarak ceza miktarını aşan zararını tazmin hakkı da sona ermiştir. Ayrıca dönme cezasında alacaklının, sözleşmeden dönme nedeniyle muhtemel

¹³⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 21.06.2006 T., 2006/9-453 E., 2006/451 K. sayılı kararı detayı için bkz. “...Davacı işçi açmış olduğu işbu davada ise, BK’ nın 325 ve 159/2 maddelerine dayanarak cezai şartı aşan zararlarının giderilmesini istemiştir. Borçlar Kanunu’nun 159/2. fıkrasında, “şart olunan ceza miktarından fazla zarara duçar olan alacaklı, borçlunun bir kusuru olduğunu ispat etmedikçe fazlasını isteyemez.” şeklinde kurala yer verilmiştir. Anılan hükme göre cezai şartı aşan zararın ispatı şart olduğu gibi, borçlunun bu konuda kusurunun varlığı da gereklidir. Somut olayda davalı işverenin feshi haklı bir nedene dayanmamakla birlikte, bu durum, işverenin iş sözleşmesinin feshinde kusurlu davrandığını göstermemektedir. Davalı işverenin iş sözleşmesinin feshinde kusurlu davrandığı kanıtlanabilmiş değildir. Öte yandan davalı işverenin kusurlu davranışının bulunduğu kabul edilse dahi, davacı işçinin zararı, faiziyle birlikte ödenmiş olan cezai şart tutarı ile karşılanmış durumdadır. Fahiş olan cezai şart tutarı zararı karşılayacak seviyeye kadar indirilmiş olmakla davacının anılan cezai şart miktarı ile karşılanamayan zararı bulunmamaktadır... Cezai şartın, davacının hizmet sözleşmesinin süresinden önce feshedilmesinden dolayı uğradığı zararı karşılamadığı iddia edilmiş cezai şartı aşan zararın tazmini istenilmiştir... Taraflar arasındaki sözleşme çerçevesinde cezai şartın tahsili istemiyle davacı tarafından daha önce açılan davada ve gerekse görülmekte olan davada, davacının uğradığı ileri sürülen zarar miktarının sözleşme süresinin sonu esas almak suretiyle hesaplanmış ve bu doğrultuda tazminat talebinde bulunulmuş olmasına; cezai şart istemine ilişkin önceki davada Yerel Mahkemece hüküm altına alınan tutarların fahiş görülmesi gerekçesiyle birçok kez bozulmuş ve neticede kesinleşmiş olmasına; bu durumda davacının cezai şartı aşan bir zararı bulunmadığının kabulü gerekmesine göre, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır...” (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 28.10.2014).

uğrayacağı zararları göz önünde tutarak ceza miktarının belirlendiği kabul edilmektedir. Diğer yandan taraflar dönme cezasını kararlaştırırken, borçlunun sadece bu miktarı ödeyerek ve başkaca bir yüküm altına girmeksizin her zaman sözleşmeden dönebileceği yönünde anlaşmış sayılmaları nedeniyle alacaklı, borçludan ceza miktarını aşan zararını talep edemeyecektir¹³⁸.

¹³⁸ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.II., s. 535; Kocağa, **a.g.e.**, s. 212-213; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 331; Özsunay, **a.g.e.**, s. 146; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 360; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 47; Ekinci, **a.g.e.**, s. 310; Tuhr, **a.g.e.**, s. 769-770.

II. BÖLÜM

CEZAI ŞARTIN İNDİRİLMESİNİN AMACI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE TACİR SIFATINI HAİZ BORÇLU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. İNDİRİMİN AMACI

Tarafların serbest iradeleriyle meydana getirdikleri sözleşmelere aynen uymakla yükümlü olduklarını ifade eden ahde vefa ilkesi (sözleşme ile bağlılık) özel hukukumuzun temel ilkelerindendir¹. Tarafların serbest iradeleriyle meydana getirdikleri sözleşme hükümlerini tek taraflı olarak değiştirmeleri, yine tek taraflı olarak bu sözleşme hükümlerini ortadan kaldırmaları mümkün değildir.

Ahde vefa ilkesi sözleşmelerin yapıldığı sırada var olan veya sonradan değişen şart ve durumlar nedeniyle sınırlandırılmıştır. Günümüz hukuk sistemlerinde bu sınırlamanın en sık karşılaşılan hali hâkime tanınan sözleşmeye müdahale yetkisidir². Hâkim kanun koyucu tarafından kendisine tanınmış bulunan özel yetkiye dayanarak tarafların serbest iradeleri ile meydana getirdikleri sözleşmeleri baştan veya karar anından itibaren hüküm doğurmak üzere değiştirebilmekte veya tamamen

¹ Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 353; Eren, **a.g.e.**, s. 481; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.I., s. 199; Kamil Haluk Gökçeoğlu, **Cezai Şart ve Güncel İctihatlar**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınevi, 2007, s. 66.

² TBK m. 138 “Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmemiş ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır.” ifadesi ile aşırı ifa güçlüğü ve sonuçları düzenlenmiştir. eBK’da aşırı ifa güçlüğü genel bir hüküm ile düzenlenmemiş, eser sözleşmesine ilişkin özel hükümler arasında düzenlenmişti. eBK döneminde bu özel hükümden kıyas yolu yararlanılarak aşırı ifa güçlüğü için çözümler üretilmiştir. Turgut Öz, **Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler**, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 23; Eren, **a.g.e.**, s. 481; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.I., s. 199; Ömer Çınar, “Türk Borçlar Kanunu ve Alman Medeni Kanununa Göre Cezai Şartın İndirilmesi”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl 8, Sayı 16, Güz 2009, s. 92.

ortadan kaldırabilmektedir³. Böylece hâkim tarafların menfaatlerini dengelemek amacıyla taraflar arasındaki hukuki ilişkiye müdahale etmektedir.

Tarafların menfaat durumları karşılaştırıldığında, cezai şart adalet duygularını incitecek derecede aşırı görülebilir. Kanunda alacaklının herhangi bir zararı olmasa bile cezai şartın ödeneceği yer almaktadır. Cezai şartın zarara oranla yüksek olması, cezai şartın aşırılığı veya geçersizliği sonucunu doğurmaz. Taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin bütünü ve menfaatleri değerlendirilmelidir. Borçlu tarafın ödemek zorunda olduğu cezai şart miktarı, oransız olabilir ve bir tarafın sömürülmesi sonucunu doğurabilir⁴.

Ekonomik yönden güçlü olan tarafın, cezai şart kurumunu istismar ederek, zayıf olan tarafı ezmesinin önlenmesi, tedbirli olmayan borçlu tarafın aşırı miktarda cezai şart üstlenmesinden doğan tehlikelerin azaltılması gibi hususlar cezai şartın indirilmesinin amacını teşkil etmektedir⁵.

Hâkime tanınan cezai şartın indirilmesine ilişkin yetki istisnai niteliktedir. Bu nedenle hâkim bu yetkisini kullanırken çok dikkatli davranmalı ve indirme yetkisini tarafların sözleşme serbestisini ortadan kaldıracak bir araç haline getirmemelidir⁶.

B. KANUNİ DÜZENLEME

Cezai şartın indirilmesine ilişkin emredici kural TBK m. 182/f.3'te "*Hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir.*" şeklinde yer almaktadır.

³ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 129; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 215; Tuhr, **a.g.e.**, s. 770-771; Gökçeoğlu, **a.g.e.**, s. 66; Günay, **a.g.e.**, s. 168.

⁴ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 129; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 215 vd.; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 784; Karahasan, **a.g.e.**, s. 1402; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 352; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.II., s. 535; Dirican, **a.g.e.**, s. 185; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 354; Arsebük, **a.g.e.**, s. 988; Özsunay, **a.g.e.**, s. 145; Gökçeoğlu, **a.g.e.**, s. 66; Tuhr, **a.g.e.**, s. 770; Eren, **a.g.e.**, s. 1188; Nomer, **a.g.e.**, s. 348; Akıncı, **a.g.e.**, s. 275; Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 167; Berki, **a.g.m.**, s. 296; Önen, **a.g.e.**, s. 121; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 331; Edgü, **a.g.e.**, s. 136; Kanık, **a.g.m.**, s. 1076; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 461; Kayar, **a.g.e.**, s. 220; Arsebük, **a.g.m.**, s. 992.

⁵ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 126; Arkan-Serim, **a.g.m.**, s. 92; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 332; Tuhr, **a.g.e.**, s. 770.

⁶ Yarg. Hukuk Genel Kurulu, 08.03.1961 T., 1961/4-2 E., 1961/10 K. sayılı kararı. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 28.10.2014) Velidedeoğlu/Kaynar, **a.g.e.**, s. 160; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 126; Arkan-Serim, **a.g.m.**, s. 93; Arsebük, **a.g.e.**, s. 988.

Taraflar, kural olarak cezai şart teşkil edecek edimi serbestçe kararlaştırabilirler⁷. Bu edim çoğunlukla belirli veya belirlenebilir bir miktar paranın ödenmesi şeklinde kararlaştırılmaktadır. Tarafların bu kararlaştırmadaki serbestîleri sözleşme özgürlüğünün sınırlarına tabidir. Cezai şart, edim ve miktar bakımından ilk olarak TBK m. 27⁸ hükmü gereği denetime tabidir⁹.

Kararlaştırılan cezai şart miktarı bakımından, sözleşme serbestîsinin sınırlarını aşması halinde, cezai şart miktarının doğrudan kanun koyucu tarafından sınırlandırıldığı durumlar incelenecektir.

Taksitle satım sözleşmeleri hakkında düzenleme içeren TBK m. 260/f.2 hükmü cezai şart miktarı bakımından “*Satıcı, alıcının peşinatı ödemede temerrüde düşmesi yüzünden satılanın devrinden önce sözleşmeden dönerse, alıcıdan sadece ödenmeyen peşinat üzerinden, sözleşmeden döndüğü tarihe kadar işleyecek yasal faiz ile sözleşmenin kurulmasından sonra, satılanın uğramış olduğu değer kaybı sebebiyle tazminat isteyebilir. Ceza koşulu kararlaştırılmışsa, peşin satış bedelinin yüzde onunu aşamaz.*” şeklinde düzenleme içermektedir¹⁰. Bu emredici düzenleme taksitle satım sözleşmeleri bakımından kararlaştırılacak cezai şart miktarının azami yasal sınırını belirlemiştir. Azami sınırın üzerindeki cezai şartlar, emredici kurala aykırılık teşkil edecek ve aykırılığın ortadan kaldırılması amacıyla yasal sınıra indirilecektir.

⁷ Bilge, **a.g.m.**, s. 113; Birsen, **a.g.e.**, s. 368; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 784; Karahasan, **a.g.e.**, s. 1402; Gökçeoğlu, **a.g.e.**, s. 66; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 352; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.II., s. 535; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 354; Tuhr, **a.g.e.**, s. 770; Eren, **a.g.e.**, s. 1188; Nomer, **a.g.e.**, s. 348; Akıncı, **a.g.e.**, s. 275; Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 167; Berki, **a.g.m.**, s. 296; Önen, **a.g.e.**, s. 121; Arsebük, **a.g.e.**, s. 988; Özsunay, **a.g.e.**, s. 145; Kanık, **a.g.m.**, s. 1076; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 461; Kayar, **a.g.e.**, s. 220; Edgü, **a.g.e.**, s. 136; Arsebük, **a.g.m.**, s. 992; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 331; Arkan-Serim, **a.g.m.**, s. 92; Uçar, **a.g.e.**, s. 99; Dirican, **a.g.e.**, s. 185.

⁸ TBK m.27 “ (f.1) Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. (f.2) Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.”

⁹ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 176; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.II., s. 537; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 260; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 794; Günay, **a.g.e.**, s. 216; Karabağ-Bulut, **a.g.e.**, s. 191.

¹⁰ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 793; Karabağ-Bulut, **a.g.e.**, s. 192.

Kanun koyucu, aşırı cezai şart ile ekonomik yönden güçlü olan tarafın zayıf olan tarafı istismar ederek, ezmesini önlemek ve malvarlıkları arasında adil bir denge sağlamak amacıyla, hâkime aşırı gördüğü cezai şartı indirme mükellefiyeti yüklemiştir. Çünkü aşırı miktardaki bir cezai şart; borçlunun sömürülmesine, malvarlıkları arasındaki dengenin borçlu aleyhine önemli ölçüde bozulmasına, borçlu üzerinde adalete ve hakkaniyete aykırı baskılara neden olabilmektedir¹¹.

Hâkim, miktar bakımından aşırı gördüğü cezai şartı batıl saymayacak, onun yerine taraflar arasındaki hukuki ilişkiye müdahale ederek aşırı bulduğu cezai şartı uygun bir miktara indirecektir¹². Burada hâkime tanınmış bulunan indirim yetkisi emredici kanun hükmünden kaynaklanmaktadır¹³.

Hâkim aşırı cezai şartı indirme yetkisini, aşırı cezai şartın tamamen kaldırılması şeklinde kullanamaz. Aynı şekilde indirme yetkisi, cezai şart olarak kararlaştırılmış edimin yerine başka nitelikte bir edim tayin etme şeklinde de kullanılmamalıdır. Hâkim tarafından para ödeme şeklindeki cezai şart bir malın verilmesi veya bir hizmetin görülmesine çevrilemez. Bir malın verilmesi veya hizmetin görülmesi şeklinde kararlaştırılan cezai şartı başka bir mal veya hizmete çevirmek suretiyle cezayı indiremez. Fakat bir malın teslimi veya bir hizmet görülmesi şeklindeki cezanın indirilmesi gerektiğinde ve fakat bu edimin bölünmez nitelikte olduğu durumlarda, hâkim cezayı bir miktar paraya çevirebilme yetkisini haizdir¹⁴.

C. İNDİRİMİN HUKUKİ NİTELİĞİ

1. Genel Olarak

Hâkim tarafından indirim yetkisi kullanıldığı hallerde, cezai şartı doğuran borç ilişkisi esas itibariyle değişikliğe uğramamakta, yalnızca aşırı derecede yüksek olan cezai şart makul düzeye indirilmektedir.

¹¹ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 126; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 354; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.II., s. 535 vd.; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 793.

¹² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 354.

¹³ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 217.

¹⁴ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.II., s. 536; Bkz. IV. Bölüm, C, 2.

Hâkimin söz konusu indirim yetkisini kullanabilmesi için hak sahibinin bu yönde talebinin gerekip gerekmediği hususu yürürlükten kalkan 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde doktrinde tartışılmıştır¹⁵. Uygulama ve çoğunluk görüşü, hâkimin indirim yetkisini kullanabilmesi için borçlu tarafın talebinin gerekmediği yönündedir. Doktrinde karşı görüş, hâkimin söz konusu indirim yetkisini kullanabilmesi için hak sahibinin bu indirimi talep etmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, hâkimin borçlunun talebi olmaksızın kendiliğinden bu indirimi yapması mümkün bulunmamaktadır. TBK m. 182/f.3 hükmünde, hâkimin kendiliğinden indirim yapabileceği düzenlenmiş ve talebin gerekip gerekmediğine ilişkin bu tartışmalara son verilmiştir.

Cezai şartın indirilmesinin iki ayrı yönü bulunmaktadır. İlk yönü, indirmeyi yapabilme yetkisini yani belirli şartların bir araya gelmesi halinde indirmeyi yapma yetkisini ifade eder. İkinci yönü ise indirme yapılmasını, yani cezai şartın makul düzeye indirilmesini ifade etmektedir¹⁶.

Cezai şartın indirilmesinin hukuki niteliğini açıklamak amacıyla çeşitli görüşler öne sürülmüştür, aşağıda bu görüşler incelenmektedir.

2. Cezai Şartın İndirilmesinin Hukuki Niteliğine İlişkin Görüşler

a. Cezai Şartın İndirilmesinin Butlan Niteliğinde Olduğu Görüşü

Doktrinde, cezai şartın aşırı olduğu durumlarda, bu aşırı cezai şart ahlaka aykırı sayılmasa bile kanunun emredici hükümlerine aykırı sayıldığı ve batıl olduğu yönünde görüşler ileri sürülmüştür. Burada ileri sürülen butlan yaptırımını kısmi butlan olup sadece cezai şartın aşırı kısmı batıldır¹⁷.

¹⁵ Talebin gerekli olduğu yönünde bkz. Dördüncü Bölüm, I, A.; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 135; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 217; Talebin gerekli olmadığı yönünde: İnan, **a.g.e.**, s. 433; Birsen, **a.g.e.**, s. 363; Uçar, **a.g.e.**, s. 101.

¹⁶ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 217.

¹⁷ Nurullah Kunter, “Ödendikten Sonra Azaltılabilmeleri Bakımından Cezai Şart”, **Adliye Ceridesi**, 1940, s. 971 vd.; Kunter’ e göre, cezai şartın indirilmesine ilişkin kanun düzenlemesinin

Doktrinde çoğunluk tarafından bu görüşün yerinde olmadığı kabul edilmektedir. Şöyle ki, TBK' nın bütün emredici hükümlerine aykırılığın yaptırımını butlan değildir veya her ahlaka aykırılık sonucunda butlan yaptırımını söz konusu olmamaktadır. Butlan yaptırımının uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin açık kanun hükmünün bulunmadığı hallerde, kanun koyucunun bu hükmü koymakla güttüğü amaç ve benzer durumları düzenleyen hükümler göz önünde bulundurularak çözüme gidilmelidir. Ayrıca kanun koyucunun gabin, hata, hile ve tehdit yaptırımını olarak iptal edilebilirliği öngörmesine rağmen, bunlara oranla daha hafif olan aşırı cezai şart için butlan yaptırımını öngörmesinin yerinde olmadığı savunulmaktadır¹⁸.

Aşırı cezai şartın indirilmesi için borçlunun talebinin varlığı gerektiğini ileri süren görüşün taraftarları¹⁹ butlan yaptırımının talep üzerine değil, kendiliğinden hüküm ve sonuçlarını doğurması noktasında da butlan yaptırımını eleştirmektedirler²⁰.

Belirtelim ki bazı hallerde, taraflarca kararlaştırılan cezai şart butlan yaptırımını ile karşılaşabilir. Yargıtay bazı hallerde, cezai şartı angarya yasağına aykırı bularak doğrudan TBK m. 27 hükmünü uygulamış ve cezai şarta ilişkin sözleşmeyi hükümsüz kılmıştır²¹.

b. Cezai Şartın İndirilmesinin İptal Kabiliyeti (Fesih) Niteliğinde Olduğu Görüşü

Taraflarca kararlaştırılan cezai şartın aşırı olduğu ölçüde, iptalinin mümkün olduğunu savunan görüştür. Cezai şart işlemi başlangıçta geçerli olmasına rağmen borçlu tarafından iptal hakkının kullanılmasıyla beraber cezai şartın geçmişe etkili

emredici sayılmasının nedeni, aşırı nitelikteki cezai şartın ahlaka, adaba ve kamu düzenine aykırılık oluşturmasıdır. Bu görüş hakkında bkz. Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 136; Uçar, **a.g.e.**, s. 101; Arkan-Serim, **a.g.m.**, s. 93; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 217.

¹⁸ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 138; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 218; Uçar, **a.g.e.**, s. 101; Arkan-Serim, **a.g.m.**, s. 94.

¹⁹ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 138; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 218; Uçar, **a.g.e.**, s. 101.

²⁰ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 218; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 138; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.I. s. 177; Arkan-Serim, **a.g.m.**, s. 93-94; TBK m. 182/f.3 hükmünde, hâkime kendiliğinden indirim yetkisi verilmesi nedeniyle bu eleştiri yerinde değildir.

²¹ Angarya yasağı hakkında detay için bkz. II. Bölüm, D, 2, b, (3).

olarak geçerliliğini kaybedeceği ileri sürülmektedir. Borçlunun talebi üzerine aşırı cezai şartın indirilmesini, sözleşmenin kısmen iptali olarak açıklayan görüşür²².

Bu görüşün kabulü halinde, cezai şartın aşırılığını ileri sürmeyen borçlunun aşırı cezai şartın tamamını ödemesi durumu gibi hakkaniyete aykırı neticeler doğacaktır. Doktrinde²³ bu görüşün yerinde olmadığı kabul edilmekte ve eleştirilmektedir. Ayrıca TBK m. 182/f.3'de düzenlenen hâkimin talebe gerek olmaksızın aşırı cezai şartı kendiliğinden indirebilmesi yetkisinin varlığı da bu görüşün yerinde olmadığını göstermektedir.

c. Cezai Şartın İndirilmesinin Sebepsiz Zenginleşme Niteliğinde Olduğu Görüşü

Aşırı cezai şartın indirilmesi halinde; yapılan indirim miktarının bir sebepsiz zenginleşme olduğunu savunan görüşür²⁴. Taraflarca kararlaştırılan cezai şart aşırı olduğu ölçüde, alacaklının, borçluya karşı sahip olduğu talep hakkıyla borçlu zararına sebepsiz olarak zenginleşmede bulunacağı savunulmaktadır. Cezai şartın aşırı olduğu ölçüde, alacaklının talebinin haklı bir nedene dayanmadığı iddia edilmektedir. Borçlunun hâkimden indirim talebinde bulunmasının söz konusu sebepsiz zenginleşmenin tespitini ve geri verilmesini istemek şeklinde olduğu savunulmaktadır²⁵.

Daha çok Alman hukukunda taraftarı bulunan bu görüş doktrinde kabul edilmemekte ve eleştiriler getirilmektedir. Aşırı cezai şartın indirilmesinde hukuki sebebin eksikliği veya sakatlığı değil, bir borcun aşırılığı söz konusudur. Cezai şartın indirilmesinin bir sebepsiz zenginleşme alacağı şeklinde nitelendirmek mümkün bulunmamaktadır²⁶.

²² Bu görüş hakkında bkz. Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 136; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 218-219; Uçar, **a.g.e.**, s. 101; Arkan-Serim, **a.g.m.**, s. 93.

²³ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 219; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 138.

²⁴ Alman Hukukunda Hans Reichel isimli bir müellif tarafından kabul edilen görüşür. (Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 137'den naklen)

²⁵ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 137; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 219; Arkan-Serim, **a.g.m.**, s. 93; Uçar, **a.g.e.**, s. 101.

²⁶ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 220; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 139; Arkan-Serim, **a.g.m.**, s. 94.

d. Cezai Şartın İndirilmesinin Ortalama Yaptırım Niteliğinde Olduğu Görüşü

Cezai şartın indirilmesinde ne butlan ne de iptal yaptırımının söz konusu olmadığını, bu iki yaptırımdan birini diğerini tercih etmenin yerinde olmadığını bu nedenle bu ikisi arasında ortalama bir yaptırımın uygulanması gerektiğini savunan görüşür²⁷.

Aşırı cezai şartın indirilmesini talep etme hakkının sadece borçluya tanınmış bulunan bir hak olduğu kabul edilmekle birlikte, (kanunda açık hüküm olmasa dahi) hâkiminde bu hususu kendiliğinden dikkate alabileceği savunulmaktadır. Ayrıca cezai şartın tamamının indirimle ortadan kaldırılamayacağı, cezai şartın ödenmesinden sonra hâkimin kendiliğinden indirimle gidemeyeceği ve borçlunun indirim talep etme hakkının zamanaşımına uğramayacağı da ileri sürülmektedir²⁸.

Doktrinde bu görüşe getirilen eleştiriler ise, cezai şartın indirilmesinde butlan yaptırımının ayırıcı özelliklerinin söz konusu olmadığı noktasındadır²⁹. Hâkimin cezai şartı indirebilmesi için borçlunun talebinin bulunması gerektiğini ileri süren görüş taraftarlarınca, borçlunun indirim talebinin varlığının aranması gerektiği noktasında da bu görüş eleştirilmektedir. Yine indirimi talep hakkının zamanaşımına uğramaması halinin butlan yaptırımından değil, indirim hakkının yenilik doğuran bir hak olmasından kaynaklandığı hususu karşı görüş olarak savunulmaktadır³⁰.

e. Cezai Şartın İndirilmesinin Yenilik Doğuran Hak Niteliğinde Olduğu Görüşü

6098 sayılı yürürlükteki Türk Borçlar Kanunu'ndan önce savunulan görüş taraftarlarınca³¹, hâkimin aşırı gördüğü cezai şartı kendiliğinden indirebileceği kabul edilmemekte, cezai şartın indirilmesi için borçlunun talepte bulunmasının şart olduğu

²⁷ Bu görüş hakkında bkz. Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 137; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 220; Jale Güral, **Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanunu Sistemi**, Ankara, 1953, s. 211 vd.

²⁸ Güral, **a.g.e.**, s. 211 vd.; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 137; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 220.

²⁹ Bkz. II. Bölüm, C, 2, d.

³⁰ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 220; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 139.

³¹ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 137 vd.; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 220-221; Ekinci, **a.g.e.**, s. 322; Uçar, **a.g.e.**, s. 101-102; Çınar, **a.g.m.**, s. 93.

kabul edilmektedir. Talep ile bağılılık söz konusu olduğu için borçlunun cezai şartın indirilmesi talebinin hukuki niteliği, yenilik doğuran bir hakkın kullanılması olarak açıklanmaktadır.

Bu görüşe göre, aşırı cezai şartın indirilmesi hususunda hâkim, talepte bulunulması durumunda taraflar arasındaki hukuki ilişkiye yenilik doğuran bir tarzda müdahale etmekte ve belirli noktalarda taraflar arasında kararlaştırılmış bulunan cezai şartı değiştirmektedir. Böylece hâkim taraflarca kararlaştırılan cezai şart miktarına müdahale etmekte ve cezai şart miktarını indirmektedir³².

Yenilik doğuran hak olarak nitelendirilen indirim hakkı, diğer yenilik doğuran haklardan farklılık içermektedir. Yenilik doğuran haklar³³ kural olarak tek taraflı olarak karşı tarafa yöneltilmesi gerekli ve ilke olarak herhangi bir şekilde bağlı olmayan irade beyanı ile kullanıldıkları halde; cezai şartın indirilmesi hakkının ise boşanma veya miras hukukundaki tenkis davalarında olduğu gibi bir dava veya def'i olarak ileri sürülmesi gerekmektedir. Ayrıca yenilik doğuran hakların çoğu hak sahibinin tek taraflı bir irade beyanı ile hüküm doğurabildikleri halde; aşırı cezai şartın indirilmesi için yalnız borçlunun irade beyanı yeterli olmayıp, ayrıca hâkim tarafından karar verilmesi gerekmektedir. Borçlunun indirimi talep etmesi ve hâkimin indirime ilişkin kararının bir araya gelmesi ile cezai şartın indirilmiş olacağı ifade edilmektedir³⁴.

Bu görüş TBK m. 182/f.3'de hâkimin aşırı gördüğü cezaları kendiliğinden indireceğine ilişkin düzenleme karşısında hukuki dayanaktan yoksun kalmaktadır. Ancak belirtelim ki, eBK m. 161/f.3'ün yürürlükte olduğu dönemde de doktrin görüşü ve Yargıtay uygulaması, hâkimin kendiliğinden indirim yapabileceği yönündedir. Diğer yandan cezai şartın indirilmesinin hukuki niteliğini yenilik

³² Kocağa, **a.g.e.**, s. 220; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 139.

³³ "Yenilik doğuran hak, tek taraflı bir hukuki işlem ile somut bir hukuki ilişki kurma gücü veren özel bir hak türüdür. Bir hukuki yetkiye dayanarak, bir kimsenin varması gerekli tek taraflı irade beyanı ile yeni bir hukuki durum yaratmasına veya hukuki ilişkiye şekil vermesine imkân veren haklara denir." Detaylı bilgi için bkz. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, **Medeni Hukuk**, 18. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 165 vd.; Eren, **a.g.e.**, s. 61 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 354; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 13.

³⁴ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 139; Kocağa, **a.g.e.**, s. 221; Arkan-Serim, **a.g.m.**, s.94; Ekinci, **a.g.e.**, s. 322; Uçar, **a.g.e.**, s. 102.

doğuran hak olarak savunanlar dahi, bu hakkın niteliği itibariyle diğer yenilik doğuran haklardan farklı olduğunu kabul etmektedirler. Yine aşırı cezai şartın indirilmesi için borçlunun indirim talebi yeterli olmamakta, hâkim tarafından cezai şartın aşırı olduğu tespit edildiği takdirde, indirim yapılması gerektiği de bu görüş taraftarlarınca da kabul edilmektedir.

f. Cezai Şartın İndirilmesinin Değiştirilmiş Kısmi Hükümsüzlük Niteliğinde Olduğu Görüşü

TBK m. 27/f.1’de sözleşmenin kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olması hali ve yaptırımı; m. 27/f.2’de sadece geçersizlikten etkilenen hükümlerin hukuken bir değer taşımayacağı, sözleşmenin kalan hükümleriyle ayakta kalacağı basit kısmi hükümsüzlük ile bir veya birkaç hüküm etkileyen geçersizliğin bütün sözleşmeye sirayet etmesini düzenleyen tam hükümsüzlük yaptırımı düzenlenmiştir³⁵. Doktrinde savunulan ve bizimde benimsediğimiz sınırlı esneklik görüşü³⁶ doğrultusunda; aşırı cezai şart veya tacir sıfatını haiz borçlu bakımından ahlaka aykırı cezai şart söz konusu olduğunda doğrudan m. 27 hükmünde yer alan hükümsüzlük yaptırımı uygulanmamalıdır. Bu gibi hallerde, kanaatimizce de aşırı cezai şart tüm olarak batıl sayılmamalı bunun yerine aşırı nitelikteki cezai şart indirilerek korunmalıdır³⁷. Nitekim kanunda bazı hükümler bu sonucu öngörmektedir. M. 182/f.3’ün anlam ve amacı doğrultusunda hükümsüzlük yerine farklı bir yaptırım olarak, indirim yaptırımı uygulanmalıdır.

³⁵ Necip Kocayusufpaşaoğlu, ““Değişik Kısmi Hükümsüzlük ve Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük” Kavramları ile İlgili Düşünceler”, **Selim Kaneti’ye Armağan**, İstanbul, Aybay Yayıncılık, 1996, s. 25 vd.; Hüseyin Hatemi, **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1976, s. 219; Veysel Başpınar, **Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı**, Ankara, 1998, s. 149; Nagehan Kırkbeşoğlu, **Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük**, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2011, s. 204; Karabağ-Bulut, **a.g.e.**, s. 375.

³⁶ Kanunda yer alan ve hukuka aykırılığı düzenleyen özel hükümlerin yaptırımının mutlaka TBK m. 27’de öngörülen yaptırımı uyması gerekemeyeceği noktasından hareketle bu görüş savunulmaktadır. Bu doğrultuda ihlal edilen özel kanun maddesinin anlam ve amacı farklı bir yaptırımı (klasik kesin hükümsüzlükten ayrılmış ve çığnenen özel kanun hükmünün amacı ile uyumlu hale getirilmiş değişik bir butlan tipini) zorunlu olarak öngörüyorsa veya bu farklılık karine olarak kabul edildiği takdirde çürütülebiliyorsa sınırlı esneklik görüşü kapsamında değerlendirme yapılacağına ilişkin olarak detaylı bilgi için bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu/ Hüseyin Hatemi/ Rona Serozan/ Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt I**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014, s. 591.

³⁷ Eren, **a.g.e.**, s. 339.

Aşırı cezai şartın indirilmesinde hâkim sözleşmeye müdahale etmekte ve cezai şart miktarını geçerli bir miktara indirmektedir. Hâkimin bu indirimi yapması TBK m. 182/f.3.'te yer alan emredici hüküm gereğidir. Aşırı cezai şart miktarı hakkında kanunun emredici hükmü uygulama alanı bulmakta ve bu hüküm ile hâkime verilen yetki gereği aşırı cezai şart indirime tabi tutulmaktadır. Kanun koyucu tarafından, cezai şartın aşırı olmasına gerekli şartların varlığı halinde indirim yaptırımı bağlanmıştır.

İndirim yaptırımının uygulanması sonucunda, aşırı cezai şart içeren sözleşmenin kısmen veya tamamen geçersiz olması sonucu yerine aşırı nitelikte olan cezai şartın yerini hâkim tarafından indirime tabi tutulmuş geçerli cezai şart alacaktır. Hâkim tarafından yapılan bu indirimin hukuki niteliği kanunda yer almamasına rağmen doktrin³⁸ tarafından, TBK m. 27 hükmünün amacından yola çıkılarak kısmi hükümsüzlüğün türü olarak kabul edilen, değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük ile açıklanmaktadır³⁹.

Sözleşmenin bir veya birkaç hükmünün geçersiz sayılması halinde bu geçersiz olan hüküm veya hükümlerin yerine yedek hükümlerin geçirilmesi hali “değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük” olarak ifade edilmektedir⁴⁰. Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük, kısmen hükümsüz olan sözleşmenin hüküm ve sonuçlarının hâkim tarafından kanunda yer alan veya tarafların farazi iradeleri doğrultusunda hâkimin kendisinin belirlediği bir kural ile değiştirilmesi olarak tanımlanmaktadır⁴¹. Ancak bazı hallerde kanun koyucu sözleşmenin geçersiz kısmı yerine geçecek olan hükmün

³⁸“içerik değiştirici kısmi hükümsüzlük” kavramını kullanan yazar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.m.**, s. 25; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 602; Devam eden yazarlar tarafından “değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük” kavramı kullanılmaktadır bkz. Hatemi, **a.g.e.**, s. 219; Başpınar, **a.g.e.**, s. 149; Derya Ateş, **Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlakı Aykırılık**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007, s. 286 vd.; Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 209; Karabağ-Bulut, **a.g.e.**, s. 375.

³⁹ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.m.**, s. 25; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 602; Eren, **a.g.e.**, s. 339; Hatemi, **a.g.e.**, s. 219; Başpınar, **a.g.e.**, s. 149; Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 209; Karabağ-Bulut, **a.g.e.**, s. 375.

⁴⁰ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.m.**, s. 25 vd.; Hatemi, **a.g.e.**, s. 219; Başpınar, **a.g.e.**, s. 149; Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 209; Karabağ-Bulut, **a.g.e.**, s. 376.

⁴¹ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.m.**, s. 25 vd.; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 602 vd.; Karabağ-Bulut, **a.g.e.**, s. 376.

hâkim tarafından takdir edilmesini uygun görmüştür⁴². Hâkimin aşırı cezai şartı kendiliğinden indireceğine ilişkin hüküm bu hale örnek teşkil etmektedir.

Aşırı cezai şartın değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük kapsamında indirilmesi doktrinde bir kısım yazarlar tarafından, sözleşmenin nicelik yönünden değişmesi olarak ileri sürülmekte ve değiştirilmiş kısım hükümsüzlüğün bir türü olarak değerlendirilmekte düşey kısmi hükümsüzlük veya indirim yaptırımı olarak tanımlanmaktadır⁴³. Bu görüşe göre sözleşmelerde yer alan süre, meblağ gibi nicel unsurlar kanun koyucu tarafından emredici ya da tamamlayıcı hukuk kuralları ile öngörülen yasal sınırı aştığı ölçüde geçersiz olmakta ve bu geçersizlik dışında kalan yasal sınır geçerliliğini korumaktadır.

Düşey kısmi hükümsüzlük olarak ileri sürülen bu görüş karşısında, cezai şartın indirilmesi bakımından, sözleşmede yer alan münferit anlaşmalar hakkında TBK m. 27/f.2.'nin uygulama alanı bulamayacağı ve bu münferit anlaşmaların kendi içinde bölümlere ayrılması ve kısmen geçerli kısmen geçersiz sayılmasının mümkün olmadığı savunulmaktadır. Netice itibariyle de kısmi hükümsüzlüğün sözleşme hükümlerine ancak yatay olarak uygulanabileceği yoksa bir münferit anlaşmanın kendi içinde dikey olarak kısmen geçersiz sayılmasına yer olmadığı savunulmaktadır⁴⁴.

Cezai şarta ilişkin olarak kanun koyucu tarafından bir üst sınır belirlenmemiştir. Fakat düşey kısmi hükümsüzlük görüş taraftarlarınca, bu hususa karşılık olarak, her ne kadar cezai şartın indirilmesine ilişkin hükümde bir üst sınır yer almasa da hükmün anlam ve amacı dikkate alındığında hâkimin hakkaniyet esasına tabi olarak yapacağı indirim ve tespit edeceği cezai şart miktarının üst sınır olacağını savunulmaktadır⁴⁵.

Aşırı cezai şartın indirilmesinin düşey kısmi hükümsüzlük kurumu ile açıklanması görüşü; gerek kanunda bir üst sınır belirlenmemesi, dolayısıyla üst sınırı

⁴² Eren, **a.g.e.**, s. 339; Karabağ- Bulut, **a.g.e.**, s. 392.

⁴³ Hatemi, **a.g.e.**, s. 229 vd.; Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 328 vd.; Karabağ- Bulut, **a.g.e.**, s. 389 vd.

⁴⁴ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.m.**, s. 31.

⁴⁵ Hatemi, **a.g.e.**, s. 229 vd.; Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 328 vd.

aşan kısmın geçersizliği ve üst sınırı aşmayan kısmın geçerliliğinin tespitinin yapılamayacağına gerekse münferit cezai şart hükmünün kendi içinde kısmen geçersiz olup olmayacağına dair hususlar nedeniyle tartışmalıdır.

Kanaatimizce aşırı cezai şartın indirilmesinin hukuki niteliğini en iyi açıklayan görüş değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüktür. Aşırı cezai şartın hâkim tarafından tespit edilmesi ile cezai şart sözleşmesinin aşırı olan kısım için geçersizliği gündeme gelmektedir. TBK m. 182/f.3 hâkime, aşırı cezai şartın indirilmesi yetkisi vermiştir, cezai şartı tamamen kaldırma yetkisi vermemektedir. Bu düzenleme hâkimin sözleşmeye müdahalesine kanunen tanınan bir icazettir. Cezai şart, hâkim tarafından değiştirilmiş içerikle geçerliliğini korumaktadır. Böylece sözleşmede yer alan cezai şarta ilişkin münferit anlaşmanın kendi içinde kısmen geçerli olup olmadığı tartışmalarına da gerek bulunmamaktadır.

D. TACİR SIFATINI HAİZ BORÇLU BAKIMINDAN CEZAI ŞARTIN İNDİRİLMESİ

1. TTK M. 22 Gereği Tacirin Cezai Şartın İndirilmesini İsteyememesi

a. Genel Olarak

TBK' da cezai şartın indirimine ilişkin hususları düzenleyen hükümde cezai şartı ödemekle yükümlü borçlunun tacir olmaması gerektiğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle borçlunun tacir sıfatını haiz olması durumunda cezai şartın indirimine ilişkin hukuki durumun tespiti bakımından TTK hükümleri doğrultusunda değerlendirme yapılacaktır.

TTK m. 22'de ücret ve sözleşme cezasının indirilmesi başlığı ile düzenlenmiş bulunan hükümde, tacirin cezai şartın indirilmesini isteyemeyeceği açık olarak yer almaktadır. Bu düzenleme eTTK m. 24'den sadece dili Türkçeleştirilerek alınmıştır. Bu nedenlerle eTTK yürürlükte olduğu dönemde bu maddeye ilişkin yapılan değerlendirmeler ve uygulama TTK m. 22 hükmü içinde aynen geçerli olmaya devam edecektir.

TTK m. 22 hükmü, doğrudan hâkime cezai şartı indirme yetkisi veren ve bu konuda mükellefiyet yükleyen TBK m. 182/f.3' e gönderme yaparak, tacirin bu hâllerde, aşırı cezai şart kararlaştırılmış olduğu iddiasıyla sözleşme cezasının indirilmesini mahkemeden isteyemeyeceğini düzenlemiştir. Bu düzenleme TBK m. 182/f.3 hükmünün uygulamasına açıkça istisna teşkil etmektedir. Bu istisna nedeniyle, taraflarca sözleşmede ödenmek üzere kararlaştırılan cezai şartın aşırı olduğu hallerde, hâkime bunu indirme yetkisi tanıyan TBK m. 182/f.3 hükmü, borçlu tacir bakımından uygulama alanı bulamayacaktır⁴⁶.

03.07.1940 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu Kararı, 865 sayılı 1926 tarihli Ticaret Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde verilen bir

⁴⁶ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 173 vd.; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 256; Günay, **a.g.e.**, s. 216; Bilge, **a.g.m.**, s. 125; Reha Poroy/ Hamdi Yasaman, **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 137; Sami Karahan, **Ticari İşletme Hukuku**, 26. Baskı, Konya, Mimoza Yayınları, 2014, s. 103; Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, 18. Baskı, Ankara, 2013, s. 143; Mehmet Bahtiyar, **Ticari İşletme Hukuku**, 15. Bası, Beta Yayınları, 2014, s. 99; Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Abuzer Kendigelen/Arslan Kaya/Fusun Nomer Ertan, **Ticari İşletme Hukuku**, 4. Bası, İstanbul, 12 Levha Yayınları, 2015, s. 272 vd.; Fusun Nomer Ertan, "İş Akdinden Doğan Cezai Şart Hükümleri ve TTK m. 24", **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan**, C.I., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007 s. 32; Ferhat Erçin, "Yargıtay Kararları Işığında Tacirlerin Ahlaka Aykırı Cezai Şartın İptalini veya Tenkisini İsteyebilmeleri", **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.10, 2011, s. 89 vd.; Tacir sıfatını haiz olmayan davalı/borçlu taraf hakkında eBK m. 161/son ve TBK m. 182/son hükümlerinin uygulanması yönünde verilen kararlar için bkz. Yarg. 11. HD., 28.02.1989 T., 1988/4080 E., 1989/1210 K. sayılı kararında "... Taraflar arasında akdedilen sözleşmenin 5. Maddesine göre, akde muhalefet halinde davalının davacıya 10 milyon TL ödeyeceği kararlaştırılmış olup, bunun bir cezai şart olduğu çekişmesiz bulunmaktadır... Davalı Bodrum Belediyesi'nin tacir olmaması nedeniyle, mahkemece BK'nun161/son maddesi hükmüne göre, cezai şartın tenkisinin gerekip gerekmediğinin düşünülmemiş olması doğru görülmemiş hükmün bu yönden bozulması gerekmiştir..." Aynı yönde Yarg. 15. HD. 16.09.2002 T., 2002/1563 E., 2002/3909 K. sayılı kararında "... Taraflar arasındaki sözleşmenin 8. maddesinde aynen, "Bu sözleşmeye aykırı davranan taraf diğer tarafın uğradığı zararın tamamını tazmin ile yükümlü olduğu gibi bu zarar tutarında cezai şartı karşı tarafa ödeyecektir." hükmü yer almıştır... Zarara uğrayanın hem zararını, hem de zarar tutarı kadar cezai şartı, yani ikisini bir arada isteyebileceğinin kabulü zorunludur. Ne var ki, davalı yapı kooperatifi olup tacir sıfatı bulunmamaktadır. Bu durumda BK 161/son maddesi uyarınca cezanın tenkisinin gerekip gerekmediğinin mahkemece takdir ve sonuçlandırılması gerekir..." Aynı yönde Yarg. 15. HD. 08.05.2012 T., 2012/600 E., 2012/3220 K. sayılı kararında "...Dava eser sözleşmesinden kaynaklanmış olup, kararlaştırılan seçimlik cezanın ödenmemesi sebebiyle başlatılan ilamsız icra takibine itirazın iptali ve takibin devamı istemine ilişkindir. Davacıyla davalı apartman yöneticiliği arasında imzalanan sözleşmenin 4/II maddesinde yönetimin 2. Madde gereğince sözleşmenin imzalandığı tarihten itibaren 30 gün içinde sözleşme bedelinin %10'u olan peşinatı ödememesi ve herhangi bir sebeple yükleniciyi işe başlatmaması halinde kararlaştırılan ceza seçimlik ceza niteliğindedir. Davalı ise apartman yöneticiliği olup tacir değildir. BK' nın 161. Maddesi hükmünce taraflar cezanın miktarını serbestçe tayin edebilir iseler de aynı maddenin son fıkrasında hâkim fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükellef olduğu belirtilmiştir..." gerekçeleriyle belirtilen Yargıtay kararları, tacir sıfatını haiz olmayan borçlu hakkında cezai şartın tenkisinin gerekip gerekmediğinin tartışılması gerektiği yönündedir. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 28.10.2014).

Kararıdır. Böyle olmasına ve dili itibariyle eski Türkçe kelimler yoğun kullanılmış olmasına rağmen yol gösterici ve emsal nitelik taşımaktadır. “...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 müteahhidünlehin taahhüdün ifası halinde istihsal edeceği menfaat bedelini tecavüz etse dahi mahkemece miktarının tenzil edilemeyeceği musarrah bulunduğu ve bu maddede kanun vazı tecavüzün nispetini tayin ve tahdide lüzum görmediği cihetle bu sarahat ve itlak muvacehesinde münhasıran ticari olmayan hadiselerle tatbik edilmesi icap eden Borçlar Kanunu’nun 161. maddesinin son fıkrasının ticari muamelelere teşmiline imkân bulunmadığına ve bu itibarla Ticaret Dairesince evvelce takarrür etmiş olan içtihat musip olup değiştirilmesine mahal olmadığına...”⁴⁷ gerekçeleriyle eBK m. 161/son fıkrasında yer alan hükmün, ticari olmayan işlere uygulanması gerektiği neticede ise ticari muamelelere bu fıkra hükmünün uygulanamayacağına dair verilmiş bir karardır.

b. Koşulları

(1) Borçlunun Tacir Sifatını Haiz Olması

Cezai şartın aşırı olduğu hallerde indirilmesinin istenemeyeceğine ilişkin TTK m. 22 hükmü gereği cezai şart borçlusunun, tacir veya tacir gibi sorumlu tutulan kişi olması gerekir.

Tacir kavramı ile ilgili olarak TTK m. 12⁴⁸’de “Bir ticari işletmeyi kısmen de olsa kendi adına işleten kişiye tacir denir.” şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir.

⁴⁷ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 03.07.1940 T., 1940/7 E., 1940/71 K. sayılı kararı. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 28.10.2014). Bu içtihadı birleştirme kararı daha sonra verilen birçok karara emsal teşkil etmiştir. Fakat kanunun emredici hükümlerine aykırı olarak yapılan veya hükümsüz bir sözleşmeye dercedilen cezai şartın batıl olduğu bu suretle emredici hüküm olan TBK m. 27 (eBK m. 20) gereğince ahlak ve adaba aykırı düşen cezai şartın batıl bulunduğunu ifade eden kararlarda işbu içtihadı birleştirme kararına atıf yaparak hüküm vermişlerdir.

⁴⁸ 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

Kanunumuz tacir sıfatının tayininde esas itibariyle “ticari işletme” kavramından hareket etmiştir. Gerçek kişilerde kısmen dahi olsa bir ticari işletmenin kendi adına işletilmesini şart koşmuş buna ek olarak, fiilen işletme yerine diğer şartların tam olması kaydıyla ilan veya tescili de kabul etmiştir⁴⁹. Bununla beraber 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, iyi niyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olacağı hususu düzenlenmiştir.

Gerçek kişilerin tacir sayılması için TTK m. 12’de belirtilen hususlara sahip olmaları yeterlidir. Ticaret siciline ve Ticaret Odası’na kaydolma, tacire kanunla yüklenmiş olan yükümlülüklerdir. TTK m. 12/f.2’deki özel hal dışında, ticaret siciline kaydolma, tacir sıfatının kazanılması için şart olmadığı gibi tek başına bu sıfatı sağlamaz⁵⁰.

TTK m. 16⁵¹’da tüzel kişiler üç gruba ayrılarak, ticaret şirketlerini sadece bu sıfatları dolayısıyla, dernekleri gayelerine varmak amacıyla ticari bir işletme işlettikleri takdirde ve kamu tüzel kişileri tarafından kurulan teşekkül ve müesseseleri diğer bazı şartlarla beraber ticari bir şekilde işletildikleri takdirde tacir sıfatına sahip sayılmıştır⁵².

adına, ister adi bir şirket veya her ne suretle olursa olsun hukuken var sayılmayan diğer bir şirket adına ortak sıfatıyla işlemlerde bulunan kimse, iyi niyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olur.”

⁴⁹ Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 125; Karahan, **a.g.e.**, s. 85; Arkan, **a.g.e.**, s. 113.

⁵⁰ Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 125; Karahan, **a.g.e.**, s. 87 vd.; Arkan, **a.g.e.**, s. 113.

⁵¹ TTK m. 16 “(1) Ticaret şirketleriyle, amacına varmak için ticari bir işletme işleten vakıflar, dernekler ve kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar da tacir sayılırlar. (2) Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri ile kamu yararına çalışan dernekler ve gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıflar, bir ticari işletmeyi, ister doğrudan doğruya ister kamu hukuku hükümlerine göre yönetilen ve işletilen bir tüzel kişi eliyle işletsinler, kendileri tacir sayılmazlar.”

⁵² Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 125; Karahan, **a.g.e.**, s. 90 vd.; Arkan, **a.g.e.**, s. 119 vd.; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Ertan, **a.g.e.**, s. 262 vd.; Bahtiyar, **a.g.e.**, s. 88 vd.

Tacir sıfatına, TTK' da bir takım yükümlülükler ve sorumluluklar bağlanmıştır. Her tacir ticaretine ilişkin bütün faaliyetlerinde basiretli⁵³ bir iş adamı gibi hareket etmekle yükümlüdür⁵⁴. Yine tacirin, borçlarının ticari iş olması karinesi⁵⁵, özel hükümlere tabi olması⁵⁶ sayılabilir.

Basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü, subjektif değil, objektif bir özen ölçüsünü gerektirmektedir. Tacirin, ticari işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde, şahsi yetenek ve imkânlarına göre kendisinden beklenebilecek özeni değil, aynı ticaret dalında faaliyet gösteren tedbirli öngörülü bir tacirden beklenen özeni göstermekle yükümlüdür⁵⁷. Özellikle ticari işletmesiyle ilgili sözleşmeleri yaparken ve bu sözleşmelerden doğan borçlarını yerine getirirken basiretli iş adamı gibi davranmak zorundadır⁵⁸.

⁵³ “Basiret; ilim, tecrübe ve feraset ışığıyla görüp sezmeye, bilip değerlendirmeye esas teşkil eden hususları, ihatalı ve tam tekmil kavramdır.” Karahan, **a.g.e.**, s. 99.

⁵⁴ TTK m. 18 “(1) Tacir, her türlü borcu için iflase tabidir; ayrıca kanuna uygun bir ticaret unvanı seçmek, ticari işletmesini ticaret siciline tescil ettirmek ve bu Kanun hükümleri uyarınca gerekli ticari defterleri tutmakla da yükümlüdür. (2) Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir. (3) Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshetme, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır. (4) Tacir sıfatına bağlı olan diğer hükümler saklıdır.”

⁵⁵ TTK m. 19 “(1) Bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Ancak, gerçek kişi olan bir tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticari sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde borç adı sayılır. (2) Taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır.” Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Ertan, **a.g.e.**, s. 270; Bahtiyar, **a.g.e.**, s. 96.

⁵⁶ Tacir sıfatını haiz borçlular için sözleşme cezasının indirilmesinin mahkemeden istenilemeyeceğine ilişkin TTK m. 22’de yer alan düzenleme tacir ile ilgili özel düzenlemelerden bir tanesidir. Diğer özel düzenlemeler ise, ücret ve faiz isteme TTK m. 20’de düzenlenmiştir. Yine TTK m. 18 gereği iflase tabi olma özel düzenlemelerden bazılarıdır. Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Ertan, **a.g.e.**, s. 270 vd.; Bahtiyar, **a.g.e.**, s. 94 vd.

⁵⁷ Arkan, **a.g.e.**, s. 138; Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 152; Karahan, **a.g.e.**, s. 99; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Ertan, **a.g.e.**, s. 270; Bahtiyar, **a.g.e.**, s. 94 vd.

⁵⁸ Yarg. 15. HD., 28.03.2002 T., 2002/1188 E., 2002/1472 K. sayılı kararı “...Yanlar arasındaki sözleşmenin 4. Maddesinde, inşaatın süresinde bitmemesi halinde aylık 300 Amerikan Doları cezai şart ödeneceği, bunun 3 ay için olup, yine teslim edilmezse cezai şartın iki katı yani aylık 600 dolar olarak ödeneceği kararlaştırılmıştır. Davacı, asıl davada 9840 dolar, birleşen davada 17140 doların tahsilini istemiş, mahkemece, her ne kadar davalı tacir sayıldığından ve TTK 12/3 maddesi uyarınca iş ticari nitelikte olmakla birlikte BK 161/son maddesi gereği indirim yapılamayacağı düşünülmüşse de, döviz fiyatlarında beklenmeyen oranda ve umulmayan ölçüde aşırı artış nedeniyle Türk Medeni Kanunu’nun 4. Maddesi uyarınca takdir hakkı kullanılarak cezai şartın birleşen davada 10000 dolarlık kısmı hüküm altına alınmıştır. Gerçekten mahkemenin de kabulünde olduğu gibi, TTK 24 ve BK 161/son maddeleri uyarınca tacir olan davalı şirketin cezai şartın fahiş olduğundan bahisle tenkisini istemeye hakkı bulunmamakta ise de, kararlaştırılan ceza borçlunun

Tacir sıfatını haiz kişilerin, faaliyetlerini yürütürken tacir olmayanlara göre daha hesaplı ve daha çok riziko altına girmelerinin doğru olduğu fikrinden hareketle himaye gayesi güden bazı hükümlerin kapsamı dışında kalmaları kabul edilmiştir. Tacirlerin yararlanamayacağı himaye gayesi güden hükümlerden biriside aşırı cezai şartın hâkim tarafından indirilmesine ilişkindir. Bu doğrultuda hüküm içeren TTK m. 22 basiretli bir tacir gibi davranma yükümlülüğünün bir uzantısıdır. Tacirlerin yanı sıra, tacir gibi sorumlu olanlar da TTK m. 22’de yer alan hükümlerin borçlu bakımından getirdiği himayeden yararlanamazlar⁵⁹.

Borçlunun tacir sıfatının bulunup bulunmadığı araştırılırken esas alınacak an, cezai şartın muaccel olduğu an değil, cezai şartın taraflar arasında kararlaştırıldığı yani borçlu tarafından taahhüt edildiği andır⁶⁰. Örneğin, bir anonim veya limited şirket sözleşmesinde yer alan cezai şartın indirilmesi talebinin reddedilmesi için, pay sahibinin payı kazandığı anda tacir olması gereklidir⁶¹. Bu nedenle cezai şart taahhüt eden borçlu, cezai şartı taahhüt ettikten sonra tacir sıfatına sahip olursa hâkimden cezai şartın indirilmesini isteyebilir. Buna karşılık, borçlu cezai şartı taahhüt ettikten sonra tacir sıfatının kaybedilmesi hâkimden cezai şartın indirilmesinin istenilmesine engel oluşturur. Öte yandan, tacirin cezai şart borcunu üzerine alan ve tacir olmayan

iktisaden mahvını mucip olacak derecede ağır ve yüksek ise adap ve ahlaka aykırı sayılarak tamamen veya kısmen iptal olunabilir. Dairemizin ve Hukuk Genel Kurulunun kararlarıyla da benimsenmiştir. Bu hususu taraflar veya hâkimin sübjektif görüşüne değil, doğru ve makul kimselerin vasatî görüşlerine göre tayin ve takdir edilmelidir. Bununla beraber adaba ve ahlaka aykırılığın tayini bir hukuk sorunudur, bu da mahkemeye ait bir görevdir. Bu görev yerine getirilirken, iktisadi durumun tespitinde özel bilgisi olan bilirkişiden yararlanılabilir. Somut olayda iktisaden mahvı gerektiren bir durum yoktur. Öte yandan Ticaret Kanunu’nun 20/2 maddesi her tacire ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmek mükellefiyetini yüklemektedir. Medeni Kanun’un 2/2 maddesinde de, icabı hale göre kendisinden beklenen ihtimamı sarf etmeyen kimsenin hüsnüniyet iddiasında bulunmayacağı kuralını koymuştur. Mahkemenin bu hususlar üzerinde durmadan daha genel nitelikte bulunan TMK 4. Maddesine göre takdir hakkını kullanarak indirim yapması usul ve yasaya aykırı olmuştur...” gerekçesi ile tacir olan davalı şirketin tacir olması nedeniyle basiretli iş adamı olarak gerekli ihtimamı göstermesi gerektiği bununla birlikte cezai şartın tenkisini istemeye hakkı bulunmasa da, kararlaştırılan cezanın borçlunun iktisaden mahvına neden olacak derecede ağır olmasının tespit edilmesi halinde ahlak ve adaba aykırı sayılarak tamamen veya kısmen iptal olunabileceğine dair karardır.(www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 28.10.2014); Kocaağa, a.g.e., s. 256.

⁵⁹ Poroy/Yasaman, a.g.e., s. 137; Karahan, a.g.e., s. 103; Arkan, a.g.e., s. 144; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Ertan, a.g.e., s. 273.

⁶⁰ Tunçomağ, a.g.e., s. 176-177; Kocaağa, a.g.e., s. 258; Karahan, a.g.e., s. 103.

⁶¹ Tunçomağ, a.g.e., s. 177; Günay, a.g.e., s. 220.

bir kimse de indirme istemeye yetkili değildir⁶². Aksi görüşün kabulü halinde kötü niyetli kimselere kanun hükmünü kötüniyetli olarak ihlal etme yolu açılmış olacaktır.

Borçlunun tacir sıfatı konusunda bir uyuşmazlığın söz konusu olduğu durumlarda, bu sıfatın mevcudiyetini ispat zorunda bulunan alacaktır. Borçlunun, TTK m. 15’de yer alan esnaf faaliyetinde bulunduğunu iddia etmesi üzerine, ispat yükü alacaklıya düşecektir⁶³.

Aşırı cezai şartın hâkim tarafından indirilmesinin talep edilememesi tacir sıfatına sahip borçlu bakımındandır. Bu nedenle bu düzenlemenin zıt kavramından, ticari işlemin tacir olmayan tarafının aşırı cezai şartın indirilmesini isteyebileceği anlaşılmaktadır. Borçlunun tacir sıfatına sahip olmadığı hallerde, yapılan işlem, tacir olmayan taraf bakımından ticari işlem sayılsa bile, aşırı cezai şartın indirilmesi her zaman mümkündür⁶⁴.

TTK m. 22 ticaret hukukuna tabi bütün sözleşmelerde yer alan cezai şartların indirilmesini yasaklamamıştır. Bu nedenle tacir sıfatına sahip olmayan tarafın, sırf ticari bir işleme taraf olması gerekçesiyle aşırı cezai şartın indirilmesini talep hakkından mahrum edilmesi işbu maddenin konuluş amacına aykırılık içermektedir⁶⁵.

Yukarıda anlattığımız hususlara ilişkin olarak Yargıtay’ın tacir sıfatını haiz borçlunun cezai şartın indirimini talep edemeyeceğine dair verdiği kararlardan örnek olarak aldığımız kararlar aşağıdaki gibidir:

⁶² Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 176-177; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 258; K.g. Mahmut T. Birsal, **Ticari İşletme Hukuku**, C.I., İzmir, 1970, s. 160; Arkan, **a.g.e.**, s. 145; Karahan, **a.g.e.**, s. 104.

⁶³ TTK m. 11/f.2’de “(2) Ticari işletme ile esnaf işletmesi arasındaki sınır, Bakanlar Kurulunca çıkarılacak kararnamede gösterilir.”

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 fıkrası⁶³ uyarınca çıkarılacak kararnamede gösterilen sınırı aşmayan ve sanat veya ticaretle uğraşan kişi esnaftır...”; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 177; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 258; Günay, **a.g.e.**, s. 220; Yarg. 15. HD., 05.10.1999, 1999/1865 E., 1999/3481 K. sayılı kararı (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 28.10.2014).

⁶⁴ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 177; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 258; Bilge, **a.g.m.**, s. 126; Günay, **a.g.e.**, s. 220; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 522; Arkan, **a.g.e.**, s. 144; Karahan, **a.g.e.**, s. 103 vd.

⁶⁵ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 177; Günay, **a.g.e.**, s. 220.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 10.03.1997 tarihli bir kararında “...TTK'nun 24. Maddesi hükmüne göre; tacirin, borçlu olduğu cezai şartın tenkisini istemesi mümkün değildir. Kaldı ki, taraflar arasında düzenlenen sözleşmenin 14/son maddesinde de, kararlaştırılan cezai şartın indirilmesinin istenemeyeceği anlaşmaya bağlanmış bulunmaktadır. Ayrıca, davalının bu konuda bir istemi olmadığı gibi ekonomik yıkıntıya neden olacak ağır ve yüksek olduğu da, davalı tarafça ileri sürülmemiştir. ...Cezanın tenkisi yoluna gidilerek hüküm tesisi doğru görülmemiş ve kararın bu yönden bozulması gerekmiştir...”⁶⁶ gerekçesiyle tacir sıfatını haiz borçlu söz konusu olduğunda mahkemenin cezai şartı tenkis etmemesi gerektiği yönünde bir karar vermiştir.

Tacir sıfatına sahip davalının indirimi talep ettiği durumda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından 08.10.1997 tarihinde verilen karar ise “...Toplanan tüm bu delillerin birlikte incelenmesinden davalının inşaat yapıp satmak ve konfeksiyonculuk gibi işler yapmak suretiyle bir ticari işletmeyi kendi adına işlettiği açıkça anlaşılmaktadır. Böylece davalının tacir olduğunun kabulü zorunludur. Hal böyle olunca davalı, TTK'nun 24. Maddesi hükmü uyarınca BK 161 maddesinin 3. Fıkrasına göre kararlaştırılan cezai şartın fahiş olduğunu ve indirilmesini isteyemez. O halde mahkemenin de anılan hükme göre cezai şartı indirmesi doğru değildir ve bozmayı gerektirir...”⁶⁷ gerekçeleriyle tacir sıfatını haiz borçlunun cezai şartın indirimini isteyemeyeceği anlaşılmaktadır.

⁶⁶ Yarg. 11. HD., 10.03.1997 T., 1997/1132 E., 1997/1439 K. sayılı kararı. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 28.10.2014) Aynı yönde karar için bkz. Yarg. 11. HD. 19.12.2005 T., 2004/15293 E., 2005/12550 K. sayılı kararı “...Gerek Borçlar Kanunu'nda gerekse Ticaret Kanunu'nda sözleşme serbestisi ilkesi benimsenmiştir. Tarafların, cezai şartı diledikleri şekilde tespit etmeleri mümkündür. Ticaret Kanunu'nun 24. Maddesi, tacir sıfatı bulunan borçlunun taraflarca tayin edilen ücret ve cezanın fahiş olduğunu ileri sürerek indirim talep edemeyeceğini hükme bağlamıştır. Ancak bu ceza tacirin ekonomik olarak yıkımına neden olacak bir miktar da ise bu halde cezai şart Borçlar Kanunu'nun 19 ve 20. Maddeleri hükümleri gözetilerek ahlak ve adaba aykırılık nedeniyle indirim tabi tutulabilir. O halde, tarafların tacir oldukları, cezai şartın tahsili halinde davalının ekonomik açıdan yıkıma uğrayacağı yönünde bir savunma bulunmadığı dikkate alınmadan ve hiçbir gerekçe gösterilmeden yazılı şekilde re'sen cezai şartın tenkisine karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün bozulması gerekmiştir...” gerekçeleriyle tacir sıfatını haiz davalının cezai şartın ekonomik açıdan mahvına neden olacağı yönünde bir savunmasının olmadığını belirterek mahkeme tarafından yapılan re'sen indirimi yerinde görmeyerek bozma kararı vermiştir.

⁶⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 08.10.1997 T., 1997/13-407 E., 1997/769 K. sayılı kararı; Aynı yönde kararlar için bkz. Yarg. 13. HD., 08.10.1990 T., 1990/1649 E., 1990/6060 K. sayılı kararında “...Taraflar arasındaki tespit davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne, kısmen reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 13.06.2013 tarihli kararında “...Mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu davalının kusuru nedeniyle hizmetin aksadığı ve cezai şart alacağı doğduğu belirtilmiş, ancak BK’ nın 43 ve 44. maddeleri uyarınca cezai şarttan hakkaniyet indirimi yapılmıştır. Davalı tacir olup ticari olarak mahvına neden olmayacak cezai şarttan indirim isteyemez. Mahkemece davanın tümünden kabulü gerekirken yanlış değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir...”⁶⁸ gerekçeleriyle davalının tacir sıfatını haiz olmasından bahisle cezai şartın indirilmesini talep edemeyeceğine karar verilmiştir. Kanaatimizce bu kararda dikkat çeken bir hususta yerel mahkeme tarafından eBK’ nın haksız fiili düzenleyen hükümlerine atıf yapılarak cezai şartta hakkaniyet indirimi yapılması noktasındadır. Taraflar arasında sözleşme ilişkisi bulunmaktadır ve bu sözleşmede düzenlenen cezai şartta dayanılarak açılan bir dava söz konusudur. TBK’ da ve eBK’ da cezai şart ayrı ve özel olarak düzenlenmiş olmakla, fahiş cezai şartın söz konusu olduğu hallerde uygulanacak madde hükmü de açık olarak düzenlenmiştir. Yine tacir sıfatının söz konusu olduğu hallerde cezai şartın indirimine ilişkin olarak TTK m. 22 hükmü eTTK m. 24 hükmü açık düzenleme içermektedir. Yargıtay’ın bozma kararını verirken yol gösterici olması adına yerel mahkemenin usul ve yasaya aykırı kararı hakkında, özellikle cezai şartın indirimine ilişkin değerlendirmelerinde daha fazla gerekçe göstererek hüküm kurması gerekmektedir.

içinde taraflar avukatınca temyiz edilmesi üzerine... Sözleşmede davacı borçlu görüldüğünden BK’ nın 161. Maddesinin son fıkrasınca cezai şartın indiriminin davacının tacir sıfatına haiz olup olmadığına bakılarak çözümlenmesi gerektiğine... Ticaret Kanunu’nun 24. Maddesince tacir sıfatına sahip olan bir borçlu, aşırı olduğu iddiası ile cezai şartın indirilmesini hâkimden isteyemez. Bu hüküm ile tacir sıfatına haiz borçlular için BK’ nın 161/3 fıkrasına istisna getirilmiştir. Davacının tacir olduğu tespit edilmiştir. Öyleyse açıklanan yasa hükmünce cezai şarttan indirim yapılması hukuken mümkün değildir. Bu nedenle davanın tümüyle reddine karar verilmesi gerekirken...” gerekçeleriyle tacir sıfatına sahip davacının tespit davasında cezai şartın aşırı olduğu gerekçesi ile indirimini talep edemeyeceği hüküm altına alınmıştır.; Yarg. 19. HD., 16.12.1999 T., 1999/4667 E., 1999/7746 K. sayılı kararı; Yarg. 15. HD., 28.03.2002 T., 2002/1188 E., 2002/1472 K. sayılı kararı; Yarg. 19. HD., 21.10.2005, 2005/951 E., 2005/10538 K. sayılı kararı; Yarg. 19. HD., 29.01.2008 T., 2007/6734 E., 2008/547 K. sayılı kararı. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 28.10.2014)

⁶⁸ Yarg. 13. HD. 13.06.2013 T., 2013/5761 E., 2013/16085 K. sayılı kararı.

(2) Cezai Şartın Ticari İşletmeyle İlgili Bir Borç İçin Taahhüt Edilmesi

Aşırı cezai şartın indirilmesinin tacir sıfatına sahip borçlu tarafından talep edilemeyeceğine ilişkin TTK m. 22 düzenlemesi, cezai şart taahhüt edilen borcun tacirin ticari işletmesiyle ilgili olması gerekip gerekmediği hususunda bir kayıt içermemektedir. Ancak bu şartında aranmasının anılan hükmün konuluş amacına uygun düştüğü doktrinde ve uygulamada kabul edilmiştir⁶⁹.

Tacir sıfatını haiz borçlunun taahhüt ettiği cezai şartta indirim talebine kanunen cevaz verilmemesinin nedeni, tacirin bu sıfatına dayanarak yaptığı işlemlerin sıradan işlemlere göre bir özellik taşımasıdır. Şayet tacirin ticari işletme ile ilgili olmayan işlemlerindeki cezai şartlar içinde TTK m. 22 hükmü uygulanacak olursa hüküm konuluş amacının ötesinde uygulama alanına sahip olacaktır.

TTK m. 22'nin uygulanabilmesi için, cezai şartın borçlunun ticari işletmesiyle ilgili bir borç için taahhüt edilmesi şartının aranması kanaatimizce de yerinde olacaktır. Kanun koyucu, hangi işin ticari iş olduğunu belirleme gibi çözülmesi güç bir sorunu TTK m. 19⁷⁰'da, tacirin borçlarının ticari olması asıldır düzenlemesiyle çözmüş bulunmaktadır. Tacirin yaptığı işlemlerin, onun ticari işletmesiyle ilgili bulunması asıldır.

Tüzel kişi tacirlerin adi borç- ticari borç ayrımı bulunmadığından, aşırı cezai şartın indirilmesine ilişkin yasak her halükarda varlığını sürdürecektir⁷¹.

⁶⁹ Yarg. 15. HD., 28.03.2002 T., 2002/1188 E., 2002/1472 K. sayılı kararı. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 28.10.2014) Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 177; Günay, **a.g.e.**, s. 220; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 259; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 405; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.II, s. 522; Arslanlı, **a.g.e.**, s. 62-63; Arkan, **a.g.e.**, s. 144; Karahan, **a.g.e.**, s. 104; K.g.; Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 139.

⁷⁰ 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. (2) Taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır."

⁷¹ Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 138; Arkan, **a.g.e.**, s. 145; Karahan, **a.g.e.**, s. 104; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Ertan, **a.g.e.**, s. 273.

Gerçek kişi tacirlerde ise durum özellik arz etmektedir. Gerçek kişi tacirin ticari olmayan borçları bakımından indirim yasağının ortadan kalkması hususu ise TTK m. 19/f.1 gereğince öngörülen ticari iş karinesi etrafında değerlendirilmelidir. Buna göre tacir, ticari işletmesi ile ilgili olmayan işlemi yaparken, bu durumu karşı tarafa bildirmez veya işin adi nitelikte sayılması halin icabına göre mümkün olmazsa, işlem bu durumda da ticari addedilir ve indirim yasağı söz konusu olur⁷².

Ticari işletme ile ilgili bulunmadığı halde, sırf TTK' da yazılı bulunduğu için ticari sayılan muameleler bulunmaktadır⁷³. Tacirin böyle muameleler için taahhüt ettiği cezai şart hakkında da TTK m. 22'de yer alan indirim yasağının uygulanması yerinde olacaktır⁷⁴. Bu işlemler ticari işletme ile ilgili olmasa dahi, kanun koyucu tarafından önemli görüldüğünden ticari sayılmışlardır.

2. Tacir Sifatını Haiz Borçlu Tarafından Taahhüt Edilen Cezai Şartın Ahlaka Aykırılığı

a. Genel Olarak

Tacir sıfatını haiz borçlunun, ticari işletmesiyle ilgili bir borçtan dolayı taahhüt etmiş olduğu aşırı cezai şartın indirilmesini talep edemeyeceği TTK m. 22 hükmü gereğidir. Ancak bu hükümden, basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü, tacirin üstlendiği borçların bütün sonuçlarına katlanması gerektiği, ahlaka ve adaba aykırı olsa dahi cezai şartı ödemek zorunda olduğu şeklinde anlaşılmalıdır⁷⁵.

Sözleşme serbestisi, taraflar tacir sıfatını haiz olsa bile, yine kanunun çizdiği sınırlar içinde kullanılmalıdır. TBK m. 26'da tarafların bir sözleşmenin içeriğini öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilecekleri ifade edilirken, m. 27'de serbestinin sınırları çizilmiş ve bu sınırların aşılması halinde uygulanacak yaptırım

⁷² Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 139; Arkan, **a.g.e.**, s. 145; Karahan, **a.g.e.**, s. 104.

⁷³ TTK m. 3 "(1) Bu Kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir." düzenlemesi gereği sırf TTK' da yazılı bulunduğu için ticari iş sayılan muameleler söz konudur.

⁷⁴ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 178; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 260; Günay, **a.g.e.**, s. 221.

⁷⁵ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Ertan, **a.g.e.**, s. 273; Erçin, **a.g.m.**, s. 89 vd.

gösterilmiştir. Bu sınırlardan biri de sözleşme içeriğinin ahlaka aykırılığı halidir. Ahlaka aykırılık sınırlaması, tacir sıfatını haiz borçlunun taahhüt ettiği cezai şartlar bakımından da uygulama alanı bulur⁷⁶.

Ahlaka ve adaba aykırılığın yaptırımını kesin hükümsüzlük olarak düzenlenmiştir. Ancak ahlaka aykırı bir cezai şartın tamamını geçersiz saymak yerine; TBK m. 27/f.2’de yer alan kısmi hükümsüzlüğün bir türü olan değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük yaptırımını uygulayarak, cezai şartın yalnız aşırı kısmının geçersiz sayılması ve cezai şart miktarını ahlaka ve adaba aykırı sayılmayacak bir düzeye indirilmesi mümkün olabilir mi sorusu akıllara gelmektedir.

Doktrinde kabul edilen birinci görüşe göre, bölünebilir sözleşmelerde olduğu gibi miktarı bakımından bölünebilir edimlerde de kısmi hükümsüzlüğün uygulanması mümkündür⁷⁷. Bölünemez sözleşme veya edimlerde ise sözleşme tüm kısımlarıyla bir bütün oluşturduğundan, kısmi hükümsüzlük uygulanamayacaktır. Bu görüş kabul edildiği takdirde, cezai şartın tümüyle hükümsüzlüğü yerine, onun yalnızca ahlaka aykırılık oluşturan miktarı hükümsüz sayılarak cezai şart anlaşmasının muhafaza edilmesi mümkündür.

Doktrinde kabul edilen ikinci görüş ise, TBK m. 27/f.2’de (ETBK m. 20/f.2) sözleşmenin bir kısmından söz edildiğini ileri sürerek, bölünebilir nitelikte olsa bile, edimin yalnız bir kısmı batıl sayılarak, diğer kısmın geçerli kabul edilemeyeceğini savunmaktadır. Sözleşmenin bir kısmından maksat, sözleşmenin parçalarını oluşturan bireysel anlaşmalardır. Basit sözleşmelerde tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından oluşan ve sözleşmenin içeriğinin belirli bir kısmını, bir noktasını düzenleyen her kısma anlaşma adı verilmektedir. Bu görüşe göre, sözleşmede yer alan edimin miktarı yönünden hukuka aykırı olması durumunda,

⁷⁶ TTK m. 1’de, Türk Ticaret Kanunu, Türk Medeni Kanununun ayrılmaz bir parçası olduğu belirlenmiştir. TBK m. 646’da ise, Türk Borçlar Kanununun, Türk Medeni Kanununun beşinci kitabı ve tamamlayıcısı olduğu hususu yer almaktadır. TMK m. 5 ise, TMK’ nın ve TBK’ nın genel nitelikli hükümlerinin, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuku ilişkilerine uygulanacağı özel hükme bağlanmıştır. TBK’ da yer alan genel hükümler, TTK içinde geçerli olur. Kocaağa, **a.g.e.**, s. 261; Arkan, **a.g.e.**, s. 146; Karahan, **a.g.e.**, s. 105; Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 138; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Ertan, **a.g.e.**, s. 273.

⁷⁷Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 25 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 358; Eren, **a.g.e.**, s. 1189; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.II., s. 522; Günay, **a.g.e.**, s. 223.; Karabağ-Bulut, **a.g.e.**, s. 376.

edimin hukuka aykırılık oluşturan kısmı ve hukuka uygun kısmı diye iki kısma ayrılması ve bunun TBK m. 27/f.2 anlamında sözleşmenin bir kısmı olarak kabul edilmesi mümkün olmayacaktır⁷⁸.

Borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde ödenmek üzere kararlaştırılan cezai şartın, teminat altına aldığı sözleşmenin bir unsuru olduğu ve sözleşmenin bir kısmını oluşturduğu kabul edilmektedir. İkinci görüşe göre, asıl sözleşmenin bir parçası olan cezai şart anlaşmasının ayrıca bölünmesi mümkün değildir. Bunun sonucu olarak cezai şart anlaşmasının içeriğinin hukuka aykırı olması halinde, bunun tamamı batıl olur. Bu görüş uyarınca miktarı yönünden ahlak ve adaba aykırı bir cezai şartın yalnızca ahlaka ve adaba aykırılık oluşturan kısmı batıl sayılarak, diğer kısmı geçerli kabul edilemez.

Doktrinde birinci görüşü savunan bir kısım yazarlar tarafından, tacir sıfatını haiz borçlunun, ekonomik yönden mahvına neden olacak derecede yüksek cezai şartın, borçlunun ekonomik özgürlüğüne ilişkin kişilik hakkına⁷⁹, ahlaka ve adaba aykırı bulunması nedeniyle tamamen batıl sayılmasının yanında, makul düzeye indirilebileceği de kabul edilmektedir⁸⁰. Makul düzeye indirilmesi görüşü, cezai şartın indirilmesinin hukuki niteliğine yani değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük yaptırımına da uygundur⁸¹.

b. Yargıtay Uygulaması

(1) Genel Olarak

Uygulamada Yargıtay, borçlu tacir tarafından taahhüt edilen cezai şartın, ekonomik özgürlüğü yok edip etmeyeceği, ekonomik geleceği tehlikeye düşürüp düşürmeyeceği, ahlak ve adaba aykırı bulunup bulunmayacağı gibi hususların değerlendirilmesi gerektiği yönünde kararlar vermektedir. Bu değerlendirme sonucunda, ahlaka aykırılığı söz konusu olduğu durumlarda doğrudan cezai şartın

⁷⁸ Tunçomağ, **a.g.e.**, s.145; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 263.

⁷⁹ Detaylı bilgi için bkz. M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, 14. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014, s. 188; Karabağ-Bulut, **a.g.e.**, s. 177 vd.

⁸⁰ Eren, **a.g.e.**, s. 1189; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 358; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 264; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 522; Günay, **a.g.e.**, s. 223.

⁸¹ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 26; Başpınar, **a.g.e.**, s. 162; Karabağ-Bulut, **a.g.e.**, s. 387.

kesin hükümsüzlüğüne dair kararlar verildiği gibi cezai şartın indirilmesi gerektiğine ilişkin kararlar verildiği de görülmektedir⁸².

Ahlaka aykırılık halinin, Yargıtay kararlarında da yer aldığı üzere, sadece borçlunun ekonomik özgürlüğü, ekonomik mahvı gibi nedenlerle bağlantılı olarak değerlendirilmesi kanaatimizce hatalıdır⁸³.

(2) Yargıtay Kararlarında Ekonomik Durum ile İlgili Değerlendirmeler

Yargıtay tarafından verilen birçok kararda⁸⁴, aşağıda yer verdiğimiz 20.03.1974 tarihli karara atıf yapılmak suretiyle, tacir sıfatını haiz borçlunun taahhüt ettiği cezai şart bakımından ahlaka aykırılığın değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Ahlaka aykırılık değerlendirmesinde ise sadece sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın borçlunun ekonomik özgürlüğünü yok edip etmeyeceği, ekonomik geleceğini tehlikeye düşürüp düşürmeyeceği gibi nedenlerle değerlendirme yapıldığı görülmektedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 20.03.1974 tarihli kararı ile “...*Cezai şart borçlunun iktisaden mahvını mucip olacak derecede ağır ve yüksek ise adap ve*

⁸² Yarg. 15. HD., 04.07.2008 T., 2007/3434 E., 2008/4508 K. sayılı kararı bkz. “...*Yanlar arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesinin 4. Maddesi uyarınca arsa sahipleri arsa alanının %37’sini, davalı yükleniciler ise %63’ünü alacaklardır. Sözleşmedeki %37-%63 paylaşım oranına göre davalı yükleniciler kendilerine isabet edecek bağımsız bölümlerden 9 adedini dava dışı üçüncü kişilere tapuda devretmişlerdir. Davacılar satışı yapılan bu 9 bağımsız bölüm dışında kalan 17 villanın kendilerine ait olduğunun tespitini talep etmişlerdir. Davacılar bu taleplerini sözleşmenin 7. Maddesi hükmüne dayandırmışlarsa da “fesh halinde yapımcının hiçbir hak talep etmeden inşaatı olduğu haliyle arsa sahibine devredeceğine” dair hüküm davalı yüklenicilerin ekonomik yönden mahvına nede olacak nitelikte olduğundan batıldır. Gerçekten TK’ nın 24 ve BK’ nın 161/son maddeleri uyarınca tacir olan bir şahsın cezai şartın fahiş olduğundan bahisle tenkisini istemeye hakkı bulunmamakta ise de, kararlaştırılan cezai şart borçlunun iktisaden mahvına mucip olacak derecede ağır ve yüksek ise adap ve ahlaka aykırı sayılarak tamamen veya kısmen iptali mümkündür. Nitekim bu husus Yargıtay içtihatlarıyla de benimsenmiştir. (Yarg. HGK, 20.03.1974, 1970/1053 E. 1974/222 K) Mahkemece bu nedenle kalan 17 bağımsız bölümün arsa sahiplerine ait olduğu yönündeki davacı taleplerinin reddinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır. Ne var ki davacılar sözleşmenin ileriye etkili olarak feshini talep ettiklerinden...” (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 28.10.2014)*

⁸³ Ahlaka aykırılık detaylı açıklama için bkz. III. Bölüm, B, 4, c, (6).

⁸⁴ Yarg. 19. HD., 18.05.2005 T., 2004/9148 E., 2005/5709 K. sayılı kararı.; Yarg. 19. HD., 10.06.2010 T., 2009/12903 E., 2010/7227 K. sayılı kararı; Yarg. 15. HD., 05.10.1999 T., 1999/1865 E., 1999/3481 K. sayılı kararı(www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23.04.2014); Yarg. 15. HD. 24.06.1992 T., 5216 E., 3281 K. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23.04.2014)

ahlaka aykırı sayılarak tamamen veya kısmen iptal edilmesi gerekir. Borçlu tacir olsa dahi böyle bir durumda ceza iptal edilebilir. Çünkü ahlak ve adaba aykırılık dolayısıyla cezai şartın butlanı genel bir hükümdür... Bidayet mahkemesi, cezai 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 cezai şartın indirilemeyeceği” esasını kabul etmiştir. Yoksa ahlak ve adaba ve emredici hükümlerinin koyduğu kurallara aykırı olan cezai şartın geçerli olmasını kabul etmemiştir, madde de bu sonucu veren hüküm yoktur. Fahiş cezai şartın tenkisini önleyen bir hüküm ister bulunsun, isterse bulunmasın cezai şartın ahlaka ve adaba emredici hükümlere aykırılığı sebebiyle iptal edilmesine bu durumun bir etkisi olmaz... Bu meblağın kabulünün, o tarihteki durumu itibariyle borçlu müteahhidin iktisadi hürriyetini kabul edilemez derecede tazyik edip etmediği, iktisadi mevcudiyetinin büyük bir tehlike altına girmesini veya yıkılmasını mucip olup olmadığı tayin ve takdir edilmelidir... Ahlak ve adaba aykırılığı tayin ve takdir edebilmek için taahhüt olunan işin değerini, tarafların ve özellikle borçlunun cezai şartın kabul edildiği tarihteki iktisadi durumu bilirkişiler aracılığıyla tespit edilmeli direnme kararı bozulmalıdır...”⁸⁵ değerlendirmesinde bulunmuştur.

⁸⁵Yarg. HGK, 20.03.1974 T., 1970/1053 E. 1974/222 K. sayılı kararı; “...Mukavelede cezai şart günde 500 lira olarak tayin edilmişken 29.03.1963 tarihli protokol ile günde 10.000 lira gibi bir cezai şarta mecbur edilmekle... Davacının diğer temyiz itirazlarını yerinde görmemiş ve fakat günde 10.000 lira cezai şartın geçerliliğine ilişkin temyiz sebebini inceleyerek, davacının tacir olduğu ihtilaftır. Tacir sıfatını taşıyan bir şahıs, TTK' nın 24. Maddesi karşısında, fahiş olduğu iddiası ile cezanın indirilmesini isteyemez... Ancak TTK' nın 24. Maddesi ile tacir olan şahsa ve akdine tanınmış olan bu akit serbestisi bütün akıtlar için sınır çekmiş olan TBK' nın 20. Maddesi ile tehdit edilmiştir. Cezai şart borçlunun iktisaden mahvını mucip olacak derecede ağır ve yüksek ise adap ve ahlaka aykırı sayılarak tamamen veya kısmen iptal edilmesi gerekir. Borçlu tacir olsa dahi böyle bir durumda ceza iptal edilebilir. Çünkü ahlak ve adaba aykırılık dolayısıyla cezai şartın butlanı genel bir hükümdür... Bidayet mahkemesi, cezai 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 cezai şartın indirilemeyeceği” esasını kabul etmiştir. Yoksa ahlak ve adaba ve emredici hükümlerinin koyduğu kurallara aykırı olan cezai şartın geçerli olmasını kabul etmemiştir, madde de bu sonucu veren hüküm yoktur. Fahiş cezai şartın tenkisini önleyen bir hüküm ister bulunsun, isterse bulunmasın cezai şartın ahlaka ve adaba emredici hükümlere aykırılığı sebebiyle iptal edilmesine bu durumun bir etkisi olmaz... 654.699 lira keşif değerli bir işte cezai şartın baliğ olduğu miktarın ve özellikle mukavelede günde 500 lira cezai şartı kabul edildiği halde, buna günde 10.000 liraya çıkararak protokolün yapıldığı 29.03.1963 tarihinden bu meblağın kabulünün, o tarihteki durumu itibariyle borçlu müteahhidin iktisadi hürriyetini kabul edilemez derecede tazyik edip etmediği, iktisadi mevcudiyetinin büyük bir tehlike altına girmesini veya yıkılmasını mucip olup olmadığı tayin ve takdir edilmelidir... Ahlak ve

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 05.10.1999 tarihli kararında “...Kural olarak taraflar serbest iradeleri ile kurdukları sözleşmeye uymak zorundadır. Yine, taraflar BK’ nın 161/I maddesi gereği “Cezanın miktarını tayinde serbesttir.” Bundan ötürü taraflardan biri kararlaştırılan cezanın değiştirilmesini veya bütünüyle kaldırılmasını yalnız başına yapamaz. Fakat BK’ nın 161/III maddesine göre “Hâkim fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir.” Kuşku yok ki, Ticaret Kanunu’nun 24. Maddesi gereğince, borçlu tacir ise, kararlaştırılan cezai şartın indirilmesi istenemez. Bu durumda mahkemece öncelikle Ticaret Kanunu’nun 14 ve 17. Maddelerindeki tacir ve esnaf tanımlamalarına göre davalının tacir ya da esnaf olup olmadığı toplanacak deliller ve yaptırılacak bilirkişi incelemesi ile saptanmalı, davalı iktisadi faaliyetini daha çok bedeni çalışması ile sürdürüyorsa, alacaklının asıl borcu ifası halindeki çıkarı ile cezai şartın tediyesi halindeki çıkarı arasında makul ve adil ölçüde kurulacak denge gözetilerek, ceza da hakkaniyet ölçüsünde indirim yapılmalıdır. Öte yandan, davalının tacir olduğu saptansa bile, Ticaret Kanununun 24. Madde hükmünün, her sözleşme için uygulama imkânı bulunan BK’ nın 20. Madde hükmü ile sınırlı olduğu düşünülerek, ticaret sicil dosyası getirtilip, toplam sermaye tutarı tespit edilerek söz konusu cezanın tahsili halinde, davalının eskiden olduğu gibi ticari hayatını sürdürüp sürdüremeyeceği, şayet mümkün olmazsa bu durumun onun iktisaden mahvına neden olup olmayacağı, yine bilirkişiye incelettirilmeli bu durum davalının ekonomik mahvına neden olacaksa BK’ nın 20. Maddesine göre, bu seviyedeki cezai şart ahlaka ve adaba aykırı olacağından, yine cezai şartta indirim gerekeceği düşünülmelidir...”⁸⁶ gerekçeleriyle ahlaka aykırı

adaba aykırılığı tayin ve takdir edebilmek için taahhüt olunan işin değerini, tarafların ve özellikle borçlunun cezai şartın kabul edildiği tarihteki iktisadi durumu bilirkişiler aracılığıyla tespit edilmeli direnme kararı bozulmalıdır...” (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 28.10.2014); Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 176; Kocağa, **a.g.e.**, s. 260

⁸⁶ Yarg. 15. HD., 05.10.1999 T., 1999/1865 E., 1999/3481 K. sayılı kararı detayı için bkz. “...Yanlar arasındaki sözleşmenin 4. Maddesinde “Yüklenici söz konusu işleri 15.04.1998’de bitirmiş ve yelkenli teknenin her türlü ince ayarını dahi yaparak denizde teslim edecek hale getirmiş olacaktır. Aksi halde gecikilen her gün için 50 Dolar karşılığı TL günlük gecikme cezası yüklenicinin son ödemesinden bu da kâfi gelmezse teminatından kesilecektir... Yüklenici sözleşme imzasında iş ve alınan avansın teminatı olarak işverene 300.000.000TL’lik bir teminat senedi verecek olup...” hükmüne yer verilmiştir... Davacının kararlaştırılan bir bölüm ödemeleri yaptığı, ihtarlara rağmen sözleşme imzasında verilmesi gereken teminat senedinin verilmemesi, işin teslim süresi geçtiği halde eserin teslim edilmediği anlaşılmaktadır. Olayda borçlu temerrüdü gerçekleşmiştir... Kural olarak taraflar serbest iradeleri ile kurdukları sözleşmeye uymak zorundadır. Yine, taraflar BK’ nın 161/I maddesi gereği “Cezanın miktarını tayinde serbesttir.” Bundan ötürü taraflardan biri kararlaştırılan cezanın değiştirilmesini veya bütünüyle kaldırılmasını yalnız başına yapamaz. Fakat BK’ nın 161/III

cezai şart nedeniyle indirim düşünülmesi gerektiği yönünde karar verilmiştir. Fakat iktisaden mahva neden olma kavramı ile tespit edilmek istenilen husus hakkında açıklık bulunmamaktadır. Karar ahlaka aykırılık ile bağdaştırılmadan doğrudan ekonomik mahva ilişkin kavramlardan yola çıkılarak tesis edilmiştir. Diğer yandan bilirkişiler tarafından yapılacak değerlendirmede esas alınacak her hangi bir ölçüte, yapılacak ekonomik değerlendirmenin içerik veya kapsamına yer verilmemiştir. Karar bu noktalarda eksiklik içermektedir.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 07.03.2013 tarihli kararı, yakın zamanda verilmiş olması ve TTK m. 22 hükmüne atıf yapması nedeniyle önem arz etmektedir. Kararda “...6762 sayılı TTK’ın 24. (6102 sayılı TTK’ın 22.) maddesine göre tacir sıfatını haiz borçlu, fahiş olduğu iddiası ile cezai şarttan indirim yapılmasını mahkemeden isteyemez. Kural bu olmakla birlikte, Yargıtay, kararlaştırılan cezai şart miktarının ekonomik yönden borçlunun yıkımına sebep olacak tarzda yüksek olduğunun saptanması halinde tacir olan borçlu yönünden de cezai şarttan indirim yapılabileceğini kabul etmektedir. Ancak, böyle bir indirim yapılabilmesi için sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın borçlunun ekonomik yönden yıkımına yol

maddesine göre “Hâkim fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir.” Kuşku yok ki, Ticaret Kanunu'nun 24. Maddesi gereğince, borçlu tacir ise, kararlaştırılan cezai şartın indirilmesi istenemez. Bu durumda mahkemece öncelikle Ticaret Kanunu'nun 14 ve 17. Maddelerindeki tacir ve esnaf tanımlamalarına göre davalının tacir ya da esnaf olup olmadığı toplanacak deliller ve yaptırılacak bilirkişi incelemesi ile saptanmalı, davalı iktisadi faaliyetini daha çok bedeni çalışması ile sürdürüyorsa, alacaklının asıl borcu ifası halindeki çıkarı ile cezai şartın tediyesi halindeki çıkarı arasında makul ve adil ölçüde kurulacak denge gözetilerek, ceza da hakkaniyet ölçüsünde indirim yapılmalıdır. Öte yandan, davalının tacir olduğu saptansa bile, Ticaret Kanununun 24. Madde hükmünün, her sözleşme için uygulama imkânı bulunan BK'ın 20. Madde hükmü ile sınırlı olduğu düşünülerek, ticaret sicil dosyası getirtilip, toplam sermaye tutarı tespit edilerek söz konusu cezanın tahsili halinde, davalının eskiden olduğu gibi ticari hayatını sürdürüp sürdüremeyeceği, şayet mümkün olmazsa bu durumunun onun iktisaden mahvına neden olup olmayacağı, yine bilirkişiye incelettirilmeli bu durum davalının ekonomik mahvına neden olacaksa BK'ın 20. Maddesine göre, bu seviyedeki cezai şart ahlaka ve adaba aykırı olacağından, yine cezai şartta indirim gerekeceği düşünülmelidir...” (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23.04.2014); Makul düzeye indirileceği yönünde kararlar için bkz. Yarg. 15. HD. 24.06.1992 T., 5216 E., 3281 K. Sayılı kararı: “...Davalı cezai şartın fahiş olduğunu ve iktisaden mahvına neden olacağını savunmuştur. eTTK m.24, eBK m.161/3 maddeleri gereği tacir sıfatına sahip borçlunun cezanın fahiş olduğundan bahisle tenkis istemeye hakkı bulunmamakta ise de, kararlaştırılan ceza borçlunun iktisaden mahvına mucip olacak derecede ağır ve yüksek ise adap ve ahlaka aykırı sayılarak tamamen veya kısmen iptali mümkündür. Nitekim bu husus Yargıtay içtihatları ile de benimsenmiştir. (Yarg. HGK, 20.03.1974, 1970/1053 E. 1974/222 K.). Ancak mahkemece cezanın bu niteliğine yönelik savunma üzerinde durulmamış ve bu konuda bir araştırma yapılmamış olduğundan yukarıda belirtilen HGK Kararı ışığı altında mahkemece araştırma yapıp gerektiğinde bilirkişiden de mütalaa alınarak cezanın tenkisinin mümkün olup olmadığının araştırılması...” gerekir demiştir. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23.04.2014);

açacağıının belirlenmesi gerekir. Somut olayda bu hususa ilişkin olarak yapılan araştırma ve inceleme ile hükme esas alınan bilirkişi raporu yeterli olmayıp, Yargıtay denetimine de elverişli görülmemiştir. O halde mahkemece açıklanan ilkeler doğrultusunda 05.09.2003 tarihli taahhütnamede belirtilen cezai şart miktarının ekonomik yönde davalı borçlunun yıkımına neden olacak şekilde fahiş olup olmadığı yönünden daha ayrıntılı araştırma ve inceleme yapılarak davalının ekonomik durumunu tüm yönleri ile ortaya koyacak geniş kapsamlı ve Yargıtay denetimine elverişli bir rapor alındıktan sonra deliller hep birlikte değerlendirilip, varılacak uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile...’’⁸⁷ gerekçeleriyle cezai şartın davalının ekonomik yönden mahvına neden olup olmayacağıının daha elverişli bilirkişi raporu ile tespit edilmesi gerektiği ve bu neticede indirimde gidilmesi gerektiği yönünde verilmiş bir karardır.

Yargıtay tarafından farklı tarihlerde verilen kararlar incelendiğinde, tacir sıfatını haiz borçlu tarafından taahhüt edilen cezai şartın borçlunun ekonomik anlamda mahvına neden olup olmadığıının araştırılması gerektiği temel alınarak karar verildiği görülmektedir.

Kanaatimizce ekonomik anlamda mahva neden olma kavramının tek başına indirim ölçütü olarak değerlendirilmesi ve bu yönde karar tesisi hatalıdır. Ekonomik durum ahlaka akırlığın tespitinde değerlendirilmesi gereken hususlardan sadece birisidir. Kararlar, gerek ahlaka aykırılık kavramı ile bağlantı kurulmaması gerek ekonomik mahvı tek indirim nedeni olarak görmesi nedeniyle indirimin kabul edilmesi amacı ile de uyum sağlamamaktadır.

(3) Yargıtay Kararlarında Angarya Yasağı, Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti ile İlgili Değerlendirmeler

Yargıtay tarafından verilen bazı kararlarda, taraflar arasında karşılaştırılan cezai şart doğrudan geçersiz sayılmıştır. Cezai şartın, Türkiye Cumhuriyeti

⁸⁷ Yarg. 19. HD., 07.03.2010 T., 2012/16814 E., 2013/4336 K. sayılı kararı. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23.04.2014)

Anayasası' nın⁸⁸ angarya yasağını getiren 18. maddesine aykırılık oluşturduğu hallerde bu yönde karar verilmiştir⁸⁹.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 11.05.2000 tarihli kararında “...*Taraflar arasındaki 31.03.1995 tarihli sözleşmenin 8. Maddesinde, inşaatın 30.06.1995 gününe kadar bitirilememesi halinde 380.000.000 liranın iki katı kadar bir tazminatın iş sahibine ödeneceği kararlaştırılmış. Bu tazminat BK' nın 158/2 maddesinde düzenlenmiş bulunan 'ifaya eklenen ceza' niteliğindedir. Sözleşmeye göre de işin bedeli zaten 380.000.000 liradır. Daha açık bir anlatımla, yüklenici ceza olarak hem aldığı veya alacağı bedeli ve hem de bu bedelin bir mislini ödeyecek, iş sahibi de durduğu yerde hem imalatı bedavaya getirecek hem de iş bedeli kadar para alacaktır. Gerçi, geciken ifa sebebiyle iş sahibinin bir zararı söz konusu ise de, sözleşmedeki bu ceza hükmü, muhtemel zararın çok ötesinde, onu aşan, etik yönden toplumu rahatsız eden, adeta angaryayı meşrulaştıran bir hükümdür. Yüklenicinin iktisaden mahvına neden olmasa da taşıdığı bu sakıncalarından dolayı Anayasa'nın 18. ve BK' nın 19. (TBK m. 18) maddelerine aykırı olup, BK m. 20/2 (TBK m.27/2) maddesi gereği butlan ile batıldır. Bu itibarla reddi gereken cezai isteminin kabulü haklı bulunmamıştır...*” gerekçeleriyle butlan kararı vermiştir. Angarya yasağı kapsamında yapılan değerlendirme kanaatimizce de yerindedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 22.05.2013 tarihli yakın zamanda verdiği kararında Anayasa' nın Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti başlığı altından düzenlenen 48 ve devamı maddelerine aykırılık söz konusu olduğundan bahisle cezai şartın batıl

⁸⁸ Kurucu Meclis tarafından 18.10.1982'de halkoylamasına sunulmak üzere kabul edilmiş ve 20.10.1982 tarihli ve 17844 sayılı Resmî Gazete' de yayımlanmış; 7.11.1982'de halkoylamasına sunulduktan sonra 9.11.1982 tarihli ve 17863 mükerrer sayılı Resmî Gazete' de yeniden yayımlanmıştır, 07.11.1982 kabul tarihli, 2709 Kanun numaralı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası.

⁸⁹ Yarg. 15. HD, 11.05.2000 T., 1999/4655 E., 2000/2324 K. Sayılı kararı: “...*Taraflar arasındaki 31.03.1995 tarihli sözleşmenin 8. Maddesinde, inşaatın 30.06.1995 gününe kadar bitirilememesi halinde 380.000.000 liranın iki katı kadar bir tazminatın iş sahibine ödeneceği kararlaştırılmış. Bu tazminat BK' nın 158/2 maddesinde düzenlenmiş bulunan 'ifaya eklenen ceza' niteliğindedir. Sözleşmeye göre de işin bedeli zaten 380.000.000 liradır. Daha açık bir anlatımla, yüklenici ceza olarak hem aldığı veya alacağı bedeli ve hem de bu bedelin bir mislini ödeyecek, iş sahibi de durduğu yerde hem imalatı bedavaya getirecek hem de iş bedeli kadar para alacaktır. Gerçi, geciken ifa sebebiyle iş sahibinin bir zararı söz konusu ise de, sözleşmedeki bu ceza hükmü, muhtemel zararın çok ötesinde, onu aşan, etik yönden toplumu rahatsız eden, adeta angaryayı meşrulaştıran bir hükümdür. Yüklenicinin iktisaden mahvına neden olmasa da taşıdığı bu sakıncalarından dolayı Anayasa'nın 18. ve BK' nın 19. (TBK m. 18) maddelerine aykırı olup, BK m. 20/2 (TBK m.27/2) maddesi gereği butlan ile batıldır. Bu itibarla reddi gereken cezai isteminin kabulü haklı bulunmamıştır...*” şeklinde karar vermiştir. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23.04.2014)

olduğu yönünde karar vermiştir. Kararın ayrıntılarını inceleyecek olursak “Uyuşmazlık; taraflar arasındaki taşıma sözleşmesinde düzenlenen cezai şart hükmünün geçersiz olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Anayasa’nın “Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti” başlıklı 48. Maddesi uyarınca herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir. Mülga, 818 sayılı BK’ nın 19. Maddesinin birinci fıkrasındaki düzenlemeye göre de; sözleşmelerin konusu, kanunun gösterdiği sınırlar içerisinde, serbestçe tayin olunabilir. (6098 sayılı TBK m.26) Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise; bu serbestinin sınırları belirlenmiş ve “Kanunun kati surette emrelediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet; ahlaka veya umumi intizama yahut şahsi hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça, iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir.” şeklinde düzenleme yapılmıştır. Bu maddeden sonra gelen madde; sözleşmenin konusunun gayri mümkün ve gayri muhik yahut ahlaka mugayir olması halinde geçersiz olacağı belirtilmiştir. (Mülga BK m.20; TBK m.27) Bu hükümlerin yanı sıra TMK’ nın 23/2. Maddesindeki düzenleme uyarınca da; kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz... Sözleşmenin geçerlilik koşullarından “hukuka uygun olma” koşuluna, “rekabeti sınırlandırıcı anlaşmalar” örnek verilebilir. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun; rekabetin sınırlandırılmasını, hâkim durumun kötüye kullanılmasını ve rekabeti sınırlandırıcı anlaşmaları yasaklamıştır. Kanun’a göre; mal ve hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti önleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu sonucu doğuran anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu yöndeki karar ve eylemleri hukuka aykırı sayılmıştır... Taraflar arasındaki sözleşmede yer alan hükmün konulma amacının, açıklandığı üzere taraflardan birisinin çalışma özgürlüğünü sınırlayan bir hüküm olduğunda tereddüt bulunmamaktadır. Bu nokta da tespiti gereken, bu sınırlamanın ahlaka aykırı olup olmadığıdır. Genel Kurul görüşmeleri sırasında bir kısım üyelerce bu sözleşme hükmünün geçersiz sayılmasını gerektirir bir durumun bulunmadığı, sözleşmenin bu hükmü ile davalının sadece sınırlı süreli olarak belirli sayıda davacı müşterileri ile sözleşme yapmasının engellendiği ileri sürülmüşse de; kurul çoğunluğu tarafından bu görüş kabul edilmemiş ve sözleşmenin bu hükmünün; davacı tarafın taşıma sözleşmesi yaptığı üçüncü kişilerin sadece kendisi veya kendisinin izin verdiği alt taşıyıcılar tarafından

taşınması, bu kişi veya kurumların başkaları ile sözleşme yapmalarının engellenmesi amacıyla hizmet ettiği, sözleşmenin bu haliyle iki yıllık bir süre için dahi olsa gelecek taşıma dönemindeki ihalelerde davacı taşıyıcının serbest piyasa koşulları içinde kendisine rakip olmasını engellemeye yönelik bir düzenleme olduğu, sözleşmenin bu haliyle taşıma piyasasının parsellenmesi sonucunu doğuracak şekilde davalı tarafın çalışma ve sözleşme hürriyetini ortadan kaldıran bir “kelepçeleme” düzenlemesi olduğu, yapılan işin niteliği gereği davacının ticari sırrı olarak vasıflandırılabilir bir durumda bulunmadığı, sözleşmenin anılan hükmünün haksız rekabeti önlemeye yönelik bir düzenleme olarak kabulünün dahi mümkün bulunmadığı kabul edilmiştir. Bu itibarla, taraflar arasındaki taşıma sözleşmesinin 16. maddesinde düzenlenen cezai şart hükmünün geçersiz sayılması gerekir...”⁹⁰ gerekçelerle emredici hükümlere, ahlak ve adaba aykırı cezai şartın geçersiz sayılmasına dair verilen önemli bir karardır.

Kanun koyucu tarafından hâkime verilen yetki cezai şartın indirilmesi amacıyla. Yoksa cezai şartın kaldırılması noktasında bir yetki verilmemiştir. Bu kapsamda değerlendirme yapıldığında cezai şartın geçersiz sayılmasına ilişkin kararların TBK m. 182/f.3 hükmü amacıyla aykırı olduğu düşünülebilecektir. Fakat yukarıda yer verdiğimiz ilk karar gerekçesinde de açıkça yer aldığı üzere, kararlaştırılan cezai şart miktarları aşırılığın ötesinde angarya yasağını meşru sayacak nitelikte ve bu yönüyle hukuka aykırıdır. Cezai şartın miktar olarak aşırılığı sorunu değil, cezai şartın hukuka aykırılığı sorunu söz konusudur. Karşı edimde bulunmaksızın ve sözleşmeye en ufak bir aykırılık halinde doğrudan cezai şart ile haksız menfaatler elde etme mantığını önleyebilmek için Yargıtay tarafından angarya yasağı ve kişilerin çalışma hürriyetleri kapsamında yapılan değerlendirmeler kanaatimizce de yerindedir.

⁹⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 22.05.2013 T., 2012/11-1601 E., 2013/752 K. sayılı kararı. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23.04.2014)

III. BÖLÜM

CEZAI ŞARTIN İNDİRİLMESİNİN KOŞULLARI

A. GENEL OLARAK

Türk Borçlar Kanunu m. 182/f.1.'de tarafların cezai şart miktarını serbestçe belirleyebilecekleri yer almaktadır. Maddenin birinci fıkrasında cezai şart miktarı konusunda taraflara irade serbestisi tanınmasına rağmen aynı maddenin üçüncü fıkrasında hâkimin aşırı gördüğü cezai şartı kendiliğinden indirebileceğine ilişkin husus düzenlenmiştir. Aynı maddenin farklı fıkralarında yer alan bu düzenlemeler arasında bir çelişki olduğu düşünülebilirse de, madde metni birlikte değerlendirildiğinde bir çelişki olmadığı anlaşılmaktadır. Kanun koyucu birinci fıkra ile cezai şartın miktarını tayin konusunda serbesti prensibini benimsemiş olmakla, üçüncü fıkra hâkime aşırı cezai şartın indirilebilmesi yetkisini tanıyarak bu serbestinin sınırlarını belirlemiştir.

Hâkimin kendisine tanınan bu yetkiyi kullanırken özenli davranması, taraflar arasındaki sözleşme serbestisini ortadan kaldıran bir araç haline getirmemesi gerekmektedir¹.

Tacir sıfatı bulunmayan borçlular bakımından aşırı cezai şartın varlığı söz konusu olduğunda TBK m. 182/f.3 hükmü uygulama alanı bulacak ve hâkim tarafından aşağıda açıklanan koşulların varlığı değerlendirilerek cezai şartın aşırı olan kısmı indirilecektir.

Tacir sıfatını haiz borçlular bakımından ise cezai şartın ahlaka aykırılığının ileri sürülebileceğine ilişkin açıklamalarımıza yukarıda yer verdik². Tacirin taahhüt ettiği cezai şartın ahlaka aykırı olup olmadığı ve bu kapsamda indirilip indirilmeyeceği de yine aşağıda yer alan indirim koşulları ve aşırılığın tespitini sağlayan ölçütler kapsamında incelenmelidir.

¹ Yarg. Hukuk Genel Kurulu, 08.03.1961 T., 1961/4-2 E., 1961/10 K. sayılı kararı. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 31.10.2014) Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 141; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 222.

² Tacir sıfatını haiz borçlu tarafından taahhüt edilen cezai şartın indirilmesi bakımından detaylı bilgi için bkz. II. Bölüm, D, 2.

Yargıtay kararları ve doktrin görüşleri kapsamında cezai şartın indirilmesi için varlığı gerekli koşullar tespit edilmiştir. Kanaatimizce bu koşulların içerisinde en önemli yere sahip olan cezai şartın aşırı (fahiş) olması halidir. TBK m.182/f.3'de doğrudan aşırılığa vurgu yapılmış olmakla birlikte aşırılığın belirlenmesine dair ölçütlere hüküm içeriğinde yer verilmemiştir. İndirim koşulları cezai şartın, aşırı veya ahlaka aykırı olduğunun tespiti için gerekli koşullardır. Bu koşulların değerlendirilmesi ve tespiti bakımından borçlunun tacir sıfatını haiz olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır. Bu nedenle cezai şartın indirilmesi koşullarına yer verdiğimiz bu kısım tacir sıfatını haiz borçlu tarafından taahhüt edilen ahlaka aykırı cezai şartın indirilmesinin koşullarını da kapsamına almaktadır.

B. İNDİRİM KOŞULLARI

1. Geçerli Bir Cezai Şartın Bulunması

Aşırı cezai şartın indirilmesinden bahsedebilmek için öncelikle tarafların üzerinde anlaşığı geçerli bir cezai şartın bulunması gerekmektedir³. İndirimi yapılacak cezai şartın geçerli bir cezai şart olması gerekmektedir. Cezai şartın doğrudan veya asıl borç nedeniyle hükümsüz olduğu hallerde indirim söz konusu olmayacaktır.

Cezai şartın bir sözleşmede, tek taraflı hukuki işlemde, şirket ana sözleşmesinde, dernek tüzüğünde kararlaştırılması indirilmesi bakımından herhangi bir özellik taşımamaktadır⁴.

³ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 142; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 223; Çınar, **a.g.m.**, s. 95.

⁴ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 142; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 223; Yarg. 9. HD. 04.11.2013 T., 2013/6564 E., 2013/27985 K. sayılı kararı ile "...Davacı, kötü niyet tazminatı alacağına ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. Davacının işyerinin toplu iş sözleşmesi hükümlerine aykırı olarak değiştirildiği anlaşılmakla... Toplu iş sözleşmesinin 13/2.maddesine göre tazminat talep hakkının bulunması ve mahkemece davacının toplu iş sözleşmesine dayalı tazminat talebinin kabulü yerindedir. Ancak toplu iş sözleşmesinin hükmü cezai şart niteliğinde olmakla işverence toplu iş sözleşmesine aykırı uygulamanın yapıldığı tarihte yürürlükte olan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 161/son maddesi gereğince indirim yönünde bir karar verilmesi gerekir. Toplu iş sözleşmesinin ilgili hükmünde kararlaştırılan cezai şart miktarı 24 aylık ücret tutarında olup cezai şarttan indirim hususunun düşünülmemesi hatalıdır..." şeklinde verdiği karar ile toplu iş sözleşmesinde yer alan tazminatın cezai şart olduğunun tespitinin ardından işbu cezai şartın indirime tabi tutulup tutulmayacağı tartışılması gerektiği noktasında verilen bozma kararı kanaatimizce de yerindedir. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 31.10.2014) Benzer kararlar için bkz. Yarg. 22. HD. 03.06.2013 T., 2012/24169 E.,

Cezai şartın indirilebilmesi için, cezai şarta konu edimin mutlaka para olması gerekli değildir. Konusu paradan başka bir edimi içeren cezai şartın da indirilmesi mümkündür. Cezai şarta konu edimin ferdan belirlendiği hallerde, hâkimin indirimi ancak bu edim yerine bir başkasını koyması suretiyle yapabileceğinin kabulü gerekmektedir. Aksi halde tarafların, cezai şart olarak para dışında bir şeylerin kararlaştırılması yoluyla hâkimin aşırı cezai şartı indirme yetkisinden kaçınmalarının önü açılmış olacaktır⁵.

Aşırı cezai şartın seçimlik veya ifaya eklenen cezai şart olması indirilmesi bakımından herhangi bir öneme sahip değildir. Fakat dönme cezasının indirilip indirilemeyeceği hususu doktrinde tartışmalıdır. Bir kısım yazarlar tarafından aşırı olduğu gerekçesiyle dönme cezasının indirilemeyeceği kabul edilmektedir⁶. İndirimin yapılabileceğini kabul eden yazarların⁷, bu görüşünün ise isabetli sayılmayacağı kanaatindeyiz. Kanuni bir sebep olmaksızın sözleşmeden dönerek bu cezayı ödeme yükü altına giren bizzat borçlunun kendisidir. Bu durumda borçlu haklı bir gerekçesi olmaksızın sözleşmeden dönme bildiriminde bulunmayabilir ve dönme cezasını ödeme yükümlülüğü altına girmeyebilir. Borçlunun sözleşmeden dönme hakkının kanuni bir gerekçesi olduğunda zaten dönme cezasının istenemeyeceği hususu tartışmasızdır⁸.

2. Cezai Şartın Muaccel Olması

a. Asıl Borcun Muacceliyeti

Cezai şart alacağının ileri sürülebilmesi için muaccel olması gerekmektedir⁹. Asıl borcun muaccel olması ile asıl borca bağlanan cezai şart da muaccel hala

2013/13461 K. sayılı kararı; Yarg. 7. HD. 13.05.2013 T., 2013/13807 E., 2013/8737 K. sayılı kararı. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 31.10.2014)

⁵ İndirimin yapıtış şekli için bkz. IV. Bölüm, C.

⁶ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 223; Eren, **a.g.e.**, s. 1188; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.II., s. 532; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 351.

⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s.353; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.396.

⁸ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.II., s. 532. Dönme cezai hakkında detaylı bilgi için bkz. I. Bölüm, E, 3.

⁹ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 159; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 93.

gelecektir. Asıl borç alacaklının bunun ifasını isteyebileceği ve bu amaçla dava açabileceği anda muaccel olur¹⁰.

Cezai şart alacağının ne zaman muaccel olacağı yani ne zamandan itibaren talep edilebilir olacağı öncelikle tarafların sözleşmelerinde kabul ettikleri hususlara göre çözümlenmelidir. Taraflar sözleşmede kesin bir zaman tayin ederek veya alacaklının bir ihtarda bulunması gibi koşulları muacceliyet için kararlaştırabilirler. Eğer buradan bir sonuca varılamıyorsa hukuki ilişkinin niteliği gereği veya kanun hükmüne göre tespit edilecektir. Bu hususlara göre alacağın ne zaman muaccel olduğu tespit edilemiyorsa TBK m. 90¹¹ hükmü gereği alacak doğduğu anda muaccel olacaktır.

Cezai şart, geciktirici¹² şarta bağlı bir edim taahhüdüdür. Şart olarak taraflar sözleşmede aksi bir hususu kararlaştırmadılarsa, çoğunlukla şart, muaccel bir asli edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halidir¹³. Asli edim hiç veya gereği gibi ifa edilmediği takdirde şart gerçekleşir ve kararlaştırılan cezai şart muaccel hale gelir. Tarafların sözleşmede yer veya zamanı şart olarak kararlaştırdıkları ihtimalde ise kararlaştırılan şartın içeriği kapsamında şartın gerçekleşmesi veya gerçekleşmemesi üzerine cezai şart muaccel hale gelecektir. Muaccel durumdaki asıl borcun ifası mümkün olduğu halde vadesinde borçlu tarafından ifa edilmemiş olması halinde borçlu temerrüdü söz konusudur¹⁴.

Taraflar arasındaki sözleşmede bu konuda bir düzenleme bulunmaması halinde ise borçlunun asıl borcun ifasında temerrüde düşürülüp düşürülmemesinin gerekli olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş, cezai şartın muaccel olması için asıl borcun muaccel olması yeterli olmayıp, alacaklının ayrıca ihtarda

¹⁰ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 97; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 164; Uçar, **a.g.e.**, s. 53.

¹¹ TBK m. 90 hükmü “İfa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur.” şeklindedir.

¹² Taraflar koymuş oldukları kayıtla hukuki işlemin sonuç doğurmasını, gelecekte gerçekleşmesi şüpheli bir olguya bağlamışlarsa bu durumda geciktirici şart söz konusu olur. Detaylı bilgi için bkz. Lale Sirmen, **Türk Özel Hukukunda Şart**, Ankara, Ayyıldız Matbaası, 1992, s. 53 vd.; Hasan Pulaşlı, **Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları**, Ankara, Kadioğlu Matbaası, 1989, s. 56 vd.

¹³ Eren, **a.g.e.**, s. 1183.

¹⁴ Eren, **a.g.e.**, s. 1092; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.I, s. 376; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 911 vd.

bulunması, yani borçlunun asıl borcun ifasında temerrüde düşürülmesi gerektiğini savunmaktadır¹⁵. Bu görüş asıl borcun yerine getirilmemiş olması durumunun alacaklı tarafından ispat edilmesi gerektiği düşüncesine dayanmaktadır. Diğer görüş ise cezai şartın talep edilebilmesi için asıl borcun muaccel olmasını yeterli görmektedir¹⁶. Bu görüş hâkim görüş olarak kabul edilmektedir. TBK’ da yer alan düzenlemelerde cezai şartın muaccel olması için diğer tarafın asıl borcun ifasında temerrüde düşürülmesinin zorunluluğundan söz edilmemekte, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi şeklinde düzenleme yer almaktadır. Kanaatimizce; kanun koyucu, cezai şartın muaccel olması için borçlunun temerrüde düşürülmesi gerektiğinin zorunlu olduğunu kabul etmiş olsaydı cezai şarta ilişkin kanuni düzenlemelerde açıkça temerrüde veya temerrütle ilgili hükümlere gönderme yapardı.

Alacaklı, cezai şart kararlaştırmak suretiyle, borcun ifa edilmemesinden doğan haklarını daha etkin kullanmak istemiştir. Bu nedenle kanunda mevcut olmadığı halde, alacaklıyı ihtar çekmeye mecbur tutmak alacaklıya daha fazla külfet yüklemek anlamına gelmektedir.

İhtara gerek bulunmaksızın sadece borcun muaccel olmasıyla borçlunun mütemerrit olduğu durumların tartışma konusu dışında kaldığı ifade edilmelidir. Süreye bağlanmış bu borçlar açısından alacaklı ihtar göndermek ve borçluyu temerrüde düşürmekle yükümlü değildir. Kararlaştırılan vade geldiğinde, başka hiçbir külfete gerek bulunmaksızın cezai şart muaccel olur¹⁷. Taraflardan sadece birisinin borç altına girdiği sözleşmeler bakımından da bu durum geçerlidir. Fakat karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler bakımından borçlunun temerrüdü, alacaklının

¹⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 174; Berki, **a.g.e.**, s. 291; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 160; Uçar, **a.g.e.**, s. 53.

¹⁶ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 95; Arsebük, **a.g.e.**, s. 984; Bilge, **a.g.m.**, s. 88; Uçar, **a.g.e.**, s. 53; Ekinci, **a.g.e.**, s. 243.

¹⁷ TBK m. 117 “ (f.1) Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer. (f.2) Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle; haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur. Ancak sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli olduğu hâllerde temerrüt için bildirim şarttır.”

TBK m. 125¹⁸'te düzenlenen seçimlik haklarını kullanabilmesinin şartı olması nedeniyle önem taşımaktadır. Bu hüküm kapsamında alacaklının seçimlik hakkını kullanabilmesi için borçlunun temerrüde düşmüş olması gerekmektedir¹⁹.

Yukarıda yer alan genel nitelikli açıklamalardan sonra muacceliyet ve temerrüt hususunun, seçimlik cezai şart yani ifa yerine talep edilebilen cezai şart açısından ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Taraflar sözleşmede aksi bir husus kararlaştırmamış olmaları kaydıyla, “ifanın zamanında veya yerinde yapılmaması” şeklindeki borç ihlalleri dışında kalan diğer borç ihlalleri söz konusu olduğunda alacaklı ya ifayı ya da cezayı isteyebilir. Alacaklı taraf ifa kendisine usulüne uygun olarak teklif edilinceye kadar ifa yerine cezayı seçtiğini karşı tarafa bildirebilir. Karşılıklı edimler içeren sözleşmeler bakımından ise borçlu temerrüdü halinde, ifa yerine cezai şartın istenebilmesi için alacaklı TBK m. 125/f.2’de yer alan seçimlik hakkını kullanabilir. Böylece alacaklı borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararının giderilmesini yani taraflarca kararlaştırılan cezai şartı borçludan talep etmelidir²⁰. Seçimlik cezai şartı düzenleyen TBK m. 179 emredici nitelikte bir hüküm olmadığından taraflar hem ifanın hem de cezai şartın birlikte istenebileceğini veya sadece cezai şartın talep edilebileceğini kararlaştırabilirler²¹. Yine taraflar birlikte, alacaklının seçim beyanını belirli bir sürede ve belirli şartlarla yapması gerektiğini kararlaştırabilirler. Görüldüğü üzere seçimlik cezai şart söz konusu olduğunda alacaklının karşı taraf yöneltmesi gerekli irade beyanı söz konusu olmaktadır.

¹⁸ TBK m. 125 “(f.1) Temerrüde düşen borçlu, verilen süre içinde, borcunu ifa etmemişse veya süre verilmesini gerektirmeyen bir durum söz konusu ise alacaklı, her zaman borcun ifasını ve gecikme sebebiyle tazminat isteme hakkına sahiptir. (f.2) Alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir. (f.3) Sözleşmeden dönme hâlinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Bu durumda borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir.”

¹⁹ Eren, **a.g.e.**, s. 1109 vd.

²⁰ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 44; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 348 vd.; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 512 vd.; Eren, **a.g.e.**, s. 1184 vd.

²¹ Eren, **a.g.e.**, s. 1185; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.II, s. 513.

b. Asıl Borcun İhlal Edilmesi

Borçlunun asıl borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde asıl borcun ihlali söz konusudur. Asıl borcun hiç ifa edilmemesi halinde, borcun ifası mümkün olduğu halde ifa edilmemiştir veya borcun ifası imkânsızlaşmıştır. Borcun gereği gibi ifa edilmemesi ise ifanın geç yapılması, kararlaştırılan yerde yapılmaması, kararlaştırılan miktar veya nitelikte ifanın yapılmaması hallerinde söz konusudur²².

Cezai şartın muaccel olması bakımından, asıl borcun hiç ifa edilmemesi ile gereği gibi ifa edilmemesi arasında ilke olarak fark bulunmamaktadır. Asıl borcu hiç ifa etmeme veya gereği gibi ifa etmeme durumu söz konusu olduğunda cezai şartı ödeme borcu doğar.

Kanun koyucu cezai şartın muaccel olması bakımından ayırım yapmamakla beraber asıl borcun ihlal edildiği durumlara göre muaccel olacak cezai şart ile asıl borç arasındaki ilişki bakımından ayırma gitmiştir²³. Asıl borcun kararlaştırılan yer ve zamanda ifa edilmemesi halinde cezai şart muaccel olacaktır, burada alacaklının hem ifayı hem de cezai şartı isteme yetkisi bulunmaktadır²⁴. Asıl borcun gereği gibi veya hiç ifa edilmemesi hallerinde ise aksi taraf iradesinden anlaşılmadıkça, seçimlik cezai şart söz konusudur, alacaklı ya ifa veya cezai şarttan yalnız birisini seçme yetkisine sahiptir.

Cezai şartın muaccel olması için asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemiş olması tek başına yeterli değildir, bu borç ihlalinin taraflarca öngörülen şekilde gerçekleşmiş olması gerekir²⁵. Örneğin; taraflar arasında cezai şartın kararlaştırıldığı borç ihlali, teslim edilecek malın kötü nitelikte olması ihtimali içinse; cezai şart, ancak taraflarca öngörülen ihtimalin yani kötü nitelikteki malın ifası hali için geçerli olacaktır. Bu nedenle iyi nitelikte olan malın kararlaştırılandan başka bir yerde teslim edilmiş olması cezai şartı muaccel hale getirmeyecektir.

²² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 972; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 97; Uçar, **a.g.e.**, s. 54; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 164; Eren, **a.g.e.**, s. 1046; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.I., s. 404.

²³ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 165.

²⁴ Seçimlik cezai şart hakkında bkz. I. Bölüm, E, 1.

²⁵ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 97; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 166.

Asıl borcun gereği gibi ifa edilmemesi hali için kararlaştırılan cezai şart, asıl borcun sadece gereği gibi ifa edilmemesi hali için değil, asıl borcun hiç ifa edilmemesi halinde de muaccel olacaktır²⁶.

Diğer yandan asıl borcun konusu da muacceliyet halini değiştirmektedir. Yapma veya yapmama borçları açısından fark söz konusudur. Yapma borcu niteliğindeki edimin ifa edilmemesi halinde cezai şart muaccel hale gelmekte, yapmama borcu niteliğindeki edim ise yapılmaması gereken edimin yapılması ile cezai şart muaccel hale gelmektedir²⁷.

c. Borçlunun Kusurlu Olması

Kanun koyucu, tazminat talep edebilmeyi ilke olarak borçlunun kusurlu olması şartına bağlamıştır. Gerek haksız fiil²⁸ gerekse sözleşmeye aykırılık²⁹ hallerinde tazminat şartlarından biriside borçlunun kusurlu olmasıdır. Bu düzenlemelerle uyumlu olarak cezai şartın muaccel olması ve talep edilebilir hale gelmesi de borçlunun kusurlu olmasına bağlanmıştır³⁰.

Cezai şartın muacceliyeti için asıl borcun ihlal edilmesi gerekli olduğu gibi, bu ihlalin borçluya yüklenebilecek bir kusurdan kaynaklanması gerekmektedir. Borçlunun kusuru olmaksızın borcun ifasının imkânsız hale gelmesi veya kötü ifa durumunun ortaya çıkması halinde seçimlik cezai şartın istenemeyeceği gibi;

²⁶ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 98; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 166.

²⁷ Ekinci, **a.g.e.**, s. 245. Yapmama borçlarına ilişkin olarak kararlaştırılan cezai şart hakkında bkz. Yarg. 19. HD., 10.04.2013 T., 2013/727 E., 2013/6380 K. Sayılı kararı. Yapma borçları hakkında kararlaştırılan cezai şart hakkında bkz. Yarg. Hukuk Genel Kurulu, 15.05.2013, 2012/19-1608 E., 2013/713 K. Sayılı kararı. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 15.03.2015)

²⁸ TBK m. 49 “*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.*” şeklinde düzenlenmiştir. Haksız fiil sonucunda meydana gelen zararın giderilmesi için bu fiilin kusur sonucu meydana gelmesi aranmaktadır.

²⁹ TBK m. 112 “*Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.*” şeklinde düzenlenmiştir. Sözleşmeye aykırılık halinde ise borçlu kusuru bulunmadığını ispat ettiği ölçüde alacaklının zararını tazmin etme yükümlülüğünden kurtulacaktır.

³⁰ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 171; Cezai şart ile kusur arasındaki ilişki için bkz. I. Bölüm, G, 1.

borçlunun kusuru olmaksızın temerrüde düşmesi veya borcu sözleşmede öngörülen yerde ifa etmemesi halinde ifaya eklenen cezai şart talep edilemeyecektir³¹.

TBK m. 182/f.2 hükmü, borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir nedenden dolayı asıl borcun ifasının imkânsız hale gelmesi bakımından özel bir düzenleme içermektedir. Hükmün içeriğinde yer verilen aksi kararlaştırılmadıkça ibaresi ile borçlu, bu halde dahi cezai şart ödeyeceğini geçerli bir şekilde taahhüt edebilecektir. Borçluya yüklenemeyen nedenlerden dolayı borcun ifasının mümkün olmaması halinde bile cezai şartın ödeneceği borçlu tarafından kabul edilmişse, alacaklı cezai şartın ödenmesini isteyebilecektir³². Uygulamada, kusursuz ifa imkânsızlığı halinde borçlunun cezai şart ödeyeceğine ilişkin düzenlemelere sözleşmelerde yer verilmektedir³³.

3. Cezai Şartın İfa Edilmemiş Olması

Cezai şartı muaccel olmadan önce veya muaccel olduktan sonra kendi isteğiyle ifa eden borçlunun, ödemiş olduğu cezai şartın indirilmesini isteyip isteyemeyeceği hususu doktrinde tartışmalıdır. Borçlu kendi rızasıyla cezai şartı ödedikten sonra bunun indirimini isteyebilecek mi? Bu sorunun cevabı tartışılmaktadır.

Bir görüşe göre, borçlu cezai şartı ödedikten sonra dahi cezai şartın indiriminin talep edilebileceği kabul edilmektedir. Cezai şartın ifasından sonra indirim ve kısmi iade için hâkime başvurulabileceği ileri sürülmektedir. Böyle bir durumun söz konusu olması halinde, hâkimin özellikle borçlunun ekonomik durumunu daha sıkı değerlendirmesi gerektiğini önermektedirler³⁴.

Cezai şartın ödendikten sonra indirilebileceği görüşü, TBK m. 181/f.1'de³⁵, taraflarca alacaklıya kalacağı kararlaştırılan kısmi ifaların aşırı derecede yüksek olması halinde indirileceğinin düzenlemiş olduğunu bu durumun ödenmiş cezai

³¹ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 173.

³² Kocaağa, **a.g.e.**, s. 175.

³³ Eren, **a.g.e.**, s. 1187.

³⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 356; Kunter, **a.g.m.**, s. 973.

³⁵ TBK m. 181/f.1 “*Ceza koşuluna ilişkin hükümler, dönme durumunda ifa edilmiş olan kısmın alacaklıya kalacağını öngören sözleşmelere de uygulanır.*” şeklinde düzenlenmiştir.

şartın indiriminden başka bir şey olmadığı hususuna dayanmaktadır³⁶. Yine aşırı cezai şartın ahlaka veya hukuka aykırı olması nedeniyle batıl sayılması gerektiğini, batıl bir işlemin taraflarca düzeltilemeyeceğini, borçlunun cezai şartın ödenmesiyle butlanın tespitini istemek hakkından vazgeçemeyeceğini ve bu hakkın zamanaşımına uğramayacağı gibi hususlar savunularak ödenmiş cezai şartın indirilebileceği ileri sürülmüştür³⁷.

Bu görüşe karşılık kanaatimizce yerinde olan ve doktrinde hâkim görüş olarak kabul edilen görüş ise, borçlu tarafından ödenmiş bir cezai şartın aşırı olduğu gerekçesiyle indiriminin istenemeyeceği yönündedir³⁸.

Ödenmiş cezai şartın indirilebileceğine ilişkin görüş taraftarlarınca gerekçe gösterilen, taraflarca alacaklıya kalacağı kararlaştırılan kısmi ifaların aşırı derecede yüksek olması halinde indirileceğinin düzenlemiş olması hususu hâkim görüş karşısında isabetli bir gerekçe olarak kabul görmemektedir. Çünkü ifanın kısım kısım yerine getirileceğinin taahhüt edilmesiyle cezai şart meydana gelmemektedir. Kısmi ifaların temerrüt halinde alacaklıya kalacağını öngören sözleşmelere ceza şartına ilişkin hükümlerin uygulanmasının nedeni, cezai şart ile benzer bir yükümlülük altına giren borçluyu korumaktır³⁹.

Ayrıca kanun koyucu ödenmiş cezai şartın indirilmesine imkân vermek isteseydi, gabin veya irade sakatlığı hallerinde olduğu gibi indirim talebi için kanunda bir süre öngörürdü⁴⁰. Kanunda böyle bir süre bulunmadığına göre, ödenmiş cezai şartın indirilebileceği hususu kabul edilirse, alacaklı zamanaşımı süresi dolana kadar, aldığı cezai şartı iade etme ihtimali ile baş başa bırakılmış olacaktır. Bu nedenle hukuki işlemlerde güvenin korunması amacıyla bu hususun kabul edilmemesi yerinde olacaktır⁴¹.

³⁶ Kunter, **a.g.m.**, s. 973.

³⁷ Kunter, **a.g.m.**, s. 978 vd.

³⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 02.02.2005 T., 2004/9-759 E., 2005/9 K sayılı kararı. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 30.10.2014) Bilge, **a.g.m.**, s. 119; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 154; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.II., s. 536; Eren, **a.g.e.**, s. 1189; Birsen, **a.g.e.**, s. 369; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 227; Çınar, **a.g.m.**, s. 100.

³⁹ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 154 vd.; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 227.

⁴⁰ Bilge, **a.g.m.**, s. 119.

⁴¹ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 228; Bilge, **a.g.m.**, s. 119 vd.

Cezai şartın kısmi olarak ifa edildiği durumda cezai şartın indirilmesinin talep edilmesi halinde ise cezai şartın tamamı aşırı derecede yüksek ise, bunun indirilmesi istenebilir. Fakat böyle bir durumda borçlu ancak ödemediği kısmı tamamen veya kısmen ödemekten kurtulabilir⁴².

Borçlu tarafından cezai şartın istenilerek ödenmiş olması hali, cezai şartın aşırı derecede yüksek olmadığını ve bu ödemenin borçlunun ekonomik durumunu aşırı ölçüde sarsmadığını gösterdiği kabul edilmektedir⁴³. Borçlu indirim hakkını saklı tutmak koşuluyla cezai şartı öderse, daha sonra aşırı cezai şartın indirilmesini isteyebileceği kabul edilmektedir⁴⁴.

4. Aşırı (Fahiş) Cezai Şart Olması

a. Genel Olarak Aşırı Cezai Şart Kavramı

Cezai şartın indirim koşulları arasında en önemli yere sahip olan koşul, cezai şartın aşırı derecede yüksek olması hususudur. Kanun koyucu aşırı cezai şarttan ne anlaşılması gerektiği konusunda bir düzenleme yapmamıştır. Kanun koyucu tarafından bilinçli olarak bırakılmış kural içi boşluk⁴⁵ söz konusudur. Kanun hükmü aşırı cezai şartın tespitini hâkimin takdirine bırakmıştır. Hâkim önüne gelen somut olayın özelliklerine göre ölçülü bir şekilde takdir yetkisini kullanacaktır.

Birbirinden farklı pek çok menfaatin cezai şarta konu olması nedeniyle hâkime aşırı cezai şartın tespitini sağlayacak sınırlı sayıda ölçütler getirilememiştir. Ayrıca menfaatlerin göz önünde tutulma derecesi her zaman aynı olmadığından, farklı şekillerde değerlendirmelere yer verilebilmesi ve her olayın kendi koşullarında değerlendirilebilmesi gerekmektedir⁴⁶.

⁴² Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 156; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 228; Çınar, **a.g.m.**, s. 100; Cezai şart sözleşmesinin geçersiz olması durumunda ödenen cezai şart miktarının sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadesinin istenmesi mümkündür.

⁴³ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 156; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.II., s. 536; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 228.

⁴⁴ Bilge, **a.g.m.**, s. 119; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 228; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 156.

⁴⁵ “Kanun koyucu tarafından istenerek ve bilinçli olarak bırakılan boşluğa “kural içi boşluk” denilmektedir. Kural içi boşlukta kanun koyucu bilinçli olarak adil bir çözüm bulunabilmesi için çözümü uygulamaya ve bilime bırakmıştır.” Detaylı bilgi için bkz. Bilge Öztan, **Medeni Hukuk’un Temel Kavramları**, 26. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007, s. 146 vd.

⁴⁶ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 229.

Bu konuda Yargıtay'ın, yerel mahkeme kararlarını, sözleşmeye konu cezai şartın fahiş olup olmadığı araştırılmadan hüküm tesis edilmesi gerekçesiyle bozduğu görülmektedir.

Yargıtay 13. HD. 26.01.2006 tarihli kararında “...Sözleşmede cayan tarafın, diğer tarafında komisyon ücretini ödeyeceğine dair kararlaştırma cezai şart niteliğinde olup, BK' nın 161/son maddesine göre hâkim fahiş gördüğü cezaları tenkisle mükelleftir... Birleşen davada da alıcının ödemesi gereken %2 komisyon ücreti ile satıcının ödemesi gereken ceza koşulu niteliğindeki %2 komisyon tutarının BK' nın 161/son maddesine göre fahiş olup olmadığı takdir edilerek sonucuna uygun karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir...”⁴⁷ görüldüğü üzere yüksek mahkeme, yerel mahkemenin cezai şartın indirilip indirilmemesi hususunda hiçbir değerlendirme yapmadığı bu kararda cezai şartın aşırı olup olmadığının araştırılması gerektiği yönünde karar vermiştir. Bu bozma kararında cezai şartın aşırı olup olmadığının yerel mahkeme tarafında değerlendirilmesi gerektiği esas unsur olmakla birlikte cezai şartın aşırı olup olmadığı hususu yerel mahkeme tarafından araştırılırken izlenecek ve değerlendirilecek ölçütlere kararda yer verilmemesi kanaatimizce eleştiriye açıktır⁴⁸.

Hâkim takdir hakkını kullanarak cezai şartın aşırı olup olmadığına serbestçe karar verecektir. Hâkimin bu konuda kesin olarak konulmuş kanuni düzenlemelerden hareket etmeyecek olması nedeniyle işi zordur ve çok titizlikle bu aşırılığın olup olmadığını tespit etmelidir. Hâkimin takdir hakkına bırakılan cezai şartın konusunun paradan başka bir şey olarak kararlaştırıldığı durumlarda ise hâkimin bunun aşırı

⁴⁷ Yarg. 13. HD 26.01.2006 T., 2005/14223 E., 2006/696 K. sayılı kararı. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 30.10.2014)

⁴⁸ Bu konuda verilen benzer bir karar için bkz. Yarg. 11. HD 25.06.2013 T., 2012/12883 E., 2013/13297 K. sayılı kararı “...Dava, cezai şart istemine ilişkindir. Mahkemece, taraflar arasındaki protokolün 9. Maddesi uyarınca öngörülen 250.000,00 usd'lik cezai şartın aynen tahsiline karar verilmiş olup, davalı tarafın cezai şartın fahiş olduğu yönündeki itirazları değerlendirilmemiştir. Bu durumda, dava tarihinde yürürlükte olan 818 sayılı B.K.nun 161/3 maddesi uyarınca cezai şartın fahiş olup olmadığı değerlendirilerek hüküm kurulması gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir...” gerekçeleriyle verilmiş bozma kararıdır. Benzer karar için bkz. Yarg. 15. HD. 03.07.2002 T., 2002/1520 E., 2002/3628 K. sayılı kararı. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 30.10.2014)

olup olmadığının tespitini önce bu şeyin parasal değerini tespit etmek suretiyle yapması gerekmektedir⁴⁹.

Öte yandan cezai şartın aşırı olması hali ile ahlaka ve adaba aykırı olması halinin ayrımının yapılması gerekmektedir. Aşırı cezai şartın varlığı söz konusu olduğunda hâkim tarafından gerekli araştırma ve değerlendirme yapılarak ulaşılan neticede yapılacak indirim hâkimin takdir yetkisi içinde değerlendirilmektedir. Cezai şartın ahlaka aykırı olması halinde ise kanaatimizce cezai şartın TBK m. 182/f.3 hükmü gereği indirilmesi mümkün olduğu sürece hükümsüzlükten söz edilemeyecektir⁵⁰. Taraflarca kararlaştırılan ahlaka aykırı cezai şart miktarının yerine, hâkim tarafından indirilmiş cezai şartı geçecektir.

Kanaatimizce ahlaka ve adaba aykırı cezai şartın bu şekilde TBK m. 182/f.3. gereği indirilmesi kanunun amacına uygun düşmektedir. Aksi halde TBK m. 27 gereği doğrudan hükümsüzlük yaptırımının uygulanması alacaklılar bakımından adaletsiz bir sonuç yaratacaktır.

b. Aşırılığın Tespitinde Yargıtay Kararlarında Kabul Edilen Ölçütler

Kanun koyucu, aşırı cezai şartın indirilmesi konusunda hâkimin hangi ölçütlerden hareket edeceğine ilişkin herhangi bir düzenleme yapmamıştır. Bu nedenle Yargıtay kararları doğrultusunda bazı ölçütler tespit edilmekte ve aşırılık değerlendirilmektedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 27.03.2013 tarihinde verdiği bir kararı “...Kural olarak Sözleşme Serbestisi ilkeleri çerçevesinde taraflar cezai şart miktarını tayinde serbesttirler. Ancak BK 161/son maddesi gereğince hâkim fahiş olan cezai şart miktarını indirmekle yükümlüdür. Bu konu da tarafların talepte bulunmasına gerek yoktur. Hal böyle olunca hâkimin BK 161/son maddesi gereğince cezai şartın indirim yapılıp yapılmayacağı, yapılacaksa bunun miktarı konusunda bir değerlendirme yapması gerekir. Hâkim cezai şartın fahiş olup olmadığını

⁴⁹ Kocaağa, a.g.e., s. 230. Cezai şartın indirilme şekli için bkz. IV. Bölüm, C.

⁵⁰ Kocaağa, a.g.e., s. 262.

değerlendirirken, tarafların ekonomik durumları, asil olarak borçlunun ödeme gücü; alacaklının, kendisine asıl borcun ifasındaki yararıyla cezai şart ödenmesi halindeki yararı arasında makul ve adil ölçü, sözleşmeye aykırı davranılmasından dolayı alacaklının uğradığı zarar, borçlunun borcunu yerine getirmemiş olması sebebiyle sağladığı menfaat, borçlunun kusuru derecesi ölçü alınıp cezai şart miktarı hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun olarak saptanmalıdır. Hâkimin bu kuralları uygularken kullanacağı takdir hakkının Yargıtay denetimine elverişli olması gerekir. Aşırılığın belirlenmesinde cezai şart borcun yerine getirilmesi için davalı üzerinde bir baskı yaptığı da gözetilip böyle bir baskının ortadan kaldırılması sonucunu doğuracak şekilde indirimden kaçınılmalıdır. Bu durumun yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda cezai şartın fahiş olup olmadığı, indirim gerekip gerekmediği, fahiş ise ne oranda indirim yapılması gerektiği saptanıp, sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve yanlış değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir...’’⁵¹ gerekçeleriyle yol gösterici niteliktedir. Aşırı cezai şartı sadece tarafların ekonomik durumu ile değerlendirmeyen, diğer bir takım ölçütleri de tespit eden karar olması bakımından önemlidir.

Aşırı cezai şartın tespitinde; tarafların ekonomik durumları, asil olarak borçlunun ödeme gücü, alacaklının, kendisine asıl borcun ifasındaki yararıyla cezai şart ödenmesi halindeki yararı arasında makul ve adil ölçü, sözleşmeye aykırı davranılmasından dolayı alacaklının uğradığı zarar, borçlunun borcunu yerine getirmemiş olması sebebiyle sağladığı menfaat, borçlunun kusuru derecesi gibi ölçütlerin kullanması gerektiğine yer verilmiştir. Fakat kararda, ölçütlerin nasıl ele alınması gerektiğine dair yol gösterici bir ibare yer almamaktadır.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 20.06.2013 tarihli bir kararında “...Cezai şart tacir borçlunun ekonomik olarak mahvına sebep olacak derecede ağır ve yüksek ise bu husus genel adap ve ahlaka aykırı sayılacağından cezai şartın kısmen veya tamamen iptaline karar verilmesinin mümkün olduğu, buna göre tarafların iktisadi durumu, davalı borçlunun ödeme gücü ve kabiliyeti, sözleşmenin feshindeki kusur

⁵¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 27.03.2013 T., 2012/13-821 E., 2013/409 K. sayılı kararı. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 30.10.2014)

durumu göz önüne alınarak bu yönde davalı defter ve kayıtları incelenip tüm delillerin birlikte değerlendirilerek uygun sonuç dairesinde cezai şart hususunda bir karar verilmesi gerektiğinden bahisle hükmün bozulmasına karar verilmiştir. Bozma sonrası yapılan yargılamada, tarafların iktisadi durumu ve paranın satın alma gücü gözetilerek 366.494,48 usd olan cezai şart tutarından takdiren %90 oranında indirim yapılması gerektiği ve davanın kısmi açıldığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir. Mahkemece, bozmaya uyulmuşsa da bozma kararının gerekleri tam olarak yerine getirilmemiştir. Zira hükmüne uyulan bozma ilamında davalı defter ve kayıtlarının incelenmesi, sözleşmenin feshindeki kusur durumu da dikkate alınarak bir karar verilmesi gerektiğine değinilmiş mahkemece ise sadece tarafların iktisadi durumu ve paranın satın alma gücü hususlarının gerekçe yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece, davalı defter ve kayıtları incelenerek ve sözleşmenin feshindeki kusur durumu dikkate alınıp tüm deliller birlikte değerlendirilerek cezai şart hususunda varılacak uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru değildir... ”⁵² gerekçeleriyle hâkim tarafından değerlendirme yapılırken sadece tarafların iktisadi durumlarının ele alınmasının hatalı olduğu tespit edilmiştir. Fakat iktisadi tespitin sadece ticari defter ve kayıtlara indirgenmesi eksiklik içermektedir. Öte yandan paranın satın alma gücü objektif bir ölçüt olmadığı

⁵² Yarg. 19. HD., 20.06.2013 T., 2013/8646 E., 2013/11501 K. sayılı kararı. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 30.10.2014); Aynı yönde verilen karar için bkz. Yarg. 13. HD. 29.03.2001 T., 2001/2430 E., 2001/3247 K. sayılı kararı; Yarg. 13. HD., 28.06.2005 T., 2005/4458 E., 2005/11078 K. sayılı kararı; Yarg. 3. HD. 05.02.2013 T., 2012/18720 E., 2013/1653 K. sayılı kararı; Yarg. 11. HD. 27.09.2013 T., 2011/15151 E., 2013/16953 K. sayılı kararı. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 30.10.2014); Yargıtay 13. HD., 08.05.2014 T., 2014/8117 E., 2014/14752 K. sayılı karar detayı için bkz. “...Yürürlükte bulunan hukuk sistemimizde akit prensibi kabul edilmiştir. Taraflar kanuna, ahlaka ve adaba, kamu intizamına, şahsiyet haklarına aykırı olmamak şartıyla aralarında her konuda serbestçe sözleşme yapabilirler. (BK m.19-20) Yine sözleşme ile taraflar fiyat belirleme hakkını karşı tarafa yani alıcıya, satıcıya, kiracıya veya kiralayana bırakabilirler. Böyle bir kararlaştırma, taahhüt tarafları bağlar. Somut olayda da davalı ürününü satmak için davacı şirketi tercih etmiş ve davaya konu sözleşmeyi serbest iradesi ile imzalamıştır. Davalı, sözleşme kapsamında belirlenen teminat senedini de bizzat imzalayarak davacıya vermiştir. Hal böyle olunca taraflar arasındaki sözleşme geçerli ve bağlayıcıdır. Ancak taraflar cezai şartın miktarını tayin etmekte serbest iseler de, Borçlar Kanunu 161/son maddesi hükmüne göre, hâkim fahiş gördüğü cezaları resen tenkis etmekle yükümlüdür. Ceza koşulunun fahiş olup olmadığı, tarafların iktisadi durumu, özel olarak borçlunun ödeme kabiliyeti ile beraber, borçlunun borcunu yerine getirmemiş olması nedeniyle sağladığı menfaat, borçlunun kusur derecesi ve borca aykırı davranışın ağırlığı ölçü alınarak tayin edilmeli ve hüküm altına alınan ceza miktarı, hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun olarak tespit edilmelidir...” yer alan gerekçelerle daha önce verilen kararlarla uyum sağlanmış ve fahiş cezai şartın değerlendirilmesi noktasında diğer kararlarda yer alan ölçütleri içeren bir karar verilmiştir. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 30.10.2014).

gibi denetime elverişli ve benzer uyumsuzluklar için yeknesak sonuçların doğmasına hizmet edecek bir ölçüt değildir. Kanaatimizce, cezai şartın aşırılığının tespitinde gözetilecek ölçütlerin birlikte değerlendirilmesi ve bu doğrultuda karar verilmesi indirimin amacına daha uygun düşmektedir.

c. Aşırılığın Tespitinde Değerlendirilmesi Gerekli Ölçütler

(1) Alacaklının Menfaatleri

i. Genel Olarak

Cezai şart miktarı, borçlu tarafın adalete güvenini ve hakkaniyet duygusunu sarsacak bir miktarda olmamalıdır. Bununla birlikte indirim sonucunda kalacak cezai şart miktarının da alacaklı taraf bakımından adalet ve hakkaniyete aykırı olmaması gerekmektedir⁵³. Bu nedenle cezai şart ile alacaklının korunmak istenilen menfaatleri arasındaki oranın adalet ve hakkaniyete uygunluğunu sağlamak için kanaatimizce, hâkim öncelikle alacaklının menfaatlerini belirlemeli ve bu menfaatlerin korunmasını gözetmelidir.

Cezai şartın indirilmesinde, alacaklının korunmaya değer menfaatlerinin oldukça önemli bir rolü vardır. Borçlu taahhüt altına girdiği asıl borcu ihlal etmekle, alacaklının menfaatlerine zarar verdiyse hâkim indirimi bu menfaatler dengesini gözeterek değerlendirmelidir. Ayrıca borçlunun asıl borca aykırı davranışları sonucunda menfaatleri zarara uğrayan alacaklı bu zararı ispat etmek zorunda değildir. Cezai şart, alacaklıyı uğradığı zararın ispatı yükünden kurtarmaktadır⁵⁴.

Alacaklı tarafın asıl sözleşme ile elde etmek istediği menfaatler göz önünde tutularak bir değerlendirme yapılmalıdır. Cezai şart, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi hali için kararlaştırıldığı durumlarda, alacaklı asıl edimi elde edememiş veya gereği gibi bir ifa ile beklediği edime kavuşamamıştır. Böyle bir durumda alacaklının asıl sözleşmeden beklediği menfaatleri elde edememiş olduğu kabul edilmelidir. Diğer yandan cezai şartın borcun zamanında veya yerinde ifa edilmemesi

⁵³ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 146; Günay, **a.g.e.**, s.182; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 231.

⁵⁴ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 146; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 232; Cezai şartın zarar ile olan ilişkisi için bkz. I. Bölüm, G, 2, a.

gibi çeşitli nedenlerle karşılaştırılmış olması halinde ise alacaklı asıl sözleşme ile elde etmek istediği edime ya süre bakımından daha geç kavuşacaktır ya da beklediği yerde edime kavuşamayacağından edimden daha az menfaat elde edebilecektir. Tüm bu ihtimaller karşılaştırılan cezai şartın türüne ve bağlı olduğu asıl sözleşmeye göre değişiklik gösterecektir.

Borçlu cezai şartın muaccel olması sonucunu doğuran asıl borcu ihlal etmekle alacaklının menfaatlerini zarara uğratmakta veya beklenenden daha az menfaat elde edilmesine sebep olmaktadır.

Alacaklının gözetilecek menfaatleri yalnızca maddi, malvarlığına ilişkin menfaatleri değil aynı zamanda manevi, ahlaki menfaatlerinin de gözetilmesi gerekmektedir⁵⁵. Alacaklının maddi menfaatleri, konusu parayla ölçülebilen menfaatleridir⁵⁶. Borçlanılmış bir edimin, alacaklı açısından taşıdığı malvarlığı değerlerinin tamamını maddi menfaatler teşkil etmektedir.

Alacaklının manevi menfaatleri ise bir şey üzerindeki malvarlığı değeri bulunmayan fakat hukuken korunmaya değer menfaatleridir⁵⁷. Alacaklının, sözleşmeden elde edeceği ifaya ilişkin olarak duyduğu güvenin borçlunun sözleşmeye aykırı davranışı neticesinde sarsılmış olması hali alacaklının manevi menfaatin ihlal edilmesine örnek teşkil etmektedir. Bu nedenle alacaklının bu haklı güven duygusunun korunması gereği doğmaktadır.

Cezai şart, manevi değeri haiz borçların da ifasını temin ettiği için, maddi olmayan menfaatlerin korunmasında da önemli bir araçtır. Ayrıca manevi menfaatlerin paraya çevrilmesinde objektif bir ölçüt bulunmadığından bu tür menfaatler tahmini bir değer üzerinden hesaplanmaktadır. Cezai şartın indirilmesinin amacı, aşırı cezai şart miktarını alacaklının menfaatleri ile dengelemek olduğu için hâkim tarafından bu yönde hesaplama yapılabilirdir⁵⁸.

⁵⁵ Günay, **a.g.e.**, s. 190.

⁵⁶ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 232.

⁵⁷ Günay, **a.g.e.**, s. 190.

⁵⁸ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 147; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 233.

Kanaatimizce, bu ölçüt kapsamında göz önüne alınması gereken husus, alacaklının esas sözleşme ilişkisi içinde sahip olduğu veya olacağı menfaatler ve bu menfaatlerin birbirine oranıdır. Alacaklı taraf kararlaştırılan cezai şart ile esas sözleşme kapsamında elde edeceği faydanın ya da karşı tarafın elde edeceği faydanın çok üstünde bir menfaat elde etmiş olması halinde korunmak istenilen menfaatin o sözleşmesel ilişki içindeki menfaat olduğu nazara alınmalı ve bu kapsamda değerlendirme yapılmalıdır.

ii. Yargıtay Görüşü

Alacaklının menfaatleri ölçütünün hâkim tarafından ne şekilde incelenmesi gerektiğine ve içeriğinin nasıl doldurulması gerektiğine ilişkin görüşümüze yukarıda yer verdik⁵⁹. Alacaklının menfaatlerinin belirlenmesi ve özellikle cezai şartın aşırılığının tespiti noktasında Yargıtay kararlarında alacaklının menfaatlerinin nasıl değerlendirildiği aşağıda yer alan kararlar çerçevesinde incelenmektedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 12.04.2000 tarihli kararında “...*Cezai şartın indirilmesini gerektiren hallerde hâkim her şeyden önce alacaklının menfaatini göz önünde tutmalı ve bu menfaatlerin ne dereceye kadar ihlal edildiğini de araştırmakla beraber davalının kusurunun ağırlığını ve tarafların içinde buldukları durumu da göz önünde tutmalıdır. Ceza; alacaklının uğradığı zarar ve ihlal edilen menfaatle makul bir surette olmalıdır. Öyleyse mahkemece cezai şart daha uygun miktarda bir indirme yapılmalı ve ortaya çıkacak, sonuca göre bir hüküm kurulmalıdır bu yönlerin gözetilmemiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir... Hukuk Genel Kurulu'nca: Taraflar sözleşme ile cezai şart tutarını serbestçe tayin ve tespit edebilirler. Ne var ki, hâkim yalnızca aşırı gördüğü cezaları indirmekle görevlidir. Burada kararlaştırılan cezai şartın aşırı olup olmadığını belirlemede başvurulması gereken kıstaslar önemlidir. Gerçekte de, ceza koşulunun taraflar arasındaki ilişkiye uygun düşemeyecek ölçüde yüksek tutulması ve açıkça hakkaniyet ve nesafete aykırı bulunması durumunda aşırılığın varlığı kabul edilmelidir. Böyle bir sonuca kavuşabilmek için alacaklının asıl edimin yerine getirilmesindeki çıkarı ile ceza koşulu olarak saptanan miktar arasındaki oranın ve borçlunun borca aykırı*

⁵⁹ Bkz. III. Bölüm, B, 4, c, (1), i.

davranmasındaki kusur derecesinin ve de borçlunun ekonomik durumunun göz önünde tutulması gerekir. Öte yandan alacaklının yararlarının hesabında, borçlunun ifa etmeme yüzünden sağlayacağı kazançlarda göz ardı edilmemelidir. Aşırılığın belirlenmesinde, cezai şartın borcun yerine getirilmesi için borçlu üzerinde manevi baskı yaptığı da gözetilmeli, böyle bir baskının ortadan kalkmasına yol açacak şekilde indirimden kaçınılmalıdır...’’⁶⁰ gerekçelerine yer verilmiştir. Yargıtay Özel Dairesi’nin ve Hukuk Genel Kurulu’nun verdiği kararlarda, cezai şartın indirilmesini gerektiren hallerde hâkimin her şeyden önce alacaklının menfaatlerini göz önünde tutmalıdır yönünde yer alan ifade konu kapsamında yaptığımız açıklamaları desteklemektedir. Kararda alacaklının menfaatleri ölçüt olarak verilmiş fakat bu ölçütün değerlendirilmesi ve içeriğinin nasıl doldurulması gerektiği yer almamaktadır. Sadece kavram olarak aşırılığın tespiti ölçütleri arasında sayılmaktadır.

Yargıtay kararlarında, hizmet sözleşmeleri kapsamında işçinin bu sözleşme ile elde ettiği menfaatler göz önünde tutularak, işçinin aleyhine de olsa, haklı

⁶⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 12.04.2000 T., 2000/13-749 E., 2000/758 K. sayılı kararın detayı için bkz. “...Davacı ile davalı arasında 04.05.1996 tarihli sözleşme imzalandığını, davalının sözleşmeye aykırı olarak ikamet ettiği yerde izlenmek üzere aldığı dekoderi kiraathanede kullandığını ileri sürerek bireysel abonelik bedelinin 10 katı olan 217.000.000 lira cezai şartın tespit tarihinden itibaren reeskont faizi ile birlikte tahsiline karar verilmesini istemiştir... Mahkemece, davanın kısmen kabulü ile 21.700.000 liranın davalıdan tahsiline karar verilmiştir... Cezai şartın indirilmesini gerektiren hallerde hâkim her şeyden önce alacaklının menfaatini göz önünde tutmalı ve bu menfaatlerin ne dereceye kadar ihlal edildiğini de araştırmakla beraber davalının kusurunun ağırlığını ve tarafların içinde buldukları durumu da göz önünde tutmalıdır. Ceza; alacaklının uğradığı zarar ve ihlal edilen menfaatle makul bir surette olmalıdır. Öyleyse mahkemece yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmalı ve bu konuda ayrı bir inceleme yapılmalı ve cezai şart daha uygun miktarda bir indirme yapılmalı ve ortaya çıkacak, sonuca göre bir hüküm kurulmalıdır bu yönlerin gözetilmemiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir... Hukuk Genel Kurulu’nca: Taraflar sözleşme ile cezai şart tutarını serbestçe tayin ve tespit edebilirler. Ne var ki, hâkim yalnızca aşırı gördüğü cezaları indirmekle görevlidir. Burada kararlaştırılan cezai şartın aşırı olup olmadığını belirlemede başvurulması gereken kıstaslar önemlidir. Gerçekte de, ceza koşulunun taraflar arasındaki ilişkiye uygun düşemeyecek ölçüde yüksek tutulması ve açıkça hakkaniyet ve nesafete aykırı bulunması durumunda aşırılığın varlığı kabul edilmelidir. Böyle bir sonuca kavuşabilmek için alacaklının asıl edimin yerine getirilmesindeki çıkarı ile ceza koşulu olarak saptanan miktar arasındaki oranın ve borçlunun borca aykırı davranmasındaki kusur derecesinin ve de borçlunun ekonomik durumunun göz önünde tutulması gerekir. Öte yandan alacaklının yararlarının hesabında, borçlunun ifa etmeme yüzünden sağlayacağı kazançlarda göz ardı edilmemelidir. Aşırılığın belirlenmesinde, cezai şartın borcun yerine getirilmesi için borçlu üzerinde manevi baskı yaptığı da gözetilmeli, böyle bir baskının ortadan kalkmasına yol açacak şekilde indirimden kaçınılmalıdır...” (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 31.10.2014)

gerekçelerin varlığı halinde işveren tarafın sorumlu olduğu cezai şart miktarının aşırılığı tespit edilerek indirimde gidilmektedir⁶¹.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 26.12.2001 tarihli kararında "*Taraflar arasında 5 yıllık belirli süreli hizmet sözleşmesinin 5. maddesinde "Taraflardan her hangi birisinin sözleşme süresi dâhilinde sözleşmeyi fesih yoluna gitmesi halinde 42.000 d.m. cezai şart ödeyeceği" yer almaktadır. Davalı sözleşmeye aykırı davrandığından davacı cezai şarta hak kazanmıştır. Ancak, bu cezai şart fahiş olup mahkemece eBK' nın 161. maddesine göre yapılan indirim yeterli değildir. Davalı işveren uzamış olan sözleşme süresinin dolmasına bir ay kala hizmet akdini feshetmiştir. Aynı sözleşmenin cezai şartla ilgili kuralı uygulanırken bu hususun dikkate alınarak cezai şarttan daha yüksek bir oranda indirim yapılması gerekir. Mahkemece cezai şartta uygun bir indirim yapılmalıdır...*"⁶² işçi tarafından talep edilen cezai şartın, işçinin iş sözleşmesi ile bağlı olarak çalıştığı süreler göz önünde tutularak, işverenin iş sözleşmesinin sona ermesine bir ay kala sözleşmeyi feshetmesi nedeni ile indirilmesi ve yapılması gereken indirim somut olayda yer alan bir ay gibi kısa sürenin göz önüne alınarak daha yüksek oranda olması gerektiğine ilişkin emsal kararıdır.

Kanaatimizce ve doktrinde savunulduğu üzere, işveren tarafının tacir sıfatını haiz olduğu durumlarda, tacir işveren kendi aleyhine öngörölmüş cezai şartın TBK m. 182/f.3'e dayanarak indirilmesini talep edemeyecektir. Bu nedenle hizmet sözleşmelerine işveren olarak gerçek veya tüzel kişi tacirin taraf olduğu durumlarda TTK m. 22 uygulanmalı ve ahlaka aykırılık haricinde cezai şart miktarında indirim yapılmamalıdır⁶³.

Yargıtay Özel Dairesi benzer uyuşmazlıklarda, yukarıda yer alan Hukuk Genel Kurulu Kararı ile uyumlu kararlar vermiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 30.06.2011 tarihli kararında, "*...Cezai şartın işçi ve işveren hakkında ve iki taraflı olarak düzenlenmesi gereği, işçi aleyhine kararlaştırılardan daha fazla olmaması*

⁶¹ k.g. Nomer Ertan, **a.g.m.**, s. 35 vd.

⁶² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 26.12.2001 T., 2001/9-1175 E., 2001/1166 K. Sayılı kararı. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 28.10.2014)

⁶³ Nomer Ertan, **a.g.m.**, s. 36-37.

sonucunu da ortaya koymaktadır. Başka bir anlatımla işçi aleyhine olarak belirlenen cezai şartın, koşulları ve ceza miktarı bakımından işverenin sorumluluğunu aşması düşünülemez. İki taraflı cezai şartta işçi aleyhine bir eşitsizlik durumunda, cezai şart hükmü tümden geçersiz olamamakla, işçinin yükümlülüğü işverenin sorumlu olduğu miktarı ve halleri aşamaz. İşçiye verilen eğitim karşılığı belli bir süre çalışması koşuluna bağlı olarak kararlaştırılan cezai şartın tek taraflı olarak değerlendirilemez. İşçiye verilen eğitim bedeli kadar cezai şartın karşılığı bulunmakla eğitim karşılığı cezai şart hükmü belirtilen ölçüler içinde geçerlidir... BK 161. maddesi gereği taraflar cezanın miktarını seçmekte serbesttirler. Buna göre belirli süreli iş sözleşmesinin kalan süresine ait ücretlerinin ya da bunun katlarının ödenmesi gerektiği yönünde ceza miktarı belirlenmesi mümkündür... İşçinin belli bir süre çalışması şartına bağlanan cezalardan, sözleşme kapsamında çalışılan ve çalışılması gereken sürelerle göre oran kurularak indirimine gidilmelidir. Somut olayda davacının iş akdinin davalı tarafından haksız olarak feshedilmesi ve karşılıklı olması nedeni ile cezai şart ödeme koşulları oluşmuştur. Ancak mahkemece belirlenen cezai şartın yukarıdaki esaslar doğrultusunda bir indirim tabi tutulmaması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir...⁶⁴ gerekçelerle iş sözleşmelerinde, işçi ve işveren açısından karşılıklı olarak kararlaştırılan cezai şartın sözleşme kapsamında çalışılan ve çalışılması gereken sürelerle oranlanarak indirimine gidilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 25.11.1987 tarihli kararında “... Davalının davacı Rektörlüğe vermiş olduğu 16.04.1980 tarihli taahhütnamenin (b) maddesinde öngörülen 500.000 lira tazminat, cezai şart hükmündedir. Davalının tacir sıfatı mevcut olmadığına göre TTK’ nın 24 ve BK’ nın 161/son madde hükümleri gereğince ceza şartının indirime tabi tutulması gerekir. Özellikle BK’ nın 161/son madde hükmü emredici nitelikte olup, davacının uğradığı zarar göz önünde tutularak bunun adalet ve hakkaniyet ölçüleri içinde tenkis edilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde

⁶⁴ Yarg. 9. Hukuk Dairesi, 30.06.2011 T., 2009/17402 E., 2011/19618 K. Sayılı kararı. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 28.10.2014) Benzer kararlar için bkz. Yarg. 7. HD. 13.05.2013 T., 2013/13807 E., 2013/8737 K. sayılı kararı; Yarg. 22. HD. 03.06.2013 T., 2012/24169 E., 2013/13461 K. sayılı kararı. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 28.10.2014) Eğitim karşılığında kararlaştırılan cezai şart hakkında detaylı olarak bkz. Erdem Özdemir, İş Hukukunda Eğitim Karşılığı Öngörülen Cezai Şart, **Çalışma ve Toplum (Ekonomi ve Hukuk Dergisi)**, 2005, s. 148.

cezanın tümünün tahsili yolunda hüküm kurulması yanlıştır..."⁶⁵ gerekçesi ile cezai şartın indiriminde alacaklının(davacının) uğradığı zararın göz önünde tutulması ölçüt olarak kullanılmıştır. Alacaklının uğradığı zararın tek başına aşırılığın tespitinde ölçüt olarak kabul edilmesi ve indirim yapılmasına dair karar kanaatimizce eksiklik içermektedir.

Yukarda yer alan 25.11.1987 ve 12.04.2000 tarihli kararlarda; alacaklının uğradığı zarar cezai şartın aşırılığının tespitinde bir ölçüt olarak ele alınmıştır. Alacaklı hiçbir zarara uğramasa dahi cezai şartın ödenmesi gerektiği; TBK m. 180/f.1'de alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir ifadesi ile düzenlenmiştir. Kanaatimizce, alacaklının zararı ile cezai şart arasındaki ilişkinin de hâkim tarafından titizlikle incelenmesi gerekmektedir. Alacaklının uğradığı zarar ile alacaklının menfaatleri arasında bağlantı olduğunun kabul edilmesi gerektiği görüşündeyiz. Bununla birlikte alacaklının hiçbir zararının olmaması veya zararının kapsamının az olması cezai şartın bu duruma kıyasla indirilmesini gerektirmez. Bu nedenle alacaklının zararı, cezai şartın aşırılığının tespitine ilişkin diğer ölçütlerle birlikte değerlendirilmek suretiyle cezai şartın indirilmesine bir etkide bulunabilir⁶⁶.

(2) Borçlunun Borca Aykırılığının Ağırlığı

i. Genel Olarak

Cezai şartın aşırılığının tespitinde göz önünde tutulması gereken bir ölçüt de borçlunun borca aykırılığının ağırlık derecesidir⁶⁷. Borçlunun ifa altına girdiği borcuna ne ölçüde uygun davrandığı veya bu borca ne ağırlıkta aykırı davrandığı cezai şartın aşırı sayılıp sayılmayacağı hususunda etkin rol oynamaktadır.

⁶⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 25.11.1987 T., 1987/15-304 E., 1987/868 K. sayılı kararı. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 31.10.2014) Aynı yönde verilen Hukuk Genel Kurulu Kararları için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 02.02.2005 T., 2004/9-759 E., 2005/9 K sayılı kararı; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 21.06.2006 T., 2006/9-453 E., 2006/451 K. sayılı kararı. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 31.10.2014)

⁶⁶ Bilge, **a.g.m.**, s. 121; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 233; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 146.

⁶⁷ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 147; Bilge, **a.g.m.**, s. 122; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 234; İnan, **a.g.e.**, s. 433; Eren, **a.g.e.**, s.1189; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.II., s. 535.

Borca aykırılık ağırsa cezai şartın indirilmemesi veya aykırılığa oranla daha az bir indirim varlığı gerekmektedir. Buna karşılık alacaklının korunmak istenilen menfaatine oranla borçlunun borca aykırı davranışları hafif olarak nitelendirilebiliyorsa, cezai şartın indirilmesi yoluna gitmek uygun olacaktır⁶⁸.

Hâkim, her maddi vakıayı kendi iç unsurları ile değerlendirerek borçlunun borca aykırılığının ağırlığını tespit etmelidir. Örneğin cezai şart birden çok borcu teminat altına almak amacıyla kararlaştırılmışsa ve borçlunun bu borçlardan birine aykırılığı hafifse, diğer indirim şartlarının da varlığı halinde cezai şartın indirilmesi uygun olacaktır⁶⁹.

Değişik zamanlarda ifası gereken borçlardan önemli bir kısmı ifa edildiği halde, sadece küçük bir kısım ifa edilmemişse, borçlunun sözleşmeye aykırılığının ağır sayılmaması gerekmektedir. Böyle bir durumda sözleşmeye ağırlığını veren esaslı unsurların ifa edilmiş olması hali göz önüne alınarak, ifa edilmeyen kısmın sözleşmenin ifa edilmiş olan kısmına nazaran daha önemsiz olması veya daha küçük olması borçlunun borca aykırılığının tespitinde göz önünde tutulmalıdır.⁷⁰

Borcun kısmi olarak ifa edildiği hallerde, borçlunun borca aykırılığının ağırlığına ve cezai şartın indirimine ilişkin değerlendirmenin nasıl yapılması gerektiği sorunu gündeme gelmektedir. Borcun kısmi ifaya uygun olması ve borçlunun borcunu kısmen ifa ettiği hallerde, borçlunun borca aykırılığı ağır olarak kabul edilmemelidir⁷¹. Doktrinde bu görüşü savunan yazarlar ise şu noktadan hareket etmektedirler. Kısmi ifa, cezai şartın tamamının muacceliyetine engel olmasa da, bu durum bazen haklı bir indirim sebebi teşkil edebilir. Ayrıca borcunu hiç ifa etmeyen ile borcunu kısmi olarak ifa edenin bir tutulmaması gerektiğini savunmaktadırlar. Bu nedenlere kısmi ifa halinde borçlunun borca aykırılığının ağır sayılmaması gerektiği görüşündeyiz.

⁶⁸ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 147.

⁶⁹ Bilge, **a.g.m.**, 123; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 234.

⁷⁰ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 147-148; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 235.

⁷¹ Arsebük, **a.g.m.**, s.992; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 148; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 235.

ii. Yargıtay Görüşü

Borçlunun borca aykırılığının ağırlığı, cezai şartın aşırılığının tespiti ile olduğu kadar indirilmesi ve indirim miktarı ile de doğrudan bağlantılı bir ölçüttür.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 08.05.2014 tarihinde verdiği bir kararında “...Ceza koşulunun fahiş olup olmadığı, tarafların iktisadi durumu, özel olarak borçlunun ödeme kabiliyeti ile beraber, borçlunun borcunu yerine getirmemiş olması nedeniyle sağladığı menfaat, borçlunun kusur derecesi ve borca aykırı davranışın ağırlığı ölçü alınarak tayin edilmeli ve hüküm altına alınan ceza miktarı, hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun olarak tespit edilmelidir...”⁷² şeklinde diğer ölçütlerle birlikte kavram olarak yer verilmiştir.

Borçlunun borca aykırılığının ağırlığı ölçütünün içeriği doldurulmalı ve ölçüt bu kapsamda değerlendirilmelidir. Cezai şartın teminat altına aldığı borcun, taraflar arasındaki esas borç olup olmadığı borca aykırılığın ağırlığının tespiti noktasında önem taşımaktadır. Yine teminat altına alınan borcun, esas borç olmadığı ihtimalinde, bu borcun sözleşmedeki önem derecesine oranla borca aykırılığın ağırlığı tespit edilecektir. Borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halleri, borca aykırılığın ağırlığını tespit noktasında önem taşımaktadır.

⁷² Yargıtay 13. HD., 08.05.2014 T., 2014/8117 E., 2014/14752 K. sayılı kararı detayı için bkz. “...Yürürlükte bulunan hukuk sistemimizde akit prensibi kabul edilmiştir. Taraflar kanuna, ahlaka ve adaba, kamu intizamına, şahsiyet haklarına aykırı olmamak şartıyla aralarında her konuda serbestçe sözleşme yapabilirler. (BK m.19-20) Yine sözleşme ile taraflar fiyat belirleme hakkını karşı tarafa yani alıcıya, satıcıya, kiracıya veya kiralayana bırakabilirler. Böyle bir kararlaştırma, taahhüt tarafları bağlar. Somut olayda da davalı ürününü satmak için davacı şirketi tercih etmiş ve davaya konu sözleşmeyi serbest iradesi ile imzalamıştır. Davalı, sözleşme kapsamında belirlenen teminat senedini de bizzat imzalayarak davacıya vermiştir. Hal böyle olunca taraflar arasındaki sözleşme geçerli ve bağlayıcıdır. Ancak taraflar cezai şartın miktarını tayin etmekte serbest iseler de, Borçlar Kanunu 161/son maddesi hükmüne göre, hâkim fahiş gördüğü cezaları resen tenkis etmekle yükümlüdür. Ceza koşulunun fahiş olup olmadığı, tarafların iktisadi durumu, özel olarak borçlunun ödeme kabiliyeti ile beraber, borçlunun borcunu yerine getirmemiş olması nedeniyle sağladığı menfaat, borçlunun kusur derecesi ve borca aykırı davranışın ağırlığı ölçü alınarak tayin edilmeli ve hüküm altına alınan ceza miktarı, hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun olarak tespit edilmelidir...” (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 30.10.2014).

(3) Borçlunun Kusurunun Ağırılığı

i. Genel Olarak

Cezai şartın aşırılığının tespitinde, hâkim takdir hakkını kullanırken borçlunun borca aykırı davranışında kusurlu olup olmadığını ve kusurun ağırılığını değerlendirmesi gerekmektedir. Hakkaniyetin söz konusu olduğu durumlarda, borçlunun kusurunun ağırılığı önem arz etmektedir⁷³. Haksız fiil sorumluluğu kapsamında tazminatı düzenleyen TBK m.51/f.1 hükmünde; tazminatın kapsamının ve ödenme biçiminin, durumun gereği ve özellikle kusurun ağırılığı göz önüne alınarak hâkim tarafından belirleneceği yer almaktadır. Bu hüküm m. 114/f.2 gereği sözleşmeye aykırılık hallerinde de kıyas yoluyla uygulanmaktadır.

Hükümde de yer aldığı üzere, durumun gereği ve kusurun ağırılığı sorumluluğun tespiti açısından önemlidir. Bu nedenle borçlunun borca aykırı davranışının hafif kusura veya yardımcı şahsın fiiline dayanması hali ile borçlunun zarar verme kastına dayanması hali farklı bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır.

Borçlunun kusursuzluğunu ispat etmek suretiyle, cezai şartın muacceliyetine engel olması ve cezai şartı ödemekten kurtulması mümkündür. Kusurun bulunmaması, kural olarak cezai şartın hüküm ifade etmesine engel olacağına göre, borçlunun kusurunun hafif olması halinde, cezai şartın indirilebilmesi kanaatimizce de olağan karşılanmalıdır. Fakat kusurun hafif olması halinde mutlaka cezai şartın indirilmesi yoluna gidilmesi gerekmez. Borçlunun kusuru hafif olsa bile, durumun gereği ve diğer indirim nedenlerinin değerlendirilmesi neticesinde cezai şart olduğu gibi korunabilecektir⁷⁴.

Borçlunun hafif kusurlu olmasının yanı sıra alacaklının ortak kusurunun bulunduğu durumlarda cezai şartın indirim sebepleri arasında sayılabilir⁷⁵. Borçlunun

⁷³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 355.

⁷⁴ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 149; Uçar, **a.g.e.**, s. 106; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 236; Ekinci, **a.g.e.**, s.329.

⁷⁵ Bilge, **a.g.e.**, s. 123; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 149; Uçar, **a.g.e.**, s. 106; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 236; Ekinci, **a.g.e.**, s.329; Tanju Uygur, "Cezai Şartın Tenkisi", **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı 6, 1975, s. 817.

kusursuz olması halinde bile cezai şart ödeyeceğini taahhüt etmesi halinde cezai şartın aşırılığının tespitinde bu ölçütün değerlendirilmesi önem arz etmeyecektir⁷⁶.

Borçlunun ağır kusur veya kasten borca aykırı davranması hallerinde, hâkim tarafından ceza şartın indirilmemesi veya başka indirim koşullarının varlığı halinde oldukça düşük miktarda indirim yapılması hakkaniyete daha uygun olacaktır⁷⁷.

ii. Yargıtay Görüşü

Hukuk sistemimizin kusur sorumluluğu üzerine inşaa edilmesi ve kusursuz sorumluluğun istisnai nitelikte olması borçlunun kusurunun ağırlığı ölçütünün, cezai şartın aşırılığının tespiti ve indirimi konusunda sıklıkla kullanılmasının nedenidir.

Kusur sorumluluğunun tazminatla olan sıkı bağlantısının bir yansıması da cezai şart ile kusur arasındaki ilişkide görülmektedir. Cezai şartın aşırılığının tespitini sağlayan diğer ölçütler ve indirim koşulları içinde amacına en uygun kullanım ve nitelendirme kusur ölçütüne ilişkindir. Bu durum kusur ve sorumluluk konusunda doktrinde yer alan çalışmalar ve kökleşmiş yargı kararlarının etkisiyledir. Aşağıdaki kararda yer aldığı üzere öncelikle kusurun varlığı belirlenmekte ardından kusurun ağırlığının tespiti yapılmaktadır. Bu tespit yapılırken yukarıda⁷⁸ yer verdiğimiz ağır kusur, hafif kusur, borca aykırılığın ve cezai şartın hüküm ifade etmesini sağlayan esas borcun ihlal edilmesi ile kusur arasındaki ilişki incelenmektedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 09.10.1991 tarihli kararında, “...Eser sözleşmelerinde yüklenici, kural olarak, işin görülmesi ve tesliminde işçiye göre “daha yüksek özen” göstermelidir. Yüklenici bir işi üstlenirken, kendi bilgisinin, uzmanlığının ve parasal gücünün o iş için yeterli olduğunu iyice tartmak ve bunlar yetersiz ise sözleşmeyi yapmaktan kaçınmak zorundadır. Aksi halde özen borcuna aykırı davranış olur ve borçlu bundan sorumlu tutulur. Özen borcu işin teslimine kadar devam eder... Zarar görenin kusuru kural olarak tazminattan indirim sebebi olarak kanunumuzda kabul edilmiştir. Özel olarak belirlenen davranışlar tazminatın

⁷⁶ Tunçomağ, a.g.e., s. 149; Eren, a.g.e., s.1189; Kocaağa, a.g.e., s. 236; Ekinci, a.g.e., s.329.

⁷⁷ Tunçomağ, a.g.e., s. 149; Kocaağa, a.g.e., s. 236; Ekinci, a.g.e., s.329.

⁷⁸ Bkz. III. Bölüm, B, 4, c, (3), i.

saptanmasında etkili neden olarak kabul edilmiştir. Zarar görenin zarara razı olması yahut eylemi zararın oluşmasına veya zararın artmasına yardımcı olmasıdır. Sözleşmelerde kararlaştırılan hususların yerine getirilmesi, verilen sözün tutulması ilkesi gereğidir. Çünkü doğruluk ve dürüstlüğün gereği budur. Bu nedenle olayımızda davalı eser sözleşmesi ile işin geç tesliminden dolayı ve geç teslim süresinin bütünü için tazminat ödemeyi kabul etmiş olduğuna göre bunu davacıya eksiksiz olarak ödemek zorundadır... Özen borcuna aykırı davranarak kusurlu durumunda bulunan davalı yüklenici teslim gününden itibaren işleyecek cezai şartı tam olarak ödemek zorundadır. Kaldı ki, davacının geç teslim süresince en az kabul edilen cezai şart kadar zarara uğradığı bir olgudur. Bu nedenle de davacı hiçbir indirim tabi tutulmadan gerçek zararını isteyebilecek durumdadır. Bu durumda, tüm bu nedenlerle yüklenici olana davalıların, işi zamanında teslim etmemesinden doğan cezai şartı davacıya hiçbir indirim yapılmaksızın ödenmesi sözleşmeye, eBK m.356/1 'de yer alan özen borcuna ve doğruluk ve güven ilkelerine uygun düşer... ”⁷⁹

⁷⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 09.10.1991 T., 1991/15-340 E.,1991/467 K. Sayılı kararı detay için bkz. “... Davacı, kendisine ait taşınmazda kat karşılığı bina yapılması için davalılarla eser sözleşmesi yaptığı; işin 36 ayda bitirilmesi gerekirken dava tarihine kadar bitirilmediğini, bu 17 gecikme nedeniyle sözleşmede kararlaştırılan (her daire için aylık 300.000-TL üzerinden 9 daire için 45.900.000-TL) tazminatın tahsilini talep etmiştir. İlk derece mahkemesi 11.000.000-TL ödemeyi düşerek 34.900.000-TL'nin tahsiline karar vermiştir. ...Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 17.12.1990 gün ve 2493-5552 sayılı ilamı ile davacıların kendi davranışları ile davalının durumunu ağırlaştırmamak zorunluluğunda olduklarını, davacıların ihtar ile eBK m.106'da yer alan seçimlik haklarını kullanmaları gerektiğini, İnşaattaki eksikliklerin uzman bilirkişiler tarafından ne kadar sürede tamamlanabileceğinin tespit edilmesi gerektiğini ve teslim tarihinden itibaren beklenen beş ay ve eksikliklerin giderilmesi için verilen süre eklenmek suretiyle bu tarihler arası dönem için kira tazminatı istenebileceğini belirterek bozma kararı vermiştir. İlk derece mahkemesinin kararda direnmesi üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu; “... Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici taraf olan davalıların, işi zamanında teslim etmemesinden doğan cezai şartı karşı tarafa hiçbir indirim yapılmaksızın ödemesi sözleşmeye, eBK' nın 356/1. maddesinde yer alan özen borcuna, doğruluk ve güven kurallarına uygun düşer. ...Taraflar arasındaki eser sözleşmesinin bitimi ve işin teslimi belirli süreye bağlandığına göre; bu sürenin dolmasıyla, davalı yüklenicinin, borcunu yerine getirmede mütemerrit olduğu ve bu olgusunun hukuksal sonuçlar doğurduğu kabul edilmelidir... Sözleşme hükümlerine göre borç tayin ve tespit edilen bir zamanda veya muayyen bir mehil içinde ifa edilmek gerekiyorsa mehil tayinine gerek yoktur. Davalı yüklenicinin, borcunu 36 ay içinde yerine getireceği sözleşmede kabul edildiğine göre, eBK m.106/1 gereği bir mehil belirlenmesine gerek yoktur. eBK m.106/2 gereği, borcun yerine getirilmemesi direnilmesi halinde alacaklıya, 3 seçimlik hak verilmiştir... Davacı olan alacaklı, bu seçimlik hakkını kullanmadığı takdirde, sözleşmenin yerine getirilmesini ve tazminat istediği yolunda hukuk öğretisinin yerleşmiş görüşüne göre bir karinenin varlığı kabul edilir. Bu karine yasa koyucunun alacaklının borcun ifasının ve gecikme nedeniyle zarar ve ziyanı “her zaman” isteyeceğini kabul etmekle oluşmuştur. Bu nedenlerle, Hukuk Genel Kurulunu oluşturan üyelerin çoğunluğu, hukuk öğretisindeki yasaya uygun düşen yorumu benimseyerek, alacaklının eBK m.106/2'de yer alan seçimlik hakkını kullanmak zorunda olmadığını ve bu halde dahi gecikme tazminatı isteyebileceği sonucuna varmıştır. Teslim borcunun yerine getirilmemesinde, gecikme tazminatı yani cezai şart gecikmenin belirli bir süreyi aşması halinde

gereçekleriyle açıkladığı üzere özen borcuna aykırı davranarak kusurlu bulunan davalının, cezai şartı tam olarak ödemekle yükümlü olduğuna ilişkin kararı da görüşümüzü destekler niteliktedir.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 20.06.2013 tarihli kararında “*Davalı defter ve kayıtları incelenerek ve sözleşmenin feshindeki kusur durumu dikkate alınıp tüm deliller birlikte değerlendirilerek cezai şart hususunda varılacak uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken*”⁸⁰ ifadelerine yer verilmiştir. “Sözleşmenin feshindeki kusur durumu” ifadesiyle kusurun cezai şartın aşırılığının tespiti açısından değerlendirilmesi istenilmiştir. Cezai şartın birden çok borcun ihlali için kararlaştırıldığı durumlar söz konusu olduğunda, sözleşmenin feshi her zaman cezai şartın hüküm ifade etmesini sağlamayacaktır. Bu nedenle sözleşmenin feshinde kusur ifadesi yerine cezai şartın teminat altına aldığı borcun ihlalinde kusur durumu

tamamı istenebilir mi? Bu sorunun cevabı için öncelikle eser sözleşmelerinde yüklenicinin “özen borcu” üzerinde durulmalıdır: Eser sözleşmelerinde yüklenici, kural olarak, işin görülmesi ve tesliminde işçiye göre “daha yüksek özen” göstermelidir. Yüklenici bir işi üstlenirken, kendi bilgisinin, uzmanlığının ve parasal gücünün o iş için yeterli olduğunu iyice tartmak ve bunlar yetersiz ise sözleşmeyi yapmaktan kaçınmak zorundadır. Aksi halde özen borcuna aykırı davranış olur ve borçlu bundan sorumlu tutulur. Özen borcu işin teslimine kadar devam eder... Zarar görenin kusuru kural olarak tazminattan indirim sebebi olarak kanunumuzda kabul edilmiştir. Özel olarak belirlenen davranışlar tazminatın saptanmasında etkili neden olarak kabul edilmiştir. Zarar görenin zarara razı olması yahut eylemi zararın oluşmasına veya zararın artmasına yardımcı olmasıdır. Davacının, zararın nedeni olan işin geç tesliminde kınanabilecek bir eylemi ile zarar razı olduğu veya zararın oluşmasına yahut artmasına neden olması kanıtlanmamıştır. Davacının, sözleşmeye göre, davalı yükleniciye vermesi gereken dairelerden bir tanesinin satış yetkisini vermemiş olması gecikmeye neden olan kusur olarak nitelendirilemez. Çünkü bu dairenin satış yetkisi davalının işi bitirmede direnmesi nedeniyle meydana gelecek zarar karşılık güvence olarak verilmemiştir... TMK m.2/1’de yer alan “doğruluk ve güven kurallarının” somut olayda tartışılması: Sözleşmelerde kararlaştırılan hususların yerine getirilmesi, verilen sözün tutulması ilkesi gereğidir. Çünkü doğruluk ve dürüstlüğün gereği budur. Bu nedenle olayımızda davalı eser sözleşmesi ile işin geç tesliminden dolayı ve geç teslim süresinin bütünü için tazminat ödemeyi kabul etmiş olduğuna göre bunu davacıya eksiksiz olarak ödemek zorundadır... Davalı, işin süresinde teslim edilmemesi halinde davacıya verilecek her daire için aylık 300.000-TL ödeyeceğini kabul etmiştir. Bu eBK m.158/2’de belirlenen bir cezai şart niteliğindedir. eBK m.161/3 gereğince cezai şartın “fahiş olduğu gerekçesi ile tenkisi” gerekeceği düşünülebilir. Ancak davalılar tacir olduğundan böyle bir indirim söz konusu olamaz. Özen borcuna aykırı davranarak kusurlu durumunda bulunan davalı yüklenici teslim gününden itibaren işleyecek cezai şartı tam olarak ödemek zorundadır. Kaldı ki, davacının geç teslim süresince en az kabul edilen cezai şart kadar zarara uğradığı bir olgudur. Bu nedenle de davacı hiçbir indirim tabi tutulmadan gerçek zararını isteyebilecek durumdadır. Bu durumda, tüm bu nedenlerle yüklenici olana davalıların, işi zamanında teslim etmemesinden doğan cezai şartı davacıya hiçbir indirim yapılmaksızın ödenmesi sözleşmeye, eBK m.356/1’de yer alan özen borcuna ve doğruluk ve güven ilkelerine uygun düşer...” (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 28.10.2014)

⁸⁰ Yarg. 19. HD., 20.06.2013 T., 2013/8646 E., 2013/11501 K. sayılı kararı. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 30.10.2014).

ibaresinin kullanılması ve bu çerçevede inceleme yapılmasının daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

(4) Cezai Şart Yükümlüsünün Menfaati

i. Genel Olarak

Cezai şartın aşırı olup olmadığının tespitinde, borçlunun esas sözleşme kapsamında elde ettiği veya edeceği menfaat ya da borcun ihlalden elde ettiği veya edeceği menfaatin göz önünde bulundurulması gerekmektedir⁸¹.

İhlal ettiği borçtan dolayı önemli bir menfaat sağlayan veya sağlayabilecek olan borçlunun ağır bir cezai şart ödemesi adalet ve hakkaniyete aykırılık oluşturmayacaktır. Buna karşılık borçlunun borcun ihlalden elde ettiği veya edeceği her hangi bir menfaatin olmaması veya az olması, diğer sebeplerle birlikte, cezai şartın indirilmesinde ölçüt olarak değerlendirilmelidir.

Bu ölçüt bilimsel çalışmalarda⁸² tarafların karşılıklı ekonomik durumu başlığı altında incelenmektedir. Bu başlık ile ölçüt kapsamında değerlendirilen veya değerlendirilmesi gereken hususlar birbiri ile uyum sağlamadığından biz cezai şart yükümlüsünün menfaati başlığı altında ayrıca değerlendirmeyi daha uygun görmekteyiz.

Yukarıda işaret ettiğimiz gibi gerek alacaklının gerek borçlunun menfaatleri, cezai şartın kararlaştırıldığı esas borç ilişkisi kapsamında değerlendirilmeli ve bu ilişki kapsamında elde edilen menfaatlere göre oranlama yapılmalıdır.

ii. Yargıtay Görüşü

Yargıtay kararlarında “davalının sözleşmenin ihlali neticesinde sağladığı yarar”, “ödeme borcunun yerine getirilmemesi nedeniyle davalının sağladığı yarar” ifadeleriyle bu ölçüte yer verilmektedir. Karar içeriğinde bu kavramlar aşırılığın

⁸¹ Bilge, **a.g.m.**, s.123; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 237.

⁸² Bilge, **a.g.m.**, s. 123; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 149; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 236-237; Tanju Uygur, **a.g.m.**, s. 817.

tespiti ve indirim için gözetilmesi gerektiği vurgulansada bu ölçüt kapsamında tam olarak değerlendirilecek hususun ne olduğuna yer verilmemektedir.

Yargıtay tarafından hizmet sözleşmelerine ilişkin olarak verilen bazı kararlarda, işçi aleyhine kararlaştırılan cezai şartlar söz konusu olduğunda işçinin ekonomik gücünün tespiti açısından, iş sözleşmesinin süresi ve sağlanan gelir daima göz önüne alınmaktadır⁸³. Esas sözleşme kapsamında davalı işçinin elde ettiği menfaatler tespit edilerek bu menfaatler ile orantılı cezai şart miktarı belirlenmektedir. Yargıtay tarafından verilen bazı kararlarda ise sözleşmenin ihlali nedeniyle davalı tarafın elde ettiği menfaatler ölçüt olarak kullanılmaktadır.

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 17.05.2007 tarihli kararında “...03.02.2002 tarihli kira sözleşmesine konulan cezai şart geçerli kabul edilmekte ancak, gecikme faizi olarak kabul edilerek hâkimin denetimi aranmaktadır. Yasal faiz oranı nazara alındığında aylık %20 faiz oranı fahiş olup, BK’ nın 161. Maddesi uyarınca re’sen incelenerek, tarafların ekonomik durumu, ödeme borcunun yerine getirilmemesi nedeniyle davalının sağladığı yarar ve davacının zararı gözetilerek hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun bir miktara indirilmesi gerekirken bu hususun incelemesiz bırakılması doğru değildir...”⁸⁴ gerekçesi ile cezai şartın aşırı olup olmadığının belirlenebilmesi için göz önünde tutulması gereken ölçütlerin tarafların ekonomik durumu, ödeme borcunun yerine getirilmemesi nedeniyle davalının sağladığı yarar ve davacının zararı olarak tespit edildiği görülmektedir.

Kanaatimizce bu ölçüt kapsamında, davalının sözleşmenin ihlalinden elde ettiği yararın tespiti ve bu yararın taraflar arasındaki sözleşme ilişkisine etkisi özellikle değerlendirilmelidir. Cezai şart yükümlüsünün, sözleşmenin ihlalinden elde ettiği veya edeceği menfaatler; yine bu yükümlünün sözleşmenin gereği gibi ifa edilmesi neticesinde elde ettiği veya edeceği menfaatler gözönüne alınarak değerlendirilmelidir. Cezai şart yükümlüsünün menfaati ölçütü, borçlunun kusurunun

⁸³ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 149; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 08.06.2011 T., 2011/9-356 E., 2011/388 K. sayılı kararı; Yarg. 22. HD. 22.01.2013 T., 2012/10007 E., 2013/358 K. sayılı kararı; Yarg. 9. HD. 17.09.2013 T., 2011/23226 E., 2013/22695 K. sayılı kararı. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 28.10.2014)

⁸⁴ Yarg. 3. HD. 17.05.2007 T., 2007/7664 E., 2007/8243 K. sayılı karar. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 31.10.2014)

ağırlığı ve borçlunun borca aykırılığının ağırlığı ölçütleri ile birlikte değerlendirilerek sonuca varılmalıdır.

(5) Cezai Şartın Kararlaştırılma Amacı

i. Genel Olarak

Cezai şartın, borçluyu borca uygun davranma sevk etmek ve böylece borçluyu ifaya teşvik etmek; borçlunun borcu hiç ya da gereği gibi ifa etmediği takdirde alacaklıyı doğacak zararı saptama yükümünden kurtararak önceden tazminatın tespit edilmesini sağlamak üzere iki temel amacı bulunmaktadır⁸⁵. Bunlardan ilki teşvik ikincisi de tazminat amacı olarak adlandırılmaktadır⁸⁶.

Sözleşmenin tarafları kararlaştırdıkları cezai şart hakkında, her zaman bu iki temel amacı aynı oranda gözetmemiş olabilirler. Taraflar sözleşme ile elde etmek istedikleri menfaatler kapsamında amaçlardan birine ağırlık vermiş ve diğer amacı gözardı ederek cezai şart miktarını ve özelliklerini kararlaştırmış olabilirler. Hâkim tarafından somut olayın değerlendirilmesi ve borçluyu ifaya teşvik veya tazminatı önceden tespit amaçlarından hangisinin ön planda olduğunun tespiti gerekmektedir. Amacın belirlenmesi ile cezai şartın her hukuki işlemde aynı amaca hizmet ettiği gibi bir varsayımdan kaçınılacaktır. Sonuç olarak, bu belirlemenin etkisi cezai şartın indirilmesi noktasında kendisini gösterecektir⁸⁷.

Borçluyu ifaya teşvik amacının ağırlıklı olarak hedeflendiği bir sözleşmede, hâkim cezai şartı indirirken, bu amacın ortadan kalkmamasına özellikle dikkat edecektir. Diğer yandan zararın tam olarak hesaplanamaması nedeniyle alacaklının talep edebileceği tazminatı öngörmesini sağlamak amacıyla kararlaştırılan cezai şart söz konusu olduğunda; hâkim, cezai şartı indirirken alacaklının uğradığı zararın altında bir indirim yapmamaya ve tarafların amacına dikkat etmelidir.

⁸⁵ Bilge, **a.g.m.**, s. 81 vd.; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 58 vd.; Kılıçoğlu **a.g.e.**, s. 771-772; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 42; Berki, **a.g.m.**, s. 281 vd.; Önen, **a.g.e.**, s. 120; Tahir Kanık, Cezai Şart, **Adalet Dergisi**, Ağustos, 1950, Sayı 8, s. 1071; İnan, **a.g.e.**, s. 565; Hüseyin Ekinci, **Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004, s. 47; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.II., s. 519; Akkayan Yıldırım, **a.g.m.**, s. 375 vd.

⁸⁶ Cezai şartın amacı hakkında detaylı bilgi için bkz. I. Bölüm, C, 1.

⁸⁷ Karabağ-Bulut, **a.g.e.**, s. 191; Akkayan-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 383.

Kanaatimizce cezai şartın kararlaştırılma amacı; cezai şartın indirilip indirilmeyeceği hususunun veya indirileceği takdirde miktarının belirlenmesi noktasında hâkim tarafından değerlendirilecek ölçütlerden birisidir. Cezai şartın taraflarca hangi amaçla kararlaştırıldığı dikkate alınarak, bu amaçların korunmasına özen gösterilmelidir.

ii. Yargıtay Görüşü

Yargıtay kararlarında, “*cezai şartın kararlaştırılması ile elde edilmek istenilen menfaat ve amaç*”, “*cezai şartın borcun yerine getirilmesi için borçlu üzerinde yaptığı baskı*” ifadeleriyle bu ölçüte yer verilmektedir. Yine cezai şartın kararlaştırılma amacının, indirim yapılıp yapılmayacağına tespiti açısından hâkim tarafından değerlendirilmesi gerektiğine de sıklıkla işaret edilmektedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 27.03.2013 tarihli kararında “*...Aşırılığın belirlenmesinde cezai şart borcun yerine getirilmesi için davalı üzerinde bir baskı yaptığı da gözetilip böyle bir baskının ortadan kaldırılması sonucunu doğuracak şekilde indirimden kaçınılmalıdır. Bu durumun yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda cezai şartın fahiş olup olmadığı, indirim gerekip gerekmediği, fahiş ise ne oranda indirim yapılması gerektiği saptanıp, sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekir...*”⁸⁸ ifadelerine yer verilmiştir. Cezalandırma amacı olarak da adlandırılan ifaya teşvik fonksiyonu hakkında verilen bu kararın özellikle indirim yapılıp yapılmaması ve indirim miktarı hususunda yapılan değerlendirme nedeniyle yol gösterici olduğunu belirtmemiz uygun olacaktır.

Taraflarca cezai şart kararlaştırılırken, ağırlık verilen amacın tespit edilmesinin önemi ve ağırlık verilen amacın teşvik veya tazminat olması halinde nasıl bir değerlendirme yapılması gerektiğine ilişkin gerekçelendirmenin kararlarda yapılmaması, bu ölçütün değerlendirilmesindeki eksikliği oluşturmaktadır. Diğer yandan cezai şart miktarının alacaklının uğradığı zarar oranını aşması tek başına

⁸⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 27.03.2013 T., 2012/13-821 E., 2013/409 K. sayılı kararı. Aynı yönde verilen kararlar için bkz. Yarg. 13. HD., 03.05.2004 T., 2003/16053 E., 2004/6546 K. sayılı kararı. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 31.10.2014)

indirim nedeni olamayacaktır⁸⁹. Özellikle tazminat amacı kapsamında yapılan değerlendirmelerde, cezai şartı doğrudan alacaklı zararına indirgemek suretiyle verilen kararlar taraflarca güdülen amaca uygun olmayan sonuçlar doğurmaktadır⁹⁰.

(6) Ekonomik Özgürlüğün Ahlaka Aykırı Derecede Sınırlanması

i. Genel Olarak

TBK m. 182/f.3 hükmünün düzenlenmesi ile adalete ve hakkaniyete aykırı sonuç doğuracak şekilde bir tarafın malvarlığı edinmesini sağlama amacına hizmet eden, aşırı cezai şartın indirilmesi amaçlanmaktadır. Ekonomik geleceği ahlaka aykırı olacak derecede sınırlayan aşırı cezai şart söz konusu olduğu takdirde, hâkime verilen yetki, zayıf tarafı korumayı hedefleyen istisnai hükmü uygulamaktır⁹¹.

Tacir sıfatını haiz borçlular bakımından da bu eşitsizlik söz konusu olmaktadır. Tacirlerin, ticari işletmelerinin hacmi bakımından kendilerinden daha güçlü olan tacirlerle kurdukları sözleşmelerde, kendilerine dayatılan sözleşme hükümlerini kabullenmek zorunda kaldıkları ticari hayatın bilinen gerçeğidir. Tacir sıfatını haiz borçluların taahhüt ettiği cezai şart miktarına TBK m. 182/f.3 kapsamında müdahale edilemediğine, bu noktada sözleşme özgürlüğü sınırları kapsamında denetleme yapılabileceğine ve ahlaka aykırılığın ileri sürülmesine ilişkin genel açıklamalarımıza yukarıda yer vermiştik⁹².

Doktrinde ve Yargıtay kararlarında, tacir sıfatını haiz borçlu tarafından taahhüt edilen cezai şartın borçlunun, ekonomik anlamda mahvına neden olacak derecede ahlaka aykırı olmasından, ekonomik özgürlüğünü yok edecek derecede yüksek olmasından söz edilmektedir⁹³. Bununla birlikte doktrinde bazı yazarlar

⁸⁹ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.II., s. 535-536; Karabağ-Bulut, **a.g.e.**, s. 194.

⁹⁰ Cezai şart ile zarar arasındaki ilişki için bkz. I. Bölüm, G, 2.

⁹¹ Kocağa, **a.g.e.**, s. 216; Dirican, **a.g.e.**, s. 186; Karabağ-Bulut, **a.g.e.**, s. 193.

⁹² Tacir sıfatını haiz borçlunun cezai şartın ahlaka aykırılığını ileri sürebilmesi hakkında bkz. II. Bölüm, D, 2.

⁹³ Kocağa, **a.g.e.**, s. 261; Dirican, **a.g.e.**, s. 194; Ünal, **a.g.e.**, s. 163.

tarafından ise kişilik haklarına aykırılıktan ve bu bağlamda TMK. m. 23/f.2⁹⁴ hükmünden bahsedildiği de görülmektedir⁹⁵.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 27.06.2013 tarihli kararında “...Cezai şartın miktarı bakımından gerekli görüldüğünde davalının ticari defterleri üzerinde inceleme yaptırılıp yeni bir bilirkişi raporu alınarak belirlenen cezai şart toplamının davalının mahvına neden olup olmayacağı üzerinde durulmalıdır...”⁹⁶ gerekçeleriyle değinilen temel husus, cezai şartın davalının ekonomik anlamda mahvına sebep olup olmayacağının belirlenmesi noktasındadır. Bu belirlemenin de davalı tarafın ticari defter ve kayıtları üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılması ile tespit edileceği belirtilmiştir. Kanaatimizce, hâkim tarafından cezai şarttan indirim yapılması değerlendirilirken, sadece ekonomik anlamda mahva neden olup olmama ölçütü kapsamında değerlendirme yapılmamalı yukarıda saydığımız diğer indirim ölçütleri de göz önüne alınarak değerlendirme yapılmalıdır.

Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 12.09.2013 tarihinde verdiği kararında “Mahkemece, kira sözleşmesine aykırı davranıldığından cezai şartın davalıdan tahsiline karar verilmesi isabetli olsa da, cezanın ekonomik yönden davalının mahvına sebep olması halinde cezadan indirim yapılabileceği gözetilmelidir. Cezai şart miktarının fahiş olup olmadığı belirlenirken, tarafların ekonomik durumları, özel olarak borçlunun ödeme gücü, alacaklının asıl borcun ifa edilmesi halinde elde edeceği yarar ile cezai şartın ödenmesinin sağlayacağı yarar arasındaki makul adil ölçü, sözleşmeye aykırı davranılması yüzünden alacaklının uğradığı zarar, borçlunun kusur derecesi gibi durumlar dikkate alınarak, gerekirse bu konuda özel bilgisi olan bilirkişilerden yararlanılmalıdır ve hak adalet ve nesafet kurallarına uygun bir cezai şart miktarına hükmedilmelidir... Hâkimin, bu kuralı uygularken kullanacağı takdir hakkının, Yargıtay denetimine elverişli esaslara dayanması da

⁹⁴ Türk Medeni Kanunu m. 23/f.2: “Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz.”

⁹⁵Kullanılan kavram olarak “ticari kişilik hakkı” Eren, **a.g.e.**, s. 1189; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 357; Oğuzman/Öz, C.II., s. 537.

⁹⁶ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 27.06.2013T., 2013/5922 E., 2013/12111 K. sayılı kararı. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 31.10.2014)

zorunludur...’’⁹⁷ gerekçeleriyle Yargıtay’ın yakın tarihte verdiği bu kararı, cezai şartın davalının ekonomik durumunun mahvına neden olup olmayacağına değerlendirilmesine ve bu değerlendirmenin diğer sayılan ölçütlerle birlikte yapılması gerektiğine ilişkindir.

Uygulamada cezai şartın aşırılığının veya ahlaka aykırılığının tespiti, sadece borçlunun ekonomik durumunun mahvına neden olup olmama ölçütüne göre yapılmaktadır⁹⁸. Bu durumda, ekonomik anlamda güçlü olan borçlunun aşırı da olsa, ahlaka aykırı da olsa cezai şartı ödemesi gerektiği; ekonomik anlamda zayıf olan borçlu bakımından ise cezai şart miktarından indirim yapılması gerektiği gibi sonuçlar doğmaktadır. Bu sonuçlar, cezai şartın indirilmesi amacı ile örtüşmemektedir. Böylece alacaklı tarafın menfaatleri, tarafların karşılıklı olarak asıl sözleşmeden beklediği menfaatler, borçlunun kusurunun ağırlık derecesi, cezai şartın amacı ve kararlaştırılma nedeni gibi kriterlerin indirim açısından hiçbir önemi kalmamaktadır.

ii. TBK m. 182/f.3 Kapsamında İndirilmesine Müdahale Edilebilen Cezai Şartın Ahlaka Aykırılığı

TBK m. 182/f.3 hükmü çerçevesinde cezai şartın indirilebilmesi için cezai şartın ahlaka aykırı olması aranmamaktadır. Cezai şartın aşırı olması yeterlidir.

⁹⁷ Yarg. 6. HD. 12.09.2013 T., 2013/679 E., 2013/12289 K. sayılı kararı. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 31.10.2014)

⁹⁸ Yargıtay 19. HD., 09.04.2014 T., 2014/4637 E., 2014/6827 K. Sayılı kararında “... 6762 sayılı Ticaret Kanununun 24. Maddesi (6102 sayılı Yeni TTK’nın 22. Maddesi) uyarınca; tacir sıfatına haiz bir borçlunun eBK m.161/f.3 (TBK m.181/f.3) gereği fahiş olduğu iddiasıyla aşırı cezai şarttan indirim yapılmasını isteyemez. Ancak kararlaştırılan cezai şart miktarının ekonomik yönden borçlunun mahvına sebebiyet verecek ölçüde yüksek olduğunun saptanması durumunda cezai şarttan makul oranda indirim yapılabileceği Yargıtay’ca kabul edilmektedir. Ne var ki, bu şekilde indirime gidilebilmesi için borçlunun ekonomik ve sosyal durumu yönünden ayrıntılı bir inceleme yapılması ve kararlaştırılan cezai şartı ödemesinin ekonomik yönden mahvına sebep olup olmayacağı hususunun belirlenmesi gerekmektedir. Bu durumda mahkemece yapılacak iş davalı şirketin ekonomik ve sosyal durumu yönünden konusunda uzman bir bilirkişiye ticari defter ve kayıtları, bilançoları, vergi dairesine verilen vergi beyannameleri vs. gibi kayıtlar üzerinde inceleme yaptırılarak yukarıda belirtilen indirim koşullarının oluşup oluşmadığının konusunda Yargıtay denetimine elverişli rapor alınarak varılacak sonuç dairesinde bir karar verilmelidir.” gerekçeleriyle verilen karar çalışmamızda eleştirdiğimiz tüm hususları içermektedir. Kararda yer aldığı üzere sadece davalının ekonomik anlamda güçlü olup olmadığı indirimin yapıp yapılmayacağına dair takdir hakkında rol oynayacaktır. Görüldüğü üzere tarafımızca yukarıda savunulan hususlar Yargıtay tarafından verilen kararlarda gözetilmemektedir. (Karar yayınlanmamıştır.)

Bununla birlikte tacir sıfatını haiz olmayan borçlu tarafından taahhüt edilen cezai şartın somut olayın özellikleri kapsamında, miktarı itibariyle ahlaka aykırı olması mümkündür. Bu durumda ahlaka aykırı bir cezai şartın varlığı söz konusu olduğunda doktrinde iki farklı düşünce savunulmaktadır.

Birinci görüş; hâkimin ancak geçerli bir cezai şarta TBK m. 182/f.3 hükmü kapsamında müdahale edebileceği düşüncesine dayanmaktadır. Ahlaka aykırı bir cezai şarta bu hüküm ile müdahale edilmesine gerek olmadığı savunulmaktadır. Söz konusu cezai şartın TBK m. 27 hükmü gereği kesin hükümsüzlük yaptırımından etkileneceği savunulmaktadır⁹⁹.

Bizimde katıldığımız karşı görüşte, cezai şartın TBK m. 182/f.3 hükmü gereği indirilebildiği sürece ahlaka aykırılığında söz edilemeyeceği savunulmaktadır¹⁰⁰. Bu görüş hükmün amacına da daha uygundur. Bu hükmün uygulanması ile cezai şartın talep edildiği hatta karar verildiği andaki somut şartlar dikkate alınacaktır. Ahlaka aykırılık, sözleşmenin kurulduğu andaki şartlar çerçevesinde söz konusu olacağından, somut şartlar çerçevesinde aşırı olup olmadığı ancak bu borcun doğmasından sonra anlaşılabilir.

TBK m. 182/f.3 hükmü sözleşme özgürlüğünün genel sınırları tarafından karşılanmayan bir ihtiyaca cevap vermektedir. Kanun koyucunun, ahlaka aykırılığa ilişkin genel düzenlemeye rağmen bu hüküm ile bu tür bir istisna getirmesinin amacı da bu ihtiyaçtır. Yine bu hükmü, TBK m. 27'ye göre daha uygun kılan bir diğer neden ise hâkimin cezai şartı uygun bir miktara indirirken tarafların farazi iradesiyle bağlı olmaması bunun yerine somut şartları değerlendirerek sayılan ölçütler kapsamında karar vermesi gerektiği görüşüdür¹⁰¹.

⁹⁹ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 145.

¹⁰⁰ Kocağa, **a.g.e.**, s. 262; Karabağ-Bulut, **a.g.e.**, s. 197; Dirican, **a.g.e.**, s. 186.

¹⁰¹ Karabağ-Bulut, **a.g.e.**, s. 197.

iii. Tacir Sifatını Haiz Borçlunun Taahhüt Ettiği Cezai Şartın Ahlaka Aykırılığı

Tacir, ticaretine ilişkin bütün faaliyetlerinde basiretli iş adamı gibi hareket etmek zorundadır¹⁰². Bu nedenle TBK m. 182/f.3 hükmünün aşırı cezai şartın indirilmesine ilişkin getirdiği imkândan tacirler yararlanamamaktadır. Fakat ahlaka aykırılık gerekçesiyle cezai şarta müdahale edilebilmektedir.

Ahlaka aykırılık; Yargıtay kararları¹⁰³ ve bilimsel eserlerde, cezai şartın ifasının, borçlu tacirin ekonomik özgürlüğünü tehlikeye düşürmesi veya bütünüyle yok etmesi, ekonomik anlamda mahvına neden olması şeklinde ifade edilmektedir. Bu ifadelerin, kişi özgürlüklerinin korunmasına hizmet eden TMK m. 23/f.2 hükmü kapsamında yer alan bir takım kriterler içerdiği açıktır¹⁰⁴. Bu hüküm kapsamında yapılacak değerlendirmenin doğuracağı ilk tehlike, kişiyi korumayı hedef alan bu hüküm, her kişi bakımından korunmaya ihtiyaç duyduğu ölçüde devreye girecektir. Bu korunmanın kapsamı da kişinin içinde bulunduğu hal ve şartlar ile üstlendiği hak

¹⁰² Bkz. II. Bölüm, D, 1.

¹⁰³ Yarg. 19. HD., 18.05.2005 T., 2004/9148 E., 2005/5709 K. sayılı kararı “... 27. madde de ise ayrıca 15.000.000.000 TL cezai şart öngörülmüş mahkemece de talep doğrultusunda davalıdan tahsiline hükmedilmiştir. Davalı savunmasında, ticari işletmenin yıllık cirosunun tazminat miktarından az olduğunu ve talep edilen tazminatı ödeme gücü bulunmadığını iler sürmüştür. TTK’ nın 24. maddesi gereğince tacir sıfatına haiz borçlu BK’ nın 161/3. maddesinde yazılı cezai şartın indirilmesini mahkemeden isteyemez ise de hükmedilecek ceza ekonomik yönden davalının mahvına sebep olması halinde cezadan indirim isteyebileceği uygulamada kabul edilmektedir. Bu durumda mahkemece davalının bu savunması gözetilerek sözleşmede öngörülen cezai şart niteliğindeki alacak isteminin, davalının ticari işletmesinin boyutu itibarıyla ekonomik yönden mahvına sebep olup olmayacağı, binnetice tenkisi gerekip gerekmediği araştırılmadan eksik inceleme ile karar verilmesinde isabet görülmemiştir...” gerekçeleriyle her ne kadar tacir sıfatını haiz borçlu cezai şartın indirilmesini istemeyecekse de, cezai şart miktarının davalının ekonomik anlamda mahvına sebep olup olmayacağını araştırılması gerektiğine yer verilmiştir. Tacirler bakımından, ahlaka aykırılığın varlığı halinde indirim istenebileceği kabul edilmektedir. Kararda ahlaka aykırılık sadece ekonomik yönden mahvına neden olma ifadesine denk sayılmıştır. Aynı yönde kararlar için bkz. Yarg. 19. HD., 10.06.2010 T., 2009/12903 E., 2010/7227 K. sayılı kararı. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23.04.2014)

¹⁰⁴ TMK m. 23/f.2 kapsamında, bireylerin kişiliklerini ve ekonomik varlıklarının temellerini ahlak anlayışı ile bağdaştırmayacak bir biçimde tehlikeye sokan sınırlamadan bahsedilmekte ve bu unsurlar şöyle sıralanmaktadır. Sözleşme ilişkisinin; taraflardan birisi için ekonomik özgürlüğün devri anlamına gelmesi, taraflardan birinin diğerinin keyfiyetine tabi kılınmasına yol açması, taraflardan birinin özgürlüğünün özünün tehlikeye sokması, süre yönünden çok uzun veya çok kısa olması, sözleşme iktisadi varlığın sürdürülebilmesi için gerekli olan tüm araçları elinden alması gibi haller örnek olarak verilebilir. Detaylı bilgi için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.** s. 189 vd.;

ve borçlar dikkate alınarak tespit edilecektir. Sonuçta böyle bir koruma her kişi için farklı sonuçların doğmasına neden olacaktır. Ahlaka aykırılık yaptırımı ile korunan menfaat, kişi özgürlüklerinin korunmasından daha geniş bir amaca sahiptir. Bir diğer tehlike ise borçlu tacirin ekonomik hayatını devam ettirdiği sürece ahlaka aykırılığın söz konusu olamayacağı gibi bir sonucun ortaya çıkmasıdır¹⁰⁵.

Tacir sıfatını haiz borçlunun taahhüt ettiği cezai şartın indirilmesi için değerlendirilecek hususlar, tarafın kişi özgürlüğünün korunmasından ziyade, ahlaka aykırılığa ilişkindir. Bu nedenle her ne kadar kişi özgürlüğünün korunmasından yani borçlunun ekonomik özgürlüğünden bahsedilse bile TBK m. 27 hükmü kapsamındaki ahlaka aykırılık çerçevesinde değerlendirme yapılmalıdır.

Cezai şartın zarardan bağımsız olması yani zarar olmasa dahi talep edilebilmesine rağmen cezai şart miktarının, karşı tarafın zararından veya sözleşme ile elde etmek istediği menfaatten çok yüksek olması hali de ahlaka aykırılık kapsamında değerlendirilmelidir.

Ekonomik anlamda güçlü olan tarafın bu gücünü kullanarak daha zayıf olan tarafı sömürmesi ve cezai şart ile bu şekilde hakkaniyete aykırı bir menfaat edinmesi ahlaka aykırılığa yol açan sebeplerdendir¹⁰⁶.

Tarafların asıl borç ilişkisi kapsamında elde etmek istedikleri menfaatler ve bu menfaatlerin karşılıklı dengesi gözetilmelidir. Asıl borç ilişkisi ile elde edilen menfaati, aşırı oranda geçen cezai şartın da ahlaka aykırılık kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Alacaklının borcun ihlal edilmesi neticesinde elde edeceği menfaat ile borcun gereği gibi ifa edilmesi sonucunda elde edeceği menfaat arasındaki bu aşırı farkın varlığı cezai şartın ahlaka aykırılığına yol açacaktır. Bu nedenle alacaklının asıl ifaya olan bağlılığını yitirmesine neden olacak oranda

Mustafa Dural/ Tufan Ögüz, **Türk Özel Hukuku Cilt III Kişiler Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2012, s. 147; Karabağ- Bulut, **a.g.e.**, s. 265 vd.

¹⁰⁵ Karabağ- Bulut, **a.g.e.**, s. 195 vd.

¹⁰⁶ Aynı görüşte “Zor durumda bulunan bir borçlunun bu vaziyetinden faydalanarak tahammülünün üstünde cezai şart kabul ettiren bir alacaklıyı himaye etmek sosyal adalet duygularına aykırıdır. Zira güç durumda bulunan borçlunun alacaklıya mukavemet etmesine imkân yoktur. Eğer Kanun bu hususu göz önünde tutmamış bulursa idi, iktisaden kuvvetli olan tarafı koruyup, iktisaden zayıf olan tarafın ezilmesine meydan verecekti.” bkz. Velidedeoğlu/Kaynar, **a.g.e.**, s. 160.

yüksek olmamalıdır¹⁰⁷. Uygulama tarafından hatalı olarak kullanılan ekonomik mahva neden olma deyişi karşımıza çıkabilecek bu gibi halleri kapsamına almamaktadır.

Doktrinde savunulduğu üzere kanaatimizce de, tacir sıfatını haiz borçlunun taahhüt ettiği cezai şartın indirilebilmesinin koşulu ahlaka aykırı olmasına bağlıdır. Bahsi geçen ahlaka aykırılık TBK m. 27 hükmü kapsamında düzenlenen ahlaka aykırılık olarak değerlendirilmelidir. Bu düzenlemede ifadesini bulan ahlaka aykırılık halinde kişinin içinde bulunduğu hal ve şartlar, kişilik haklarına aykırılığı düzenleyen TMK m. 23/f.2'ye göre sonuca daha az etkilidir¹⁰⁸. TBK m. 27 ile korunmak istenen husus asıl olarak ahlak olmakta bunun yanında kişi ve toplum dolaylı olarak koruma görmektedir. Böylece kişilerin içinde bulunduğu özel koşulların sonuca etkisi de azalmaktadır. Hukuk düzeni tarafından korunan bir menfaatin ihlal edilmesi söz konusu olduğunda, ihlal nedeniyle menfaati zarar gören kişinin ekonomik durumunun ayrıntılarının sonuca etkisi olmaması gerekmektedir. Aksi bir durum eşitler arasında ayırım yapılmasını gerektirecektir. Kişilik haklarının ihlali durumunda bu ihlalin varlığının veya yokluğunun saptanmasının hakkı ihlal edilen kişi özelinde yapılacak bir değerlendirmeye tabi olduğu kuşkusudur. Kişiler özelinde yani özel hal ve şartların değerlendirilmesiyle sonuca ulaşılmaktadır. Borçlunun ekonomik anlamda mahvına neden olacak cezai şart kavramının kullanılması sanki kişilik haklarının ihlali ve bu çerçevede bir değerlendirme yapılması gerektiğinin anlaşılmasına yol açsa da, ahlaka aykırılığa tabi olacak bir yaptırım uygulanması gerektiği kaçınılmazdır. Kullanılan kavramların yol açtığı karmaşanın önüne

¹⁰⁷ Karabağ-Bulut, **a.g.e.**, s. 201; Yarg., 19., HD., 12.05.2014 T., 2014/5443 E., 2014/9047 K. Sayılı kararında “...Cezai şart miktarı olarak 1.880,00-TL, kar mahrumiyeti nedeniyle 78.992,88-TL, haksız fesihden kaynaklanan cezai şart miktarı olarak 29.891,00-TL talep edebileceği, davalı şirketin 2007 bilançosuna göre 109.474,04-TL öz kaynağa sahip olduğu ve ödenmiş sermayesini aktiflerin kaydi değerleri üzerinden koruduğu, davalının diğer ticari faaliyetleri göz önüne alınmaksızın sadece bayilik ilişkisi kapsamında davacı ile gerçekleştirdiği ticari faaliyet kapsam ve miktarları dikkate alındığında cezai şart miktarlarının ekonomik açıdan mahvına neden olacak büyüklükte olmadığı anlaşılmalı...” gerekçeleriyle verilen kararda davalının asıl borç ilişkisi ile elde ettiği menfaatler de gözetilerek bir karar tesis edilmiştir. Asıl borç ilişkisi olan bayilik sözleşmesi ve bu sözleşme kapsamında yapılan ticari faaliyet gözetilerek alacaklının menfaatlerinin altında kalan cezai şart miktarının indirilmesinin gerekmediğine hükmedilmiştir. (Karar yayınlanmamıştır.)

¹⁰⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 189 vd.; Karabağ- Bulut, **a.g.e.**, s. 265 vd.

geçebilmek için cezai şartın indirilmesinin borçlunun ekonomik anlamda mahvına sebep olup olmama ile sınırlı olmadığı benimsenmelidir¹⁰⁹.

Böylece örneğin, ekonomik durumu güçlü bir tacirin kararlaştırılan cezai şartı ekonomik mahvına neden olmayacağı için daima ödemesi gerekmeyecek ve somut olay kapsamında özellikle esas sözleşmedeki ekonomik menfaatlere oranla yapılacak bir değerlendirme esas alınacaktır. Cezai şartın bağlı olduğu esas sözleşme ile sağlayacağı menfaatin çok üstünde bir cezai şart ödeme borcu ile karşılaşan tacir sıfatını haiz borçlu, Yargıtay kararlarında da vurgulanan angarya yasağı kapsamında cezai şartın ahlaka aykırılığını ileri sürebilecek veya koşulların varlığı halinde indirilmesini talep edebilecektir.

d. Aşırılığın Tespitinde Esas Alınacak An

Cezai şartın aşırılığının tespitinde esas alınacak an büyük önem taşımaktadır. Özellikle asıl borcun konusunu fiyatları sürekli yükselen veya değişen mallar oluşturmaktaysa veya cezai şartın götürü tazminat şeklinde belirli bir miktar olarak sözleşmede yer almadığı durumlarda bu anın tespiti daha da önem arz etmektedir.

Cezai şartın aşırılığının tespiti için; cezai şart anlaşmasının yapıldığı anın, cezai şartın muacceliyet kazandığı anın veya mahkeme kararının verildiği anın esas alınabileceği doktrinde ileri sürülmektedir. Hatta bu konuda ileri sürülen bir başka görüş ise farklı hukuki ihtilafların taşıdığı özelliğe göre değişik anların esas tutulmasına, yani esas alınacak anın hâkimin takdirine bırakılmasına ilişkindir¹¹⁰.

Cezai şartın kararlaştırıldığı anın esas alınması görüşü genellikle reddedilmektedir¹¹¹. Kararlaştırıldığı anda aşırı derecede yüksek bulunan bir cezai şart, daha sonra alacaklının taahhüt edilen edim karşısındaki menfaatlerinin artması sonucu aşırılığını kaybetmiş olabilir. Böyle bir durumda cezai şartın indirimine gitmek alacaklının haklı menfaatlerinin açık olarak zarara uğramasına neden olacaktır. Bununla birlikte kararlaştırıldığı anda uygun miktarda bulunan bir cezai

¹⁰⁹ Karabağ- Bulut, **a.g.e.**, s. 205 vd.

¹¹⁰ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 150; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 237.

¹¹¹ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 238.

şart sonradan durumun değişmesi nedeniyle aşırı derecede yüksek görülebilir. Bu durumda indirim talebinin kabul edilmemesi, borçlunun zararına olacaktır¹¹².

Cezai şartın aşırı olup olmadığının asıl borcun ihlal edildiği, yani cezai şartın muaccel olduğu ana göre belirlenebileceği bir diğer görüştür. Cezai şartın asıl borcun ihlal edildiği anda muaccel olacağına ve bu anda talep edilebileceğine bakılarak, aşırılığın tespitinde borcun ihlal anının esas alınması savunulmaktadır¹¹³. Bu anın esas alınması, cezai şartın kararlaştırılmasından muaccel olmasına kadar ki süre içinde alacaklı veya borçlu tarafta meydana gelecek değişlikleri göz önünde bulundurma imkânı sağlamaktadır.

Cezai şartın muaccel olduğu anın esas alınması halinde, cezai şartın muaccel olduğu andan karar verilecek ana kadar olan ve bazen oldukça uzun bir zamanı kapsayan dönemde, cezai şartın aşırılığına yol açan veya başlangıçta aşırı olan cezai şartı aşırı olmaktan çıkartan bir takım sakıncalar ortaya çıkabilecektir¹¹⁴. Bununla birlikte yukarıda cezai şartın kararlaştırılma anının esas alınması halinde ortaya çıkabilecek sakıncalar burada da söz konusudur.

Bir başka görüş ise cezai şartın aşırılığının tespitinde, mahkeme kararının verildiği anın esas alınması gerektiğini ileri sürmektedir. Mahkeme, en son duruşma günündeki hal ve şartları göz önüne alarak, cezai şartın aşırı olup olmadığının tespitine karar vermelidir. Özellikle tarafların ekonomik durumlarının hakkaniyete daha uygun değerlendirilebilmesi için kararının verildiği anın esas alınmasının daha uygun olacağı savunulmaktadır¹¹⁵.

Doktrinde bir başka görüş ise, dava tarihi esas alınarak cezai şartın aşırılığının belirlenmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bu görüşün hukuksal dayanağı muaccel olmadan cezai şart alacağı istenemeyeceği noktasındadır. Ayrıca her dava

¹¹² Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 150; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 238.

¹¹³ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 151; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 238.

¹¹⁴ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 238.

¹¹⁵ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 151; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 238.

açıldığı tarihteki duruma göre değerlendirileceğinden, duruşma aşamasındaki durum ve davanın uzamasının sonuca etkisi olmayacağı ileri sürülmektedir¹¹⁶.

Bir diğer görüş ise, olayın özelliklerine göre değişik zamanların esas alınmasını, yani esas alınacak anın hâkimin takdirine bırakılmasını ileri sürmektedir. Bu görüş cezai şartın kararlaştırıldığı an ile hüküm anını göz önünde tutmakla birlikte asıl cezai şartın muaccel olduğu ana büyük önem vermektedir. Bu görüşün kabul edilmesi halinde, hangi hallerde hangi anın esas alınacağı konusunda genel bir kural konulamayacak ve benzer durumlar için bile farklı anların esas alınması gibi hakkaniyetin ve hukuk güvenliğinin sağlanmayacağı bir durum ortaya çıkabilir¹¹⁷. Kanaatimizce, hüküm anının esas alınması halleri dışında da bu bahsi geçen sakıncalı durumların ortaya çıkması söz konusudur.

Kanaatimizce, aşırı cezai şartın tespitinde mahkemenin karar verdiği anın esas alınması hakkaniyet açısından daha uygun olacaktır. Ayrıca bu anın esas alınması yukarıda belirttiğimiz görüşlere ilişkin sakıncaları da gidermektedir.

¹¹⁶ Günay, **a.g.e.**, s. 196.

¹¹⁷ Kocağa, **a.g.e.**, s. 241.

IV. BÖLÜM

CEZAI ŞARTIN İNDİRİLMESİNE İLİŞKİN USULİ İŞLEMLER

A. GENEL OLARAK

Türk Borçlar Kanunu m. 182/f.3'e, eBK m. 161'den farklı olarak "kendiliğinden" ibaresinin getirilmesiyle uygulamada ve doktrinde cezai şartın indirilmesinin hukuki niteliği ve buna bağlı olarak indirimin borçlu tarafından talep edilmesinin gerekip gerekmediği yönündeki tartışmalar sona ermiştir.

Hâkim önüne gelen hukuki uyuşmazlıkta cezai şartın aşırı olup olmadığını kendiliğinden gözetmelidir. Kanun tarafından açıkça hâkime tanınan bir yetki söz konusudur. Kanaatimizce, verilen bu yetki aynı zamanda görev niteliğini de içeriğinde barındırmaktadır. Hâkim tarafından yapılacak hukuki değerlendirme neticesinde ya cezai şartın indirilmesine karar verilecek ya da cezai şartın indirilmesi söz konusu olmayacaktır.

Her ne kadar kanunda hâkime aşırı cezai şartı kendiliğinden indirebileceği yetkisi verilmişse de, borçlu tarafın cezai şartın indirilmesini mahkemeden talep edebilmesinin önünde hukuki bir engel de bulunmamaktadır. Borçlu taraf açacağı bir davada, görülmekte olan davada karşı dava veya itiraz yoluyla cezai şartın aşırı olduğunu ileri sürebilecektir. İndirim için gerekli ve yeterli koşulların varlığının değerlendirilmesi hâkimin yetkisi dâhilindedir.

B. İNDİRİM İÇİN YETKİLİ MAKAM

1. Mahkeme

Cezai şartı indirme yetkisi kural olarak hâkime aittir. Kanun cezai şartın indirimi için ayrı bir mahkeme tayin etmediğinden, yetkili ve görevli, mahkeme usul hukukunun genel hükümlerine göre belirlenmelidir. Borçlu bağımsız olarak cezai şartın indirilmesi için dava açacaksa, bu davasını, davalı gerçek veya tüzel kişinin

davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri (ikametgâh) mahkemesinde açmak zorundadır (HMK m. 6)¹.

Tüzel kişilerin yerleşim yeri, kuruluş belgelerinde aksine bir düzenleme bulunmadıkça, işlerinin yönetildiği yerdir². Derneklerin tüzüklerine ve ticaret şirketleri ile kooperatiflerin ana sözleşmelerine; dernek, şirket ve kooperatif merkezinin yazılması zorunludur. Bu nedenle dernek, şirket veya kooperatifin yerleşim yerinin tüzük veya ana sözleşmelerine bakarak kolayca tespit etmek mümkündür. Buna göre dernek, şirket, kooperatife karşı cezai şartın indirilmesine ilişkin açılacak davalar, bunların merkezinin bulunduğu yer mahkemesinde açılmalıdır³.

Bir ticari işletmeye bağlı olup, ister merkezinin bulunduğu sicil çevresi içinde isterse başka bir sicil çevresi içinde olsun, bağımsız sermayesi veya muhasebesi bulunup bulunmadığına bakılmaksızın kendi başına sınaî veya ticari faaliyetin yürütüldüğü yerler ve satış mağazalarına şube denir⁴. Şube aracılığıyla yapılan işlemlerden dolayı merkezin yanı sıra şubenin bulunduğu yerde de dava açılması HMK m. 14/f.1⁵'de yer almaktadır⁶. Bu düzenleme ile şube ile iş yapanlara kolaylık sağlanmıştır. Buna göre bir gerçek veya tüzel kişinin başka bir yerde şubesi varsa, o şubeye karşı taahhüt edilmiş cezai şarttan dolayı, şubenin bulunduğu yer mahkemesinde de cezai şartın indirilmesi için dava açılabilir.

¹ 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu. Bundan sonra HMK olarak kullanılacaktır. HMK m. 6 “(1) Genel yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir.(2) Yerleşim yeri, 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre belirlenir.” şeklindedir. Baki Kuru/ Ramazan Arslan/ Ejder Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, 25.Bası, s.130; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/ Muhammet Özkes, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, 2. Bası, s. 104.

² Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 134; Pekcanitez/Atalay/Özkes, **a.g.e.**, s. 105.

³ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 134.

⁴ Karahan, **a.g.e.**, s. 21; Arkan, **a.g.e.**, s.36; Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 49.

⁵ HMK m. 14/f.1. “Bir şubenin işlemlerinden doğan davalarda, o şubenin bulunduğu yer mahkemesi de yetkilidir.”

⁶ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 139; Pekcanitez/Atalay/Özkes, **a.g.e.**, s. 106.

Davalının Türkiye’de yerleşim yeri bulunmuyor ise yetkili mahkeme, HMK m. 9⁷ hükmü gereği, davalının Türkiye’deki mutad meskeninin (sakini olduğu, oturmakta olduğu) bulunduğu yer mahkemesidir. Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayan Türklere ve yabancılara ilişkin davada ise yetki kuralları milletlerarası usul hukuku kurallarına göre tespit edilecektir⁸.

Cezai şart, çoğunlukla taraflar arasındaki sözleşme ilişkinin ihlal edilmesi halinde muaccel hale gelmektedir. Bu durumda HMK m. 6 genel yetkili mahkeme hükmünün uygulamasının yanı sıra, m. 10’da sözleşmeden doğan davalara ilişkin yetki kuralı da incelenmelidir. Bu düzenlemede sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde davanın açılacağı yer almaktadır. Davacı sözleşmenin ifa edileceği yerde bulunan yetkili mahkemede davasını ikame edebilecektir.

Borçlu cezai şartın indirilmesi için davasını, alacaklının açmış olduğu ifa davasına, karşı dava⁹ şeklinde açacaksa, bunu cevap süresi içinde asıl davanın açıldığı mahkemede açmak zorundadır¹⁰.

Görevli mahkeme ise, HMK m. 2 gereği; dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir. Asliye hukuk mahkemeleri arasında uzmanlık alanlarına göre düzenlenen iş bölümü gereğince Asliye Ticaret Mahkemeleri, İş Mahkemeleri vs. ayrımı bulunmaktadır.

Ticari davaların söz konusu olduğu hallerde ise, TTK m. 5 gereği, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm

⁷ HMK m. 9 “Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında genel yetkili mahkeme, davalının Türkiye’deki mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesidir. Ancak, diğer özel yetki hâlleri saklı kalmak üzere, malvarlığı haklarına ilişkin dava, uyumsuzluk konusu malvarlığı unsurunun bulunduğu yerde de açılabilir.”

⁸ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 133; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 106.

⁹ Açılmış bulunan bir davada davalının, aynı mahkemede ve aynı dosyada asıl davacıya karşı dava açmasına karşılık dava denir. Karşılık dava konusunda bkz. Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 524 vd.

¹⁰ HMK m. 13 “Kesin yetkinin söz konusu olmadığı hâllerde, asıl davaya bakan mahkeme, karşı davaya bakmaya da yetkilidir.” şeklinde düzenlenmiştir.

ticari davalara bakmakla görevlidir. Ticari davalar, TTK m. 4¹¹'te yer alan mutlak ticari davalar ve nispi ticari davalar olan her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan davalar, bir ticari işletmeyle ilgili olan davalar olmak üzere grupeleştirilebilir¹². Bununla birlikte cezai şart alacaklısı tarafından açılmış davada, tacir sıfatına sahip olmayan fakat ticari işlemin tarafı olan borçlu cezai şartın indirilmesini davanın görülmekte olduğu asliye ticaret mahkemesinden isteyebilir.

2. Hakem

Tarafların anlaşarak, aralarındaki uyuşmazlığın çözümünü özel kişilere bırakmalarına ve uyuşmazlığın bu özel kişilerce incelenip karara bağlanmasına tahkim; uyuşmazlığın çözümlenmesi kendilerine bırakılmış olan bu özel kişilere ise hakem adı verilir¹³.

Kanun koyucu HMK m. 408'te tahkime elverişliliği “...iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir.” ifadesi ile düzenlemiştir. İki tarafın iradesine tabi olmayan, tarafların dava konusu üzerinde kabul veya sulh yoluyla serbestçe tasarruf edemeyecekleri hallerde tahkime gidilemez¹⁴.

¹¹ Kanun koyucu ticari davaların kapsamını genel olarak düzenlemiştir, TTK m. 4 “(1) Her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ile tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın; a) Bu Kanunda, b) Türk Medenî Kanununun, rehin karşılığında ödünç verme işi ile uğraşanlar hakkındaki 962 ilâ 969 uncu maddelerinde, c) 11.1.2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun malvarlığının veya işletmenin devralınması ile işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi hakkındaki 202 ve 203, rekabet yasağına ilişkin 444 ve 447, yayın sözleşmesine dair 487 ilâ 501, kredi mektubu ve kredi emrini düzenleyen 515 ilâ 519, komisyon sözleşmesine ilişkin 532 ilâ 545, ticari temsilciler, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcıları için öngörülmüş bulunan 547 ilâ 554, havale hakkındaki 555 ilâ 560, saklama sözleşmelerini düzenleyen 561 ilâ 580 inci maddelerinde, d) Fikrî mülkiyet hukukuna dair mevzuatta, e) Borsa, sergi, panayır ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere ilişkin özel hükümlerde, f) Bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerde, öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ticari dava ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi sayılır. Ancak, herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendirmeyen havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar bundan istisnadır.”

¹² Karahan, **a.g.e.**, s. 75 vd.; Arkan, **a.g.e.**, s. 97 vd.

¹³ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 778 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 640 vd.

¹⁴ Örneğin, boşanma ve aykırılık davaları hakkında tahkim yoluna gidilemez.

Türk hukukunda hangi konularda tahkime başvurulabileceği konusunda ölçü olarak tarafların üzerinde sulh olabilecekleri uyuşmazlıklar esas alınmaktadır¹⁵. Kanaatimizce, açık bir kanuni düzenleme bulunmamakla birlikte, cezai şartın indirilmesi konusunda hakeme gidilebileceğini kabul etmek gerekir. Tarafların iradesine tabi olan uyuşmazlıklar için tahkim mümkündür. Taraflar, aralarındaki uyuşmazlık üzerinde serbestçe anlaşabiliyorlarsa tahkim sözleşmesi yapılabilecektir. O halde taraflar, cezai şartın miktarı üzerinde çıkabilecek anlaşmazlıkların çözümlenmesi konusunda tahkim yoluna başvurabilirler¹⁶.

C. İNDİRİMİN YAPILIŞ ŞEKLİ VE ÖLÇÜSÜ

1. Genel Olarak

Cezai şartın aşırı olması halinde hâkimin kendiliğinden bu aşırı cezai şartı indirebileceğinin açıkça kanunda yer aldığına çalışmamızda yer verdik. Fakat yine de borçlunun aşırı cezai şartın indirilmesini talep edebileceğini bunun önünde hukuken bir engel olmadığını belirtmeliyiz. Ancak burada talep hâkimin görevi gereği yapması gereken bir işleme ilişkin olduğundan yapılan işlem talebin sonucu olmayacaktır.

818 sayılı Borçlar Kanunu zamanında doktrinde savunulan görüşler doğrultusunda talep şekillerini incelediğimizde, borçlu taraf, alacaklının açtığı eda davasından bağımsız olarak yani bundan önce açacağı bir dava ile cezai şartın indirilmesini isteyebileceği gibi alacaklının açtığı eda davası karşısında, cezai şartın aşırı olduğunu ileri sürebilir. Birinci durumda indirim hakkı bir dava ile kullanılmış olur ve bu davanın niteliği yenilik doğuran davadır¹⁷. İkinci durum ise doktrinde yazarlar arasında tartışmalıdır. Borçlunun cezai şartın aşırılığını def'i şeklinde ileri

¹⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 644 vd.

¹⁶ K.g. Günay, **a.g.e.**, s. 204.

¹⁷ "İnşai dava ile davacı, var olan bir hukuki durumun değiştirilmesini veya kaldırılmasını veya yeni bir hukuki durumun yaratılmasını ister. Bu nedenle inşai davalara yenilik doğuran davalardan da denir. İnşai davalar kural olarak kanunun öngördüğü hallerde açılabilir. Bu haller ise genellikle maddi hukuk tarafından belirlenir; misaller; evlenmenin butlanı davası, babalık davası, aşırı cezai şartın indirilmesi davası..." bkz. Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 264 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 258 vd.

sürebileceğini kabul edenlerin¹⁸ yanı sıra cezai şartın indirilmesine ilişkin talebin bir karşılık dava şeklinde yapılmasının zorunlu olduğunu gören yazarlar da vardır¹⁹.

Kanaatimizce, cezai şartın indirilmesine ilişkin talep alacaklının ifa davasına karşı ileri sürülecekse, TBK m. 182 karşısında bunun itiraz şeklinde ileri sürülebileceği kabul edilmelidir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi aşırı yüksek olarak kararlaştırılan cezai şart hükümsüzdür. Bu nedenle de cezai şarta ilişkin ifa davasında miktarın aşırı yüksek olduğu hâkim tarafından resen nazara alınacaktır.

Cezai şartın indirilmesi talebinin dava veya karşılık dava yoluyla yapıldığı hallerde borçlu, kendisine göre indirilmesi gereken miktarı talebinde göstermesi gerektiği doktrinde bir kısım yazarlar tarafından ileri sürülmektedir²⁰. Böyle bir durumda hâkim, cezai şartı borçlu tarafından gösterilmiş olan miktarın altına indiremez. Borçlu ödeyebileceği cezai şart miktarını belirttiğinden böyle bir durumda hâkim taleple bağıllık ilkesi²¹ doğrultusunda hareket etmelidir. Buna karşılık borçlu indirim talebini itiraz şeklinde ileri sürerse, bu durumda borçlunun indirim için bir miktar göstermesi zorunlu değildir²².

Kanaatimizce, cezai şartın indirilmesi için talep ve talepte bulunma şekillerine ilişkin doktrinde savunulan bir kısım görüş ve tartışmalar, gerek TBK m. 182/f.3 düzenlemesine getirilen kendiliğinden ibaresi ile hâkime verilen yetki gerek tacir sıfatını haiz borçlular bakımından aşırı cezai şartın ahlaka aykırılık nedeniyle hâkim tarafından denetlenebilmesi karşısında bir anlam ifade etmemektedir. eBK m. 161/f.3 düzenlemesinde her ne kadar açıkça hâkime kendiliğinden aşırı gördüğü cezai şartı indirebilme yetkisi verilmesinde de o kanun döneminde verilen Yargıtay kararları hâkimin kendiliğinden aşırı cezai şartı indirebileceği yönündedir. Borçlu tarafın cezai şartın aşırı olduğunu ileri sürerek mahkemeye başvurması, açılan davaya, karşı dava açması veya def'i yoluyla itirazlarını ileri sürmesinin önünde bir

¹⁸Scherrer, sh.32; Betz, s. 19; Staundinger/Kaduk, 343 BGB, N.33; Enneccerus/Lehmann, s. 164. (Naklen atıf Kocaağa, **a.g.e.**, s. 245)

¹⁹Seeliger, sh. 39 vd. (Naklen atıf Kocaağa, **a.g.e.**, s. 245)

²⁰Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 164; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 246.

²¹Kanun koyucu hâkimin taleple bağıllığı ilkesini HMK m. 26/f.1 "*Hâkim, tarafların talep sonuçlarıyla bağılıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Duruma göre, talep sonucundan daha azına karar verebilir*" hükmü ile düzenlemiştir.

²²Kocaağa, **a.g.e.**, s. 246; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 164.

engel bulunmadığını da tekrar ifade ederiz. Kanun düzenlemesi ile aşırı cezai şart borçlusunun koruduğunu söylemek yanlış bir ifade olmayacaktır, aşırı cezai şart borçlusunun gerek süre gerek diğer nedenlerle dava açmadığı, itirazını ileri süremediği durumlarda hak kaybı yaşamaması da bir noktada hâkime verilen yetki ile teminat altına alınmıştır.

2. İndirimin Yapılış Şekli

a. Konusu Bölünebilir Edim Olan Cezai Şartın İndirilmesi

İndirim, konusu bölünebilir edim olan cezai şartlar bakımından mümkündür. Bölünebilir edim, bölünmenin edimin konusunu oluşturan şeyin niteliğinde veya değerinde esaslı bir değişiklik meydana getirmediği edimlerdir. Bölünebilir edimde, bölünmüş parçalar bütünden nitelik yönünden değil, yalnız miktar yönünden farklılık gösterirler. Bir edimin bölünebilir nitelikte olup olmadığı, borç ilişkisi ve edimin tümü göz önünde tutularak belirlenir²³.

Değer ve niteliğine hâle gelmeden, maddi yönden daha küçük parçalara ayrılabilen bütün edimler, maddi yönden bölünebilir sayılırlar. Konusu bir şey verme olan edimler ise çoğu zaman bölünebilir edimlerdenirler. Buna karşılık konusu itibariyle aynı olan birden çok parçaya bölündüğünde, niteliğinde bir değişme, değerinde esaslı bir azalma meydana geliyorsa, bölünemez edim söz konusudur.

Yapma veya yapmamayla ilgili bütün sürekli edimler, sözleşmede tespit edilen süre edimin esaslı bir unsuru olarak görünmediği takdirde, zaman yönünden bölünebilirler. Aynı şartlar altında ve yer yönünden bir genişlik göstermek şartıyla, bütün edimler yer yönünden bölünebilir. Bölünmenin niteliğine göre, cezai şart ediminin indirimi; ya konu ya zaman ya da yer yönünden yapılır. Ayrıca cezai şartın konusunun para olması zorunlu olmayıp, paradan başka şeylerin de cezai şart olarak kararlaştırılması mümkündür²⁴.

²³ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 170; Günay, **a.g.e.**, s. 208.

²⁴ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 170-171; Günay, **a.g.e.**, s. 208 vd.

b. Konusu Bölünmez Edim Olan Cezai Şartın İndirilmesi

Aşırı cezai şartın konusu bölünmez bir edim olduğu takdirde, indirilmesinin mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Bölünmez edimin indirilmesi kabul edildiği takdirde bu indirim iki şekilde yapılabilir.

İlk indirim şekli; hâkimin, bölünmez eşya niteliğine sahip cezai şart edimi yerine, borçlunun belirli bir miktar para ödemesine karar vermesi halidir²⁵. Fakat bu indirim şekli; hâkimin, para ödenmesi şeklindeki cezai şartı bir malın verilmesi veya bir hizmetin görülmesine çeviremeyeceği gibi; bir malın verilmesi veya hizmetin görülmesi şeklindeki cezai şartı da başka bir mal veya hizmete çevirmek suretiyle cezai şartı indiremeyeceği gibi nedenlerle eleştirilmektedir²⁶. Diğer yandan borçluya cezai şart olarak ferden belirlenmiş bir eşyayı taahhüt ettiren alacaklı, yalnız bir miktar para ile yetinmek zorunda kalacaktır. Ferden belirlenmiş bir eşyanın cezai şartın konusu olduğu böyle bir durumda alacaklı açısından para değil, ferden belirlenmiş eşya önem taşımaktadır²⁷.

İkinci indirim şekli; hâkimin, alacaklının kendi isteğiyle bir miktar parayı karşılıklı ve aynı anda borçluya vermesi kaydıyla, borçluyu cezai şartı ödemeye mahkûm etmesidir. Fakat bu indirim şekli kanun koyucu tarafından hâkime, cezai şartı alacaklının karşı edimine bağlama yetkisi verilmediği ve hâkime böyle bir yetki tanınması halinde ise indirim hakkının önemli ölçüde aşılmış olacağı ileri sürülerek eleştirilmektedir²⁸.

Hâkime verilen yetki aşırı cezai şartın indirilmesi yönündedir. Bu iki indirim şeklinden hangisini seçeceği konusunda kanun koyucu tarafından herhangi bir düzenleme yapılmadığından, bunun seçimini hâkim takdir yetkisini kullanarak yapacaktır.

²⁵ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 171; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 248; Oğuzman/Öz, C.II., s. 536; Uçar, **a.g.e.**, s. 115; Günay, **a.g.e.**, s. 209.

²⁶ Oğuzman/Öz, C.II., s. 536; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 248; Uçar, **a.g.e.**, s. 115; Günay, **a.g.e.**, s. 209.

²⁷ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 248.

²⁸ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 248; Uçar, **a.g.e.**, s. 115.

Kanaatimizce, hâkim aşırı cezai şartın indirilmesini içeren her olayda öncelikle alacaklının menfaatlerini göz önünde tutarak, bu menfaatleri en iyi koruyacak yolu seçmelidir. Aşırı derecede yüksek olan cezai şartın konusu bölünmez nitelikte bir edim olsa dahi, hâkimin, söz konusu aşırılığı gidermesi, yani cezai şart miktarını indirmesi gerekmektedir²⁹.

3. İndirimin Ölçüsü

Cezai şartın indirilmesinde hâkimin gözetmek zorunda olduğu ölçütler vardır³⁰. Hâkime sözleşmenin bir şartını değiştirme yetkisi veren TBK m. 182/f.3 hükmü, hâkime istisnai olarak takdir yetkisi tanımış olduğu için, hâkim bu takdir yetkisini ölçülü kullanmak zorundadır³¹.

Aşırı cezai şartın indirileceği uygun miktar tespit edilirken, ilk olarak cezai şartın amacı göz önünde bulundurulmalıdır. Cezai şart, borçluyu ifaya teşvik, borçlu üzerinde psikolojik baskı yapma ve asıl borcun ifasını teminat altına alma, tazminatın önceden götürü olarak belirlenmesi gibi amaçlar taşıdığından, bu amaçlardan hangisinin ön planda tutulduğuna göre cezai şartın indirilmesinin ölçüsü de farklılık gösterecektir³².

Cezai şartın indirilmesi aşırı cezai şartın uygun bir miktara indirilmesi, aşırı kısmının cezai şart miktarından düşülmesi demektir. Yoksa cezai şart miktarı ile alacaklının zararı arasında denge sağlamaya çalışmak, alacaklının cezai şart ile götüğü amaca uygun düşmeyecektir. Bu nedenle, cezai şartın zarar miktarına kadar indirilmesi ve alacaklının hiçbir zararı bulunmadığı takdirde tamamen ortadan kaldırılması mümkün değildir³³. Kaldı ki hâkime aşırı cezai şartı indirme hakkı, cezai şart miktarının zarar miktarına uydurulması amacıyla değil, borçlunun istismarına

²⁹Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 171; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.II., s. 536; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 248; Uçar, **a.g.e.**, s. 115.

³⁰Bu ölçütler hakkında bkz. III. Bölüm, B, c.

³¹Yarg. Hukuk Genel Kurulu, 08.03.1961 T., 1961/4-2 E., 1961/10 K. sayılı kararı. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23.04.2014)

³²Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 157; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 250; Günay, **a.g.e.**, s. 202; Yarg. Hukuk Genel Kurulu, 12.04.2000 T., 2000/13-749 E., 2000/758 K. Sayılı kararı. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23.04.2014)

³³Kocaağa, **a.g.e.**, s. 250; Bilge, **a.g.e.**, s. 122; Eren, **a.g.e.**, s. 1187 Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, C.II., s. 533 vd.

engel olunması amacıyla verilmiştir³⁴. Diğer yandan zarar olmasa bile cezai şartın ödeneceğini öngören TBK m. 180 hükmü de, cezai şartın tamamen kaldırılamayacağını göstermektedir. Alacaklının hiçbir zarara uğramaması borçluyu cezai şartı ödemekten kurtarmamaktadır. Aynı durum cezai şartın tamamen kaldırılmasına da engel olmaktadır³⁵.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 26.12.2001 tarihli kararında “...*Ne var ki, hâkime akdin bir şartını değiştirme yetkisi veren bu hak, hâkime 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 kusuru derecesi, borca aykırı davranışın ağırlığı, sözleşmeden beklenen yararın elde edilememesi ve akde aykırı davranılması yüzünden doğan zarar tutarı, işçinin çalıştığı ve çalışmadığı süreler cezai şartın tazmin ve ceza fonksiyonlarının dengeli olarak korunması gereği prensiplerini göz önünde bulundurmalı kullandığı takdir hakkını Yargıtay’ın denetimine olanak vermeye elverişli objektif esaslara dayandırılmalıdır...*”³⁶ sayılan gerekçelerle somut olayın özelliklerinin hâkim tarafından detaylı olarak değerlendirilmesi gerektiğine yer verilmiştir. Sonuçta indirim yetkisinin tüm somut olaya uygun kullanılması ve bununla birlikte Yargıtay’ın objektif denetimine de uygun şekilde karar verilmesi amaçlanmıştır.

³⁴ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 250.

³⁵ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 158.

³⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 26.12.2001 T., 2001/9-1175 E., 2011/1166 K. Sayılı kararı detay için bkz. “...*Davalı sözleşmeye aykırı davrandığından davacı cezai şarta hak kazanmıştır. Cezai şart, geçerli bir borcun yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesi ya da belli bir yerde, belli bir zamanda yerinde getirilmemesi durumunda, borçlunun ödemesi gereken ve ekonomik değeri olup bir hukuk istemiyle belirlenen götürü bir edimdir. Cezai şartın ceza ve tazminat fonksiyonu olup, Borçlar Kanununda bu iki fonksiyon kaynaştırılarak bileşik sistem kabul edilmiştir. Bu sistemin sonucu olarak aşırı görülen cezai şartın indirilmesinde tazmin ve ceza dengeli olarak korunmalıdır. eBK m.161’in ilk fıkrasında “ akidlerin cezanın miktarını serbestçe tayin edebilecekleri”, son fıkrasında ise “hâkimin fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükellef olduğu” belirtilmiştir. Ticari olmayan işlemlerde bu kuraldan dolayı borçlu ileri sürmese bile, hâkim cezai şarttan indirim yapıp yapılmayacağını doğrudan görevinden ötürü saptamalıdır. Ne var ki, hâkime akdin bir şartını değiştirme yetkisi veren bu hak, hâkime 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 kusuru derecesi, borca aykırı davranışın ağırlığı, sözleşmeden beklenen yararın elde edilememesi ve akde aykırı davranılması yüzünden doğan zarar tutarı, işçinin çalıştığı ve çalışmadığı süreler cezai şartın tazmin ve ceza fonksiyonlarının dengeli olarak korunması gereği prensiplerini göz önünde bulundurmalı kullandığı takdir hakkını Yargıtay’ın denetimine olanak vermeye elverişli objektif esaslara dayandırılmalıdır...*” (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 28.10.2014)

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 10.06.2010 tarihinde verdiği kararında “...Kararlaştırılan cezai şart miktarı borçlunun ekonomik yönden mahvına neden olacak derecede yüksek ise o takdirde cezai şarttan indirim yapılabileceği Yargıtay’ca da kabul edilmektedir. Ne var ki, bu şekilde bir indirime gidilebilmesi için borçlunun ekonomik ve sosyal durumunun araştırılması, ticari defter ve kayıtları üzerinde muhasebe tekniği konusunda uzman bir bilirkişiye inceleme yaptırılması ve bu inceleme sonucunda indirime gerek bulunup bulunmadığının, gerek varsa hangi oranda indirim yapılması gerektiğinin değerlendirilmesi lazımdır. Bu hususların çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektirdiğinden HUMK’ un 275. Maddesi uyarınca bilirkişinin görüşü alınmalıdır. Mahkemenin kendisini bilirkişi yerine koyarak bu konuda inceleme yapıp indirime gitmesi belirtilen yasa hükmüne aykırılık oluşturur. Kaldı ki, indirim oranının tayininde somut olayın özelliği, borçlunun sermayesi, mal varlığı, gelir ve gider dengesi, karlılık durumu gibi mali kriterlerin dikkatle irdelenip, değerlendirilmesi gerekmektedir. Mahkemece bu yönler üzerinde durulup, yeterli araştırma ve inceleme yapılmadan yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir...”³⁷ gerekçeleriyle mahkeme tarafından cezai şartta indirim yapılması yönünde kanaat edinildiği takdirde bu indirim oranının belirlenmesinde mahkeme tarafından izlenmesi gereken usul ve esaslara ilişkin verilen karardır.

Cezai şarttan yapılacak indirimin ne oranda olacağı noktasında bu oranı belirleme işinin teknik bilgi gerektirmesi nedeniyle mutlaka konusunda uzman bilirkişilerden görüş alınması gerekmektedir. Bilirkişilerin görevi, indirim oranını belirlemeye uygun ölçütlerin incelenmesi ve bu doğrultuda rapor hazırlanmasına ilişkindir. Yukarıda yer verilen kararda sayıldığı üzere borçlunun sermayesi, mal varlığı, gelir ve gider dengesi, karlılık durumu gibi ölçütler bunların bir kısmını oluşturmaktadır. Kanaatimizce bu ölçütlere; borçlu ve alacaklının sözleşme ile elde etmek istedikleri menfaatleri, borcun gereği gibi ifasının alacaklı tarafa sağlayacağı menfaat, borçlu ile alacaklının ekonomik dengesi, borçlunun ekonomik anlamda zayıflığı nedeniyle sömürülüp sömürülmediği, borçlunun iş hacmi, işi ile işgal süresi, borçlarını ödemede gösterdiği gayret ve gelir-gider durumu gibi ölçütlerde

³⁷ Yarg. 19. HD., 10.06.2010 T., 2009/12903 E., 2010/7227 K. sayılı kararı. Aynı yönde kararlar için bkz. Yarg. 19. HD., 07.03.2013 T., 2012/16814 E., 2013/4336 K. sayılı kararı. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 28.10.2014)

eklenmelidir. Örneğin cezai şart borçlusunu tacirin, ticari işletmesini borca batık halde bırakmak suretiyle, yeni unvanlarla ticaret siciline kaydolup yeni ticari işletmeler ile ticari faaliyetine devam etmesi gibi durumlar söz konusu olduğunda, eski işletmesine ait borçlar hakkında devam eden davalarda ekonomik gücünü kaybetmesi nedeniyle ceza şartının ekonomik anlamda mahvına neden olacağına dair kararlar verilecektir. Böylece borçlu bakımından hakkaniyete aykırı olarak menfaat elde edilmesi söz konusu olacaktır. Somut olayda hakkaniyete uygun indirim kararı verilebilmesi için sadece borçlunun ekonomik durumundan hareketle değerlendirme yapılmaması, tüm ilişkinin nazara alınması ve diğer indirim ölçütlerinin de değerlendirilmesi gerektiği görüşündeyiz.

Aşırı cezai şartın indirilmesi ölçüsüne ilişkin olarak incelenmesi gereken bir diğer husus ise kısmi olarak talep edilen cezai şart söz konusu olduğunda indirimin nasıl yapılması gerektiği noktasındadır. İlk derece mahkemelerinin kısmi olarak talep edilen cezai şart miktarı üzerinden indirim yaptıklarına ilişkin kararlara uygulamada sıkça rastlanmaktadır. Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 04.06.2014 tarihinde verdiği kararında “...Mahkemece alınan bilirkişi raporunda; davacının somut olayda 198.825,00-TL cezai şart talep edebileceği ancak bu miktarın davalının ekonomik yönden yıkımına sebep olabileceği gerekçesiyle cezai şart miktarından %86,68 oranında indirim yapılması gerektiği belirtilmiştir. Sözü edilen bilirkişi raporu hükme esas alınmış ve kısmi dava konusu edilen 5.000,00-TL’den %86,68 oranında indirim yapılarak hüküm tesis edilmiştir. Oysa indirimin 198.825,00-TL miktarındaki toplam cezai şart bedelinden yapılması ve buna göre belirlenecek miktarın talebi aşması nedeniyle taleple bağlı kalınarak hüküm kurulması gerekmektedir...”³⁸ gerekçeleriyle kısmi talep söz konusu olduğunda toplam cezai şart miktarı üzerinden indirim yapılması gerektiği ve kalan miktara göre hüküm tesis edilmesi gerektiği yönünde bozma kararı verilmiştir.

Kanaatimizce, hâkim cezai şartın indirilmesine ilişkin olarak önüne gelen hukuki uyumsuzlukta; öncelikle cezai şartın konuluş amacını ve taraflar arasındaki anlaşma şartları gereği cezai şartın işlevini belirlemeli ardından, cezai şart miktarı ile

³⁸ Yarg. 19. HD., 04.06.2014 T., 2014/5336 E., 2014/10484 K. Sayılı kararı. (Yayınlanmamış karardır.)

alacaklının asıl borcun ifasındaki haklı menfaatleri ile kusurun ve borca aykırılığın ağırlık derecesini ve tacir sıfatını haiz olmasının borçlu bakımından ahlaka aykırılığın söz konusu olup olmadığını değerlendirerek cezai şartın indirim ölçüsüne karar vermelidir. Cezai şartın aşırı derecede yüksek olduğu kanaatine vardığı takdirde, tüm bu ölçütler somut olay kapsamında hakkaniyete uygun bir indirim yapılmasını sağlayacak oranda gözetilerek cezai şart uygun bir miktara indirmelidir.

D. İNDİRİM KARARININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Aşırı cezai şartın indirilmesine ilişkin olarak somut uyuşmazlıkta, hâkim hukuken geçerli şekilde yapılmış olan bir sözleşmeye, belli bir noktada kendi takdirine göre müdahale etmekte ve neticede hüküm tesis etmektedir. Hâkim, dava sonunda vereceği kararla mevcut duruma, vakıalara kendi takdir yetkisi nedeniyle müdahale etmekte ve değişiklik yapmaktadır.

Mahkeme tarafından verilen kararla birlikte, cezai şart artık taraflarca kararlaştırılmış olan o ana kadarki miktar üzerinden değil, hâkim tarafından belirlenen miktar üzerinden geçerli olmaktadır. Hâkimin verdiği karar taraflar arasındaki hukuki ilişkide bir değişiklik meydana getirmektedir. Aşırı cezai şartın indirilmesine ilişkin mahkeme kararı inşai nitelikte bir karardır³⁹.

Aşırı cezai şartın indirilmesine ilişkin verilen kararın inşai nitelikte olduğuna ilişkin görüş eleştirilmektedir. Tarafların hukuki durumunda bir değişiklik ortaya koymadığı ve yapılan indirimin yalnızca cezai şartın başlangıçtaki kapsam ve miktarını yeniden belirlemek olduğu ileri sürülmektedir. Dava sonunda verilen hükmün de inşai değil açıklayıcı nitelikte olduğu savunulmaktadır⁴⁰.

Kanaatimizce, aşırı cezai şartın indirilmesi hakkında verilen hükmün tespit niteliğinde olduğunu savunanlar tarafından ileri sürülen gerekçelerin haksız olduğu

³⁹ “İnşai dava ile davacı, var olan bir hukuki durumun değiştirilmesini veya kaldırılmasını veya yeni bir hukuki durum yaratılmasını ister. Bu davalara yenilik doğuran davalarda denilmektedir. İnşai davalar, kural olarak kanunun açıkça öngördüğü hallerde açılabilir. Bu haller ise genellikle maddi hukuk tarafından belirlenmektedir. Mahkeme tarafından inşai davanın kabulüne dair verilen karar inşai nitelikte hükümdür.” Detaylı bilgi için bkz. Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 264 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 258 vd.; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 165; Tuhr, **a.g.e.**, s. 285; Eren, **a.g.e.**, s. 1190; Önen, **a.g.e.**, s. 100; Kocağa, **a.g.e.**, s. 253; Uçar, **a.g.e.**, s. 113-114.

⁴⁰ Kocağa, **a.g.e.**, s. 253.

söylenemezse de, aşırı cezai şartın indirilmesine ilişkin verilen hüküm inşai bir hükümdür. Diğer inşai davalarda, hukuki durumda başlı başına değişiklik amaçlandığı halde, indirim kararı verilen bu dava ile yalnızca cezai şart miktarı üzerinde değişiklik yapılmaktadır. Cezai şart miktarının indirilmesi ile mevcut hukuki durumda miktar yönünden değişiklik yapılmaktadır. Böylece dava sonunda verilen hüküm ile yeni bir hukuki durum, tarafların hukuki ilişkilerinde miktar yönünden bir değişiklik meydana gelmektedir.

E. İNDİRİM KARARININ HÜKMÜ

Aşırı cezai şartın indirilmesine ilişkin mahkeme kararı geçmişe etkilidir. Cezai şartın borçlu tarafından taahhüt edildiği andan itibaren mahkemece indirilen miktar üzerinden borçlanılmış olduğu kabul edilmektedir⁴¹. İnşai hükümlerin geçmişe etkili olması istisnai niteliktedir ve ancak özel bir neden bulunması halinde mümkün olabilmektedir⁴². Her ne kadar mahkeme tarafından verilen indirim kararının inşai⁴³ niteliğinin, aksi belirtilmedikçe geçmişe etkili olmayacağı HMK m. 108’de düzenlenmiş olsada, adalete ve hakkaniyete aykırı bir hukuki durumun düzeltilmesi amacı güden aşırı cezai şartın indirilmesi neticesinde verilen bir karar olması nedeniyle geçmişe etkili olacağı kabul edilmektedir⁴⁴.

Alacaklı tarafından açılan eda davası neticesinde verilen indirim kararında, borçlu tarafın sorumlu olduğu cezai şart miktarı belirlenmiş olacaktır. Eda davasının kabulüne ilişkin kararlar ilamların icrası yolu ile icra olunur⁴⁵.

Borçlu, alacaklının eda davasından bağımsız olarak cezai şartın indirilmesi davası açarsa, bu durumda mahkemenin vereceği karar, nihai karar olarak kabul edilecek ve bu kararın kesinleşmesi ve kanun yollarına başvurulması, HMK’ nın ilgili hükümlerine göre olacaktır. Hâkim tarafından inşai karar ile yapılan bu değişiklik, taraflarca kararlaştırılan cezai şartın, mahkeme kararıyla uygun bir

⁴¹ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 169; Eren, **a.g.e.**, s. 1190 ; Kocaağa, **a.g.e.**, s. 255; Önen, **a.g.e.**, s.100 vd.; Uçar, **a.g.e.**, s. 113.

⁴² Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 267; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 260.

⁴³ HMK m. 108/f.3 : “ Kanunlarda aksi belirtilmedikçe, inşai hükümler, geçmişe etkili değildir.”

⁴⁴ Kocaağa, **a.g.e.**, s. 255; Uçar, **a.g.e.**, s. 113.

⁴⁵ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 258 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 251 vd.

miktara indirilmesidir. Bu sonuç mahkeme kararının kesinleşmesiyle birlikte kendiliğinden doğmaktadır. Bu hükmün icra edilmesine gerek bulunmamakla birlikte inşai etkisi, hükmün verilmesi ve kesinleşmesiyle birlikte kendiliğinden meydana gelmektedir⁴⁶.

Mahkeme tarafından indirim talebinin reddine ilişkin karar, yalnız taraflar arasında ve kararın verildiği tarih bakımından mevcut olan maddi durum için kesin hüküm etkisi doğurur. Bu red kararı inşai bir hüküm olmayıp, eda ve tespit davalarında verilen hükümler gibi tespit hükmüdür⁴⁷.

F. YARGILAMA GİDERLERİ

Yargılama giderleri terimi genel olarak; harçları, dava nedeniyle yapılan tebliğ ve posta giderleri, dosya ve sair evrak giderleri, keşif giderleri, tanık ile bilirkişiye ödenen ücret ve giderler, resmî dairelerden alınan belgeler için ödenen harç, vergi, ücret ve sair giderler ve vekâlet ücretlerini içine alır. (HMK m. 323) Aynı kanunun 326. maddesinde; yargılama giderlerinin, aleyhine hüküm verilen taraftan alınacağı yer almaktadır. Eğer davada her iki tarafta kısmen haklı çıkarsa mahkeme, yargılama giderlerini tarafların haklılık oranına göre paylaşır⁴⁸.

Alacaklının eda davası ile alacağını talep ettiği davalarda, aşırı cezai şartın hâkim tarafından indirilmesi neticesinde, değerlendirilmesi gereken bir diğer husus ise indirilen cezai şart miktarından dolayı alacaklının aleyhine vekâlet ücreti ve yargılama giderlerine hükmedilip hükmedilmeyeceği noktasındadır.

Yargıtay, indirilen cezai şart miktarı nedeniyle davacı aleyhine vekâlet ücreti ve yargılama giderine hükmedilmemesi gerektiği yönünde kararlar verilmiştir. Kararlarda “...cezai şarttan indirim yapılması hususunda hâkimin takdir hakkını kullanıp kullanmayacağını davacı tarafından dava açılırken bilinmesinin mümkün olmaması nedeniyle indirilen kısım yönünden karşı taraf yararına vekâlet ücretine ve

⁴⁶ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 266 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 258 vd.

⁴⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 260.

⁴⁸ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 695 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 589 vd.

*yargılama giderine hükmedilmemesi gerekmektedir...*⁴⁹ gerekçeleriyle hüküm tesis edilmiştir.

Cezai şartın indirilmesi konusunda hâkime tanınmış bir takdir hakkı söz konusudur. Bu indirimin yapılabilmesi için indirimi gerektirecek derecede aşırı bir cezai şartın ve yukarıda saydığımız diğer gerekli kriterlerin varlığı gerekmektedir. Bu hususların varlığı veya yokluğu hâkim tarafından yapılacak yargılama sonunda tespit edilecektir. Tacir sıfatını haiz borçlu bakımından ise ahlaka aykırı bir cezai şartın ve indirim için gerekli diğer kriterlerin varlığı gerekmektedir. Tüm bu sayılan hususların davayı açmadan önce davacı tarafından bilinmesi mümkün olmadığından indirilen cezai şart miktarı üzerinden, karşı tarafın lehine vekâlet ücretine ve yargılama giderlerine hükmedilmemesi kanaatimizce de hükmün amacına uygundur.

⁴⁹ Yarg. 19. HD, 27.06.2013 T., 2013/5697 E., 2013/12129 K., sayılı kararı; Yarg. 19. HD., 27.06.2013 T., 2012/14815 E., 2013/12086 K. Sayılı kararı. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 31.10.2014)

SONUÇ

Türk Hukukunda cezai şartın indirilmesi konusunun incelendiği tezimizde öncelikle cezai şarta ilişki genel bilgilere yer verilmiştir. Cezai şart; bir borcun hiç ifa edilmemesi veya gereği gibi ifa edilmemesi ya da kararlaştırılan yer veya zamanda ifa edilmemesi halinde ödenmesi gereken ekonomik değere sahip, asıl borçtan ayrı bir edim olarak tanımlanmıştır.

Günümüzde oldukça yaygın bir kullanım alanına sahip cezai şartın iki temel amacı belirlenmeye çalışılmıştır. Bunlardan ilki borçluyu borca uygun davranma sevk etmek ve böylece borçluyu ifaya teşvik etmek; diğeri ise borçlunun borcu hiç ya da gereği gibi ifa etmediği takdirde alacaklıyı doğacak zararı saptama yükümünden kurtararak önceden tazminatın tespit edilmesini sağlamaktır. Diğer bilimsel çalışmalardan farklı olarak cezai şartın kararlaştırılma amacı ayrı bir başlık altında aşırı cezai şartın tespitini sağlayan ölçütler içerisinde değerlendirilmiştir. Kanaatimizce, cezai şartın kararlaştırılma amacı, cezai şartın indirilmesi konusunda geniş bir takdir yetkisine sahip hâkime, birbirinden farklı somut olayların değerlendirilmesinde yol gösterici olacaktır. Böylece borçluyu ifaya teşvik amacı ile tazminat amacı aynı değerlendirmeye tabi tutulamayacaktır.

Cezai şartın unsurları irdelenmeye çalışılarak; cezai şartın varlığı için asıl borç ilişkisinin varlığının gerektiği, cezai şartın asıl borçtan ayrı ve bağımsız bir edim olduğu ve cezai şartın asıl borcun fer'i niteliğinde olduğu incelenmiştir. Cezai şartın türleri; ifaya eklenen cezai şart, seçimlik ceza şart ve dönme cezası incelenerek bu konuda genel bilgilere yer verilmiştir. Cezai şartın benzer kavram olarak adlandırılan temerrüt faizinden, bağlanma parası ve cayma parasından farkları ortaya konulmaya çalışılmıştır. Cezai şartın kusur ve zarar ile ilişkisine değinilerek, cezai şartın hüküm ifade etmesi için tarafın kusurunun arandığı buna karşılık cezai şart alacağının tarafın zararından bağımsız olduğu incelenmiştir. Cezai şartın indirilmesi noktasında kusurun ağırlık derecesi önem arz etmektedir. Fakat uğranılan zararın, kararlaştırılan cezai şart miktarından az olması doğrudan indirim nedeni olarak görülemeyeceği gibi fazla olması hali de indirim yapılmaması gibi bir sonucu doğurmamalıdır.

İkinci bölümde; cezai şartın indirilmesinin amacı, hukuki niteliği ve tacir sıfatını haiz borçlular bakımından TTK m. 22 düzenlemesi kapsamında indirim hususu incelenmiştir.

Cezai şartın indirilmesinin hukuki niteliğini açıklamak amacıyla çeşitli görüşler öne sürülmüştür. Doktrinde yer alan birçok görüş ve bilimsel eserden farklı olarak, cezai şartın indirilmesinin hukuki niteliği değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük kapsamında ifade edilmiştir. TBK m. 182/f.3 hükmü ile hâkime aşırı cezai şartın indirilmesi yetkisi verilmiştir. Cezai şartı tamamen kaldırma yetkisi verilmemiştir. Bu düzenleme hâkimin sözleşmeye müdahalesine kanunen tanınan bir icazettir. Aşırı cezai şartın hâkim tarafından tespit edilmesi ile cezai şart sözleşmesinin aşırı olan kısım için geçersizliği gündeme gelmektedir. Aşırı cezai şart, hâkim tarafından değiştirilmiş içerikle geçerliliğini korumaktadır.

TTK m. 22 gereği tacirin aşırı cezai şartın indirilmesini isteyememesi, tacirin üstlendiği borçların bütün sonuçlarına katlanması gerektiği, ahlaka ve adaba aykırı olsa dahi cezai şartı ödemek zorunda olduğu şeklinde anlaşılmalıdır. Tacir sıfatını haiz borçlunun taahhüt ettiği cezai şartın indirilmesini isteyemeyeceği kabul edilse de, ahlaka aykırılığın ileri sürülebileceği doktrinde ve uygulamada kabul edilmiştir. Bu nedenle tacir sıfatını haiz borçlu tarafından taahhüt edilen cezai şartın, ahlaka aykırı olduğu durumlarda; indirim koşullarının varlığı halinde indirilmesinin veya angarya yasağı kapsamına girenlerin tamamen batıl sayılmasının hakkaniyete uygun olduğu görüşünderiz.

Üçüncü bölümde; cezai şartın indirilmesinin koşulları incelenmiştir. Cezai şartın indirilmesi için varlığı gereken koşullar; geçerli bir cezai şartın bulunması, cezai şartın muaccel olması, cezai şartın ifa edilmemiş olması ve aşırı bir cezai şartın varlığıdır.

TBK m. 182/f.3'de hâkime aşırı gördüğü cezai şartı indirme yetkisi verilmiştir. Aşırı cezai şart kavramına, hükümde doğrudan yer verilmiş olması nedeniyle aşırı cezai şart koşulu daha titizlikle incelenmelidir.

Aşırı cezai şartın varlığının tespiti için doktrinde ve uygulamada bir takım ölçütler benimsenmiştir. Bunlar; alacaklının menfaati, borçlunun borca aykırılığının ağırlığı, borçlunun kusurunun ağırlığı, tarafların karşılıklı ekonomik durumu ölçütleridir. Uygulamada bu ölçütler birlikte değerlendirilmediği gibi kararlarda yer verilen bir veya birkaç ölçütün de açıkladığımız kapsamda ele alınmadığı görülmüştür.

Tarafımızca savunulan görüş ve yapılan çalışmalar neticesinde, aşırılığın tespitini sağlayacak ölçütlerin; alacaklının menfaati, borçlunun borca aykırılığının ağırlığı, borçlunun kusurunun ağırlığı, cezai şart yükümlüsünün o hukuki ilişkiden elde ettiği menfaat, cezai şartın kararlaştırılma amacı ve ahlaka aykırılık olarak incelenmesinin aşırılığın tespiti açısından daha uygun olduğu kanaatine varılmıştır. Bu ölçütlerle, özellikle uygulamada sıklıkla yapılan hataların ve kavram karmaşasının önüne geçilmek hedeflenmiştir.

Doktrinde ve uygulamada, tarafların karşılıklı ekonomik durumu olarak ifade edilen ölçüt, belirlenen içeriği ve uygulama yönü ile hatalıdır. Bu ölçüt içeriğinde, ekonomik anlamda mahva neden olup olmama veya ekonomik özgürlük kavramlarından hareket edilmiştir. Sadece ekonomik anlamda mahva neden olma ölçütünden hareket edildiğinde, ekonomik anlamda güçlü olan borçlunun cezai şartı ödemesi, ekonomik gücü kısıtlı olan borçlunun cezai şart miktarında indirim yapılması gibi hakkaniyete aykırı sonuçlar doğacaktır. Diğer yandan ekonomik özgürlük ve ekonomik mahva neden olma kişiyi korumayı hedef alan ifadelerdir. Kişiyi korumanın doğuracağı sakıncalı sonuç ise her kişi bakımından korunmaya ihtiyaç duyduğu ölçüde devreye girecek ve kişinin içinde bulunduğu hal ve şartlar ile üstlendiği hak ve borçlar dikkate alınarak tespit edilecektir. Böyle bir koruma her kişi için farklı sonuçların doğmasına neden olacaktır. Objektif ölçütlerden hareket edilmesinin önünde engel teşkil edecektir. Sözleşmenin gereği gibi ifası halinde sağlanacak menfaate oranla aşırı nitelikte bulunan bir cezai şartın, sırf borçlunun ekonomik mahvına neden olmadığı için ödenmesi sonucu ortaya çıkacaktır.

Kanaatimizce, ahlaka aykırılık oluşturacak diğer hallerde incelenmelidir. Sadece ekonomik mahva neden olma ölçüt olarak değerlendirilmemelidir. Alacaklı

tarafın mali durumunun, borçlu taraftan çok daha üstün olduğu hallerde bu ekonomik güçten yararlanarak borçlu tarafı sömürmesi ahlaka aykırılık olarak değerlendirilmelidir. Cezai şartın haksız menfaat sağlama aracı haline gelip gelmediği de mutlaka değerlendirilmelidir.

Alacaklının asıl borcun ifa edilmesi halinde elde edeceği yarar ile cezai şartın ödenmesi halinde sağlayacağı yarar arasındaki makul, adil ölçü ve sözleşmeye aykırı davranılması yüzünden alacaklının kaçırdığı fırsatlar, hiç veya gereği gibi ifa edilmeyen borç üzerindeki alacaklı menfaatleri değerlendirilmelidir. Borçlunun kusur derecesi, borcun ifasına aykırılığı, cezai şartın teminat altına aldığı borç birden fazla ise bu borçlara aykırılığın ağırlığı gibi tüm bu durumlar dikkate alınarak indirim koşulları değerlendirilmelidir.

Son olarak aşırı cezai şartın indirilmesinde usule yönelik değerlendirmelere yer verilmiştir. İndirilecek cezai şarta konu edimin, bölünebilir veya bölünemez olması hali ve indirimin ölçüsü değerlendirilmiştir. Hâkim aşırı cezai şartın varlığı yönünde kanaat edindiği takdirde; öncelikle cezai şartın konuluş amacını ve taraflar arasındaki anlaşma şartları gereği cezai şartın işlevini belirlemelidir. Ardından, cezai şart miktarı ile alacaklının asıl borcun ifasındaki haklı menfaatleri ile kusurun ve borca aykırılığın ağırlık derecesini ve tacir sıfatını haiz olsun veya olmasın borçlular bakımından ahlaka aykırılığın söz konusu olup olmadığını değerlendirerek cezai şartın indirim ölçüsüne karar vermelidir.

Cezai şart miktarının indirilmesi kararı inşai nitelikte bir karardır. Dava sonunda verilen hüküm ile cezai şart miktarında değişiklik yapılmaktadır. Böylece yeni bir hukuki durum, tarafların hukuki ilişkilerinde değişiklik meydana gelmektedir.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Şahin: **Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler**, Konya, Sayram Yayıncılık, 2006.
- Akıntürk, Turgut /
- Ateş Karaman, Derya: **Borçlar Hukuku**, 21. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2013.
- Akkayan Yıldırım, Ayça: “Cezai Şartın İşlevi Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.LXI, S.1-2, 2003, s. 357-414.
- Arkan Serim, Azra: “Cezai Şart”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C.71, S.1-2-3, 1997, s. 77-110.
- Arkan, Sabih: **Ticari İşletme Hukuku**, 18. Baskı, Ankara, 2013.
- Arsebük, Esat: **Borçlar Hukuku C.1-2**, Ankara, Güney Matbaacılık, 1950.
- Arsebük, Esat: “Cezai Şart Mefhumu Etrafında Tahliller”, **Adliye Ceridesi**, Nisan 1936, S.16, s. 987-996.
- Arslanlı, Halil: **Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumi Hükümler**, 3. Bası, İstanbul, 1960.
- Ateş, Derya: **Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007.
- Bahtiyar, Mehmet: **Ticari İşletme Hukuku**, 15. Bası, Beta Yayınları, 2014.
- Barlas, Nami: **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar**, Kazancı Hukuk Yayınları, 1992.

- Başpınar, Veysel: **Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı**, Ankara, 1998.
- Berki, Osman Fazlı: “Pey Akçesi, Rücu Tazminatı ve Cezai Şart Etrafında Tetkikler”, **İstanbul Barosu Dergisi**, 1943, S. 5, s. 277-303.
- Bilge, Necip: “Cezai Şart”, **Esat Arsebük’e Armağan**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1958, s. 37-128.
- Birsel, Mahmut T.: **Ticari İşletme Hukuku**, C.I., İzmir, 1970.
- Birsen, Kemaleddin: **Borçlar Hukuku Dersleri**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1967.
- Çınar, Ömer: “Türk Borçlar Kanunu ve alman Medeni Kanununa Göre Cezai Şartın İndirilmesi”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl 8, Sayı 16, Güz 2009.
- Demir, Fevzi: “Karar İncelemesi, Temsilcinin Sözleşmesinin Feshinde Kötüniyet Tazminatı ve Cezai Şart”, **Kamu İş Dergisi**, C.9, S.1/2007.
- Dirican, Gökhan: **Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007.
- Domaniç, Hayri: **Faizle Karşılanamayan Zararların Giderilmesini Sağlayan BK 105 ve Diğer Hükümler**, 2. Bası, İstanbul, 1993.
- Dural, Mustafa /
- Öğüz, Tufan: **Türk Özel Hukuku Cilt III Kişiler Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2012.

- Edgü, Ekrem: **Borçlar Hukuku Umumi Hükümler**, Balkanoğlu Matbaası, 1965.
- Ekinci, Hüseyin: **Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004.
- Erçin, Ferhat: “Yargıtay Kararları Işığında Tacirlerin Ahlaka Aykırı Cezai Şartın İptalini veya Tenkisini İsteyebilmeleri”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.10, 2011, s. 89-105.
- Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.
- Feyzioğlu, Feyzi N.: **Borçlar Hukuku Umumi Hükümler**, C.2, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1969.
- Gökçeoğlu, Kamil Haluk: **Cezai Şart ve Güncel İçtihatlar**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınevi, 2007.
- Göktürk, Hüseyin Avni: “Cezai Şart Müessesesi”, **İzmir Barosu Dergisi**, Sayı 1-13, 1938, s. 397-406.
- Günay, Cevdet İlhan: **Cezai Şart**, Ankara, 2002.
- Güral, Jale: **Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanunu Sistemi**, Ankara, 1953.
- Hatemi, Hüseyin / Gökyayla, Emre: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 2. Bası, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2012.
- Hatemi, Hüseyin: **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1976.
- Helvacı, Mehmet: **Para Borçlarında Faiz Kavramı**, İstanbul, 2000.

- İnan, Ali Naim /
Yücel, Özge: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4. Bası, Ankara, 2014.
- Kanık, Tahir: “Cezai Şart”, **Adalet Dergisi**, Ağustos, 1950, Sayı 8, s. 1071-1088.
- Kaplan, İbrahim: **Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi**, Ankara, Kadioğlu Matbaası, 1987.
- Karabağ Bulut, Nil: **Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2014.
- Karahan, Sami: **Ticari İşletme Hukuku**, 26. Baskı, Konya, Mimoza Yayınları, 2014.
- Karahasan, M. Reşit: **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.II., Beta Yayıncılık, 2003.
- Karahasan, M. Reşit: “Para Borçlarında Cezai Şart”, **İstanbul Barosu Dergisi**, 1966, Medeni Kanunun 40. Yıl Özel Sayısı, s. 469-494.
- Kayak, Sevgi: “Roma Hukukunda Cezai Şart”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXIV, S.1, 2006.
- Kayar, İsmail: **Borçlar Hukuku**, 9. Baskı, Seçkin Yayınları, 2014.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 18. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, 2014.
- Kırkbeşoğlu, Nagehan: **Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük**, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2011.

- Kocaağa, Köksal: **Türk Özel Hukukunda Cezai Şart**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip: “Değişik Kısmi Hükümsüzlük ve Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük Kavramları ile İlgili Düşünceler”, **Selim Kaneti’ye Armağan**, İstanbul, Aybay Yayıncılık, 1996, s. 25-33.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip /
Hatemi, Hüseyin /
Serozan, Rona /
Arpacı, Abdülkadir: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt I**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014.
- Kudat, Arkun: “Cezai Şartın Mahiyeti ve Ceza ile Münasebeti”, **Ankara Borusu Dergisi**, C.5, Şubat 1949, S.58-59 s. 29-34.
- Kunter, Nurullah: “Ödendikten Sonra Azaltılabilmeleri Bakımından Cezai Şart”, **Adliye Ceridesi**, 1940, s. 971-974.
- Kuru, Baki /
Arslan, Ramazan /
Yılmaz, Ejder: **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.
- Nomer, Haluk N.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 12. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2012.
- Nomer Ertan, Füsün: “İş Akdinden Doğan Cezai Şart Hükümleri ve TTK m.24”, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan**, C.I., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 29-37.

- Oğuzman, Kemal /
Barlas, Nami: **Medeni Hukuk**, 18. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık,
2012.
- Oğuzman, M. Kemal /
Öz, Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II**, 11. Bası,
İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2014.
- Oğuzman, M. Kemal /
Öz, Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I**, 10. Bası,
İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2012.
- Oğuzman, M. Kemal /
Seliçi, Özer /
Oktay Özdemir, Saibe: **Kişiler Hukuku**, 14. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi,
2014.
- Öcal, Akar: “Para Borçlarındaki Cezai Şart Hakkında Yargıtay’ın
Görüşleri”, **Adalet Dergisi**, Y. 52, 1961, S.5, s. 525-
527.
- Önen, Turgut: **Borçlar Hukuku**, 5. Bası, Yargı Yayınevi, 1999.
- Öz, Turgut: **Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca
Değişiklikler ve Yenilikler**, 2. Bası, İstanbul, Vedat
Kitapçılık, 2012
- Özdemir, Erdem: “İş Hukukunda Eğitim Karşılığı Öngörülen Cezai Şart”,
Çalışma ve Toplum (Ekonomi ve Hukuk Dergisi),
2005, s. 143-156.
- Özsunay, Ergun: **Borçlar Hukuku Dersleri I**, İstanbul, 1976.

- Öztan, Bilge: **Medeni Hukuk'un Temel Kavramları**, 26. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007.
- Pekcanitez, Hakan /
Atalay, Oğuz /
Özekes, Muhammet: **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.
- Poroy, Reha /
Yasaman, Hamdi: **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.
- Pulaşlı, Hasan: **Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları**, Ankara, Kadıoğlu Matbaası, 1989.
- Reisoğlu, Safa: **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Bası, , İstanbul, Beta Yayınları, 2014.
- Renda, Nihat /
Onursan, Galip: **Borçlar Hukuku**, Ankara, Balkanoğlu Matbaacılık, 1978.
- Saymen, H. Ferit /
Elbir, K. Halid: **Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler**, İstanbul, 1958.
- Sirmen, Lale: **Türk Özel Hukukunda Şart**, Ankara, Ayyıldız Matbaası, 1992.
- Şenyüz, Doğan: **Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler**, 5. Bası, Bursa, Ekin Yayınları, 2011.
- Tekil, Fahiman: **Borçlar Hukuku**, İstanbul, 1981.
- Tekinay, Sulhi /

- Akman, Sermet /
Burcuoğlu, Haluk /
Altop, Atilla: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- Thur, Andreas Von: **Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı C.1-2**, ev. Cevat Edege, 2. Bası, Ankara, Olgaç Matbaası, 1983.
- Tunçomağ, Kenan: **Türk Hukukunda Cezai Şart**, İstanbul, Baha Matbaası, 1963.
- Uçar, Salter: **Cezai Şart ve Uygulaması**, İstanbul, Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1993.
- Uygur, Tanju: “Cezai Şartın Tenkisi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı 6, 1975, s. 816-819.
- Uygur, Turgut: **Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, Seçkin Yayıncılık, C.I., 2012.
- Ülgen, Hüseyin /
Helvacı, Mehmet /
Kendigelen, Abuzer /
Kaya, Arslan /
Nomer Ertan, Füsun: **Ticari İŞletme Hukuku**, 4. Bası, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2015.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet /
Kaynar, Reşad: **Borçlar Hukuku Umumi Hükümler**, 2. Bası, Nazir Akbasan Matbaası, 1957.
- Yavuz, Cevdet /
Acar, Faruk /
zen, Burak: **Türk Borçlar Hukuku zel Hükümler**, 10. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2014.

Yürekli, Sabahattin: “Yeni İşverenin Sorumluluğu ve Cezai Şart”, **Hayri Domanıç’e Armağan C.II**, Ankara, Beta Yayıncılık, 2001, s. 746-758.

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr