

**T.C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**ÖZEL HUKUK ALANINDA**  
**CEZAI ŞART**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**  
**MURAT TİRYAKİ**  
**0410032016**

**Anabilim Dalı: Özel Hukuk**

**Tez Danışmanı: Prof. Dr. Atilla Altop**

**Temmuz 2005**

**T.C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**ÖZEL HUKUK ALANINDA**  
**CEZAI ŞART**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**  
**MURAT TİRYAKİ**  
**0410032016**

**Anabilim Dalı: Özel Hukuk**

**Tez Danışmanı: Prof. Dr. Atilla Altop**

**Temmuz 2005**

## ÖNSÖZ

Cezai şart, borçlunun asıl borcunu ilerde, hiç veya gereği gibi ifa etmediği takdirde alacaklıya karşı ifa etmeyi önceden taahhüt ettiği bir edimdir.

Cezai şart, toplumsal hayatın ve özel hukukun bütün dallarında akdin taraflarına sağlamış olduğu menfaatler ile birlikte alacaklıya sağlamış olduğu ispat kolaylığı gibi işlevleri sayesinde uygulamada çok önemli bir yere sahip olmuştur. Özellikle ticaret hayatında var olan sözleşmesel ilişkilerde cezai şartın yer almadığı bir hukuki yapı hemen hemen yok gibidir. Konunun uygulama ve doktrindeki önemine istinaden danışman hocam sayın Prof. Dr. Atilla Altop'un değerli tavsiyeleriyle bu konuyu çalışmamızda incelemeyi uygun bulduk.

2005 yılı içerisinde Adalet Bakanlığı öncülüğünde oluşturulan Komisyon tarafından 1926 tarihli 818 sayılı Türk Borçlar Kanun'unun değiştirilmesi amacıyla yeni bir Türk Borçlar Kanunu Tasarısı hazırlanmıştır. Çalışmamızda konu aldığımız cezai şart müessesesinin yeni tasarıda karşılık bulunduğu ilgili maddeleri ile karşılaştırılması yeri geldikçe yapılmaya çalışılmıştır. Ancak Tasarı, henüz çok yeni olduğundan bu konuyla ilgili olarak doktrinde yeterli bir kaynak birikimi sağlanamamıştır. Bu da çalışmamızda karşılaştığımız zorluklardan biridir. İkinci olarak konu hakkında yazılmış kapsamlı eserler, daha önceden hazırlanmış benzer tezleri saymazsak, 1953 ila 1963 yılları arasında yayımlanmış olduklarından İstanbul ve Ankara ilimizin güzide kütüphanelerinde yoğun bir araştırma dönemi geçirdiğimizi de söyleyebiliriz.

Ancak öncelikle, karşılaştığımız zorlukları aşmamızda bize fazlasıyla yardımcı olan, çok değerli tavsiyeleri ve anlayışıyla her zaman desteğini yanımızda hissettiğimiz danışman hocam sayın Prof. Dr. Atilla Altop'a buradan en derin saygı ve teşekkürlerimi sunmayı bir borç bilirim. T.C Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nün değerli müdürü sayın hocam Prof. Dr. Bahri Öztürk bu çalışmamızda kılavuzluğu ve önderliği ile yönümüzü bulmamızı sağlamış, vermiş olduğu değerli destekler sayesinde tezimiz uluslararası genel akademik kurallar çerçevesinde hazırlanmıştır. Sayın hocama da buradan en içten teşekkürlerimi ve saygılarımı sunarım.

Ayrıca son olarak çalışmamda ve yetişmemde her zaman yanımda olan sevgili babam Sayın Orhan Tiryaki ve aileme desteklerinden ötürü teşekkürü bir borç bilirim.

## İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	VII
TÜRKÇE ÖZET	VIII
YABANCI DİL ÖZET	IX
GİRİŞ	1

### I. BÖLÜM

#### CEZAI ŞARTIN TERİM VE TANIMI, AMACI (İŞLEVLERİ), HUKUKİ NİTELİĞİ HAKKINDAKİ GÖRÜŞLER VE UYGULAMA ALANI

I- TERİM VE TANIM	4
A. TERİM	4
B. TANIM	7
II- CEZAI ŞARTIN AMACI ( İŞLEVLERİ )	9
III- HUKUKİ NİTELİĞİ HAKKINDAKİ GÖRÜŞLER	12
A. CEZA GÖRÜŞÜ	13
B. SİGORTA GÖRÜŞÜ	14
C. CEZAI ŞARTIN GÖTÜRÜ TAZMİNAT OLDUĞU GÖRÜŞÜ	15
D. CEZAI ŞARTIN CEZA VE TAZMİNAT KARIŞIMI OLDUĞU GÖRÜŞÜ	16
IV- CEZAI ŞARTIN UYGULAMA ALANI	17
A. BORÇLAR HUKUKU'NDA	17
B. MEDENİ HUKUKTA	19
C. İŞ HUKUKU'NDA	20
D. TİCARET HUKUKUNDA	21
E. CEZAI ŞARTIN UYGULAMA ALANI BULAMADIĞI İŞLEMLER	22

## II. BÖLÜM

### CEZAI ŞARTIN UNSURLARI, TÜRLERİ VE BENZER KAVRAMLARDAN FARKI

I.	UNSURLARI	25
	1) Bir Asıl Borcun Var Olması	25
	a) Asıl borcun geçerli olması	26
	b) Asıl borcun mevcut olması	30
	c) Asıl borcun doğuş kaynakları	30
	2) Cezai Şartın Fer'iliği Ve Asıl Borçtan Ayrı Bir Edim Olarak Kararlaştırılması	31
	3 ) Cezai Şartın Sağlar arası Hukuki İşlemlerle Belirlenmesi	36
II-	CEZAI ŞART TÜRLERİ	39
	A. SEÇİMLİK CEZAI ŞART	39
	B. İFAYA EKLENEN CEZAI ŞART	43
	C. DÖNME CEZASI (İFADAN KURTARAN CEZAI ŞART)	48
III-	BENZER KAVRAMLARDAN FARKI	51

## III. BÖLÜM

### CEZAI ŞART ALACAĞININ İLERİ SÜRÜLMESİNDE MUACCELİYET ŞARTI VE HÜKÜMLERİ, CEZAI ŞART İLE ZARAR ARASINDAKİ İLİŞKİ

I-	CEZAI ŞART ALACAĞININ İLERİ SÜRÜLMESİNDE MUACCELİYET ŞARTI VE HÜKÜMLERİ	
	A. CEZAI ŞARTIN MUACCEL OLMASI	56
	1) Muacceliyet Şartının Gerçekleşmesi (Muacceliyet Anı)	56
	2) Borçlunun Asıl Borcu İhlali	59
	3) Borçlunun İfa Borcunu Yerine Getirmemesindeki Kusuru	62

4) İspat Yüğü	63
<b>B. MUACELLİYET HÜKÜMLERİ</b>	<b>65</b>
1) Seçimlik Cezai Şart Yönünden	65
a) Alacaklının seçim beyanı	65
b) Seçim beyanında asıl borcun ifasının talep edilmesi	68
c) Seçim beyanında cezai şartın talep edilmesi	69
2) İfaya Eklenen Cezai Şart Yönünden	72
a) Asıl borcun ve cezai şartın birlikte ifasının talep edilmesi	72
b) Cezai şart talep hakkının düşmesi ve feragat	74
<b>II- CEZAI ŞART İLE ZARAR ARASINDAKİ İLİŞKİ</b>	<b>76</b>
<b>A. ZARAR KOŞULUNUN ARANMAMASI</b>	<b>76</b>
<b>B. EK TAZMİNAT TALEP EDEBİLME KOŞULLARI</b>	<b>78</b>
1) Borçlunun Kusurlu Olması	79
2) Cezai Şart Miktarını Aşan Bir Zararın Bulunması	80
3) İlliyet Bağı	80
4)İspat	81

#### **IV. BÖLÜM**

#### **CEZAI ŞARTIN İNDİRİLMESİ, CEZAI ŞARTIN BUTLANI VE SONA ERMESİ**

<b>I- CEZAI ŞARTIN İNDİRİLMESİ</b>	<b>82</b>
1) İndirme Hakkının Hukuki Niteliğı	82
2) Cezai Şartın İndirilmesi İçin Gerekli Şartlar	83
a) Geçerli bir cezai şartın bulunması	84
b) Cezai şartın muaccel olması	85

c) Cezai şartın henüz ifa edilmemiş olması	86
d) Cezai şartın aşırı miktarda yüksek olması	86
i) Alacaklının menfaatleri	87
ii) Borca aykırılığın ağırlığı	89
iii) Kusurun ağırlığı	89
iv) Tarafların ekonomik durumu	90
v) Aşırılığın belirlenmesinde esas alınacak an	90
e) Borçlunun indirme talebinde bulunması	91
f) Borçlunun tacir olmaması	92
3) İndirim Miktarının Belirlenmesi	93
a) Borçlu ve alacaklının menfaat durumu	94
b) Borca aykırılıktan doğan zarar miktarı	95
c) Borçlunun kusuru	96
d) Tarafların ekonomik durumu	97
e) Akde aykırılık nedeniyle temin edilen menfaatler	97
4) Cezai Şartın İndirilmesine İlişkin Usul İşlemleri	98
a) İndirim için başvuru	98
b) İndirim talebinde bulunma şekli	98
c) İndirim kararı ve hükmü	99
5) Cezanın Tamamen Kaldırılması	100
II- CEZAI ŞARTIN BUTLANI	101
III- CEZAI ŞARTIN SONA ERMESİ	103
A)CEZAI ŞARTIN ASIL BORCA BAĞLI OLARAK SONRA ERMESİ	103
B)CEZAI ŞARTIN ASIL ALACAĞA BAĞLI OLMAKSIZIN SONA ERMESİ	104
SONUÇ	105
KAYNAKÇA	109

## KISALTMALAR

AD	: Adalet Dergisi
AMK (BGB )	: Alman Medeni Kanunu
AHFY	: Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları
BK	: Borçlar Kanunu
BKT	: Borçlar Kanunu Tasarısı
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
f	: Fıkra
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
İİK	: İcra İflas Kanunu
İMK	: İsviçre Medeni Kanunu
İz. BD	: İzmir Barosu Dergisi
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
m.	: Madde
MK	: Medeni Kanun
N.	: Numara
s.	: Sayfa
T.	: Tarih
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TD.	: Ticaret Dairesi
TTK.	: Türk Ticaret Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Yarg.	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YKD.	: Yargıtay Kararları Dergisi



**Enstitüsü : Sosyal Bilimler**  
**Anabilim Dalı : Özel Hukuk**  
**Tez Danışmanı : Prof. Dr. Atilla Altop**  
**Tez Türü ve Tarihi : Yüksek lisans – Temmuz 2005**

## **ÖZET**

### **ÖZEL HUKUK ALANINDA CEZAI ŞART**

**Murat Tiryaki**

**Bu çalışmanın konusu temel olarak Türk Borçlar Hukuku sisteminde düzenlenmiş bulunan cezai şart müessesesini uygulama alanı bulduğu diğer kanun hükümleriyle birlikte incelemeye tabi tutmaktır. Ayrıca 2005 yılında hazırlanan Türk Borçlar Kanunu Tasarısı çerçevesinde değişen veya değişmeyen cezai şart hükümlerine de ilgili bölümlerde yeri geldikçe değinilmiştir.**

**Tezimizin ilk bölümünde, cezai şartın terim, tanım, unsurları, amacı, hukuki niteliği hakkındaki görüşler ve uygulama alanına değinilmiş olup, ikinci bölümünde ise cezai şartın türleri, cezai şart alacağının ileri sürülmesinde muacceliyet şartı ve cezai şartın hükümleri ele alınmıştır. Üçüncü ve son bölümde, cezai şart ile zarar arasındaki ilişki ve cezai şartın sona ermesi durumları incelenmiştir. Tezimizin sonuç bölümünde, Yeni Borçlar Kanunu Tasarısında yer alan cezai şart hükümlerinin tarafımızca genel bir değerlendirmesi ve konuyla ilgili görüşlerimiz yer bulmuştur.**

**Anahtar Sözcükler: Özel Hukuk Alanında Cezai Şart, Cezai Şart, Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Cezai Şart.**

**University** : İstanbul Kültür University  
**Institute** : Institute of Social Sciences  
**Department** : Private Law  
**Supervisor** : Prof. Dr. Atilla Altop  
**Degree Awarded and Date** : MA – July 2005

**ABSTRACT**  
**PENAL CLAUSE IN PRIVATE LAW**

**Murat Tiryaki**

The subject of this study, mainly, analyse the statute of penal clause which takes place in Turkish contract law also with the other branches of law. And also the changes or nonchanges in Draft of Turkish Contract Law about penal clause will be touched on, by the related parts, with this study.

In first chapter of this study, the concepts and the implementation about the terminologic definition, elements, aim and legal attribution of penal clause will be explained, and in second chapter the types of penal clause, necessity of acceleration clause and legal articles of penal clause will be explained, and in the third and last chapter the relationship between the penal clause and loss, and the expire of penal clause will be explained finally. In the part of result of this study, the legal decision of penal clause in Draft of Turkish Conctracy Law will be analysed generally and our concept about this subject will be presented.

**Key Words:** Penal Clause In Private Law, Penal clause, Penal Clause İn The Draft Of Turkish Contract Law.

## GİRİŞ

Toplumsal düzen içerisinde oluşan hukuksal işlemlerin temelini, tarafların birbirlerine yöneltmiş olduğu, ulaşılmak istenen hukuksal sonuca yönelik irade beyanları oluşturur. Bu şekilde amaca yönelmiş irade beyanlarının hukuk hayatımızda vücut bulduğu en önemli zemin “anlaşmalardır” diyebiliriz. Burada önemli olan çoğu zaman tarafların kullandıkları ifade ve kavramlar değil ulaşmak istedikleri amaç ya da asıl amaçlarının ne olduğudur.

Buradan hareketle şunu söyleyebiliriz ki, tarafların yapmış oldukları her borç ilişkisini düzenleyen anlaşmada alacaklının amacı, borcun bu ilişkiye uygun olarak yerine getirilmesini sağlamaktır. Günümüz koşullarında karşılıklı güven ilkesi temel olmakla beraber, çoğu zaman bu ilkenin yetersiz kaldığı da malumdur. Bu nedenle kurulan hukuki ilişkinin sonunda karşılıklı güven duygusunun güçlenmesi ve hukuksal mekanizmanın amaca yönelik işlerlik kazanması için kanun koyucu alacaklıya alacağıının yanında onu kuvvetlendiren bazı vasıtalar da bahşetmiştir.

Kanun koyucu alacağı kuvvetlendirmek ve teminini sağlamak amacıyla aynı bir teminat olan “rehin”, şahsi bir teminat olan “kefalet” ve son olarak da kaydi bir teminat olarak “cezai şart” müessesesini düzenlemiştir.

Cezai şart, 818 sayılı Borçlar Kanunumuzun 158 ile 161’inci maddeleri arasında düzenlenmiştir. Alacaklılar, 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 6’ncı maddesinde öngörülen genel ispat kuralının aksine zararı kendilerinin ispatı şartına bağlı olmayan, asıl borcun ihlali halinde en baştan götürü usulde ödeneceği taahhüt edilmiş, kendilerini güvende hissedebilecekleri bu kurumu uygulamada oldukça benimsemişlerdir.

Bilindiği üzere 2005 yılı içerisinde Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısı hazırlanmıştır. Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısında cezai şart terimi ile birlikte ilgili maddelerin numaraları ve kenar başlıkları da değiştirilmiştir. Buna göre, yeni Tasarıda “cezai şartı” düzenleyen hükümler 184 ile 187’inci madde aralığında ele alınmıştır. Ayrıca “cezai şart” terimi yerini Yargıtay’ın kimi kararlarında yer aldığı gibi “ceza koşulu” terimine bırakmıştır. 818 sayılı Borçlar Kanununun 158 inci maddesinin kenar başlığında kullanılan “C. Cezaî Şart / I. Alacaklının hakları / 1. İcra ile eda arasında münasebet” şeklindeki ibareler, Tasarıda “C. Ceza koşulu / I. Alacaklının hakları / 1. Cezanın sözleşmenin ifası ile ilişkisi” şeklinde kaleme alınmıştır.

Borçlunun asıl borcunu ileride, hiç veya gereği gibi ifa etmediği takdirde alacaklıya karşı ifa etmeyi önceden taahüt ettiği edime cezai şart denmektedir. Ayrıca cezai şartın en önemli ve alacaklıyı rahatlatıcı işlevi borçluyu yükümlendiği ifayı yerine getirmesi konusunda oldukça zorlamasıdır. Cezai şart borçluyu borcunu ifa konusunda zorlarken, Borçlar Kanunumuz 158/III hükmü borçluya da kararlaştırılmış olunan cezayı ödeyerek ifa yükümlülüğünden kurtulma imkânı tanımıştır. 818 sayılı Borçlar Kanununun 158 inci maddesinin son fıkrasında kullanılan “akitten rücu etmek hakkını” şeklindeki ibare, Tasarıda “sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu” şeklinde değiştirilmiştir. Burada düzenlenen ceza koşulu türüne öğretide “dönme (veya fesih) cezası” denilmektedir. Dönme cezası adı verilen bu türden bir cezai şart akdin her iki tarafı için de kararlaştırılabilir.

Bu şekilde her iki tarafı da rahatlatacak usulde düzenlenmiş olan bir kurumun uygulamada yaygın olarak kullanılması hem doğru bir yaklaşım, hem de doğaldır.

Tezimizde ilk bölümde cezai şartın terim, tanım, unsurları, amacı, hukuki niteliği hakkındaki görüşler ve uygulama alanı, ikinci bölümde türleri, alacağın ileri sürülmesinde muacceliyet şartı ve cezai şartın hükümleri üçüncü ve son bölümde ise cezai şart ile zarar arasındaki ilişki, cezai şartın

sona ermesi ele alınacak olup sonuç bölümünde ise Borçlar Kanunu Tasarısı cezai şart hükümlerinin değerlendirilmesi ve konuyla ilgili görüşlerimiz yer bulacaktır.

## I. BÖLÜM

### CEZAI ŞARTIN TERİM VE TANIMI, AMACI (İŞLEVLERİ), HUKUKİ NİTELİĞİ HAKKINDAKİ GÖRÜŞLER VE UYGULAMA ALANI

#### I- CEZAI ŞARTIN TERİM VE TANIMI

##### A. TERİM

Cezai şartı doğuran hukuki muameleyi ifade etmek için gerek kanunlarımızda ve doktrinde, gerekse Alman ve Fransız Medeni kanunlarında kullanılan terimler açısından bir terim birliği söz konusu değildir. Türk Özel Hukuku'nda yer alan terimlerden başlıcaları cezai şart, ceza şartı, akdi ceza, cezai akit kaydı ve ceza koşulu dur. Öncelikli olarak Borçlar Kanunumuz esas itibarıyla “cezai şart” terimini tercih etmiş olmakla beraber m. 159 ve m. 161’ de ceza, m. 351 / II ve III’ de ise, meşrut ceza terimlerine yer verilmiştir. İkinci olarak Prof. H. Arslanlı tarafından kullanılan ceza şartı terimidir <sup>1</sup>. Üçüncüsü, V. Tuhr’un “ Allegemeiner Teildes Schweizerischen Obligationenrecht” adındaki eserinin Fransızcadan Türkçeye çevirilmesi dolayısıyla akdi ceza olarak Özel Hukuk alanımıza dâhil olmuştur <sup>2</sup>. Saymen/Elbir’in yayınladıkları ortak eserde de cezai akit kaydı şeklinde kullanılmıştır<sup>3</sup>.

Eski Ticaret Kanunumuz bahse konu edilmiş terimlerden tamamen farklı olarak bu müesseseyi ifade etmek için “maktu zarar ve ziyan” veya “maktuen tesmiye kılınan meblağ” terimlerine yer vermiştir (Eski Ticaret Kanunu m. 645, 647). Yeni Ticaret Kanunumuz’da ise m.405, 407 ve 529 da

<sup>1</sup> Arslanlı, H., Ticari Bey, 3. bası, İstanbul, 1953, s.500.

<sup>2</sup> Von Tuhr, Andreas, ( Çeviren, Cevat Edege) Borçlar Hukuku, İstanbul, 1953, s. 821; Nomer, Haluk N, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Notları, 2 . bası, İstanbul, 2001, s. 184.

<sup>3</sup> Saymen, F.H. / Elbir, H.K., Türk Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, İstanbul, 1966, s.833,(Gökçeoğlu, Kamil Haluk, Cezai Şart, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1993, s. 32’ den naklen).

Borçlar Kanunumuzla aynı olarak “cezai şart” terimine yer verildiği görülmektedir<sup>4</sup>. Prof. Kenan Tunçomağ Ticaret Kanunumuz m. 24 de tacirlerin fahiş olduğu iddiasıyla cezai şartın indirimini talep edemeyeceklerine ilişkin hükmünde “ceza” terimine yer verilmesini yanlışlık olarak nitelendirmiştir<sup>5</sup>. Bilge ise bunun yanlışlık sonucu olmadığı ayrıca aynı kavram için ayrı ayrı kelimeler kullanılmasının bir ifade zenginliği teşkil etmemesinden başka, hukuki neticeleri bakımından da mahzurlu olduğu görüşündedir<sup>6</sup>.

Yeni Borçlar Kanunu Tasarısı, terim konusunda, yukarıda değinmiş olduğumuz terimlerden farklı bir yol izleyerek daha arı bir türkçeyle “cezai şart” terimini karşılamak üzere “ceza koşulu” terimini tercih etmiştir.

Buna göre, Borçlar Kanunu Tasarısı madde 184, 818 sayılı Borçlar Kanununun cezai şartı düzenleyen 158 inci maddesini karşılamaktadır.

Tasarının üç fıkradan oluşan 184 üncü maddesinde, ceza koşulu düzenlenmektedir.

818 sayılı Borçlar Kanununun 158 inci maddesinin kenar başlığında kullanılan “C. Cezaî Şart / I. Alacaklının hakları / 1. İcra ile eda arasında münasebet” şeklindeki ibareler, Tasarıda “C. Ceza koşulu” / I. Alacaklının hakları / 1. Cezanın sözleşmenin ifası ile ilişkisi” şeklinde kaleme alınmıştır. Buna uygun olarak BK m. 351 / II ve III’ de de “ceza koşulu” terimi kullanılmıştır<sup>7</sup>.

Aynı şekilde Yargıtayın kimi kararlarında “ceza koşulu” terimini hali hazırda kullandığı da görülmektedir<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> Bilge, Necip, Cezai Şart, E. Arsebük Armağanından ayrı bası, Ankara, 1957, s. 41.

<sup>5</sup> Tunçomağ, Kenan, Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul, 1963, s. 3.

<sup>6</sup> Bilge, s. 41.

<sup>7</sup> Adalet Bakanlığı, Kanunlar Genel Müdürlüğü, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, 18.06.2005, [www.kgm.adalet.gov.tr/borclarkanunu.htm](http://www.kgm.adalet.gov.tr/borclarkanunu.htm).

<sup>8</sup> “Adi sözleşmeden sonra yapılan resmi sözleşmede “ceza koşulu” kararlaştırılmadığına göre, ceza koşuluna hükmedilemez”, (Yarg. 4. HD.,31.05.1974 T., E. 3787, K.2959), “Sözleşmenin yerine getirilmemesi veya noksan yerine getirilmesi durumunda olduğu gibi (para borçlarında da) “ceza koşulu” kararlaştırılabilir. “Ceza koşulunun” gerçekleşmesi için yanlarca kararlaştırılan ödemelerin yerine getirilip....”, (Yarg. 15. HD., 13.05.1985 T., E. 4407, K.1614), Yarg. 13. HD., 22.11.1983 T., E.

Türk mevzuatında görülen ortak terim birliğinin olmaması durumu yabancı hukuk mevzuatlarında da görülmektedir. Buna göre; Fransız Hukuku'nda " la clause penale", İsviçre'nin kitap ve mahkeme kararlarında " la peine conventionelle", İspanyol Hukuku'nda " la clausela penal" terimleri kullanılmaktadır. Alman Medeni Kanunu " Die Vertragsstrafe" terimini, Fransız ve İtalyan Medeni kanunları yukarıda belirtmiş olduğumuz " la clause penale" "clausula penale" terimlerini kullanmışlardır. Almanca "Die Vertragsstrafe" Türkçeye " sözleşme cezası" olarak çevrilmesine karşılık Fransızca " la clause penale" deyimini ise " cezai şart" olarak çevirilebilir<sup>9</sup>. Göktürk Borçlar Kanunumuzdaki cezai şart teriminin İBK. Fransızca metninde yer alan "clause penale" teriminden alındığını fakat Almanca metinde yer alan "vertragsstrafe" yani "mukavelevi ceza" teriminin daha uygun olarak tercih edilmesi gerekliliğini savunmuştur<sup>10</sup>.

Kanımızca "ceza koşulu" terimi hem karşıladığı anlam, hem de arılaştırılmış Türkçesiyle uygulamada yeknesaklık yaratmaya uygundur<sup>11</sup>.

Kimi yazarlar Borçlar Kanunu Tasarısında cezai şartın ceza koşulu terimi ile değiştirilmesini yerinde bulmakla beraber Tasarının geneline dair terim konusunda aksi görüşlerini dile getirmişlerdir. Buna göre, Tasarının bütününde terim birliğinin sağlanamamış olduğu söylenmiştir. Aynı kavramları ifade etmek için farklı maddelerde, farklı terimler kullanıldığından bahisle, kimi yerde ise bunun tam tersinin aynı terimden farklı maddelerde, farklı kavram ve müesseseleri ifade için yararlanıldığını ve bu terminolojik farklılaşmanın Tasarı'nın kendi içindeki yeknesaklığını önemli ölçüde bozduğunu belirtmektedirler<sup>12</sup>.

---

7823, K. 8211, Yarg. 13. HD., 14.04.1981 T., E. 2018, K. 2787, Uygur, Turgut, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk Ve Tazminat Hukuku, Ankara, 2003, s. 4259-4266.

<sup>9</sup> Tunçomağ, s.3; Bilge, s.42.

<sup>10</sup> Göktürk, H. Avni, Cezai Şart Müessesesi, İzmir Barosu Dergisi,1942, s.1-25, s. 397,( Ekinci, Hüseyin, Cezai Şart Türleri Ve Hükümleri, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 1996, s. 5' ten naklen).

<sup>11</sup> [www.kgm.adalet.gov.tr/borclarkanunu.htm](http://www.kgm.adalet.gov.tr/borclarkanunu.htm), 18.06.2005.

<sup>12</sup> Kuntalp, Erden/Barlas, Nami/Ayanoğlu Morali, Ahu/Çavuşoğlu Işıntan, Pelin/İpek, Mehtap/Yaşar, Mert/Koç, Sedef, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul, 2005, s.7.



Ancak tezimizde doktrinde en sık kullanılan terim olarak “cezai şart” terimini kullanmaya devam edeceğiz.

Ayrıca cezai şart terimiyle hangi anlamın ifade edilmek istendiği sorunu karşımıza çıkmaktadır. Buna göre; doktrinde iki temel anlamı ifade ettiği görüşü hâkimdir. İlk olarak cezai şartı ortaya çıkartan hukuki muameleyi ifade etmek amacı ile kullanılır. İkinci olarak cezai şart terimi bu hukuki işlemle kararlaştırılmış bulunan ve asıl borçtan ayrı olan edimi ifade etmektedir. Örneğin müteahhit yapmayı üstlendiği binayı zamanında bitiremediği takdirde geçen her ay için arsa sahibine 3000 Yeni Türk Lirası ödemeyi taahüt eder.

Tunçomağ, Borçlar Kanunu yönünden incelendiğinde cezai şart terimiyle anlatılmak istenenin “götürü tazminat” olduğu görüşündedir<sup>13</sup>. Bilge, BK. m. 158 de kullanılan cezai şart teriminin hem taraflar arasındaki hukuki muameleyi hem de bu hukuki muamelenin doğurduğu borcu ifade ettiğini belirtmektedir. Ayrıca Medeni Kanun m. 83 'te sözü geçen tazminat kelimesinin aynı terim olduğu görüşündedir. Bilge Medeni Kanunda geçen tazminat teriminin BK m. 158 ve devamı maddelerindeki ceza ile eş anlamlı kullanıldığını bununda mehz İsviçre Medeni Kanunu m. 91 deki “ mukavele cezası” teriminin kullanılmış olmasından anlaşılacağını ifade etmektedir<sup>14</sup>. Bizim de katıldığımız görüşe göre cezai şartın borca aykırı davranılması durumunda alacaklının uğrayacağı zararın önceden ve götürü olarak saptanması özelliği “götürü tazminat” olması özelliğini karşılamaktadır.

## **B. TANIM**

Türk ve İsviçre Borçlar Kanunları gibi Fransız ve Alman Medeni Kanunları da cezai şartı tanımlamaktan öte doğurduğu hüküm ve sonuçları düzenleme yoluna gitmişlerdir. Tanım vermenin yol açacağı güçlük ve fikir

---

<sup>13</sup> Tunçomağ, s. 3.

<sup>14</sup> Bilge, s. 41.

birliği içinde kanunların değiştirilmesinin zorluğu da göz önüne alınarak kanunlardan tanımlar çıkarılmıştır. İsviçre Borçlar Kanunu 1905 tasarısında 1185. madde ile cezai şart şu şekilde tanımlanmıştır. “ Cezai Şart borcun ifa edilmemesi veya eksik ifası halinde mükellefi hak sahibine karşı belli bir edimi ceza veya tazminat olarak ödemeye zorlayan anlaşmadır”. Daha sonradan bu tanım, kapalı olmasının doğuracağı sakıncaların yanı sıra, edimin ceza veya tazminat olarak ayırımının uygun görülmemesi üzerine kanundan çıkarılmıştır<sup>15</sup>.

Cezai şart hakkında yapılan incelemelerde her yazarın bu müessesenin bir tanımını yaptığını söyleyebiliriz.

Buna göre;

“ Borçlunun asıl borcunu ilerde, hiç veya gereği gibi ifa etmediği takdirde alacaklıya karşı ifa etmeyi önceden taahüt ettiği edime cezai şart denir”<sup>16</sup>.

“ Cezai şart, mevcut borcun ifa edilmemesi veya eksik ifası halinde ödenmesi gereken mali değere hazi ayrı bir edimdir”<sup>17</sup>.

“Cezai şart, borçlunun alacaklıya karşı mevcut bir borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde ödemeyi vaad ettiği, ekonomik değeri haiz hukuki muamele ile belirlenmiş bir edimdir”<sup>18</sup>.

“ Cezai şart, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde borçlunun alacaklıya karşı yerine getirmeyi yüklediği edimdir”<sup>19</sup>.

“Borçlunun borcunu ihlal etmesi durumunda alacaklıya ödemeyi kabul ettiği ceza hussusundaki anlaşmaya cezai şart denir”<sup>20</sup>.

---

<sup>15</sup> Göktürk, Cezai Şart, s. 398, (Ekinci, s. 7); Tunçomağ, Cezai Şart, s.5; Oser/Schönenbenger, (Çeviren Ferid Ayiter), İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara, 1950, m. 160-163, N.1, s. 947,(Ekinci, s. 6, dn. 14’ ten naklen).

<sup>16</sup> Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. bası, İstanbul, 1993, s. 341; Tekinay, Selahattin Sulhi, Borçlar Hukuku, 3. bası, İstanbul, 1974, s. 295-296.

<sup>17</sup> Tunçomağ, s.5.

<sup>18</sup> Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 8. bası, İstanbul, 2003, s. 1133.

<sup>19</sup> Reisoğlu, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. bası, İstanbul, 2000, s.368.

<sup>20</sup> Oğuzman, Kemal / Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2000, s. 870.

“ Ödememe veya ödemede gecikme nedeniyle borçlunun sebebiyet vereceği zarar ziyanın, önceden akit taraflarca saptanarak sözleşmeye bir meblağ olarak konmasına cezai şart denir”<sup>21</sup>.

“Cezai şart, bir borç ilişkisinde, borcun zamanında ve gereği gibi ifasının teminatını teşkil etmek üzere alacaklıya icabından doğan zararını ispat yükümü altına girmeden belli bir tazminat alabilme hakkını veren kayıttır”<sup>22</sup>.

“Cezai şart, geçerli bir borcun yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesi ya da belli bir yerde, belli bir zamanda yerine getirilmemes, durumunda borçlunun ödemesi gereken, alacaklıya ispat yükü olmadan zararını alabilme imkânını sağlayan fer’i nitelikte götürü bir edimdir”<sup>23</sup>.

Cezai şart ile taraflar arasındaki hukuki muamele ifade edilirken, kanunumuzda daha önce de bahsedildiği gibi hukuki muamelenin gereği olarak borçlunun yerine getirmeyi taahüt ettiği edim olarakta kullanılmıştır.

## **II- CEZAI ŞARTIN AMACI (İŞLEVLERİ)**

Cezai şartın, borçluyu ifaya zorlama, tazminatı önceden tespit ve sözleşmeden dönmeyi kolaylaştırma gibi birden fazla amacı ve yararından bahsetmek mümkündür. Ayrıca borçluyu sorumluluktan tamamen veya kısmen kurtarması veya para dışındaki alacakların teminat altına alınması gibi işlevleri olduğu da söylenebilir. Ancak temelde ilk olarak saydığımız işlevleri amaca daha yakındır. Bunlar, borçluyu ifaya zorlamak suretiyle asıl borcun teminat altına alınmasını sağlamak, borcun ifa edilmemesinden doğacak zararı önceden ve götürü şekilde tespit etmek ve ifayı engelleyen

---

<sup>21</sup> Weill. A. Droit Civil. Les Obligations. Paris, 1971, ( Önen, Turgut, Borçlar Hukuku, Ankara, 1995, s. 117’ den naklen).

<sup>22</sup> Kaplan, İbrahim, Borçlar Hukuku Dersler, Genel Hükümler, Ankara, 2001, s115.

<sup>23</sup> Yarg. HGK. 17.02.1921 T., E. 4-405, K.85, Uygur, s. 4257.

cezai şartta (dönme cezasında) borçlunun cezai şartı ödemek suretiyle sözleşmeden dönmesini sağlamaktır<sup>24</sup>.

Cezai şart borçluyu ifaya zorlamak gibi bir gayeye hizmet eder. Ancak yalnız bu tür bir amaç gütmesi nadir olup, genellikle bu amaç tazminatın tespiti gayesiyle karışmakta veya birlikte bulunmaktadır. Borçluyu ifaya zorlamaktan kasıt alacaklı ile borçlu arasındaki asıl borcu teminat altına almaktır<sup>25</sup>. Zorlama durumu ilk başta borcun tam olarak ifa edilmemesi halinde daha ağır bir duruma girmek korkusuyla hareket eden borçluda manevi olarak kendini gösterir. Bu durumda borçlu asıl borcu yerine getirememek durumunda daha ağır bir ifa borcuyla karşılaşacağını düşünerek asıl borcu ifa etmeye ve cezai şarttan kurtulmaya çalışır<sup>26</sup>. İkinci olarak tarafların cezai şartın miktarını genellikle mahkemelerce hükmedilen tazminatlardan daha yüksek tutmaları ve alacaklı açısından cezai şartın istenebilmesinin kolay olması borçlu üzerindeki baskıyı destekler niteliktedir<sup>27</sup>.

Borçlar ve Medeni Kanunumuzun ilgili maddelerinde sebepsiz zenginleşme, haksız fiil ve sözleşmeye aykırılık durumlarında uğranıldığı iddia edilen zararı alacaklının ispat etmesi gerekmektedir ( BK. m. 42, 98, MK. m.6). BK Tasarısı gerekçesi “madde 51, Borçlar Kanununun 42 nci maddesini karşılamaktadır” demektedir.

Tasarının iki fıkradan oluşan 51 inci maddesinde, zararın ispatı düzenlenmektedir.

818 sayılı Borçlar Kanununun 42 nci maddesinin kenar başlığında kullanılan “II. Zararın tayini” şeklindeki ibare, Tasarının 50 nci maddesinde “II. Zarar” başlığına yer verildiği göz önünde tutularak, “2. İspatı” şeklinde kısaltılmıştır.

---

<sup>24</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, s. 51-52; Kocaağa, s. 13; Eren, s.1136.

<sup>25</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 342; Tunçomağ, s. 49; Eren, s. 1138; Kılıçoğlu, s. 533; İnan, A.Naim, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. bası, Ankara, 1984, s. 427.

<sup>26</sup> Bilge, s. 83; Tekinay, s. 296.

<sup>27</sup> Eren, s.1136-1137.

Metninde yapılan arılaştırma dışında, maddede 818 sayılı Borçlar Kanununa göre bir hüküm değişikliği yoktur.

Tasarı madde 119 ise Borçlar Kanununun 98 inci maddesini karşılamaktadır.

Tasarının iki fıkradan oluşan 119 uncu maddesinde, borcun ifa edilmemesi durumunda, borçlunun sorumluluğunun ölçüsü ve giderim borcunun kapsamı düzenlenmektedir.

818 sayılı Borçlar Kanununun 98 inci maddesinin kenar başlığında kullanılan "II. Mesuliyetin vüs'ati / 1. Umumiyet itibariyle" şeklindeki ibareler, Tasarıda "II. Sorumluluğun ölçüsü ve giderim borcunun kapsamı / 1. Genel olarak" şeklinde değiştirilmiştir.

Borçlar Kanununun 98 inci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde: "Bu mesuliyetin vüs'ati işin hususî mahiyetine göre çok veya az olabilir." denilmektedir. Bu cümle, Tasarıda şöyle ifade edilmiştir: "Borçlunun sorumluluğunun ölçüsü, işin özel niteliğine göre belirlenir."

Metninde yapılan düzeltme ve yapılan arılaştırma dışında, maddede yürürlükteki Borçlar Kanununa göre bir hüküm değişikliği yoktur<sup>28</sup>.

Alacaklının ispat yükümlülüğü çoğu zaman alacaklı açısından oldukça güç olabilmektedir. Cezai şartın bahse konu ispat yükünü alacaklının sorumluluğundan çıkartmak gibi oldukça hafifletici bir etkisi vardır. Buna göre alacaklı tazminat miktarını önceden götürü olarak tespit ederek hem uğradığı veya uğrayacağı zararı önceden tespit etmekte hem de zararı kendisi ispatlamak zorunda kalmamaktadır<sup>29</sup>. Taraflar asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden dolayı alacaklının uğrayacağı zararı önceden götürü olarak ve karşılıklı iradeleriyle tespit etmiş olduklarından buna ek olarak alacaklının uğradığı zararın varlığını veya kapsamını ispata gerek

<sup>28</sup> [www.kgm.adalet.gov.tr/borclarkanunu.htm](http://www.kgm.adalet.gov.tr/borclarkanunu.htm), 18.06.2005.

<sup>29</sup> Tunçomağ "alacaklının zararının bulunmaması durumunda bile cezai şartın ödenmesi nedenini cezai şartın önceden tespit edilmiş götürü nitelikte bir tazminat olmasından kaynaklandığını" belirtmektedir. Tunçomağ, Cezai şart, s. 49.

kalmamaktadır<sup>30</sup>. Bu konuda Borçlar Kanununda açık bir hüküm yoktur. Ancak tersi bir görüş cezai şartın borçluyu ifaya zorlama amacı ve götürü usulü taraf iradeleriyle kararlaştırılan tazminatın niteliğine ters düşer<sup>31</sup>.

BK. m. 158 / III ( BK Tasarısı m. 184 /III) hükmü gereği borçlu, cezai şartı ödemek ve ifayı engelleyen cezai şartın varlığını ispat etmek suretiyle sözleşmeden dönebilir. Bu tarz bir cezai şarta dönme cezası veya ifayı engelleyen cezai şart denmektedir. Dönme cezasının gerçek anlamda bir cezai şart olmadığı da belirtilmektedir<sup>32</sup>. Cezai şartın sözleşmeden dönmeyi kolaylaştırma işlevi burada karşımıza çıkmaktadır.

Cezai şartın temel işlevlerinden olan borçluyu ifaya zorlama amacı, ifayı engelleyen cezai şartla birlikte borcun hafifletilmesi sonucunu doğurmuştur<sup>33</sup>. Borçlu cezai şartı ödemek suretiyle sözleşmeden dönmezse, alacaklı sadece asıl borcun ifasını ve ifanın yerine getirilmemiş olması halinde ise cezai şartı isteyebilir<sup>34</sup>. Cezai şartı ödeyerek sözleşmeden dönebilecek olan borçlu alacaklının talebi üzerine, ifa ya da dönme seçeneklerinden birini seçmek zorundadır. Alacaklının talebine rağmen borçlu cevap vermezse borçlunun zımni olarak sözleşmeden döndüğüne kanaat getirilmelidir<sup>35</sup>.

### III- HUKUKİ NİTELİĞİ HAKKINDAKİ GÖRÜŞLER

Cezai şartın hukuki niteliği hakkında çeşitli görüşler hakimdir. Ancak temelde bu tartışmalar Borçlar Kanunumuz ilgili cezai şart maddeleri üzerinden gerçekleşmektedir. BK m. 160 / II, BK m. 161 / II ve 161 / III maddeleri dışında kalanlar hariç genel olarak BK maddeleri düzenleyici niteliktedirler<sup>36</sup>. Buradan da taraflar yukarıda bahsetmiş olduğumuz

---

<sup>30</sup> İnan, s. 428.

<sup>31</sup> Bilge, s.84.

<sup>32</sup> Oğuzman / Öz, s. 879; Eren, s. 1138.

<sup>33</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 353; Tekinay, s. 1138; Oğuzman / Öz, s. 880.

<sup>34</sup> Kocaağa, s. 21.

<sup>35</sup> Bilge, s. 87.

<sup>36</sup> Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 861.

düzenleyici hükümlerin aksini kendi aralarında anlaşarak kararlaştırabilirler<sup>37</sup> sonucu çıkmaktadır.

Cezai şartın hukuki mahiyetinin ne olduğuna dair olan görüşlere aşağıda kısaca değineceğiz.

## A. CEZA GÖRÜŞÜ

Cezai şart bu görüşe göre hukuki niteliği itibarıyla tam olarak bir cezadır. Bu görüşe göre kanunda yer alan zarar mevcut olmasa bile cezai şartın ödenmesinin gerekliliği hükmünden dolayı cezai şart başlı başına bir cezadır<sup>38</sup>.

Cezai şartın ceza niteliğini kamu hukukundan doğan cezalarla karıştırmamak gerekir<sup>39</sup>. Buradaki ceza tarafların aralarında karşılıklı irade beyanlarıyla kararlaştırdıkları bir tür özel hukuk cezasıdır<sup>40</sup>.

Tunçomağ, bu görüşü reddetmekte ve kanunumuz cezai şarta ceza niteliği vermek isteseydi, ifa ve ifayı karşılayan tazminat yanında cezai şartın da istenebileceğinin kabulü gerekirdi. Fakat Kanunumuz bir yerde yani zaman ve yer bakımından sözleşmeye aykırı davranılması halinde ifa yanında cezai şartın da istenebileceğini kabul etmiştir<sup>41</sup>.

Cezai şart özel hukuk alanında ifa'nın hiç veya gereği gibi yapılmaması halinde ortaya kamu hukuku alanında bir ceza çıkması durumunda kamu cezası ile birlikte yanyana yer alabilir. Örneğin, nas-ı ızzar veya şeref ve haysiyete tecavüz için aynı zamanda bir cezai şart

---

<sup>37</sup> H. Arslanlı, s.456.

<sup>38</sup> Göktürk, s. 398.

<sup>39</sup> T.C.K. nun 2. maddesine nazaran, bir cürüm veya kabahatin işlendiği zamanın kanunu ile sonradan neşrolunan bir kanunun hükümleri birbirinden farklı ise failin lehindeki kanunun tatbik ve infaz olunacaktır. Fakat bu kaidenin cürüm veya kabahatlece tatbik olunabileceği muhtacı izah değildir. Ceza Kanunundaki bu hükmün, Borçlar Kanunundaki cezai şarta teşmilinde istinad edilebilecek bir esası hukuki mevcut değildir?, Kudat, Arkun, Cezai Şartın Mahiyeti Ve Ceza İle Münasebeti, Ankara Barosu Hukuk Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 58-59, Şubat 1949, s. 33.

<sup>40</sup> Göktürk, s. 398.

<sup>41</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, s. 26.

kararlaştırılmış ise, hem özel hukuktan doğan cezai şart hem de kamu hukukunda ortaya çıkan ceza yan yana durabilir.

## B. SİGORTA GÖRÜŞÜ

Bu görüşe göre borçlu taahüdünü ifa edememesi nedeniyle doğabilecek zararlardan kusuru bulunmasa bile sorumlu tutulabiliyorsa sigorta akdi mahiyetinde bir cezai şart söz konusudur.

Alman hukukçu İhering “ tarafların cezanın şartı olarak bir kusurdan bahsetmeksizin sadece ifa etmeme veya eksik ifa anından itibaren cezaya maruz kalınacağını kararlaştırdıkları bir mukavelede, kusur meselesini sözkonusu etmeye hakkımız yoktur. Kanunun vaad eden kusursuzsa cezaya maruz kalmayacağını emrederek, sözleşmenin taraflarının irade serbestisine sınırlar koymak hakkına sahip olduğu doğrudur; ancak bunu yapmak cezai şarttan adeta bütün tatbik önemini kaldırmak ve ticaretin en haklı menfaatlerini zarara sokmak olacaktır. Borçlunun kusurunun bulunmadığını ispat etmesi halinde borçtan kurtulacağını kabul etmek kusurun ispatı ile ilgili güç meseleyi geri getirmektir. Hâlbuki sigorta akdi mahiyetindeki cezai şart çok önemli usuli değere haizdir. Fazla olarak o, borçluyu edimini ifaya zorlar ve sorumluluğu hasarı bile çekmek olduğundan cezai şart sadece kusurdan sorumlu tutulduğu haldekinden daha büyük ölçüde onun dikkat ve ihtimamını arttırmak sonucunu doğurur” demektedir<sup>42</sup>.

Ancak bu görüş Türk Hukuk sisteminde kabul edilemez. BK m. 161 / II “ hilafına mukavele olmadığı halde, borcun ifası borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen bir hal sebebiyle gayri mümkün olmuşsa, cezanın tediyesi istenemez” demektedir. Bu maddeye göre kusurlu olmayan borçlu ceza ödemek zorunda değildir. Fakat şunu da belirtmeliyiz ki borçlu önceden öngörülmesi mümkün olmayan hallerden dolayı bile cezai şartı

<sup>42</sup> İhering, zwei rechtsgutachten, 6 vd., Tunçomağ, Cezai şart, s. 22-23’ ten naklen.



ödemeyi taahüt edebilir<sup>43</sup>. Bu durum dışında yani borçlunun her olasılığa rağmen ifayı yerine getirememekten dolayı cezai şartı kabul ettiğini belirten ikrarı dışında, borçlunun böyle bir taahhüdü olmadığı hallerde bile borçluyu kusursuz olsa bile sorumlu tutmak hakkaniyete aykırıdır görüşündeyiz.

Şartın sigortadan ayrıldığı önemli bir hususta cezai şartla ödenecek tazminatın zarardan fazla olarak kararlaştırılabilmesidir.

### **C. CEZAI ŞARTIN GÖTÜRÜ TAZMİNAT OLDUĞU GÖRÜŞÜ**

Bu görüş cezai şartı borca aykırı davranılması durumunda alacaklının uğrayacağı zararın önceden ve götürü olarak saptanması olarak açıklamaktadır<sup>44</sup>.

Fransız mahkeme içtihatları ve bazı yazarlar cezai şartın içeriğini, zarar ziyanın önceden tayin olunan götürü niteliği ve hakimin takdirine göre sonradan azaltılıp çoğaltılabilmesi şeklinde açıklamaktadırlar. Doğru olarak kararlaştırılan miktarın az olduğunu öne süren alacaklının iddiasını ispatlaması halinde yerinde gören hâkim bu miktarı çoğaltabileceği gibi, uğranılan zararın az olması halinde taleple mukim cezai şart miktarını azaltabilirdi. Bu durumda burada cezai şartın hâkim tarafından değiştirilebilen geçici ve tahmini bir parayı ifade ettiği söylenebilir<sup>45</sup>.

Kural olarak cezai şart bir götürü tazminat olarak ele alındığında taraflarca belirlenmiş olan miktarın azaltılması veya artırılması mümkün olmamalıdır. Fakat alacaklı eğer ki uğradığı zararın cezai şart miktarından daha fazla olduğunu ve bu zararda borçlunun kusuru bulunduğunu ispat ederse fazla olan miktarı tazmin edebilmelidir. Bu husus BK. m. 159 / II de açıkca düzenlenmiş olup önceden öngörülemeyen zarar miktarları için bir tür

---

<sup>43</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, s. 26.

<sup>44</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, s. 23; Kudat, Arkun, Cezai Şartın Mahiyeti ve Ceza İle Münasebeti, Ankara, 1950, s. 34,(Kocağa s.127' den naklen).

<sup>45</sup> Mauler, 115-116, (Tunçomağ, Cezai Şart, s. 23'ten naklen).

uyarlama imkânı tanıyarak alacaklının menfaatini haklı olarak korumaktadır<sup>46</sup>. Buna ek olarak BK m. 161 / III hükmü gereği hâkim aşırı bulduğu cezayı indirme yetkisine haizdir. Bu iki istisna cezai şartın götürü tazminat olduğu fikrinin reddine imkân vermez kanımızca kanun koyucu koymuş olduğu kuralları yumuşatma yoluna gitmiştir.

Götürü tazminatın sigorta görüşündeki cezai şarttan farkı ise, borçlunun sadece kusuruna dayanan bir borca aykırılıktan sorumlu tutulmasında görülür. Ayrıca cezai şartın içeriğinin götürü tazminat olarak ele alınması borçlu üzerindeki ifaya zorlama etkisini ortadan kaldırmaz.

Cezai şart Arslanlıya göre bir teminat taahhüdüdür. Rehinde olduğu gibi bir şeyin önceden bırakılması gerekmez. Borç doğurucu bir niteliği vardır ve borçlu ifa olmazsa bu tazminatı ödemekle yükümlüdür. Ve aynı nitelikte bir borç doğumu söz konusu değildir<sup>47</sup>.

#### **D. CEZAI ŞARTIN CEZA VE TAZMİNAT KARIŞIMI OLDUĞU GÖRÜŞÜ**

Bu görüşe göre, cezai şart hem tazminat hemde ceza niteliği taşımaktadır. Ayrıca tazminat ve ceza niteliği bir arada olabileceği gibi tek başına ya da başka bir söyleyişle yalnız ceza ya da tazminat tek başına olabilir<sup>48</sup>.

Bu görüş cezai şartın niteliğini tam olarak açıklamaktan uzaktır denilerek eleştirilmiştir. Çünkü ceza ile tazminat niteliği tek bir hukuki işlemde bir arada bulunamaz denmektedir. Buna göre cezanın içeriğinde mutlaka zarardan başka bir takım unsurların bulunması gerektiği tazminat da ise diğer tarafın uğradığı zarar miktarı kadar bir teminat söz konusudur. Buna göre

---

<sup>46</sup> Göktürk, Cezai Şart, s. 400.

<sup>47</sup> Arslanlı, s. 836.

<sup>48</sup> Bilge, s. 82-83; Tunçomağ, Cezai şart, s. 24.

zararı karşılayan kısma tazminat zararı aşan kısım için ise ceza niteliği mevcuttur denilebilir.

Bizim kanaatimiz, Cezai şartın hukuki niteliği yönünden cezai şartın “götürü tazminat” olduğu görüşünün daha uygun bir nitelendirme olacağıdır. Bu görüş cezai şartı borca aykırı hareket edilmesi durumunda alacaklının uğrayacağı zararın önceden ve götürü usulde tespiti şeklinde ifade etmiştir. Gerçekten de bu tarz bir yaklaşım hem alacaklıya ifanın eksik yahut hiç yerine getirilmemesinden dolayı uğradığı veya uğrayacağı zararı tazmin imkânı vermekte hem de borçluyu ifaya zorlama hususunda maksimum bir katkı sağlamaktadır. Diğer görüşler açısından da bakıldığında borçluyu ifaya zorlama faktörü söz konusudur. Ancak kanun koyucu götürü tazminat usulüne uygun olarak ispat yükümlülüğünü borçluya vererek bir anlamda taraflarca kararlaştırılmış götürü tazminat miktarının değişmesi hususunda alacaklı yönünden avantajlı bir konum ortaya koymuştur. Ayrıca kanun koyucu BK m. 161 / III ve BK m. 159 hükümleriyle alacaklı ve borçlu yönünden cezai şartı yumuşatarak hakkaniyete uygun bir çözüm geliştirmiştir.

#### **IV- CEZAI ŞARTIN UYGULAMA ALANI**

Cezai şart bütün geçerli borçlar için kuvvetlendirici niteliğiyle kullanılabilir. Bu duruma istinaden çok geniş bir uygulama alanı bulur. Uygulama alanı başlığı altında öncelikle Borçlar Hukuku, Medeni Hukuk, İş Hukuku ve Ticaret hukuku alanında cezai şart hükümlerini inceleyeceğiz. Son olarakta istisnai bazı durumlarda kanundan kaynaklanan doğrudan ya da dolaylı cezai şart kullanımının yasaklandığı halleri ele alacağız.

#### **A. BORÇLAR HUKUKU'NDA**

Borçlar hukuku alanında cezai şart oldukça fazla kullanılır. Borçlar Hukuku sözleşmeleri cezai şart kaydı içermeye kanunun getirmiş olduğu istisnai kısıtlamalar harici oldukça müsaittir. Bu sözleşmelere örnek olarak inşaat sözleşmeleri, istisna (eser) sözleşmeleri, satım ve hizmet sözleşmelerini sayabiliriz. Bunların içinde en çok kullanıldığı alan olarak eser ( istisna ) sözleşmelerini gösterebiliriz. İş sahipleri, eksik ifa ya da gecikmiş ifadan doğan zararlarını tazmin etmek için sözleşmelere cezai şart koyma yoluna oldukça sık başvurumaktadırlar. Geciken her günlük ifa için bir miktar para cezası oldukça sık kullanılan bir sözleşmesel cezai şart uygulamasıdır<sup>49</sup>. Veya eserin değerinin belli bir yüzdesi yahut tamamı cezai şart olarak kararlaştırılabilir. Bu tarz cezai şartlar yani gecikilen her gün, hafta veyahut ay için para ödeneceğine dair sözleşmesel kayıtlar ifaya eklenen cezai şart olarak da nitelendirilmektedirler<sup>50</sup>.

Cezai şartın uygulandığı bir diğer alan da taşınmaz satım sözleşmeleri ve vaadleridir. Burada dikkat edilmesi gereken husus tapuda kayıtlı taşınmazlardan bahsedildiği için işlemlerin tapu sicil kayıtları üzerinden yapılması zorunluluğudur. Buna göre satış veya taşınmazlara ilişkin satış vaadi söz konusu ise bu işlemlere uygulanacak cezai şart anlaşmalarında resmi ve yazılı şekilde yapılması zorunludur<sup>51</sup>. Ayrıca kira ve ihale anlaşmalarında da kullanılmaktadır.

Borçlar Kanunu, taksitli satışlarda cezai şart bakımından dolaylı bir kısıtlama getirmiştir. BK m. 160 hükmü, tediye alacaklıya kalacağı yönündeki sözleşmelerin cezai şart hükümlerine tabi olacağını kabul etmiştir. Ancak bu maddenin son fıkrası taksitli satışlara ilişkin olarak bu hükümlerin saklı olduğunu belirtmektedir. Bu tarz satışlarda satış bedelinin ödenmesinin alacaklıya sağladığı menfaate karşılık satıcılar sözleşmeye özel hükümler koyabilirler. Örneklesek, alıcının temerrüdü halinde kalan taksitlerin vadelerini beklemeden muaccel olması, satıcının dönme hakkını

<sup>49</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, s. 53; Aral, Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkiler,4. bası, Ankara, 2002, s. 362.

<sup>50</sup> Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 6. bası, İstanbul, 1990, s 135.

<sup>51</sup> Eren, s. 1135-1136; İnan, s. 426; Bilge, s. 76; Yargıtay HGK, E. 1993/125, K. 1993 / 711, 10.11.1993, (kazancı içtihat bankası ,www. kazanci.com.tr).

kullanabilmesi, malın mülkiyeti muhafaza kaydı ile alıcıya teslim edilmesi gibi hükümler. Bu tür kayıtların hüküm ifade edebilmesi BK'nın emredici hükümlerine aykırılık teşkil etmemesi ile mümkün olabilir<sup>52</sup>. BK. m. 160 / II taksitli satışlara ait hükümler saklıdır demekle bu tarz satışlarda cezai şartın mümkün olabileceğini ancak bunun taksitle satışın gerektirdiği özelliklere uydurulması gerektiğini ifade ediyor<sup>53</sup>.

## B. MEDENİ HUKUKTA

Medeni Hukuk alanında cezai şart uygulamasına fazla rastlanmamaktadır. Ancak bu alana ilişkin sözleşmelerde uygulanması mümkündür.

Bunun sebeplerinden en önce gelen ise cezai şartın ilke olarak sağlararası işlemlerde, aynı hakların değil şahsi hakların teminat altına alınmasını sağlamaya yönelik bir uygulama olmasındandır.

Eşya hukuku aynı haklara ilişkin bir alan olmasına rağmen şahsi hakların ortaya çıktığı durumları destekler nitelikte kullanılabilir. Örneğin kat malikleri, taahütlerine, yönetim planına ve yapılan masraflarda üzerine düşen payı ödemeyen paydaş için cezai şart öngören hükümler uygulayabilirler<sup>54</sup>. Veyahut resmi şekilde yapılma zorunluluğu yerine getirildikten sonra satış vadinin yerine getirilmemesi hususu cezai şarta bağlanabilir.

Dernekler Hukuku alanında da cezai şart uygulaması görülür. Dernekler üyelik yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi durumlarına yönelik olarak üyeleri üzerinde ifaya zorlayıcı baskı unsuru yaratmak için tüzüklerine cezai şart olarak para cezası koyabilirler<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> Yavuz, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. bası, İstanbul, 1989, s. 159-161.

<sup>53</sup> Ansay, Tuğrul, Türk Borçlar Kanunu'na göre Taksitli Satışlar ve Satıcı, Ankara, 1954, s. 94,(Ekinci s. 31'den naklen).

<sup>54</sup> Belen, Herdem, Kat Mülkiyetinde Yönetim Planına Cezai Şart Konulması, Prof. Dr. Nuri Çelike Armağan, İstanbul, 2001, s. 522 vd.

<sup>55</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, s. 54-55.

## C. İŞ HUKUKU'NDA

İş hukuku alanında cezai şartın uygulaması en çok hizmet akitlerinde ve hizmet akdi içerisinde rekabet yasağı maddelerinde görülür.

Buna göre, işverenin istihdamını güvence altına almak veya hizmet edimini korumak maksadıyla sözleşmenin süresinden önce haksız nedenle işten çıkan işçisine karşı yükümlendiği cezai şarta uygulamada sıkça rastlanmaktadır. Cezai şartın rekabet yasağına ilişkin olarak hüküm ve sonuçlarını BK m. 351 / f.2 hükmü düzenlemektedir. Ancak ilgili madde hükmü işçiye cezai şartı ödeyerek rekabet yasağı ediminden kurtulma imkânı tanır. Buradan da anlaşılacağı üzere işçi cezai şartı ödeyerek rekabet yasağından kurtulacak ancak cezayı aşan zarar miktarını da ödemekle yükümlü olacaktır.

BK Tasarısı madde 450, Borçlar Kanununun 351 inci maddesini karşılamaktadır.

Tasarının üç fıkradan oluşan 450 nci maddesinde, rekabet yasağına aykırı davranışların sonuçları düzenlenmektedir.

818 sayılı Borçlar Kanununun 351 inci maddesinin kenar başlığında kullanılan "IV. Muhalefetin hükümleri" şeklindeki ibare, Tasarıda, "3. Aykırı davranışların sonuçları" şekline dönüştürülmüştür.

Maddenin birinci fıkrasında, rekabet yasağına aykırı davranan işçinin, bunun sonucu olarak işverenin uğradığı bütün zararları gidermekle yükümlü olduğu belirtilmiştir.

Maddenin ikinci fıkrasında, yasağa aykırı davranışın bir ceza koşuluna bağlanması ve sözleşmede aksine bir hükmün bulunmaması durumunda, işçinin kararlaştırılan miktarı ödeyerek, rekabet yasağına ilişkin borcundan kurtulabileceği; ancak, işçinin bu miktarı aşan zararı giderme yükümlülüğünün varlığını sürdüreceği ifade edilmiştir.

Maddenin son fıkrasında ise, işverenin, ceza koşulu ve doğabilecek ek zararlarının ödenmesi dışında, sözleşmede yazılı olarak açıkça saklı tutması koşuluyla, kendisinin ihlâl veya tehdit edilen menfaatlerinin önemi ile işçinin davranışının haklı göstermesi durumunda, yasağa aykırı davranışa son verilmesini de isteyebileceği öngörülmüştür. Buna göre, işverenin, rekabet yasağına aykırı davranışa son verilmesini isteyebilmesi için, belirtilen koşulların birlikte gerçekleşmesi gerekir.

Maddenin düzenlenmesinde, Kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 340 b maddesi göz önünde tutulmuştur.

Metninde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında, maddede yürürlükteki Borçlar Kanununa göre hüküm değişikliği yoktur.

Görüldüğü üzere yeni tasarıda hükümler aynen korunmuş, işçini rekabet yasağından kararlaştırılan miktarı ödeyerek kurtulması işçi lehine bir hüküm olarak geçerli olmaya devam etmiştir.

Rekabet yasağında işçi yönünden bir menfi edim sözkonusu olduğundan rekabet yasağına aykırı davranılması anı cezai şartta muacelliyet kazandıracaktır. Cezai şartın ödenmesiyle borç sona erer fakat aşan zararın tazmini ile ilgili şartlar var ise işçi munzam zararı da tazmin ile yükümlüdür<sup>56</sup>.

#### **D. TİCARET HUKUKUNDA**

Tacirler günümüzde yaptıkları bir çok sözleşmeye cezai şart eklemektedirler. Ticari işletmelerin devrine ilişkin yapılan sözleşmelerde, şirket sözleşmelerinde sermaye borcunu veya edimini yerine getirmeyen ortaklar hakkında cezai şart hükümleri tesisi yoluna gidilmektedir.

BK m. 161 tacir olmayan şahısların fahiş (aşırı) cezai şart hükümlerine karşı mahkeme yoluyla indirim isteyebileceklerini düzenlerken bu hususu tacirler için düzenlememiştir. Burada konu atlanmamakla birlikte

---

<sup>56</sup> Soyer, M. Polat, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Ankara, 1994, s. 81-85.

tacir olmanın neticelerini üstlenmekten ve TTK m. 24 hükmü gereği basiretli bir tacir gibi hareket edilmesi gerekliliğinden yola çıkılarak bu indirim veya uyarılma hakkı tacirlere tanınmamıştır. Burada ki mantık ticaret hayatında var olan kişilerin ticari işlemlerinde basiretli ve işi bilen birer tacir gib hareket ederek cezai şartın yükümlülüklerinden haberdar olmaları gerekliliğidir.

Ancak her halukarda BK m. 20 gereği ahlaka, adaba ve hukuka aykırı cezai şartın tamamen veya kısmen tenzili yoluna gidilebileceği de açıktır. Fakat tacirler, açık hüküm gereği BK m. 161 hükmünü indirim için uygulayamaz.

## **E. CEZAI ŞARTIN UYGULAMA ALANI BULAMADIĞI İŞLEMLER**

Kanunlarımız istisnai bazı durumlarda doğrudan veya dolaylı olarak cezai şart müessesesinin kullanılmasını yasaklamıştır. Ancak ilke olarak bütün hukuki işlemlerde cezai şart kullanılması ve geçerli bütün borçların cezai şartla teminat altına alınması olasıdır. Cezai şarta bağlanacak asıl borcun parasal bir değer taşıması da zorunlu olmayıp, parasal değer taşımayan borçlar için de cezai şart kararlaştırılabilir<sup>57</sup>.

Ancak bu bölümde cezai şart kararlaştırılmayan istisnai işlemlere değinilecek olup, bu işlemlere örnek olarak da eski MK m. 83 'te yer alan nişanlıyı evlenmeye mecbur etmek veya nişandan caymayı zorlaştırmak için cezai şart kararlaştırılmayacağı hükmü yer almaktadır. Tarafların evlilik gibi aile hukukuna giren özgür iradelerini etkileyecek şekilde birbirleri üzerinde cezai şart kararlaştırmaları "evlenme serbestisi" ilkesine aykırı olduğundan kanun koyucu taraflara dava yolunu kapatmıştır<sup>58</sup>. Eski MK m. 83 'te yer alan bu hüküm 3678 sayılı kanunla değiştirilen Yeni MK da da

---

<sup>57</sup> Kocaağa, s. 54.

<sup>58</sup> Öztan, Bilge, Aile Hukuku, 3. bası, Ankara, 2000, s. 55; Özmen, E. Saba, Nişanın Bozulmasında Cayma Akçesi Ve Cezai Şart, TBBD, 1995, s. 520-577, s. 540; Eren, s.1135.



aynen korunmuş hiçbir değişikliğe uğramadan Yeni Medeni Kanun m. 119 da yerini almıştır.

Bu hüküme göre nişanın bozulması durumunda, cezai şart adı altında önceden taraflarca verilmiş olan paraların iadesi talep edilemez<sup>59</sup>. Yani evlenmeden kaçınma durumu için öngörülen ceza şartı ne dava edilebilir ne de yapılan ödemeler geri istenebilir. Aile Hukuku müessesesine giren hallerde yani evlenme, boşanma, evlat edinme gibi kişilik haklarıyla ilintili durumlarda cezai şart kararlaştırılması mümkün değildir<sup>60</sup>. Yukarıda bahsetmiş olduğumuz sınırlamalar kanun koyucunun doğrudan cezai şart uygulamasını yasakladığı durumları ifade eder.

Kanun koyucunun dolaylı olarak cezai şartın yasaklanmasını öngördüğü hususlar ise ya şekle (usule) ilişkindir ya da asıl borcun taşıdığı özelliklerden kaynaklanmaktadır. Usule ilişkin verilebilecek örnek kıymetli evrak hukukundaki uygulamalarda görülür. Buna göre; Poliçede cezai şart kaydının bulunmasına kanun koyucu müsaade etmemiştir. TTK m. 583 de poliçede bulunması gereken unsurlar açıkça belirtilmiştir. Bunun yanı sıra tarafların istekleri doğrultusunda poliçeye bazı unsurların da konulması mümkündür<sup>61</sup>. Ancak poliçeye örneğin, “bu kıymetli evrak karşılığı olarak yazılı rakamı X kişiye ödeyin, ödenmediği takdirde 5000 YTL ceza ödeyeceksiniz” diye bir not düşülürse bu cezai şart kaydı caiz değildir. Geçerli olamayan bu kayıtlar kanunun emredici hükmü gereği ya yazılmamış sayılırlar ya da poliçeyi hükümsüz hale getirirler. Ancak doktrinde bu tarz kayıtların yani cezai şarta ilişkin kayıtların sadece cezai şarta yönelik olarak yazılmamış sayılacağı poliçenin geçerliliğini koruyacağı fikri hâkimdir<sup>62</sup>. Daha önce de değinmiş olduğumuz gibi taraflar poliçeye veya hamiline senede

---

<sup>59</sup> Özmen, s. 565; Oğuzman, Kemal / Dural, Mustafa, Aile Hukuku, 2. bası, İstanbul, 1998, s. 34; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 346.

<sup>60</sup> İnan, s. 429.

<sup>61</sup> Poroy, Reha / Tekinalp, Ünal, Kıymetli Evrak Usuli Esasları, 13. bası, İstanbul, 1998, s. 145; Öztan, s. 479; Kocaağa, s. 55.

<sup>62</sup> Poroy / Tekinalp, s. 147; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 55; Öztan, s. 487.

cezai şart koymayıp kendi aralarında yapılacak bir sözleşmeyle cezai şart kararlaştırabilirler<sup>63</sup>.

Kanun koyucunun dolaylı olarak yasakladığı durumlar ise asıl borcun özelliğinden kaynaklandığında veya başka bir deyişle kişilik haklarının korunmasına yönelik olarak karşımıza çıkar. Bu durumda kanun koyucu kişi iradesini maddi veya manevi her türlü baskıdan uzak tutmak ve kişilik haklarının korunması amacı ile cezai şart kullanılmasını yasaklamıştır. MK m. 66 bu duruma bir örnektir. MK m. 66 hükmü “ hiç kimse dernekte üye kalmaya zorlanamaz. Her üye altı ay önceden yazılı olara bildirmek kaydıyla, dernekten çıkma hakkına sahiptir” demektedir. Emredici hükmün aksine altı aylık bildirim süresi uzatılmayacağı gibi bu sürelere uyulması maksadıyla cezai şart da kararlaştırılmaz. Kararlaştırılırsa bu şart geçersizdir<sup>64</sup>. Kooperatifler Kanunu m. 10 da da benzer bir hüküm söz konusudur. Burada da her ortak kooperatiften çıkma hakkına sahip olduğu gibi, ortakların kooperatiften hiç bir şekilde çıkamayacağına dair bir kayıt konulması da hükümsüzdür<sup>65</sup>.

Yargıtay, 13. HD, 1979/4619 sayılı Kararında “ 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun, kiracıyı korumak için kiracı lehine hükümler getirmiştir. Kira sözleşmesi yapılırken kiralayan yönünden bir zaruret ve manevi baskı söz konusu değildir. Bu sebeple kira sözleşmesine kiracı lehine konulmuş alan ceza koşulu geçerli olup, aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir” demek suretiyle kira bedeliyle veya tahliyeyle ilgili olarak kiracı aleyhine kararlaştırılmış cezai şartları hükümsüz saymıştır<sup>66</sup>. Yargıtay

---

<sup>63</sup> Bkz, I. 1. C. 3., s. 11 – 12.

<sup>64</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, s. 56.

<sup>65</sup> Poroy, Reha / Tekinalp, Ünal / Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar Ve Kooperatifler Hukuku, 8. bası, İstanbul, 2000, s.1817.

<sup>66</sup> Yarg. 13. HD, 25.09.1979, E. 1979 / 3966, K. 1979 / 4619; Yarg. 13.HD.15. 04. 1976, E. 1975 / 6307, K. 1976 / 3229: “ .... kira sözleşmesinin özel şartlar bölümünün 2 ve 3. maddeleri birbirinden ayrı iki yönü kapsamaktadır. Birisi kiralananı boşaltma taahhüdü, diğeri ise ceza koşulu yükümlülüğüdür. 6570 sayılı GKHK ‘nun 9. maddesi sözleşme şartlarında kiracı aleyhine değişiklik yapılamayacağını emretmiştir. Sözleşmedeki şart sözü geçen madde hükmüne aykırı olduğundan geçersizdir. Geçersiz olan sözleşme şartına dayanılarak ceza istenemez. Davalının taşınmazı boşaltma

içtihatlarında kiralayan karşısında zor durumda olan kiracıyı haklı olarak korumaktadır<sup>67</sup>.

Yargıtay kiralayan yönünden aynı görüşte değildir. Yarg. 4. HD., 18.04.1968 tarihli kararında “Kira kontratında (kira süresi içinde mecur satılırsa, mal sahibi 20.000 lira tazminat ödemeye mecburdur) denilmektedir. Kiralananın satılmış bulunmasına göre, kiracı olan davacının cezai şartı istemeye hakkı vardır” diyerek bu görüşünü ortaya koymuştur<sup>68</sup>.

Son olarak, bahis ve kumardan doğan borçlarla evlenme tellallığından doğan borçlar eksik borçtur cezai şarta bağlanamaz ve dava edilemezler<sup>69</sup>.

## II. BÖLÜM

### CEZAI ŞARTIN UNSURLARI, TÜRLERİ VE BENZER KAVRAMLARDAN FARKI

#### I- UNSURLARI

##### 1) Bir Asıl Borcun Var Olması

Cezai şarttan bahsedebilmek için, herşeyden önce teminat altına alınacak bir asıl borcun var olması gerekmektedir. Bir başka deyişle cezai şart, var olan bir asıl borcun ifasını teminat altına almak amacıyla

---

yükümlülüğüne uymaması ve bu yüzden kiralananın geç boşaltılması halinde davacı ancak normal kirayı almak hakkına sahiptir...” kazancı içtihat bankası, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr).

<sup>67</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s.346.

<sup>68</sup> Yarg. 4. HD., 18.04.1968 T., E.3458, K. 3821, Uygur, s.4260.

<sup>69</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s.344; Eren, s. 1135.

kararlaştırılır<sup>70</sup>. Ayrıca belirtmek gerekir ki, cezai şart kararlaştırıldığı vakit asıl borcun var olması gerekmez. BK. m. 485 de belirtilen kefalete ilişkin hükmü kıyasen uygulayarak, süreye veya şarta bağlı bir borcun, hüküm doğuracağı sürenin gelmesi veya şartın gerçekleşmesi halinde geçerli olmak üzere cezai şart kararlaştırılabilir.

Yeni Borçlar Kanunu Tasarısı madde 587, 818 sayılı Borçlar Kanununun 485 inci maddesini karşılamaktadır.

Tasarının  fıkradan oluşan 587 nci maddesinde kefalet sözleşmesinin koşullarından asıl borç düzenlenmektedir.

Maddenin son fıkrası, 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen, yeni bir hkmdr. Bu hükme göre: "Kanundan aksi anlaşılmadığa kefil, bu bölümde kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemez."

Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 492 nci maddesinin ikinci, üçüncü ve son fıkraları göz önünde tutulmuştur<sup>71</sup>. Bu durumda, cezai şartın hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi, teminat altına alınmak istenen asıl borcun kesin bir borç şeklinde ortaya çıkmasına bağlıdır. Asıl borç meydana gelmedikçe, onu temin eden cezai şart da doğmaz. Bu durum teminat sözleşmelerinin fer'i nitelikte olmalarından, yani asıl borca bağlı bulunmalarından ileri gelmektedir<sup>72</sup>.

Asıl borcun kanundan, sebepsiz zenginleşme, aile hukuku veya sözleşmeden doğmuş olmasının ehemmiyeti yoktur. Asıl borcun geçerli bir şekilde cezai şartı doğurabilmesi için bazı nitelikleri de bünyesinde barındırması gerekmektedir.

### **a) Asıl borcun geçerli olması**

---

<sup>70</sup> Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet / zdemir, Refet, Türk Borçlar Kanunu şerhi, (Genel-zel), Ankara, 1987, s. 334.

<sup>71</sup> [www.kgm.adalet.gov.tr/borclarkanunu.htm](http://www.kgm.adalet.gov.tr/borclarkanunu.htm), 18.06.2005.

<sup>72</sup> Kocaağa, Köksal, Türk zel Hukukunda Cezai şart, (Doktora Tezi), Ankara, 2003, s. 59; Bilge, s.50.

Borçlar Kanunumuz cezai şartın geçerli bir asıl borca dayanması gerektiğini açık bir hükme bağlamamıştır. Ancak bilindiği üzere borcun ifasından, eksik veya hiç ifa edilmemesinden bahsedebilmek için ise, asıl borcun geçerli bir şekilde ortaya çıkmış olması zorunludur. Buna istinaden kanunumuzda sarih bir hüküm bulunmamasına rağmen cezai şartın hukuken geçerli bir asıl borca dayanması da zorunludur.

Kanunumuzda açık bir hüküm bulunmadığını söylemekle birlikte bütün sözleşmeler bakımından geçersizliği düzenleyen genel kural BK m. 20 ve cezai şartla temin edilen asıl borcun geçersizliği konusunda BK. m. 161 / II ' de de hükümler vardır. BK. m. 161 / II' nin BK. m. 19 ve 20 deki hükümlere yönelik olduğu Bilge tarafından kabul edilmektedir<sup>73</sup>.

Borçlar Kanunu Tasarısı madde 26, Borçlar Kanununun 19' uncu maddesini karşılamaktadır.

Tasarının tek fıkradan oluşan 26 ncı maddesinde, BK m. 19 daki sözleşme özgürlüğü ilkesi düzenlenmektedir.

818 sayılı Borçlar Kanununun 19 uncu maddesinin kenar başlığında kullanılan "E. Akdin Mevzuu / 1. Erkâni" şeklindeki ibareler, maddenin içeriğine uygun olarak, Tasarının 26 ncı maddesinde, "F. Sözleşmenin içeriği / I. Sözleşme özgürlüğü" şeklinde değiştirilmiş; ikinci fıkrası ise, birinci fıkrada öngörülen sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlarını açıklamaktan ibaret olan bir hüküm niteliği taşıması nedeniyle gereksiz görülerek, metinden çıkarılmıştır. Gerekçe olarak, sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlarının aşılmasının yaptırımı niteliğindeki Tasarının 27' nci maddesinin birinci fıkrasından, sözleşme özgürlüğünün sınırları belirlenebildiği belirtilmiştir.

BK. Tasarısı madde 27 ise Borçlar Kanununun 20' nci maddesinin karşılamaktadır.

Tasarının iki fıkradan oluşan 27' nci maddesinde, sözleşmenin butlan nedenleri ve sözleşmenin bazı hükümlerinin batıl olması durumunda,

---

<sup>73</sup> Bilge, s. 68; Kocaağa, s.70.

kısmî butlan yaptırımının uygulanacağı kuralı ile bu kuralın istisnası düzenlenmektedir.

Borçlar Kanununun 20 nci maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesinde, kısmî butlan yaptırımı açıklanırken kullanılan “yalnız şart lağv olur.” şeklindeki ibarenin yanıltıcı nitelikte olması nedeniyle, Tasarının 27’ nci maddesinin ikinci fıkrasında, “sadece o hükümleri geçersiz kılar.” şeklindeki ibarenin kullanılması tasarı komisyonu tarafından uygun görülmüştür.

Gerçekten de BK madde 20 “Bir akdin mevzuu gayri mümkün veya gayri muhik yahut ahlaka (adaba) mugayir olursa o akit batıldır” diyerek sözleşme özgürlüğünün sınırlarını akdin ifasının imkânsızlaşması, kanuna ve ahlaka (adaba) aykırılık teşkil etmesi halleriyle belirlemiştir. BK m. 19 daki tekrarın çıkarılması yerinde olmuştur.

BKT madde 187, 818 sayılı Borçlar Kanununun 161 inci maddesini karşılamaktadır.

Tasarının üç fıkradan oluşan 187 nci maddesinde, ceza koşulunun miktarı, geçersizliği ve indirilmesi düzenlenmektedir.

Borçlar Kanununun 161 inci maddesinin kenar başlığında kullanılan “II. Cezanın butlanı ve tenkisi” şeklindeki ibare, Tasarıda “II. Cezanın miktarı, geçersizliği ve indirilmesi” şeklinde değiştirilmiştir.

Borçlar Kanununun 161 inci maddesinin ikinci fıkrasında yer verilmemekle birlikte, Tasarının 187 nci maddesinin ikinci fıkrasına eklenen bir cümleyle, ceza koşulunun geçersiz olmasının veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hâle gelmesinin, asıl borcun geçerliliğini etkilemeyeceği kabul edilmiştir.

Gerçekten, Borçlar Kanununun 161 inci maddesinin ikinci fıkrasında sadece asıl borcun geçersiz olması veya imkânsız hâle gelmesi durumu göz önünde tutulduğu hâlde, fer’i (bağlı) borç niteliğindeki ceza koşulunun geçersizliği veya imkânsız hâle gelmesinin göz önünde tutulmaması bir eksiklik olarak görülmüştür.

Borçlar Kanunu m. 161 / II “ Ceza, kanuna veya ahlaka (adaba) mugayir bir borcu temin için şart edilmiş ise, şart olunan cezanın tediyesi talep edilemez” hükmüyle asıl borcun butlanı halinde cezai şartın da batıl olacağını düzenlemiştir.

BK. m. 20 / I hükmüne göre bir sözleşmenin içerdiği edim veya edimlerden biri başlangıçtan itibaren imkânsız ise o sözleşme batıldır<sup>74</sup>. BK. m. 20 sözleşmenin ifasının imkânsızlığı halinde butlanı düzenlediği halde BK. m. 161/ II kanuna veya ahlaka aykırı borçların cezai şartla düzenlenemeyeceğinden bahsetmektedir. Buradan konusu başlangıçta imkânsız olan borçların cezai şartla bağlanabilip bağlanamayacakları hususunun açıklığa kavuşturulmadığını söyleyebiliriz. Katıldığımız görüşe göre, sözleşmenin konusunun başlangıçta imkansız olması BK. m. 20/ I hükmü uyarınca asıl borcun butlanı sonucunu doğuracağından, cezai şartın geçerli olduğunun kabulüne imkan yoktur<sup>75</sup>.

Yargıtay 4. HD. 24.06.1957 tarih E. 1586, K. 4175 sayılı kararında, “Taraflar arasında satış vadinin belli bir gayrimenkulden ifraz edilecek bir parçaya ilişkin bulunmasına ve imar müdürlüğünden gelen cevaplardan, hem binanın durumu ve hem de yerin küçüklüğü bakımından ifraza müsaade edilemeyeceğinin anlaşılmasına göre, taraflar arasındaki akdin konusu imkânsız olan bir akit olduğu meydana çıkmaktadır ki, böyle bir akit, Borçlar Kanunu’nun 20 ‘inci maddesi uyarınca hükümsüzdür. Hükümsüz bir akde dayanılarak ceza şartına hükmolunamaz. Mahkemece imardan gelen cevaplara yanlış mana verilerek akdin muteber olduğu kabul edilmiş ve ceza şartına hükmedilmiş olması usul ve kanuna aykırıdır” diyerek konusu imkânsız sözleşmelerde asıl borcun hükümsüz olmasına istinaden cezai şartın da muteber olmayacağına hükmetmiştir<sup>76</sup>.

<sup>74</sup> Başpınar, Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara, 1998, s.110 vd.

<sup>75</sup> Velidedeoğlu / Özdemir, s. 338-339; Bilge, s. 68.

<sup>76</sup> “Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 27.04.1989 tarih, E. 1988/1461 , K. 1989/2129 sayılı kararında da “ inşaatın yapılacağı arsanın sit alanı içinde bulunması nedeniyle, konusu imkansız ve dolayısıyla geçersiz olan bir inşaat sözleşmesinde yer alan cezai şartın da geçersiz olduğuna” karar vermiştir., “TTK’nun 24. maddesi hükmü, BK m 20 hükmü ile sınırlıdır. Cezai şartın tahsili cihetine gidilmesi halinde davalı şirketin eskisi gibi ticari hayatını sürdürmesi mümkün olmayacak, onun iktisaden

## **b) Asıl borcun mevcut olması**

Önceden ifa edilmiş borcun sözleşme şartlarına uyulmaması durumunda cezai şart ödeneceğine dair hükümleri de cezai şart değildir. Buna göre; halen mevcut olmayıp da tamamlanmış edimlere istinaden bitmiş edimin doğru olduğu hususunda diğer tarafı temin maksadı ile cezai şart istenmesi veya taahüt edilmesi de hukuki anlamda cezai şart değildir. Böyle durumlarda cezai şartın önleyici unsuru bulunmamaktadır<sup>77</sup>.

Yargıtay 15. HD., 08.07.1992 tarihli bir kararında “ ...Hükmün esasına gelince, sözleşme uyarınca yapılması öngörülen 500 adet kovandan 235 adedinin teslimini müteakip, yanların bir araya gelerek sözleşmeyi feshettikleri ve davacının fazla ödemediği ötürü alacağı karşılığında karşılığında senet aldığı ve bunu da tahsil ettiği, davacı vekilinin 30.05.1980 günlü oturumda zapta geçen beyanı ile, 25.04.1989 günlü lahiyasından anlaşılmaktadır.

O halde tekrar sözleşme ayaktaymışçasına buna dönülerek kararlaştırılan cezai şart ve ifa istenemez.

Bu durumda mahkemenin davayı reddi gerekir” diyerek asıl borç ortadan kalktıktan sonra sanki mevcutmuş gibi kararlaştırılan cezai şartın istenemeyeceğine doğru olarak hükmetmiştir<sup>78</sup>.

## **c) Asıl borcun doğuş kaynakları**

---

mahvına sebep olacaksa, o zaman BK m. 20'ye göre, bu seviyedeki bir cezai şartı ahlaka ve adaba aykırı sayıp, mahkemenin BK m. 161 hükmünü uygulaması gerekecektir”, Yarg. 11. HD., 15.06.1982 T., E. 1982, K. 2887, Uygur, s. 4351-4352.

<sup>77</sup> İkinci, s.10.

<sup>78</sup> Kazancı içtihat bankası, www. kazanci.com.tr.



Cezai şartla teminat altına alınabilecek borçlar birden fazla olup, bunların başında hukuki işlemlerden özellikle de sözleşmeden doğan borçlar gelir<sup>79</sup>. BK. m. 158 bir akdin ifa edilmemesi veya eksik ifa edilmesi hallerinde cezai şartın kararlaştırılabilmesine değinmiş fakat sözleşme dışında kanundan doğan borçlar yönünden cezai şart kararlaştırılması hususuna değinmemiştir. Başka bir anlatımla haksız fiil, sebepsiz zenginleşme veya nafaka gibi kanundan doğan borçların da cezai şarta bağlanıp bağlanmayacağı hususudur. Doktrindeki hâkim görüş, doğrudan doğruya kanundan doğan borçların da cezai şarta bağlanmasının mümkün olduğu şeklindedir<sup>80</sup>.

Buna göre, kanundan veya sözleşmeden doğan tazminat haklarına ilişkin kurallar arasında yer alan farklar cezai şartın yalnızca sözleşmeden doğan borçlarda uygulanabileceğini göstermemektedir. O halde, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme veya nafaka gibi borçların da, aynı şekilde sözleşmeden doğan borçlar gibi cezai şartla teminat altına alınabilmeleri mümkündür. Ceza hukuku yönünden yasak olan bir fiilin (örneğin hakaretin) tekrarlanması da cezai şarta bağlanabilir ve kamu cezası yanında cezai şartın ödenmesi de istenebilir<sup>81</sup>.

## **2) Cezai Şartın Fer'iliği Ve Asıl Borçtan Ayrı Bir Edim Olarak Kararlaştırılması**

Cezai şart başlı başına bir muamele değildir. Cezai şart Borçlar Kanunu'nun özel hükümleri kısmında düzenlenmiş olan mukavele ve münasebetlerden doğan her hangi bir borcu takviye ve temine yarayan fer'i yani yan bir muameledir. Özetle cezai şartın kendisi teminatlı borç olmayıp başka borcu teminat altına alan fer'i mahiyette bir borçtur.

---

<sup>79</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s.343; Eren, s.1133; Oğuzman / Öz, s. 871.

<sup>80</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s.343; Reisoğlu, s.368; Tunçomağ, s.11, Eren, s.1134; Göktürk, s.399; Oğuzman / Öz, s.871; Bilge, s.60.

<sup>81</sup> Velidedeoğlu / Özdemir, s.334; Tunçomağ, s. 11; Kocaağa, s. 69.

Buna göre, fer'ilik hakkındaki esaslar gereğince cezai şart borcu asıl borcun ayrılmaz bir parçasıdır. Cezai şartın geçerli olarak ortaya çıkması ve varlığını devam ettirebilmesi için, teminat altına aldığı asıl borcun da geçerli olması gerekir<sup>82</sup>. Ancak asıl borç cezai şartın muteber olmaması halinde de mevcuttur. Fransız Medeni Kanunu'nun 1127'inci maddesinin 2'inci fıkrasında, cezai şartın batıl olması keyfiyetinin asıl borcu iptal etmiyeceği söylenmekle bu kural ifadesini bulmuştur<sup>83</sup>.

Ancak cezai şartın varlığı için asıl borçtan ayrı bir edimin var olması gerekir. Asıl borç ile cezai şart ediminin ayrı olması, edimin niteliği yönünden olabileceği gibi, miktarı yönünden de olabilir.

Cezai şart ediminin niteliği yönünden ayrı olması gerektiği Borçlar Kanunumuzda da açıkca yer almaktadır. Buna göre, Borçlar Kanunu m. 158 / I de “ akdin icra edilmemesi veya natamam olarak icrası halinde tediye edilmek üzere cezai şart kabul edilmiş ise...” denmesi, ayrı bir edimin cezai şart yönünden gerekli olduğunu belirtmektedir. Ayrıca bu madde hükmünden en başta cezai şartın ancak akitten doğan borçlar için söz konusu olabileceği izlenimi doğsa da öğretide akit dışı kaynaklardan doğan alacaklar için de cezai şartın kabul edilebileceği kabul görmektedir<sup>84</sup>. Böyle bir durumda sözleşmeden doğan borçlar dışında haksız fiil, aile hukuku veya sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlar da cezai şartla desteklenebilirler.

Cezai şart para borçlarında da kararlaştırılabilir. Yargıtayın ilgili daireleri önceleri cezai şartın para borçlarında geçerli olmayacağına karar veriyordu<sup>85</sup>. Daha sonra Hukuk Genel Kurulu ilk derece mahkemesi ile özel

---

<sup>82</sup> Tekinay, s. 298.

<sup>83</sup> Bilge, s. 43-44; Gökçeoğlu, Kamil Haluk, Cezai Şart, (Yüksek Lisans Tezi ), Ankara, 1993, s. 72.

<sup>84</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 457; Tekinay, s.296.

<sup>85</sup> “Nakde müteallik bir borcun ifasının geçikmesinden dolayı B.K. 103 ve B.K. 105. maddeleri mucibince faiz ile alacaklı mutazarrır olmuş ise munzam zarar lazım gelir. Bu gibi taahütlerde B.K. 158. maddesine istinaden cezai şartın cezai şartın hükmolunması yolsuzdur”, H.G.K. 16/08/1936 tarihli kararı, “...Paranın zarar ziyanı ancak faiz olup, başka şekilde tazminat ifası hakkındaki dava mesmu değildir.”, H.D. 16/01/1938 tarihli kararı, “Akin icra edilmemesi veya noksan olarak icrası halinde cezai şart taahüd edilmesi para borçlarından maada akitler hakkında muteber olup para borçlarının tamamen veya kısmen ifa eilmemesi halinde yalnız faiz lazım geleceği yani para borcunun zarar ve ziyanı, faizden ibaret olduğu cihetle bu gibi borçlardan dolayı cezai şart taahüdü hükümsüzdür” H.D. 22/12/1947 gün ve 7284/5387 sayılı kararı, Öcal, Akar, Para Borçlarındaki Cezai

daire arasındaki fikir farklılığının açık olduğundan bahisle 17.02.1971 tarihli kararıyla cezai şartın para borçlarında da kararlaştırılabileceğine hükmetmiştir<sup>86</sup>.

Yarg. HGK. “ ....bütün bunlardan başka para borçlarında ceza koşulunun benimsenmemesi, bu nitelikteki borçların belli yerde ödenmesini sağlama yaptırımını bakımından (BK 158. maddesinin 2. fıkrası) bütün borçları yoksun duruma düşürmektedir.

Ceza koşulu, bir yaptırım (müeyyide) olarak borçluyu, öteki tür borçlarda olduğu gibi para borcunda da, borcunu sözleşme ile yükümlendiği günde yerine getirme çabasına itmesi sonunda, iş hayatında ve hukuk ilişkilerinde yükümlülüklerle ve iyi niyete inanma, dürüstlüğü sağlama sonucunu doğurur. Bu durumda para borcunun bu yoldaki yasa buyruğuna uygun inanca bağlanmasının doğuracağı ekonomik ve hukuki sonuç da toplum yararınadır. Birikmiş servetle iş hayatında sermayesiz, fakat teşebbüs kabiliyeti yüksek kişiler arasında rahat ve daha kolay ilişki sağlar. Bundan başka Borçlar Yasasınının 161. maddesinin son fıkrası uyarınca, hakim aşırı gördüğü koşulları belli esaslara göre en uygun sınıra indirme görevi içinde bulunduğundan, esasen dayanak ve ilişkisi bulunmayan aşırı faiz ile yükümlülük kuşkusu da önlenmiş olacaktır” demek suretiyle önemli bir karar vermiştir<sup>87</sup>.

Cezai şartın bağlandığı asıl borcun para borcuna dayalı olması zorunlu değildir. BK. m. 159 / I “ Alacaklı zarara duçar olmasa bile ceza lazım

---

Şart Hakkında Yargıtayın Görüşleri, Adalet Dergisi, sayı: 5, Ankara, Mayıs 1961, s. 525, 526’dan naklen.

<sup>86</sup> “Yargıtayın daha evvelce verilmiş kararlarında para borçlarının ödenmesindeki gecikmenin temerrüt faizini gerektireceği cihetle cezai şart taahüt edilmesinin hükümsüz olduğu kabul edilmekte idi. Bu netice doktrinde haklı olarak tenkit edilmişti. Her ne kadar, temerrüt faizi de tıpkı cezai şart gibi, zararın isbatına lüzum göstermeksizin talep edilmesi itibarile benzer bir gaye takip ederse de (Bk. von Tuhr, a.g.e, s.665 ve s.821, not 5), bu faiz temerrütten meydana gelen zarar dolayısıyla istenebilecek tazminatın azami değil, asgari haddini teşkil eder. Biaenaleyh sözü geçen fazi aşan bir cezai şart kararlaştırılmasına bir engel yoktur. Yargıtay 4. Hukuk dairesi 1960 tarihli yeni kararı ile bu isabetli hal tarzını kabul etmiştir. Fakat evvelki kararlarla bir içtihat uyumsuzluğu ortaya çıktığı cihetle İçtihadı Birleştirme Kararına gitme zarureti ortaya çıkmış bulunmaktadır”, Oğuzman, Kemal, Para Borçlarında Cezai Şart – İçtihadı Birleştirme Kararı Lüzumu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: XXVIII, Sayı: 1, İstanbul 1962, s. 276, 277’den naklen.

<sup>87</sup> YHGK., 17.02.1971 T., E. 4-405, K.85, Uygur, s.4264; Aynı görüş için bkz., Tekinay, s.297-298.

olur” diyerek bu hususa değinmiştir<sup>88</sup>. Buna göre; parasal bir değere sahip olmak kaydıyla, para dışındaki şeylerin ve fiillerinde cezai şartın konusunu oluşturması mümkündür. Diğer bir ifadeyle taraflar cezai şartı belirli bir miktar para olarak kararlaştırabilecekleri gibi ayın olarak teslimi gerekli bir şey olarak da kararlaştırabilirler<sup>89</sup>.

Ekonomik değer ifade etmek kaydıyla bir yapmama ediminin de cezai şart olarak kararlaştırılması mümkündür. Örneklersek, asıl borcun ihlali halinde, bir kurulda belli bir yönde oy kullanılmayacağı cezai şart olarak kararlaştırılabilir<sup>90</sup>.

Kararlaştırılan edim ayrı ve bağımsız bir nitelik taşımadığında cezai şart olarak ele alınamaz demiştik. Ek olarak asıl borç ilişkisinde zaten var olan “kanuni sonuçlarda” ayrı bir edim gibi cezai şart olarak kararlaştırılamaz. Örneğin bir hakkın kaldırılması, değiştirilmesi veya azaltılmasına ilişkin anlaşmalar, diğer tarafın temerrüdü halinde akdin feshedileceği, faizlerin zamanında ödenmemesi halinde verilen ödünç paranın muacceliyet kazanacağına ilişkin anlaşmalar, sigortalının rizikosunun gerçekleşmesi halinde hakkında yalan beyanda bulunması durumunda meydana gelen zararda ödenecek tazminatın ortadan kalkacağı hususundaki anlaşmalar<sup>91</sup> vb.

BK m. 161 / I de belirtildiği gibi taraflar cezai şart miktarını istedikleri gibi belirleme serbestisine sahip olmakla birlikte, kanunun taraflara tanıdığı bu serbesti tam ve mutlak değildir. Bu sınır BK.m. 20 de bütün hukuki işlemler için çizilmiştir. Buna benzer olarak BK. m. 161 / III hükmü de hâkimin aşırı bulduğu cezai şartı indirmekle yükümlü olduğunu hükme bağlamıştır. Buna göre, tarafların cezai şart miktarını belirleme konusundaki serbestisi iki şekilde sınırlandırılmıştır. (BK m. 161 karşılığı BKT m. 187).

---

<sup>88</sup> Tunçomağ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, C.I, Genel Hükümler, 5. bası, İstanbul, 1972, s.517.

<sup>89</sup> Bilge, s. 113; Kılıçoğlu, Ahmet M, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5. bası, Ankara, 2005, s.533.

<sup>90</sup> Oğuzman / Öz, s. 873.

<sup>91</sup> Velidedeoğlu / Özdemir; s. 334, Oğuzman / Öz; s. 873, Kocaağa, s.81-82; Feyzioğlu, Feyzi N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, 2. bası, İstanbul 1977, s. 390.

İlk olarak cezai şartın bağılı olduğu asıl borcun ifası baştan imkansız, hukuka veya ahlaka aykırı ise o cezai şartta asıl borçla birlikte batıldır ve butlan hükmündedir, diğeri ise cezai şart miktarının fahiş olması halinde hakim tarafından indirilmesidir<sup>92</sup>.

Tunçomağ, cezai şartın asıl borca bağılı olmasının sonuçlarını şu şekilde değerlendirmiştir;

- Esas borca karşı ileri sürülen def'i, cezai şartın da öne sürülmesine engel olur.

- Cezai şartın meydana gelmesi ve sona ermesi, asıl borcun doğumu ve sona ermesine bağılıdır.

- Cezai şart anlaşması asıl borcun zamanaşımına uğramasından sonra yapılmışsa ya da cezai şartın muacceliyetinden sonra asıl borç zamanaşımına uğramış olursa, cezai şart istenebilir.

- Geçici bir def'in ileri sürülmesi cezai şartı engellemez.

- Asıl alacak için yapılmış bulunan menkul rehni cezai şartı da temin eder.

- İflas halinde cezai şart asıl borcun yanında yer alır ve geciktirici şarta bağılı alacak gibi masaya kaydolunur.

- Asıl borcun temliki cezai şartın da temlikidir.

- Asıl borçla cezai şart arasındaki bu bağılılık cezai şartın muaccel olduğu ana kadar sürer. Müaccel bir cezai şart muaccel hale gelince, bu andan itibaren cezai şart bağımsızlaşır ve asıl borcun mukadderatını paylaşmaktan kurtulur. Ancak asıl borç muaccel hale gelmeden de temlik edilebilir.

- Cezai şartın ifa yeri, asıl alacağın ifa yeridir.

- Asıl borcun şekle bağılı olduğu durumda cezai şart da bağılıdır.

---

<sup>92</sup> Kocağa, s.88.

Yargıtay 13. HD cezai şartın fer'i niteliğine dair vermiş olduğu bir kararda “ Geçersiz senette öngörülen ceza koşulunun da geçersiz sayılması gerekir. Çünkü ceza koşulu ikincil (fer'i) nitelikte bir borçtur ve geçerli bir esas borcun varlığına gerek gösterir” demektedir<sup>93</sup>

Şu hususu da değinmeliyiz ki, cezai şartın fer'i mahiyetiyle uyuşmayan bazı hükümleri mevcuttur. Örneğin, henüz muaccel olmayan cezai şartın asıl alacaktan bağımsız olarak temliki mümkündür. Ayrıca cezai şart alacağı en baştan itibaren asıl borcun alacaklısından bir başkasına ait olabilir. Bu durumda da cezai şartın asıl alacağa olan bağlılığı bazı yönlerden zayıflar ve örneğin bu alacağın üçüncü kişiye devri mümkün olur. Cezai şartla asıl borç arasındaki bu bağlılık ilişkisi cezai şartın muaccel olduğu ana kadar devam eder. Bu andan itibaren cezai şart da bağımsız bir mahiyet kazanır<sup>94</sup>.

### 3 ) Cezai Şartın Sağlararası Hukuki İşlemlerle Belirlenmesi

Hukuki geçerliliği olan bir cezai şarttan bahsedebilmek için yapılan işlemin sağlararası yapılmaması gerekir. Sağlararası hukuki işlemler, etkilerini, hüküm ve sonuçlarını işlemi yapanın sağlığında, onun malvarlığında meydana getiren işlemlerdir<sup>95</sup>. Ancak etkilerini, hüküm ve sonuçlarını işlemi gerçekleştirenin vefatından sonra mütevefa'nın terekesinde meydana getiren işlemlere ise ölüme bağlı tassaruf adı verilir (MK. m. 502 vd.)<sup>96</sup>.

<sup>93</sup> “...Sözü edilen davada, davacının burada dayandığı 20.09.1965 günlü adi senet, tapulu taşınmazların haricen satışına ilişkin olmakla geçersiz sayılmıştır. Verilen bu karar kesinleşmiş olduğuna ve yanlar açısından bir kesin kanıt olduğuna göre, artık taşınmazların evveliyatının tapulu olup olmadığının araştırılmasına gerek kalmamaktadır. Davaya dayanak tutulan 20.09.1965 günlü senedin geçersizliği böylece kesinleştiğine göre, bu geçersiz senette öngörülen cezai şart da geçersiz sayılmalıdır. Çünkü cezai şart fer'i nitelikte bir borçtur ve geçerli bir esas borcun varlığına lüzum gösterir. Bu nedenle mahkemece cezai şarta ilişkin istek bölümünde reddi gerekirken 4000 lira cezai şartın dava gününden işleyecek faizi ile ödetilmesine karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır”, Yarg. 13. HD., 22.11.1983 T., E. 7823, K. 8211., Uygur, s.4261.

<sup>94</sup> Tunçomağ, s. 15-17.

<sup>95</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s.42; Kılıçoğlu, s. 36; Eren, s. 163.

<sup>96</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s.42; Dural, Mustafa / Öz, Turgut, Miras Hukuku Dersleri, İstanbul, 2003, s. 9.

Ölüme bağlı tasarruflarda cezai şart kararlaştırılmaz<sup>97</sup>. Bunun sebebi ise, BK. m. 158 hükmüne göre cezai şart, sözleşmenin ihlali ya da borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde kararlaştırılır. Fakat ölüme bağlı tassarufta, mirasçı için bir alacak hakkı değil bir mülkiyet hakkı söz konusudur. Bu görüşün aksine Fransız yazarlardan bir kısmı cezai şartın tek taraflı muamele olarak vasiyetnamelerde özellikle mal vasiyetlerinde olabileceğini savunmaktadırlar<sup>98</sup>. Ancak hâkim olan görüşe göre ölüme bağlı işlemlerin şarta bağlı olarak yapılması mümkün olmakla beraber ölüme bağlı işlemle cezai şart kararlaştırılmaz. Ölüme bağlı işlemler şekil, konu ve hükümleri açısından Medeni Kanunun şart ve mükellefiyete ilişkin hükümlerine bağlıdırlar (MK. m. 462 vd.). Vasiyette bulunabilecek fahiş cezai şart hükümlerinin indirilmesi konusu da BK. değil MK. hükümlerine tabidir<sup>99</sup>.

Bilindiği üzere alacaklının tek taraflı iradesiyle başka bir kişiyi borçlu bırakması mümkün değildir. Ancak bu durum alacaklının tek taraflı iradesiyle veya işlemiyle kanunun gösterdiği durumlarda mümkün olabilir. Bu duruma, hamiline yazılı borç senetleri ( BK. m.8, TTK. M. 570 vd.) veya ilan suretiyle verilen vadeler örnek gösterilebilir.

Hamiline yazılı borç senedleri açısından cezai şartı inceleyecek olursak, hamiline yazılı borç senedleri tedavül eden eden kıymetli evrak gurubuna girdiği ve TTK hükümlerine göre özel şekle tabi olduklarından senet üzerine cezai şart yazılması cezai şartı geçersiz kılar. Yinede bu durum senetlerin temelini oluşturan borç ilişkisine yönelik olarak bir sözleşme düzenlenemeyeceğini göstermez. Başka bir anlatımla temel borç ilişkisini düzenleyen bir sözleşme düzenlenip bu sözleşmeye cezai şart konularak hamiline senedin sözleşmesel borçlu tarafı üzerine bir yükümlülük getirilebilir.

Bilge, kanunun istisnai olarak kabul ettiği tek taraflı irade ile borç doğuran ilan yolu ile yapılan vadelerde için dahi ceza tayinine hukuken bir engel bulunmadığı buna karşılık ölüme bağlı tasarruflarda ise gerek mahiyet

---

<sup>97</sup> Bilge, s. 49; Eren, s.1134; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s.518.

<sup>98</sup> Bilge, s. 45.

<sup>99</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, s. 18.

gerekse hükümleri karşısında cezai şartın uygun olamayacağını ifade etmiştir<sup>100</sup>.

BK Tasarısı madde 9, Borçlar Kanunu'nun 8 inci maddesini karşılamaktadır.

Tasarının üç fıkradan oluşan 9 uncu maddesinde, duyuru yoluyla ödül sözü verenin yükümlülüğü ve tazminat sorumluluğu düzenlenmektedir.

Borçlar Kanununun 8 inci maddesinin kenar başlığında kullanılan "5. İlân suretiyle vuku bulan vaatler" şeklindeki ibare, Tasarıda "5. İlân yoluyla ödül sözü verme"; metninde kullanılan "bedel" sözcüğü ise, "ödül" şeklinde değiştirilmiştir.

Borçlar Kanununun 8 inci maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesinde, ödül sözü verenin, sadece sonucun gerçekleşmesinden önceki cayması göz önünde tutulduğu hâlde, Tasarının 9 uncu maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesinde, ödül sözü verenin, cayması yanında, sonucun gerçekleşmesini engellemesi durumunda da, bundan doğan zararları dürüstlük kuralları çerçevesinde kalınarak yapılan giderlerle sınırlı olmak üzere karşılamakla yükümlü olduğu kabul edilmiştir. Ayrıca, Tasarının 9 uncu maddesinin ikinci fıkrasında, ödül sözüne güvendiği için bazı giderler yapması nedeniyle zarar gören bir ya da birden çok kişinin isteyebileceği toplam tazminatın, söz verilen ödülün değerini aşamayacağı belirtilmiştir<sup>101</sup>.

Buradan da ilan yoluyla ödül sözü verenin borcunu ifa etmemesi durumunda cezai şart kararlaştırılmayacağı hükmüne ulaşılmamaktadır. Aksine Kanun koyucu sorumluluk halini borcu ifa etmeyen ilan veren yönünden daha da genişleterek sonucun gerçekleşmesini engellediği durumlar için de tazminat şartı öngörmüştür.

---

<sup>100</sup> Bilge, s. 46-49.

<sup>101</sup> [www.kgm.adalet.gov.tr/borclarkanunu.htm](http://www.kgm.adalet.gov.tr/borclarkanunu.htm), 18.06.2005.



## II- CEZAI ŞART TÜRLERİ

Cezai şartın türlerini Borçlar Kanunumuz'un 158'nci maddesi düzenlemiştir. Ancak türlerin terimlendirilmesi BK tarafından yapılmamıştır. Doktrin cezai şart türlerini üçe ayırmıştır. Bunlar, seçimlik cezai şart, ifaya eklenen cezai şart ve dönme cezası (ifayı engelleyen cezai şart) olmak üzere üç gruptur.

### A. SEÇİMLİK CEZAI ŞART

BK m. 158 / 1 seçimlik cezai şart hakkında “ Akdin icra edilmemesi veya natamam olarak icrası halinde tediye edilmek üzere cezai şart kabul edilmiş ise, hilafına mukavele olmadıkça alacaklı ancak ya akdin icrasını ya da cezanın tediyesini isteyebilir” demek suretiyle hüküm kurmuştur. Bu durumda başka bir anlatımla akdin ifa edilmemesi veya eksik ifası hali için cezai şart kararlaştırılmışsa, seçimlik cezai şart söz konusudur. Buna göre alacaklı dilerse akdin ifasını, dilerse cezai şartın ödenmesini ister. Burada şunu da söylemek gerekir ki bu hüküm emredici olmayıp taraflar isterlerse aksine bir durumda yaratabilirler. Örneklersek, cezai şartın muacceliyeti halinde sadece şartın istenebileceği kararlaştırılabileceği gibi fazla zararın talep edilemeyeceği veya hem cezai şart hem de ifanın istenebileceği kararlaştırılabilir<sup>102</sup>.

Görüldüğü üzere burada seçimlik bir hak söz konusu olup, alacaklı ancak asıl borcun yerine getirilmesini veya asıl borcun cezai şartın

---

<sup>102</sup> Staudinger / Werner, C. II, Parag. 340, III, adı geçen yazar maddemizi karşılayan AMK'nın 340'ncı paragrafında aynı görüşü öne sürmüştür. Fakat Alman Ticaret Kanunu'nun 75 / II. Maddesine göre eğer tüccar memurları taahhüt ettikleri rekabet yasağına aykırı davranırlarsa işveren yalnızca muaccel olmuş cezayı isteyebilir. İfa veya tazminat isteyemez. ( Tunçomağ, Cezai Şart, s. 44'den naklen).

ödenmesinden birini seçebilir, alacaklının aynı anda hem asıl borcun ifasını hem de cezai şartın ödenmesini istemesi mümkün değildir<sup>103</sup>.

Yargıtayımız birçok kararında bu hususa değinmiştir. Örneğin Yarg. 15. HD. 15.02.1988 tarihli bir kararında<sup>104</sup>,

“ Borçlar Yasasınının 158 / I. Maddesinde öngörülen ceza koşulu (cezai şart) seçimlik ceza niteliğindedir.

Sözleşmeye aykırılık halinde, taraflardan her biri ya sözleşmenin yerine getirilmesini veya cezanın ödetilmesini isteyebilir.

Sözleşmenin yerine getirilmesi ile dava açan ve bu yolda karar alan taraf, isteğinden dönerek, cezanın ödetilmesini (tahsilini) isteyemez”, tarafların aksini kararlaştırabileceklerine değindiği bir diğer kararında ise,

“Bir sözleşmenin yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesi durumunda ödenmek üzere bir ceza kararlaştırılmışsa, tersi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı ancak, ya sözleşmenin yerine getirilmesini veya cezanın ödenmesini isteyebilir. Eğer ceza sözleşmenin saptanan zaman veya yerde yerine getirilmemesi durumunda ödenmek üzere kararlaştırılmışsa, alacaklı, sözleşmenin yerine getirilmesi ile birlikte cezayı da isteyebilir. Eğer alacaklı bu hakkından açıkca vazgeçer veya hiçbir ön koşul ileri sürmeksizin yerine getirmeyi benimserse borç söner. Yargıç görevinden ötürü bu yönü doğrudan doğruya göz önünde tutmak zorundadır” demektedir<sup>105</sup>.

Alacaklı cezai şartın ödenmesini istemişse artık bu durumda asıl edimin ifasını isteyemez ve şart gerçekleştiğinde de alacaklının “seçimlik yetkisi” doğar. Öncelikle alacaklının seçimlik yetksinin doğması için borçlunun borcunu ihlal etmesi suretiyle cezai şartın muaccel olması gerekmektedir. Borçlu borcunu ihlal etmediği müddetçe alacaklı asıl borcun ifasından vazgeçip cezai şartı talep edemez. Cezai şart muaccel olunca alacaklı

<sup>103</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 348; Oğuzman / Öz, s. 876; Eren, s. 1136-1137.

<sup>104</sup> Yarg. 15. HD., 15.02.1988 T., E. 1994, K. 569.

<sup>105</sup> Yarg. 15. HD., 26.01.1981 T., E.29,K.113, Uygur, s. 4280-4281.

seçimlik bir hakka sahip olacaktır. Bu hak niteliği itibarıyla değiştirici, yenilik doğuran bir haktır. Bütün inşai haklarda olduğu gibi burada da kullanıldıktan sonra rücu mümkün değildir. Bu sebeple alacaklı seçim hakkını kullandığı zaman seçmiş olduğu borç kesin borç haline dönüşür ve artık bundan dönemez.

Alacaklı seçimlik hakkını tek taraflı ve varması gerekli bir irade beyanıyla kullanır<sup>106</sup>. Bu beyan borçlunun hâkimiyet alanına girdiği anda hüküm ve sonuçlar doğar. Alacaklı seçim beyanında asıl borcun ifasını seçmiş olup da borçlu sonraki kusursuz ifa imkânsızlığı nedeniyle bunu yerine getirememişse, alacaklı onun yerine ancak uğramış olduğu zararın tazminini isteyebilir fakat cezai şartın tahsilini isteyemez. Burada alacaklının isteyebileceği zarar müsbet zarar olup müsbet zarara ilişkin tazminat hakkı cezai şart miktarı ile sınırlı değildir. Borçlunun borcunu gereği gibi ifa etmemesi halinde alacaklı cezai şartın ödenmesini istemişse daha önce almış olduğu edim konusu hususları borçluya iade etmek zorundadır<sup>107</sup>.

Bahsi geçen “seçimlik” deyimine gelince bu kelimedden cezai şart ile asıl borcun ifası arasındaki ilişkinin, seçimlik borç konusunu oluşturan birden çok edim arasındaki ilişkiye benzediği anlamı çıkarılmamalıdır. Aradaki benzerliğe rağmen burada gerçek anlamda bir seçimlik borç<sup>108</sup> ilişkisi söz konusu olmayıp<sup>109</sup> yalnızca alacaklıya tanınmış bir seçimlik yetki söz konusudur<sup>110</sup>. Buradaki farkın önemi şu noktada ortaya çıkmaktadır. Seçimlik yetki, seçimlik borçtan farklıdır. Seçimlik borçta taahüt edilen edimlerin hepsi asli niteliktedir. Yani aralarında fer’ilik ilişkisi yoktur. Buna göre bu edimlerden birinin ifası borçluya yüklenemeyen nedenlerden dolayı imkânsız hale gelirse, borç ilişkisi sona ermeyip ifa yükümlülüğünün

---

<sup>106</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, s. 107-108; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 523.

<sup>107</sup> Eren, s. 369.

<sup>108</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 811; Oğuzman / Öz, s. 8; Eren, s. 109.

<sup>109</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 348, dn. 10; Bilge, s. 97; Feyzioğlu, Feyzi, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. bası, İstanbul, 1977, s. 393; Eren, s. 1136-1137; Kocaağa, s.128.

<sup>110</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 348; Tunçomağ, seçimlik cezai şartta muaceliyetten sonra her biri birbirinden bağımsız iki ayrı borç olduğunu ve bu iki borçtan birinin ifanın konusunu oluşturduğunu ve burada seçimlik yetkiden söz edilemeyeceğini belirtmektedir. Ayrıca aralarındaki benzerlik nedeniyle cezai şartta da seçimlik borçlara ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini savunmaktadır, ( Cezai Şart, s. 106-107); Kocaağa, s. 128, dn. 329.

konusunu diğer edim meydana getirir<sup>111</sup>. Sadece seçimlik yetkinin söz konusu olduğu durumlarda, asıl borcun imkânsızlık nedeniyle sona ermesi halinde fer’ilik ilişkisi sebebiyle cezai şart yükümlülüğü de sona erer<sup>112</sup>. Ancak borçlu imkânsızlık halinde bile cezai şartı ödeyeceğini taahhüt edebilir<sup>113</sup>.

Yargıtay birçok kararında seçimlik cezai şarta işaret etmiştir. Seçimlik cezai şartın temel niteliklerine değinen bu kararlar uygulamada seçimlik cezai şartın nasıl yorumlandığına ilişkin aydınlatıcı niteliktedir<sup>114</sup>.

Borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde kanunun alacaklıya seçme hakkı tanıyan seçimlik cezai şarta dair hükmü emredici bir hüküm olmayıp tamamlayıcı hüküm özelliği taşıdığına göre taraflar seçimlik cezai şart esasına aykırı hukuki işlemler yapabilirler. Bu husus BK m. 158 / I hükmündeki “hilafına bir mukavele olmadıkça” ifadesinden de

---

<sup>111</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 816-817; Oğuzman / Öz, s. 219; Eren, s. 960.

<sup>112</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 342, Bilge, s. 54, Kılıçoğlu, s. 534; Kocaağa, s.128.

<sup>113</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s.345; Bilge, s. 97-98.

<sup>114</sup> “Davacı taraf davasında, davalının sözleşmeye uygun şekilde işi ifa etmemesi nedeniyle, namına yaptırdığı iş bedelinin gecikme cezası ile birlikte tahsilini istemiştir. Sözleşmede öngörülen ceza, BK’nun 158. maddesinin 1. fıkrasında sözü edilen seçimlik ceza olup, aynı fıkra hükmü gereğince mahkemece davalı taşeron aleyhine cezaya hükmedilmemesi gerekir”, Yarg. 15. HD., 05.04.1990 T., E.4187,K.1594, “Taraflar arasındaki satış sözleşmesinde, belirlenen tarihe kadar alıcıya tapu verileceği, tapunun bu tarihe kadar verilmemesi halinde miktarı tespit edilen cezai şartın ödeneceği kararlaştırıldığına, borçlunun edimini yerine getirmemesi nedeniyle alacaklı tarafından açılan davada aynen ifa değil, ödenen paranın iadesi ile cezai şarta hükmedilmesi istendiğine ve cezai şartın borçluyu yoksulluğa düşürecek bir miktar olmadığı anlaşıldığına göre, cezai şarta hükmedilmesi için borçlunun kusurlu olması gerekmediği hususu da nazara alınmak suretiyle, cezai şart isteminin kabulüne karar vermek gerekirken, ifa imkansızlığından söz edilerek reddedilmiş olması doğru değildir” Yarg. 14. HD., 05.05.1999 T., E. 2536, K. 3371, “ Sözleşmede taraflardan biri sözleşme şartlarına uymadığı takdirde 400 milyon TL cezai şart ödeyeceğini kararlaştırmışlardır. Buradaki cezai şart seçimlik nitelikte yani ifa yerine geçen cezai şart niteliğinde olup, ancak sözleşmenin feshedilmemesi ve geçerliliğini sürdürmesi halinde talep edilebilir”, Yarg. 15. HD., 09.11.1995 T., E. 4457, K. 6310, “ Taraflardan herhangi birisinin anlaşma hükümlerine aykırı hareket etmesi ve anlaşmanın yerine getirilmesini imkansız hale getirmesi veya tek taraflı olarak fesh etmesi halinde, ödemeyi kararlaştırdıkları ceza tazminatı “seçimlik ceza” niteliğindedir. BK m. 158/I gereğince, aksine sözleşmede hüküm bulunmadığından, alacaklı, ya akdin icrasını veya cezanın ödetilmesini isteyebilir. Olayda davacı sözleşmede öngörülen tapu devrini talep ettiğine göre, iradesini akdin icrası doğrultusunda kullandığından, cezai şartın tahsilini dava edemez. Olayda tarafların sözleşmedeki amaçlarına uygun olarak, davacı yükleniciye devri öngörülen taşınmazlar üzerine, arsa sahibi davalılar yararına “ teminat ipoteği” tesis edilerek karar verilmelidir”, Yarg. 15. HD., 17.06.1996 T., E. 2702, K. 3402, “Sözleşmede hem akdin ifası hem de seçimlik cezanın ödeneceği kabul edilebilir” Yarg. 15. HD. 07.03.1989 T., E. 2481, K. 1066, Uygur, s. 4289-4293.

anlaşılmaktadır. Buna göre taraflar yalnız cezai şartın istenebileceğini veya hem cezai şartın hem de ifanın birlikte istenebileceğini kararlaştırabilirler<sup>115</sup>.

Son olarak Borçlar Kanunu Tasarısı madde 184, Borçlar Kanununun 158 inci maddesini karşılamaktadır.

Tasarının üç fıkradan oluşan 184 üncü maddesinde, ceza koşulu düzenlenmektedir.

818 sayılı Borçlar Kanununun 158 inci maddesinin kenar başlığında kullanılan “C. Cezaî Şart / I. Alacaklının hakları / 1. İcra ile eda arasında münasebet” şeklindeki ibareler, Tasarıda “C. Ceza koşulu / I. Alacaklının hakları / 1. Cezanın sözleşmenin ifası ile ilişkisi” şeklinde kaleme alınmıştır.

Borçlar Kanununun seçimlik ifayı düzenleyen 158 inci maddesinin birinci fıkrasında kullanılan “Akdin icra edilmemesi veya nâtamam olarak icrası hâlinde” şeklindeki ibare, Tasarıda “Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için”; Borçlar Kanununda kullanılan “ya akdin icrasını veya cezanın tediyesini isteyebilir.” şeklindeki ibare ise, Tasarıda “ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir.” şeklinde değiştirilmiştir. Adalet Bakanlığı Gerekçesinde “burada düzenlenen ceza koşulu türüne öğretide ifa yerine (seçimlik) ceza koşulu denilmektedir” denilerek hukuk sistemimize yerleşmiş olan terime atıf yapılmıştır.

## **B. İFAYA EKLENEN CEZAI ŞART**

BK m. 158 / II hükmü “ akdin muayyen zamanda veya meşrut mahalde icra edilememesi halinde tediye olunmak üzere cezai şart kabul edilmiş ise, alacaklı hem akdin icrasını hem de meşrut cezanın tediyesini talep edebilir. Meğer ki alacaklı bu hakkından sarahaten feragat etmiş veya kayıt dermeyan etmeksizin edayı kabul eylemiş olsun.” demektedir. Buradan

<sup>115</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s.351; Eren, s. 1137-1138; Kılıçoğlu, s. 536; Oğuzman / Öz, s. 877.

da açık hüküm gereği borcun belli zaman veya yerde ifa edilmemesi hali için cezai şart kararlaştırılmışsa, alacaklı hem ifa hem de cezai şartı isteyebilecektir. Ayrıca Kanun koyucunun borcun belli yer ve zamanda ifa edilmemesi hali için kararlaştırılmış cezai şartın ifaya eklenen cezai şart olacağına dair bir karine koyduğu söylenebilir. Bu halde bu iki ihtimal yani yer ve zaman dışında kalacak ifa hallerinde BK m. 158 / II değil BK m. 158 / I yani seçimlik cezai şart hükümleri uygulanacaktır. Kanunumuz 158 / II fıkrasında bütün eksik ifa hallerini değil bunlardan yalnızca “yer ve zaman” bakımından ifa edilemeyenlerine yer vermiştir<sup>116</sup>. Fakat anılan hüküm emredici hüküm mahiyetinde olmadığından taraflar, borcun zamanında veya yerinde ifa edilmemesi dışında kalan ihlal halleri için de ifaya eklenen cezai şartta aralarında karar verebilecekleri gibi seçimlik cezai şart uygulamasını da benimseyebilirler<sup>117</sup>.

Türk ve İsviçre Hukuku’ndan farklı olarak Alman Hukuku ifaya eklenen cezai şartı “bütün eksik ifa halleri” için öngörmüştür. AMK ‘nın 341. paragrafı borçlunun taahhüdünün gereği gibi ifa etmemesi ya da zamanında ifa etmemesi durumu için cezai şart kararlaştırılmışsa hem borcun hem de cezai şartın alacaklı tarafından istenebileceğini hükme bağlamıştır. Adı geçen madde de ifa etmeme örneğine örnek olarak ele alınmıştır eğer edim belirtilen yerde ifa edilmediği veya kararlaştırılmış kalitede ve gereken miktarda olmadığı zaman da edimin eksik olacağı Alman yazarlarınca kabul görmektedir<sup>118</sup>.

Fransız Hukukunda ifaya eklenen cezai şart uygulaması Türk-İsviçre ve Alman Hukuklarından farklıdır. Fransız Medeni Kanunu 123 / II, ancak borcun “zamanında” ifa edilmemesi hali için ceza kararlaştırılmışsa borcun ifasının ve kararlaştırılan cezai şartın birlikte istenebileceğini yani ifaya eklenen cezai şartın istenebileceğini hükme bağlamıştır<sup>119</sup>.

---

<sup>116</sup> Gökçeoğlu, s. 62.

<sup>117</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 351; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 46; Oğuzman / Öz, s. 878.

<sup>118</sup> Gökçeoğlu, s. 62.

<sup>119</sup> Gökçeoğlu, s. 63; Staunger / Kaduk, s. 341 BGB, (Kocaağa, s. 132, dn. 344).

Bazı durumlarda hukuki işlemin konusu ifaya eklenen cezai şartın varlığına işaret eder. Bu duruma örnek olarak rekabet yasağı sözleşmelerinde yasağa uymamak gösterilebilir. Rekabet yasağına uyma durumu ceza şartla teminat altına alınmışsa hal ve durum icabı ifaya eklenen cezai şarttan söz edilecektir. Bunun sebebine gelince, rekabet yasağı sözleşmesi bir yapmama borcu doğurur, rakibin yapmama borcuna hiç veya gereği gibi uymaması halinde karşı tarafın ya cezai şartı isteyebileceğini ya da sözleşmeye uyulmasını talep edebileceğini düşünmek cezai şartın konuluş amacına ters düşer. Burada gaye rekabet yapılmasını cezai şartla rakibe baskı kurarak engellemektir. Zaten hiç veya gereği gibi yerine getirilmeyen rekabet hükümlerinin ihlal edilmesi bu amacın yani caydırma amacının başarılı olmadığına delalettir. Bu ihlalden sonra rakibin zaten cezai şartı öngördüğü ve kabullendiği söylenebilir. Bu sebeplerle burada seçimlik cezai şartın kabul edilmesi pek mümkün değildir<sup>120</sup>. Cezai şartın türünün tespitinde miktarının küçük olursa çoğu zaman onun ifaya eklenen bir cezai şart olduğu söylenebilir. Bunun yanı sıra cezai şart miktarı fazla ise seçimlik bir cezai şarttan bahsedilebilir. Eğer cezai şart miktarı gecikme tazminatı miktarını fahiş bir şekilde aşıyor ve asıl alacak miktarının tamamını kapsıyorsa böyle bir durumda ifaya eklenen cezai şarttan değil seçimlik bir cezai şarttan söz edilmelidir<sup>121</sup>.

İfaya eklenen cezai şart BK m. 158 / II de olduğu gibi bir kanun hükmüne dayanıyorsa burada önce borçlu asıl borcu, ifa zamanı ve ifa yerinde hiç veya gereği gibi ifa etmemiş olmalıdır. Sonra alacaklı cezai şarttan vazgeçmemiş veya ifayı kabul etmiş olmalıdır. Alacaklı borcun ifası ile cezai şartı aynı anda talep etme hakkına sahip olduğu durumlarda bu hakkından sarıh bir şekilde vazgeçmiş ya da ihtirazi kayıt ileri sürmeden yalnız ifayı kabul etmişse artık buradan sonra cezai şart isteyemez. Borçlar Kanunumuz m 158 / II hükmünde yer alan “meğer ki alacaklı bu hakkından sarahaten feragat etmiş veya kayıt dermeyan etmeksizin edayı kabul eylemiş olsun” ifadesinden, alacaklının cezai şart ile ifayı birlikte isteyebileceği

<sup>120</sup> Feyzioğlu, s. 393-394; Kocaağa, s. 133; Gökçeoğlu, s. 63.

<sup>121</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 350-351.

konusunda kendisine tanınmış olan bu haktan açıkca veya zımnen vazgeçebileceği anlaşılmaktadır. Bu durumda ihtirazi kayıt ileri sürmeyen alacaklının da tıpkı cezai şart hakkından açıkca vazgeçtiği durumlarda olduğu gibi diğer edimi kabul ettiği öngörülür. Başka bir deyişle ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin asıl borcun ifasını kabul etmiş olan alacaklı cezai şartı istemekten feragat etti sayılır ve cezai şartı talep edemez<sup>122</sup>. Feragat önceden yapılabileceği gibi sonradan da yapılabilir<sup>123</sup>.

İfaya eklenen cezai şart tarafların özel bir anlaşmasına veya kanun hükmüne dayanır. İfaya eklenen cezai şart tarafların karşılıklı yaptığı bir antlaşmaya dayanıyorsa alacaklının bunu ispat etmesi gerekmektedir<sup>124</sup>.

Yargıtay uygulamalarıyla ifaya eklenen cezai şart kavramına değinecek olursak Yargıtay 15. HD 16.10.1995 tarihli bir kararında,

“Davalı yüklenicinin, davanın açılmasından önce eksikleri gidereceğini söylemek suretiyle davacıya güven vererek oyaladığı anlaşıldığından, zaman aşımı def’ini ileri sürmesi MK m.2 ile bağdaşmaz.

Dairelerin ve dükkânın teslimi gereken tarihten sonra her geçen gün için arsa sahibine 20.000 TL ödenmesi öngörülmüş olduğuna göre, bu hüküm BK m. 158 f. 2 gereğince ifaya eklenen cezai şart niteliğindedir.

Davacı, daireler ile dükkânı teslim alırken ihtirazi kayıt beyan etmezse, artık anılan fıkranın son cümlesi gereğince cezai şartı isteyemez”

demıştır. Yargıtay bu kararında hem ifaya eklenen cezai şartın kümülatif niteliğine hem de ihtirazi kayıt müessesine değinmiştir. Yargıtayın bu yönde vermiş olduğu birçok aydınlatıcı karar mevcuttur<sup>125</sup>.

---

<sup>122</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, s. 115; Eren, s. 1138-1139; Kılıçoğlu, s. 538.

<sup>123</sup> Bilge, s. 104.

<sup>124</sup> Eren, s. 370.

<sup>125</sup> “İfaya eklenen cezai şart, eksik iş bedeli ile istenebilir. Sözleşmede, süre uzatımı halinde fiyat farkı verilmeyeceğine ilişkin şart karşısında, davalının yaptığı işlere fark uygulanmaması doğrudur”, Yarg. 15. HD. 28.11.1995 T., E. 5571, K. 6990, “İfaya eklene cezanın, ancak akdin ifasıyla birlikte ödetilmesi istenebilir. Ancak taraflar bu kuralın aksini kararlaştırabilirler. Nitekim somut olayda, davacı 15 günle sınırlı olmak üzere hem gecikme cezasını istemeye, hem de akdi feshetmeye yetkili kılınmıştır”, Yarg. 15. HD., 27.10.1988 T., E. 1540, K. 3408, “BK 158/2. maddesi gereğince, sözleşme ile, sözleşme ile ifaya ekli cezanın kararlaştırılmış olduğu hallerde, ifa ile birlikte ceza talep



Ayrıca değinmeliyiz ki “Yargıtayın istikrar kazanan görüşüne göre, gecikmeden dolayı talep edilen cezai şartın hesabında, eksik işlerin ikmali için gereken süre kadar değil, işin teslimi gereken tarih ile fiilen teslim edildiği tarih arasındaki sürede, yüklenicinin kusuruna isabet eden gecikme kadar cezai şartta hükmedilmesi gerekir”<sup>126</sup>.

Son olarak BK Tasarısı m 184 / III ifaya eklenen cezai şartı düzenleyen yürürlükteki BK m. 158 /II yi karşılamaktadır. Borçlar Kanununun 158 inci maddesinin ikinci fıkrasında kullanılan “Akdin muayyen zamanda veya meşrut mahalde icra edilmemesi hâlinde tediye olunmak üzere cezaî şart kabul edilmiş ise” şeklindeki ibare, Tasarıda “Ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa” şeklinde; Borçlar Kanununda kullanılan “alacaklı hem akdin icrasını hem meşrut cezanın tediyesini talep edebilir.” şeklindeki ibare ise, Tasarıda “alacaklı...asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir.” şeklinde ifade edilmiştir. Adalet

---

edilebilir. BK 158/1. maddesindeki “hilafına mukavele olmadıkça” ibaresi gereğince de, sözleşmeye konulan cezai şartın istenmesi olanağı vardır”, Yarg. 15. HD.,26.05.1999 T., E. 774, K. 2125, “İfaya eklenen cezai şartta, BK m. 106’da öngörülen seçimlik haklardan birini kullanmak için beklenmesi gereken makul süreyi hesap ettirmek, buna eksik işin tamamlanması için gerekli süreyi eklemek ve bulunacak zaman dilimi için gecikme cezasına hükmetmek gerekir”, Yarg. 15. HD. 05.04.1990.T., E. 3899, K.1627, Uygur, s.4299-4303; BKT madde 128, 818 sayılı Borçlar Kanununun 106 ncı maddesinin birinci fıkrasını karşılamaktadır.

Tasarının tek fıkradan oluşan 128 inci maddesinde, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçluya süre verilmesi düzenlenmektedir.

818 sayılı Borçlar Kanununun 106 ncı maddesinin kenar başlığında kullanılan “4. Bir mehil tayini suretiyle / a. Fesih hakkı” şeklindeki ibareler, Tasarıda “4. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde / a. Süre verilmesi” şeklinde değiştirilmiştir.

818 sayılı Borçlar Kanununun 106 ncı maddesi iki fıkradan oluştuğu hâlde, Tasarının 128 inci maddesi tek fıkradan oluşmaktadır. Bunun nedeni, 818 sayılı Borçlar Kanununun aynı maddesinin ikinci fıkrasının, Tasarının 130 uncu maddesinde ayrıca düzenlenmiş olmasıdır.

818 sayılı Borçlar Kanununun 106 ncı maddesinin birinci fıkrasında kullanılan “Karşılıklı taahhütleri hâvi olan bir akitte” şeklindeki ibare, Tasarıda “İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde” şeklinde ifade edilmiştir.

Sistematiği ile metninde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında, maddede 818 sayılı Borçlar Kanununa göre bir hüküm değişikliği yoktur, [www.kgm.adalet.gov.tr/borclarkanunu.htm](http://www.kgm.adalet.gov.tr/borclarkanunu.htm) ; “Dairenin zamanında teslim edilmemesi durumunda, her ay için 1000 lira ödeneceği yazılı olduğundan, burada BK 158/I deki ifaya eklenen ceza koşulunun kararlaştırıldığı anlaşılmaktadır. Hem zararın tümü, hem de ceza koşulunun giderimi için istemde bulunulamaz”, Yarg. 13. HD., 08.04.1982 T., E. 843, K. 2507, “Cezai şart, akdin muayyen zamanda veya meşrut mahalde icra edilmemesi halinde tediye olunmak üzere kararlaştırılmadığına göre, (BK m. 158 f.2), sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça hem akdin icrası, hem de cezai şartın ödenmesi istenemez. İkisinin birlikte istendiği durumlarda, ceza isteğinin reddine karar verilmelidir”, Yarg. 4. HD., 11.05.1979 T., E. 4063, K. 6343, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr).

<sup>126</sup> Yarg. 15. HD. 13.03.1996 T., E. 665,K. 1346, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr).

Bakanlığı gerekçesinde “burada düzenlenen ceza koşulu türüne öğretide “ifaya eklenen (kümülatif) ceza koşulu” denilmektedir” şeklinde ifaya eklenen cezai şart tanımlanmıştır<sup>127</sup>.

### C. DÖNME CEZASI (İFADAN KURTARAN CEZAI ŞART)

Boçlar Kanunu m. 158 / III” Borçlunun, cezai şartı tediye ile akitten rücu etmek hakkını ispat edebilmek salahiyeti mahfuzdur” diyerek borçlunun akitte kararlaştırılmış olan cezai şartı ödemek suretiyle borcun ifasından kurtulacağını veya sözleşmeden dönebileceğini hükme bağlamıştır. Doktrinde bu durum dönme cezası<sup>128</sup> veya ifayı engelleyen cezai şart<sup>129</sup> olarak adlandırılmaktadır.

Dönme cezası seçimlik ve ifaya eklenen cezai şartta olduğu gibi borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi durumunda alacaklıya bir seçimlik yetki tanımamaktadır. Burada borcun ifa edilmesi şartı aranmadan borçluya kararlaştırılan cezai şartı ödeyerek sözleşmeden dönme yetkisi sağlanmıştır. Bu ve bunun gibi sebeplerle dönme cezasının gerçek anlamda bir cezai şart olmadığı görüşü öne sürülmektedir<sup>130</sup>. Ancak yakın ilgisi sebebiyle kanun koyucu dönme cezasını cezai şarta ilişkin hükümler arasında düzenleme gereği duymuştur. Borçlunun borca aykırı şekilde ifayı yerine getirmemek gibi bir yaklaşımı bulunmasa bile cezai şartı ödeyerek sözleşmeden dönmesi durumu sebebiyle dönme cezasının asıl borç ilişkisini kuvvetlendirmedeği tam tersine onu zayıflattığı görüşü haklı olarak doktrinde hakimdir<sup>131</sup>.

Daha önce de değinmiş olduğumuz gibi BK m. 158/I de seçimlik cezai şartta seçim hakkı alacaklıya tanınmış olduğu halde BK m. 158 / III de

<sup>127</sup> [www.kgm.adalet.gov.tr/borclarkanunu.htm](http://www.kgm.adalet.gov.tr/borclarkanunu.htm).

<sup>128</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 352; Oğuzman / Öz, s. 879, Feyzioğlu, s. 395.

<sup>129</sup> Eren, s. 1138 vd.

<sup>130</sup> Oğuzman / Öz, 879; Eren, s. 1138 vd.

<sup>131</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 353; Oğuzman / Öz, s.880; Eren, s. 1138.

dönme cezasında seçim hakkı borçluya tanınmıştır. Ancak şunu da eklemek gerekir ki taraflar aralarında anlaşarak cezai şartı ödeyerek sözleşmeden dönme yetkisini alacaklıya tanıyabilirler<sup>132</sup>.

Ayrıca borçluya tanınan bir dönme yetkisi ve buna mukabil bir cezai şart mevcutsa borçlu kararlaştırılan cezai şartı ödeyerek borcundan kurtulur. Ancak bu durumda eğer cezai şart miktarı gerçek zararın altında kalıyor ve alacaklı bu durumda zarara uğruyorsa da alacaklı aşan zararı talep edemez<sup>133</sup>.

Doktrinde bazı yazarlar borçluya tanınan bu seçim hakkının dönme cezasının muaccel olması öncesinde de kullanabileceğini ve bu suretle burada bir seçimlik borç olduğunu öne sürmektedir<sup>134</sup>. Şunu öncelikle belirtmeliyiz ki, seçimlik borçlarda borçlu hiçbir şekilde seçim beyanında bulunmadığı ve edimlerini yerine getirmediği takdirde alacaklı bizzat kendisi bir seçim yapamaz. Ancak seçimlik bir dava açmak suretiyle borcun ifasını ve yahut cezai şartı talep edebilir<sup>135</sup>. Dönme cezasını da ise borçlu asıl borcu yerine getirmez ve dönme cezasını da ödemezse, alacaklı seçimlik bir dava açma yoluna başvurmayıp, ifanın yerine getirilmesini veya dönme cezasını doğrudan talep edebilir. Ayrıca seçimlik borçlarda borçlunun ifa etmeden önceki bir seçim beyanı artık bundan sonra ifa yükümünü seçilen yani ifa veya cezaya yüklerken<sup>136</sup>, dönme cezasında borçlunun ifayı değil dönme cezasını beyan etmesi asıl edimi ifa borcundan kurtulması için kafi gelmeyip, asıl edimi ifa borcu ancak dönme cezasının fiilen ödenmesi veya teklif edilmesiyle sona erer<sup>137</sup>.

Ayrıca, Borçlar kanunumuz m. 158 / III fıkrası cezai şart olarak akde koyulan miktarın seçimlik ya da ifaya eklenen cezai şart olduğu yönünde bir karene koymuştur. Anlaşmazlık halinde borçlu kararlaştırılan

---

<sup>132</sup> Oğuzman / Öz, s. 880; Bkz., II. B., 5.,A.,s.38.

<sup>133</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 359; Oğuzman / Öz, s. 883; Velidedeoğlu / Özdemir, s. 336.

<sup>134</sup> Bilge, s. 107.

<sup>135</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 815; Eren, s. 959; Serozan, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 1975, s. 67.

<sup>136</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 814; Oğuzman / Öz, s. 219.

<sup>137</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 352.

miktarı seçimlik veya ifaya eklenen şart değil dönme cezası olduğunu ispat etmekle yükümlüdür. Borçlunun dönme cezasının varlığını ispat edememesi durumunda alacaklı lehine olarak seçimlik bir cezai şarttan söz etmek gerekmektedir<sup>138</sup>. Dönme cezasında eğer ki borçlu kanunun kendisine tanıdığı bir haktan dolayı sözleşmeden dönerse cezai şartın ödenmesi de gerekmez. BK m. 106 ve 108 hükümlerinde olduğu gibi kendisine mehil vermek suretiyle fesih hakkı tanınmış olan borçlu dönme cezası olsa bile ödemedi sözleşmeden dönebilir<sup>139</sup>. Seçimlik ve ifaya eklenen cezai şartta yükümlü taraf fahiş cezai şartın tenkisini talep edebiliyorken dönme cezasında bunun mümkün olup olmayacağı tartışmalıdır. Bir görüş nedensiz yere sözleşmeden dönerek dönme cezası ödemek durumunda kalan borçlunun cezai şartın tenkisini isteyemeyeceğini belirtirken<sup>140</sup> katıldığımız görüş ise bunun diğer seçimlik ve ifaya eklenen cezai şart da olduğu gibi dönme cezasına da uygulanması gerektiğini savunmaktadır<sup>141</sup>.

Dönme cezası, asıl hukuki durumu sağlamlaştırma yerine cezai şartın ödenmesiyle borçlunun borcundan kurtulmasını sağladığından bu işlevi ile daha çok pişmanlık akçesine benzetilmektedir<sup>142</sup>. Ancak pişmanlık akçesi faydalandırıcı muameleden oluştuğu halde cezai şart borçlandırıcı bir muamele ile meydana gelir. Dönme cezasında, kararlaştırılan cezayı ödeyerek sözleşmeden dönme hakkı yalnızca borçluya tanınmış olan bir haktır. Bu durumda alacaklı yalnızca borcun ifasını istemek hakkına sahiptir. Ta ki borçlu dönme cezasını ödemeyi beyan edip sözleşmeden dönmeyi istiyene kadar. Pişmanlık akçesinde ise sözleşmeden dönme hakkı her iki tarafa da tanınmıştır (BK m. 156 /III “akitlerden her biri” demek suretiyle Pey Akçesi bölümünde bu durumu açıklamıştır).

---

<sup>138</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s.353; Oğuzman / Öz, s. 880; Bilge, s.106; Kocaağa, s.137.

<sup>139</sup> Oğuzman / Öz, s. 880.

<sup>140</sup> Oğuzman / Öz, s. 880; Velidedeoğlu / Özdemir, s. 335.

<sup>141</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 353; Yarg. HGK, 06.10.1978, E. 1977/9-101, K. 1978/800 “... Burada öngörülen, cezai şart (dönme cezası) niteliğinde olup, Borçlar Kanununun 325. maddesinin uygulama yeri bulunmamaktadır. Ancak hakim miktarını fahiş gördüğü takdirde indirmekle mükelleftir...”, Kocaağa, s. 139, dn. 381’ den naklen.

<sup>142</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, s. 31.

Bütün sözleşmeler için olan genel kural da olduğu gibi ifayı engelleyen cezai şartta da cezai şartın varlığını ispat, bunu ileri süren borçluya aittir. Ancak bu kurala bir istisna BK m 351 de getirilmiştir. Bu maddede işçi ve işveren arasında yapılan rekabet yasağı sözleşmesinde, genel kuralın aksine bir hüküm konulmuştur. BK m. 351 / II ye göre “ memnuniyete muhalif hareket hakkında cezai şart konulmuşsa, işçi kural olarak meşrut ceza miktarını tediye ile yasaktan kurtulur” denilmektedir. Buradan da anlaşılacağı üzere ispat yükü işçiye değil işverene yükletilmiştir. İspat durumuna gelince borca aykırı hareket halinde ifa ve tazminat ile mükellef tutulamayacağını ve şart edilen cezai şartı ödemekle akitten dönme hakkı olduğunu ileri süren borçlu bunu ispat etmek zorundadır.

Son olarak dönme cezasının BK Tasarısındaki yeri ve düzenleniş biçimine bakacak olursak, Dönme cezası Borçlar Kanununda m. 184 / III de düzenlenmiştir.

818 sayılı Borçlar Kanununun 158 inci maddesinin son fıkrasında kullanılan “akitten rücu etmek hakkını” şeklindeki ibare, Tasarıda “sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu” şeklinde değiştirilmiştir. Burada düzenlenen ceza koşulu türüne öğretide “dönme (veya fesih) cezası” denilmektedir.

Sistemik yapısı ile metninde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında, maddede 818 sayılı Borçlar Kanununa göre bir hüküm değişikliği yoktur<sup>143</sup>.

### **III- BENZER KAVRAMLARDAN FARKI**

#### **A. PİŞMANLIK AKÇESİ**

Pişmanlık akçesi, halk arasında “kaporo” olarak bilinen, kanunda

<sup>143</sup> [www.kgm.adalet.gov.tr/borclarkanunu.htm](http://www.kgm.adalet.gov.tr/borclarkanunu.htm), 18.06.2005.

ise “zamanı rücu” olarak adlandırılan ve sözleşmeden serbestçe dönülmesi gayesine hizmet eden bir paradır<sup>144</sup>. Ancak ifayı engelleyen cezai şartı, çok benzer olmakla birlikte BK. m. 156 / III te belirtilen pişmanlık akçesiyle karıştırmamak lazım gelir. Pişmanlık akçesinde parayı veren taraf verdiği parayı vazgeçme halinde terk etmek, parayı alan taraf ise dönme halinde aldığı iki mislini iade etmekle yükümlüdür. Cezai şartta ise sözleşmeden dönme iradesi ortaya konduğu zaman ki bu durumda sadece borçlu taraf için sözleşmeden dönme söz konusudur, borçlu ifayı engelleyen cezai şartın varlığını ispatlayıp cezai şart olarak belirlenmiş miktarı ödeyerek borcundan kurtulur. Buradan da anlaşılacağı üzere BK m. 158 / III sözleşmeden dönmek için lazım gelen cezai şartın varlığını ispatlayarak sözleşmeden dönme yetkisini sadece borçluya tanımıştır. Ancak taraflar kararlaştırırlarsa alacaklıya da dönme yetkisi tanınabilir<sup>145</sup>. Ayrıca BK. M. 156/1’ deki karine uyarınca verilen paranın niteliği konusunda şüpheye düşüldüğünde, bunun pişmanlık akçesi olduğunu ileri süren, bunu ispatlamak durumundadır<sup>146</sup>. Cezai şart ta ise kural olarak ispat yükü borçludur.

BK Tasarısı madde 183, Borçlar Kanununun 156 ncı maddesinin üçüncü fıkrasını karşılamaktadır.

Tasarının tek fıkradan oluşan 183 üncü maddesinde, cayma parası düzenlenmektedir.

818 sayılı Borçlar Kanununun 156 ncı maddesinin kenar başlığında kullanılan “Zamânı Rücu” şeklindeki ibare, Tasarının 183 üncü maddesinde, “B. Cayma parası” şeklinde değiştirilmiştir.

818 sayılı Borçlar Kanununun 156 ncı maddesinin üçüncü fıkrasında kullanılan “akitten rücu salâhiyetini haiz addolunur.” şeklindeki ibare, Tasarıda “sözleşmeden caymaya yetkili sayılır.” şekline; 818 sayılı Borçlar Kanununun aynı fıkrasında kullanılan “rücu ederse” şeklindeki ibare ise, Tasarıda “cayarsa” şekline dönüştürülmüştür.

<sup>144</sup> Arkan, Azra, Cezai Şart, İstanbul Barosu Dergisi 1-2-3, İstanbul, 1997, s. 99.

<sup>145</sup> Oğuzman / Öz, s.880.

<sup>146</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu/ Altop, s. 340-341, Oğuzman / Öz, s. 876-877.

Tasarı madde 183, “Cayma parası kararlaştırılmışsa, taraflardan her biri sözleşmeden caymaya yetkili sayılır; bu durumda parayı vermiş olan cayarsa verdiğini bırakır; almış olan cayarsa aldığı iki katını geri verir” demek suretiyle parayı alan tarafın dönme halinde aldığı iki katını vermesi borcunu saklı tutmuştur.

## **B. SEÇİMLİK BORÇ VE SEÇİMLİK YETKİ**

İçlerinden yalnız birisinin ifasını gerektiren ve birden fazla edimi içeren borca “seçimlik borç” denir. Edimlerden birisinin seçimi borçluya, alacaklıya veya üçüncü bir kişiye bırakılabilir. Seçim beyanı yenilik doğuran haklardan olup, oluşması için karşı tarafa varması gerekir. Aksinin taraflarca kararlaştırılmadığı durumlarda seçim yetkisi borçluya aittir.

Cezai şart ve seçimlik borç, her ikisinde de içlerinden birisi ifa edilecek edimler vardır. Ancak seçimlik borcun cezai şarttan ayrıldığı birden fazla durum söz konusudur. Cezai şartta, borcun muaccel olmasından önce, birisi asıl diğeri fer’i olmak üzere iki borç olduğu halde, seçimlik borçta tek bir borç vardır. Seçimlik borcun konusu hepsi birbirine eşit olan çeşitli edimlerdir. Cezai şartta bulunan edimler ise nitelik olarak birbirinden farklıdır. Bir diğere fark ise; Seçimlik borçta, kararlaştırılan edimlerden birinin ifası imkânsız hale geldiğinde kararlaştırılan diğere edimin ifasıyla seçimlik borç yerine getirilmiş olur. Oysa cezai şart ancak asıl borç borçluya yüklenebilen bir sebeple imkânsız hale geldiğinde borçluya ödenir. Ayrıca seçimlik borçta, borç doğmuş olup konusu belirsizdir. Cezai şartta ise borcun ileride doğup doğmayacağı belirsizdir<sup>147</sup>.

Seçimlik yetkide borçluya aynı zamanda kararlaştırılan bir başka edimi ifa ederek borçtan kurtulma yetkisi verilmekte bununla birlikte borçlunun belirli bir edimle sorumlu tutulduğu görülmektedir. Aynı yetki taraflar kararlaştırırsa alacaklıya da verilebilir. Seçimlik yetki ile cezai şart

<sup>147</sup> Oğuzman / Öz, s. 212, Tunçomağ, s. 32-33.

arasındaki benzerlik, seçimlik borca göre daha fazladır. Çünkü gerek cezai şartta gerekse seçimlik yetkide biri esas diğeri tali mahiyette olmak üzere iki borç söz konusudur. Seçimlik yetkinin borçluya ait olduğu durumlarda, borçlunun kusuru olmaksızın asıl edim imkânsızlaşır, tali borç sona erer. Cezai şart için de durum aynıdır.

Ancak, seçimlik yetki borçluya aitse, borçlu tali edimi ifa suretiyle asıl borçtan kurtulabildiği hald, ifaya eklene cezai şartta ve seçimlik cezai şartta borçlu cezai şartı ödemekle asıl edimi ifadan kaçınamaz<sup>148</sup>.

### C. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN EDİMİNİ TAAHÜT VE KEFALET

Üçüncü kişinin edimini taahüt ettiği akidlerde, üçünü şahıs, bir kimsenin diğere karşı olan borcunu ifa etmediği takdirde, akidin diğere yanının uğradığı zararı ödemeyi taahüt eder. Burada söz konusu olan bir borcun ifası değil, borcu ifa etmemenin doğuracağı zararları teminat altına almaktır. Üçüncü kişinin edimini taahütte taahüt eden edimi ifa etmek zorunluluğunda değildir. Çünkü o fiili değil onun zararlı sonuçlarını taahüt etmiştir. Fiilin sonuçları taahüt edilen kimse de o fiili yapma zorunluluğu altına girmiş değildir. Çünkü taahüt eden onun temsilcisi değildir. Özetle, bu akit kefalet gibi fer'i bir borç değil, tamamen bağımsız mahiyette bir borç doğurur.

Üçüncü kişinin edimini taahüt ile cezai şart arasındaki benzerlik tamamen ifa etmemenin sonuçlarına karşı alacaklıyı koruma amacıyla kendini gösterir. Ancak, cezai şart fer'i bir borç olup, üçüncü kişinin edimini taahüt ise bağımsız bir borçtur. Ayrıca cezai şartta taraflar asıl alacaklı ve asıl borçlu oldukları halde, üçüncü kişinin edimini taahütte garanti veren asıl borca yabancıdır<sup>149</sup>.

Cezai şart ile kefalet akdi asıl borcu temin etmeleri açısından her ne kadar birbirlerine benzerlensede kefil cezai şarttan farklı olarak asıl alacak

---

<sup>148</sup> Tunçomağ, s. 33.

<sup>149</sup> Tunçomağ, s. 38.



borç münasebetine girmeyen üçüncü bir şahıstır. Cezai şart sözleşmesinde ise asıl borçlu ile cezai şart borçlusu aynı şahıstır. Ayrıca kefalet akdi, üçüncü şahıs olan kefile alacaklı arasında yapılırken, cezai şart sözleşmesi asıl borcun alacaklısı ve borçlusu arasında yapılır<sup>150</sup>.

#### **D. PEY AKÇESİ**

Bir sözleşmenin kurulduğuna delil olmak üzere taraflardan birinin diğerine verdiği bir miktar paraya "pey akçesi" denir<sup>151</sup>.

Pey akçesine bağlanan hukuki sonuç, sözleşmenin kurulduğuna dair ispat niteliği taşımasıdır<sup>152</sup>. BK. M. 156/1 sözleşmenin kurulduğu sırada verilen paranın pey akçesi olduğu yönünde bir karine getirmiştir. Sözleşme kurulurken sözleşmenin bir tarafının diğer tarafa verdiği paranın pey akçesi mi, cayma akçesi mi olduğu anlaşılamazsa, bu paranın pey akçesi olduğu kabul edilecektir<sup>153</sup>.

Bilindiği üzere cezai şart, borçlunun asıl borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmediği takdirde alacaklıya karşı ifa etmeyi önceden taahüt ettiği edime denir<sup>154</sup>. Pey akçesi de cezai şartta fer'i niteliktedir. Ancak pey akçesi, akdin yapıldığını, tarafların birbirine bağlandığını kanıtlayan bir miktar paradır. Pey akçesi akit yapıldığı zaman, cezai şart ise, borcun gerektiği gibi veya hiç ifa edilmemesinden sonra ödenir<sup>155</sup>.

---

<sup>150</sup> Bilge, s. 53.

<sup>151</sup> Arkan, s. 98; Oğuzman / Öz, s. 875; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 339.

<sup>152</sup> Arkan, s. 99; Eren, s. 376; Oğuzman / Öz, s. 875.

<sup>153</sup> Eren, s. 376; Oğuzman / Öz, s. 875.

<sup>154</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 341.

<sup>155</sup> Arkan, s. 99.

### III. BÖLÜM

## CEZAI ŞART ALACAĞININ İLERİ SÜRÜLMESİNDE MUACCELİYET ŞARTI VE HÜKÜMLERİ, CEZAI ŞART İLE ZARAR ARASINDAKİ İLİŞKİ

### I- CEZAI ŞART ALACAĞININ İLERİ SÜRÜLMESİNDE MUACCELİYET ŞARTI VE HÜKÜMLERİ

#### A. CEZAI ŞARTIN MUACCEL OLMASI

##### 1) Muacceliyet Şartının Gerçekleşmesi (Muacceliyet Anı)

Cezai şart alacağının alacaklı tarafından ileri sürülebilmesi için asıl borcun muaccel olması gereklidir. Başka bir anlatımla, alacaklının cezai şart alacağını ileri sürüp, cezai şartın ödenmesini talep edebilmesi için öncelikle asıl borç ihlali suretiyle borç muaccel hale gelmelidir. Borçlar Kanunumuz m. 158-161 cezai şart alacağından doğan borçların ne zaman muaccel olacağını düzenlememiştir. Bu sebeple doktrinde muacceliyet anının gerçekleşmesi konusunda farklı görüşler hâkimdir. Ancak öncelikle belirtmeliyiz ki tarafların bu konuda anlaşması ilk çözüm yoludur. Ayrıca süreye bağlanmış borçlar açısından yani vadeli borçlar açısından da herhangi bir problem yoktur vadenin gelmesiyle borç muaccel hale gelir. Aynı durum taraflardan yalnız birinin borç altına girdiği akidler açısından da geçerlidir. Çünkü bu tarz akidlerde borçlu aynen ifa yerine kaim olmak üzere maktu tazminat miktarını ödemekle yükümlüdür. Özetle alacağın ne zaman muaccel olup istenebileceği hususu ya tarafların anlaşması ya bir ihbar ya da bir kanun hükmü veya hukuki münasebetin mahiyeti ile belirlenir. Eğer bu

sayılan yollardan biriyle alacağıın ne zaman muaccel olacağı belirlenemezse, BK m. 75 hükmüne göre alacak doğduğu anda muaccel olur<sup>156</sup>.

BK m. 101 / II hükmü borcun ifa edileceği gün taraflarca kararlaştırılmış ya da taraflardan birine ifa zamanını belirleme yetkisi verilmiş ve bu kişi de bunu bir ihbarla belirlemişse, söz konusu bu günün geçmesiyle borçlu mütemmerid olur demektir. Buradan da anlaşılacağı üzere tarafların anlaşmasından veyahut kanundan veya borcun tek taraflılığından doğan işlemlerde muacceliyet sorunu karşımıza çıkmamaktadır.

Buradaki problem sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunmazsa ve her iki tarafa da borç yükleyen bir sözleşme söz konusu ise “cezai şartın muacceliyet anı ne zamandır” sorusunda kendini bulur. Bir görüş, “ifa yerine cezai şart isteyebilmek için ihtarda bulunulmalıdır” der. Zira cezai şart müsbet zararı temsil eder. Karşılıklı taahütleri havi akidlerde müsbet zararın tazmini, borçlunun temerrüdüne bağlıdır. Bu nokta BK m. 106 / I hükmünden açıkça anlaşılacaktır. Bununla beraber cezai şartın istenebilmesi için, süre tayini ve derhal vazgeçme bildiriminde bulunmak gibi formalitelerden vazgeçmek yerinde olur. Zira tarafların akid ifa edilmezse cezai şart ödemeyi kararlaştırmaları, temerrüd halinde aynen ifanın alacaklı için faydasız kalacağını önceden kabul etmelerini kapsamaktadır<sup>157</sup>. Cezai şartın muacceliyeti için borçlunun mütemerrit olması arandığı takdirde, borçlunun asıl borcu ödemekte mütemerrit olması şart olup sadece kusurlu bulunması yetmez. Alman Medeni Kanunu’nun 339. paragrafı da bu esası kabul etmiştir. Bu görüşü savunmak için ayrıca cezai şartın borçluyu ifaya zorlamak için bir tahrik nedeni olduğu, yoksa borçluyu bunun çok üstünde bir tehlike sorumluluğu yüklemek olmadığı söylenmektedir<sup>158</sup>. Fransız yazarlar da cezai şartın muacceliyeti için kanunda bir hüküm bulunmadığı halde, kusur yanında istisnalar hariç, borçlunun temerrüde düşürülmesinin şart olduğunu

---

<sup>156</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, s. 97-98.

<sup>157</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 349.

<sup>158</sup> Ennecceru / Lehmann, II, s. 37, II, 1 (Tunçomağ, Cezai Şart, s. 94’ ten naklen).

söylemektedirler. Çünkü onlara göre temerrüt, tazminat ödemeye zorlayabilmek için bir ön şart mahiyetindedir<sup>159</sup>.

Diğer görüş taraftarları ise cezai şartın muaccel olması için borçlunun asıl borcun ifasında temerrüde düşürülmesinin gereksiz olduğu görüşündedir. Buna göre BK m. 158 cezai şartın muacceliyeti için temerrüdün lazım geldiğine dair herhangi bir kayıt içermemektedir. Ayrıca Kanun ifadesinden de bu yönde bir anlam çıkmamaktadır. Kanun koyucu cezai şartın doğum anını temerrüte bağlamış olsaydı sadece “ akdin icra edilmemesi veya natamam olarak icrası” ifadesiyle yetinmezdi. BK m. 101 hükmüne yollama yaparak bu gerekliliğe işaret ederdi denmektedir<sup>160</sup>.

Tunçomağa göre süreye bağlı borçlarda cezai şartın istenebilmesi için sürenin bitmesi yeterlidir. Süreye bağlı olmayan borçlarda ise, eğer cezai şartı tazminat olarak görürsek muacceliyet için temerrüdü aramak mantıklıdır. Bizim de katıldığımız şekilde ancak cezai şartın amaçları düşünüldüğünde ihtardan vazgeçmenin daha uygun olacağı açıktır demektedir. İsviçreli yazarların da çoğu bu bu fikirde olup Federal Mahkeme eski bir kararında bu durumda ihtar gerekmediği görüşündedir<sup>161</sup>. Aynı şekilde Tunçomağ, “Borçlar Kanunumuz cezai şartın muacceliyeti konusunda ifa etmeme veya eksik ifada borçlunun kusurlu bulunması fikrinden hareket etmiştir. Eğer cezai şartın muacceliyeti için kusurdan başka bir de ihtar aranacak olursa cezai şartın değeri çok azalır. Ayrıca cezai şartın muacceliyeti için temerrüd aranmaması ile muacceliyet konusunda da bir yeksenaklık sağlanacaktır. Çünkü muacceliyet için kusur yeterli görüldüğü takdirde borcun kusurlu olarak ifa edilememesi veya eksik ifa edilmesi halinde cezai şart muaccel olacaktır. Oysa muacceliyet için temerrüd gerekseydi, yapmama borçlarında ve belli bir zamanda ifası gereken borçlarda cezai şart ihtarsız muaccel olurken diğerlerinde cezanın muacceliyeti için ihtar çekilmesi gerekecekti. Bu duruma göre borçlunun cezai şart ödemesi için kusurlu olması şart olup alacaklı için haksız fiillerde

---

<sup>159</sup> Planiol / Ripert, VII, N. 868; Colin / Capitan, II, N. 163, (Tunçomağ, Cezai Şart, s. 94’ ten naklen)

<sup>160</sup> Bilge, s. 88-89, Ekinci, s. 101.

<sup>161</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, s. 95.

olduğu gibi borçlunun kusurunu ispat etme zorunluluğu yoktur. Kanun cezai şarta dair hususlarda borçlunun kusurlu olduğuna dair bir karine getirmiştir” demektedir<sup>162</sup>.

Son olarak şunu da belirtmeliyiz ki her ne kadar borcun muacceliyet anı konusunda bir fikir birliği yokmuş gibi gözükse de, Tekinay / Akman / Burcuoğlu ve Altop “Bununla beraber cezai şartın istenebilmesi için, süre tayini ve derhal vazgeçme bildiriminde bulunmak gibi formalitelerden vazgeçmek yerinde olur” demek suretiyle temerrüt konusundaki gerekliliğin aslında olmaması gerektiğini de haklı olarak görüşlerine eklemektedirler.

## 2) Borçlunun Asıl Borcu İhlali

Asıl borcun borçlu tarafından ihlali asıl borcun borçlu tarafından hiç veya gereği gibi ifa edilmemesidir. Borcun hiç ifa edilmemesi durumunda, ya borcun ifası yapılabileceği halde yapılmamıştır ya da borcun ifası imkânsızlaşmıştır. Borçlu ifası mümkün olduğu halde yapmadığı ifayı yerine getirirse borç ifa edilmiş olmakla beraber gereği gibi yerine getirilmemişte olur. Borçlunun yükümlendiği edimi gereği gibi yerine getirmeyip geç ifa etmesine borçlu temerrüdü denir<sup>163</sup>.

Borç ve cezai şart türleri bakımından asıl borcun ihlali ve buna bağlı olarak muacceliyet şartının gerçekteşmesi konusunu inceleyecek olursak, seçimlik cezai şartın talep edilebilmesi için öncelikle asıl borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemiş olması yeterli değildir. Bu duruma ek olarak ifa etmeme ya da kötü ifanın kararlaştırılan şekilde gerçekteşip gerçekteşmediğinin de araştırılması gereklidir. Buna göre taraflar akitlerinde kararlaştırdıkları aykırılık, hiç ya da gereği gibi ifa etmeme halleri dışında

---

<sup>162</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, s. 95’ ten naklen.

<sup>163</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 911; Barlas, Nami, Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul, 1992, s. 15; Oğuzman / Öz, s. 285-286; Kocaağa, s.147.

kalan durumlar için cezai şart isteyemezler. Burada söz konusu olan sözleşmelerdeki irade teorisine ters yaklaşımlara izin verilmeyeceğidir<sup>164</sup>.

Seçimlik cezai şart eksik ifa için kararlaştırılmışsa ve borç hiç ifa edilmemişse cezai şartın eksik ifa ya da hiç ifa edilmeme hallerinde ödenmesi gerekir<sup>165</sup>. Ayrıca asıl borcun konusunun yapma ya da yapmama borcu olmasına göre muaceliyet hali farklılık gösterebilir. Buna göre; yapma borcunda, borçlunun borcunu ifa etmesi için kararlaştırılan seçimlik cezai şart borcun ifa edilmemesi halinde hemen muaceliyet kesbeder<sup>166</sup>. Borçlu birden fazla ise, borç ve ceza da bölünebilir nitelikte ise, sadece ifa etmeyen borçlu bakımından payı oranınca muaccel olur. Borç bölünemez nitelikte ise, taraflardan birinin borca aykırı davranışı ile tarafların tamamı bakımından borç muaccel hale gelecektir<sup>167</sup>.

Müteselsil borçları ele alacak olursak, müteselsil borçlarda ifanın hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi anında alacaklı tarafından cezayı talep hakkı doğar. Buna bağlı olarak eğer müteselsil borçlulardan her kim cezai şart borcu altına girmişse o kişi veya kişiler cezai şarttan sorumlu olurlar. Borçluların hepsi birden cezai şart taahüdüne girmişse cezai şartın tamamından her bir borçlu ayrı ayrı sorumlu olur<sup>168</sup>.

Yapmama borçlarında muaceliyet borçlunun kendi davranışı ile bu borcu ihlal etmesi ile muaccel hale gelir. Buna göre de borçlunun yapmama borcuna aykırı bir davranışı yoksa cezai şarttan sorumlu olmaz. Ancak ispat borçluya aittir. Eğer birden fazla kişi yapmama borcunda cezai taahütte bulunmuşsa bu edim bölünemez edimlerden olduğundan niteliği

---

<sup>164</sup> Yarg. 4. HD, 07.06.1957, E. 1957 / 1400, K. 1957 / 3837, “ Kararlaştırılan cezai şartın birisininakdin yerine getirilmemesi gereken 2000 TL. Sinden ibaret bulunduğu, diğer cezai şartın ise her ay için 500 TL. Gecikme cezası şeklinde düzenlendiği, oysaki hadisede geç ifa değil, akdin hiç yerine getirilmediği anlaşılma, gecikme cezasına değil de, sadece akdin yerine getirilmediğine ilişkin 2000 TL. Si cezai şarta hükmedilmesi gerekirken...” (Uçar, Salter, Hukukta Cezai Şart ve Uygulaması, Ankara, 1993, s. 25).

<sup>165</sup> Uçar, s.25.

<sup>166</sup> Aksi görüş için bkz., Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 349, “ifa yerine cezai şart isteyebilmek için ihtarda bulunulmalıdır. Zira cezai şart müsbet zararı temsil eder. Karşılıklı taahütleri havi akidlerde müsbet zararın tazmini, borçlunun temerrüdüne bağlıdır”.

<sup>167</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, s. 98-99; Uçar, s. 54; Ekinci, s.103.

<sup>168</sup> Ekinci, s. 103.

gereği borçlulardan birinin yapmama borcuna aykırı hareketi borçluların her birini cezai şarttan dolayı sorumlu kılar<sup>169</sup>.

İfanın kısmi olarak yerine getirilmesi durumunda borç hiç ifa edilmemiş gibi ele alınır. Böyle bir durumda alacaklı BK m. 158 / I hükmü gereği aldıklarını iade ederek, kararlaştırılan cezanın tamamını isteme hakkına sahip olmakla beraber yapılan kısmi ifadan indirimle gidilmek suretiyle cezanın kalan kısmını da talep edebilir.

Borçlar Kanunumuz m. 68 hükmü gereği, alacaklı kısmi ifayı kabul etmek zorunda değildir. Alacaklı isterse kısmi ifayı reddederek borçluyu borcunu hiç ifa etmemiş durumuna düşürebilir. Alacaklı ifanın tamamlanmadığı durumda aldıklarını iade edip ifa etmeme nedeni ile seçimlik cezanın tamamını yukarıda bahsetmiş olduğumuz üzere talep etme hakkını kullanabilir. Ya da kısmi ifa sebebiyle yapılan kısmi ifayı mahsup edip kalan zararının tazmini talep yoluna başvurabilir.

Ayrıca yapılan ifanın ayıplı olması da ifa etmeme hükmünde değerlendirilir. Alacaklı ayıplı ifayı kabul etmeyerek seçimlik hakkını kullanabilir. İster cinsi ister ferdi özellikleriyle belirlenmiş bir mal olsun, alacaklı BK m. 96 gereği ayıplı ifayı kabul etmek zorunda değildir<sup>170</sup>. Eğer alacaklı ayıplı ifayı kabul ettiği takdirde ayıba karşı tekeffül hükümlerince zararını tazmin ettirebilir<sup>171</sup>.

Akdin tarafları aralarındaki borç ilişkisi muaccel olmadan önce yapacakları bir anlaşma ile borcun ifasını kararlaştırılan tarihten daha sonra olan bir tarihe bırakabilirler. Buradaki mehil için ayrıca bir cezai şart düzenlenmez. Fakat Tunçomağ'a göre; borcun muaccel olmasından sonra yapılacak olan tecilin zımni olarak cezadan vazgeçme anlamına gelip gelmeyeceği bir yorum meselesidir<sup>172</sup>.

---

<sup>169</sup>Tunçomağ, Cezai Şart, s. 99-100; Uçar, s. 54; Oğuzman / Öz, s. 222.

<sup>170</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 975; Oğuzman / Öz, s. 307.

<sup>171</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, s.98; Ekinci, s. 104.

<sup>172</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, s. 98.

### 3) Borçlunun İfa Borcunu Yerine Getirmemesindeki Kusuru

Borçlar Kanunu m. 161 / II hükmü, “ hilafına mukavele olmadığı halde borcun ifası borçlunun mes’uliyetini icap etmiyen bir hal sebebiyle gayri mümkün olmuş ise, şart olunan cezanın tediyesi talep edilemez” demektir. Buradan da anlaşıldığı üzere borçlunun cezai şart borcundan dolayı sorumluluğuna gidilebilmesi için borcun ifasının borçlunun kusuru dışında imkânsız hale gelmemiş olması gerekmektedir. Genel kural olarak tazminat isteme hakkını borçlunun kusurlu olmasına bağlayan Borçlar Kanunumuz (BK m. 41, m. 96 ve m. 117) cezai şarta yönelik olarak düzenlenen BK. m. 161 / II yi de bu uygulamaya dâhil etmiştir diyebiliriz<sup>173</sup>. Ancak şu hususu da belirtmek gerekir ki, taraflar, cezai şart hükümlerinin emredici nitelik taşıması sebebiyle kusura dayanmayan imkânsızlık hallerinde bile cezai şartın devam edebileceğini kararlaştırabilirler. Eğer bu şekilde bir anlaşma hasıl olmuşsa, asıl borcun mücbir sebep, kaza veya imkansızlık nedeniyle ortadan kalktığı hatta ifa imkansızlığı (BK m.117) hükmü gereğince de hükümsüz sayılabileceği hallerde dahi aksine bir anlaşma varsa cezai şart ödenmelidir<sup>174</sup>. Dönme cezasında da taraflar ödeneceğini kararlaştırmış sa cezai şart ödenir. Fakat genel kural gereği ve aksi kararlaştırılmamışsa asıl borcun yerine getirilmesi borçluya yüklenemeyen sebeplerden ötürü imkânsız hale gelirse asıl borç sona ereceğinden fer’i nitelikteki cezai şartta sona erer.

Kanun koyucunun borçluyu borcunu ihlal etmesinde kusursuz olduğunun kabul edilmesi halinde bile borçluyu cezai şarttan sorumlu tuttuğu bazı durumlar vardır. Örneklersek, borçlunun kullandığı çalışanı veya başka bir deyişle ifa yardımcısı tarafından borcun ifası imkânsız hale getirilmişse bu durumda borçlu yine de BK m. 100 hükmü gereği alacaklının uğradığı zararı tazmin etmek zorundadır. Eğer bu durumda herhangi bir cezai şart aralarında kararlaştırılmışsa borçlunun kusuru bulunmasa bile cezai şart istenebilir<sup>175</sup>.

<sup>173</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 359-360; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 102; Uçar, s.54.

<sup>174</sup> Bilge, s. 92.

<sup>175</sup> Oğuzman / Öz, s. 881-882; Kocaağa, s.158.



BK m. 161 / II hükmü yönünden mücbir sebep veya kaza aynı hukuki sonucu doğurur. Her iki durumda da borçlunun dışında gelişen ve önceden öngörülmesi mümkün olmayan kavramlar ifade edilir. Bu tarz bir imkânsızlığın kısmende olsa ortaya çıktığı durumlarda ifa imkânı bulunan parça bakımından borç yerine getirilmişse cezai şart talep edilemez. İfanın mümkün olduğu kısım bakımından da ifa yerine getirilmemişse bu durum da cezai şartın tamamı muaccel olur. Ancak kısmi ifa imkânsızlığı göz önünde bulundurularak hâkimin ceza miktarını indirme yoluna gitmesi uygun bir çözüm olacaktır<sup>176</sup>.

Son olarak borcun ifası borçluya değil alacaklıya yüklenebilen bir sebepten dolayı imkânsız hale gelmişse asıl borç son bulmasa bile cezai şart muaccel hale gelmez. BK m. 81, 82, 90 hükümleri uyarınca borçlu bu gibi durumlarda sözleşmeden dönme, ifadan kaçınma gibi haklara kavuşacaktır. Bu durumlara örnek verilecek olursa, alacaklının müteahhide inşaatın yapılması için lazım gelen arsayı kullanıma açmaması, alacaklının akdin ifası için lazım gelen hazırlıkları yapmaması, ifayı kendi kusuruyla imkânsız kılması veya ifa ihlaline sebep olması hallerinde cezai şart talebi yapılamaz<sup>177</sup>. Bu gibi durumlarda borçlunun ifada bulunmaması başka bir anlatımla ifada bulunmaması haklı bir nedene dayanmaktadır ve cezai şart sorumluluğu doğmaz<sup>178</sup>.

#### 4) İspat Yüğü

Türk-İsviçre Borçlar Hukuku cezai şartın doğumu için lazım gelen ifanın hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden hangi tarafın sorumlu olduğunun ispatının kime ait olduğunu düzenlememiştir.

Ancak Alman Medeni Kanunu m. 345 hükmü, cezai şartın doğumunda ihtilaf çıktığı takdirde olumlu borçlarda borcun ifa edildiğinin

<sup>176</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, s. 104; Ekinci, s.105.

<sup>177</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, s. 105.

<sup>178</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, s. 104; Ekinci, s. 105.

ispatı borçluda olumsuz yani kaçınma borçlarında ise ispat yükünü alacaklıya yüklemiştir<sup>179</sup>. Bu duruma örnek olarak, eğer borç bir şeyi verme veya yapma gibi olumlu bir borç ise, borçlu buna mukabil borç katlanma veya yapmama gibi olumsuz bir borç ise alacaklı borcun ihlal edildiğini ispat etmelidir.

Medeni Kanunumuz m. 6 hükmü, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür demek suretiyle asıl borcun varlığı ile birlikte cezai şartın varlığını da alacaklı ispat etmelidir demektedir. İspat yükümlülüğü tarafların alacaklı veya borçlu sıfatlarından öte ileri sürdükleri olayların mahiyetlerinden belirlenmelidir. Zira Alman Hukuku uygulaması da haklı olarak bu yöndedir. Buna göre, genel kural gereği olumlu borçlara ilişkin cezai şart sözleşmelerinde alacaklı, asıl borçla birlikte cezai şartın varlığını ve miktarını ispat etmek zorunda olduğu gibi borçlu da cezai şartı yükümlenmemek için asıl borcu gereği gibi tam ve zamanında ifa ettiğini ispatlamak zorundadır<sup>180</sup>.

Son olarak borçlu BK m. 96 ve 117 hükümleri gereği, yerine getirmekle yükümlü olduğu ifayı hiç veya gereği gibi yerine getirememekte kendisinin kusuruna dayanan bir sorumluluğu olmadığını ispatlamakla ancak cezai şart ödemekten kurtulacaktır<sup>181</sup>

## **B. MUACELLİYET HÜKÜMLERİ**

Cezai şartın muaccel olmasının getireceği hükümler, cezai şart türlerine göre farklılıklar gösterebilir<sup>182</sup>. Bu sebeple aşağıda seçimlik cezai şart, ifaya eklenen cezai şart yönünden muacceliyetin doğuracağı sonuçları inceleyeceğiz.

---

<sup>179</sup> Bilge, s. 93.

<sup>180</sup> Bilge, s. 94; Velidedeoğlu / Özdemir, s. 334.

<sup>181</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 360; Tunçomağ, Cezai şart, s. 105.

<sup>182</sup> Günay, Cevdet İlhan, Cezai Şart, (Profesörlük Takdim Tezi), Ankara, 2002, s.137.

## 1) Seçimlik Cezai Şart Yönünden

### a) Alacaklının seçim beyanı

Borcun ifa edilmemesi veya veya eksik ifası için kararlaştırılmış cezalara seçimlik cezai şart denmektedir. Alacaklı seçimlik cezai şartlarda ya borcun ifasını ya da cezai şartın ifasını isteyebilir. Seçimlik cezai şart ta alacaklı hem asıl edimin ifasını hem de cezai şartın ödenmesini isteyemez<sup>183</sup>.

Seçimlik cezai şartlarda şart gerçekleştiği anda alacaklının seçim yetkisi de doğar<sup>184</sup>.

Buna karşılık taraflar sözleşmede önce asıl edimin ifasının talep edilebileceğini, borçlunun bunu yerine getirmemesi halinde, alacaklının sonradan cezai şartın ödenmesini isteyebileceğini kararlaştırabilirler<sup>185</sup>. Borçlunun yükümlülüğü bunlardan alacaklının seçtiği hangisiyse onu ifa etmektir. Burada gerçek bir seçimlik borçtan bahsetmek güçtür. Çünkü ortada konusu henüz belirsiz tek borç değil, iki bağımsız borç bulunmaktadır. Diğer taraftan seçimlik borçlarda edimlerden birinin kusursuz imkânsızlaşması halinde diğerinin ifası gerekirken, böyle durumlarda cezai şart da fer'ilik özelliği sebebiyle asıl borç gibi istenemez.

Seçimlik cezai şart seçimlik borçtan farklı olduğu gibi seçimlik yetkiden de farklıdır. Çünkü seçimlik cezai şartın muacceliyetinden sonra biri asıl ötekisi tali olmak üzere iki borç değil, her birisi birbirinden bağımsız ve biri ifanın konusunu oluşturan iki borç ortaya çıkmaktadır. Seçimlik cezai şart muaccel olduktan sonra ortaya çıkan hukuki durumu tam olarak uygulamadaki kalıplara sokmak oldukça güçtür. Ancak hâkim olan görüş

---

<sup>183</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 348; Oğuzman/ Öz, s. 876; Eren, s.1136;

<sup>184</sup> Eren, s. 1136.

<sup>185</sup> Eren, s. 1136.

seçimlik cezai şartta aradaki benzerlik münasebetiyle seçimlik borç hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiği yönündedir<sup>186</sup>.

Seçim hakkı yenilik doğuran bir haktır. Buna göre alacaklı bu hakkı kullanmasıyla bir hukuki sonuç doğurmakta, borcun konusu değişikliğe uğramaktadır. Bu halde alacaklının bu hakkı, değiştirici yenilik doğuran bir haktır. Bütün yenilik doğuran haklarda olduğu gibi bu hak da yöneltmesi gerekli tek taraflı bir hukuki muamele ile kullanılır<sup>187</sup>. Ve cezai şartı seçmiş olan alacaklının seçim beyanı karşı tarafın hâkimiyet alanına ulaştığı anda borçlu asıl borcun ifasından kurtulur<sup>188</sup>

Kural olarak bu hak alacaklıya tanınmıştır. Fakat taraflar aksine bir hüküm kararlaştırarak bu hakkı borçluya da tanıyabilirler. Seçim hakkının kullanılmasının ne kadar zaman içinde kullanılması gerektiği Borçlar kanunumuzda belirtilmemiştir. Ancak bundan, alacaklının hakkını kullanmakta, istediği kadar gecikebileceği sonucunu çıkarmamak gerekir. Zira bu durumun bir an önce açıklığa kavuşturulmasında borçlunun ciddi çıkarları vardır. Buna göre BK m. 94 hükmü gereği tayin edilen süre içerisinde seçim hakkını kullanmayan alacaklıya karşı borçlunun sözleşmeden dönme hakkı vardır<sup>189</sup>. Buna göre borçlu alacaklıya göndereceği bir ihtarla alacaklıyı beyanda bulunmaya davet eder ve onu temerrüde düşürür. Bundan sonra sözleşmeden dönme hakkını kullanır<sup>190</sup>. Eğer seçim hakkı borçluda ise, alacaklının yapacağı şey borçluya karşı bir seçimlik ifa davası açmak olmalıdır. Böyle bir durumda mahkeme kararının da seçimlik nitelikte olması gerekir. Mahkemece karar verildikten sonra alacaklı eğer borcun ifasına karar verilmişse onu eğer cezai şartın ifasına karar verilmişse onun hakkında icra takibinde bulunabilir. Bununla birlikte

---

<sup>186</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, s. 106-107; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 874; Eren, s. 1136; Günay, s. 139.

<sup>187</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 16; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 107-108; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 528; Günay, s.139.

<sup>188</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 17, Eren, s. 1138; Kılıçoğlu, s. 513.

<sup>189</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, 107-108; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 527;

<sup>190</sup> Kocaağa, s.168.

borçlu, edim konularından her hangi birini yerine getirmek suretiyle borcundan kurtulur<sup>191</sup>.

Alacaklının seçim beyanını kullanmasından sonra yaptığı seçimden dönüp dönemeyeceği meselesi de incelenmelidir kanaatindeyiz. Kural olarak seçimlik borçlarda olduğu gibi asıl borç ile cezai şart arasındaki seçim beyanı yenilik doğurucu nitelikte olup, bundan dönülemez<sup>192</sup>. Ancak bir diğer görüşe göre buradaki seçim beyanı yenilik doğurucu nitelikte olmadığı gibi, seçim konusunun cezai şart veya asıl borç olmasına göre bir ayırımı gidilmesi gerekmektedir. Buna göre, alacaklı cezai şartı seçtiği takdirde, kararından dönemez çünkü bu müspet zararında tazmini anlamına gelmektedir ve icra edilebilir, buna karşılık asıl borcu seçip de borçlu ifayı reddettiği ya da ifa da geciktiği zaman seçim beyanından dönerek cezai şartı isteyebilmelidir. Buradaki seçimin yani asıl borcun ifa edilmemesi halinde cezai şart veya asıl borçtan birinin seçildiği hususunun borçluya bildirilmesinin teknik anlamda seçimlik borçlardaki seçim beyanında olduğu gibi, yenilik doğurucu bir niteliğe sahip olmaması için bir neden yoktur<sup>193</sup>.

Eğer bu seçim beyanını yenilik doğurucu bir nitelikte ele alırsak yenilik doğurucu bu seçim beyanında cezai şartın seçildiği hususu borçluya ulaştığı anda bu karardan dönülerek asıl borcun ifasının istenmesi kabul edilemez<sup>194</sup>.

Ancak alacaklı asıl borcun ifasını isteyip bunu borçluya beyan ettiği halde borçlu asıl borcu ifa etmemekte ısrar ediyor veya borcun ifası imkânsız hale gelmiş olursa alacaklının seçimini değiştirip cezai şartı isteyemeyeceğini kabul etmek alacaklının hiç bir şey isteyemeyeceğini kabul etmek anlamına gelir ki bu da hakkaniyete aykırıdır. Alacaklının borcun yerine getirilmemesinde ısrar edilmesi üzerine uygulaması gereken usul, BK m. 106 uyarınca ya borcun ifa edilmemesinden doğan müspet zararının tazmin edilmesini istemek ya da sözleşmeden dönerek menfi zararının

---

<sup>191</sup> Günay, s. 141; Kocaağa, s. 169; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 108; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 62.

<sup>192</sup> Kılıçoğlu, s. 513.

<sup>193</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 349; Bilge, s. 100; Kocaağa, s. 166.

<sup>194</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 349.

tazmini yoluna gitmektir. Cezai şartın işlevlerinden biri de zararın önceden ve götürü usulde tespit edilmesi olduğundan önceden asıl borcun ifasını talep etmiş olan alacaklının sonradan borcun ifa edilmemesi veya imkânsızlaşması nedeniyle uğradığı müsbet zararının ya da sözleşmeden dönerek menfi zararının tazminini istemesi yerine, cezai şartın ödenmesini istemesi kanunun ruhuna aykırı değildir<sup>195</sup>. Bu durumda asıl borcun ifasını talep etmesine rağmen borcun ifasını elde edemeyen alacaklının kararından dönerek cezai şartı talep edebileceğini<sup>196</sup>, ancak önceden cezai şartı talep ettikten sonra bundan dönerek asıl borcun ifasını talep edemeyeceğini söyleyebiliriz<sup>197</sup>.

### **b) Seçim beyanında asıl borcun ifasının talep edilmesi**

Alacaklının seçim beyanında asıl borcun ifasını istemesi durumunda borçlu asıl borcu ifa edecek ve eğer alacaklının ifanın hiç veya gereği gibi yapılmamasından dolayı başka bir zararı daha varsa bunu da karşılayacaktır. BK m. 158 / I hükmü yalnızca asıl borcun ifası ve cezai şart arasındaki bir seçim hakkından söz etmekle birlikte, BK m. 96 vd. hükümlerinin alacaklıya vermiş olduğu tazminat hakkını da talepler arasına dahil etmek gereklidir. Zira cezai şart kararlaştırılmış olması, alacaklının diğer haklarından bir düşüme yol açmayıp sadece kanunen zaten var olan müeyyidelere bir yenisinin eklenmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu durumda, asıl borcun ifasını seçen alacaklı asıl borcun yanı sıra gecikme tazminatını da isteyebilir. Her halükarda alacaklıda kendi edimini ifa etmelidir ki seçim hakkını kullanabilsin<sup>198</sup>.

Alacaklı ifayı istemiş olmasına rağmen borçlunun kusurlu imkânsızlığı nedeni ile borcun ifası imkânsızlaşmışsa borçlu alacaklının talebi

---

<sup>195</sup> “Müsbet zarar, borcun hiç veya gereği gibi ya da zamanında ifa edilmemesinden doğan zarardır. Müsbet zarar, borçlu borcunu tam ve gereği gibi yerine getirmiş olsaydı, alacaklının malvarlığının göstereceği durum ile halihazırda gösterdiği durum arasındaki farktan oluşur”, (Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s.855), Serozan, s. 153.

<sup>196</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 349.

<sup>197</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 349; Oğuzman / Öz, s. 877; Kocaağa, s. 166-167.

<sup>198</sup> Kocaağa, s. 172.

üzerine ifa yerine tazminat ödemek zorundadır (BK m. 96). Alacaklının almaya hak kazandığı tazminat miktarı kararlaştırılan cezai şart miktarıyla sınırlı değildir. Tazminat miktarı cezai şarttan fazla olabilecektir. Ancak BK m. 96 vd. gereği tazminatın istenebilmesine dair olan ispat yükü alacaklının üzerindedir.

Şunu da belirtmeliyiz ki asıl borcun ifası kusurlu imkânsızlık sebebiyle imkânsız hale gelmişse zaten burada hukuki ilişkinin yapısı gereği seçimlik bir yetkiden de söz edilemez. Böyle bir durumda yani ifa imkânsızlığı durumunda alacaklının elinde yalnızca cezai şartı ve varsa tazminatı isteme yetkisi kalmış demektir. Uygulamada sıkça ifa imkânsızlığı hallerinde borcun cezai şarta çevrildiği görülmektedir. Cezai şartı seçip onu borçludan talep etmiş olan alacaklının ayrıca yargı yoluyla tazminatı da istemek hakkından mahrum bırakılması hakkaniyete uygun düşmeyecektir<sup>199</sup>.

### **c) Seçim beyanında cezai şartın talep edilmesi**

Seçimlik cezai şartın alacaklıya tanımış olduğu haklardan bir tanesi de asıl borcun ifası yerine kararlaştırılmış olan cezai şartın ödenmesini isteyebilmesidir. Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, “alacaklının, borcunu ifa etmeyen borçludan aynen ifa yerine cezai şartı isteyebilmesi için, borçluya önceden ihtarda bulunması gerektiğini” belirtmektedirler. Buna göre, cezai şart müsbet zararı temsil eder. Karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde müsbet zararın tazmini ise borçlunun temerrüdüne bağlı olup, bu husus BK m. 106 / l’de açıkça hükme bağlanmıştır. Buna mukabil aynı yazarlar, “eğer taraflar aralarında önceden asıl borcun ifa edilmemesi halinde alacaklının cezai şart talebine hak kazanacağını kararlaştırmışlarsa yani önceden sözleşmeye böyle bir hüküm konulmuşsa, temerrüt halinde aynen ifanın alacaklı yönünden faydasız kalabileceğini önceden kabul ettikleri anlamına gelir. BK m. 107, bu durumda süre verilmesine gerek görmemektedir. Süre verilmesi

<sup>199</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, s. 110-111; Günay, s.143.

gereği ortadan kalkınca, derhal vazgeçme bildiriminde bulunulması da gereksiz olur” diyerek, karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde cezai şartın talep edilebilmesi için aksine bir hüküm yoksa temerrüt şartı arandığını belirtmişlerdir<sup>200</sup>.

Alacaklı, ifası mümkün olan asıl borcun ödenmesi kendisine teklif edilinceye kadar, asıl borç yerine cezai şartı seçtiğini bildirebilir<sup>201</sup>. Asıl borçtan vazgeçilip cezai şartın istendiği beyanı borçluya ulaşır ulaşmaz borçlu, asıl borcun ifasından kurtulmuş alacaklı ise ifayı isteme hakkını kaybetmiş olur. Zira alacaklının cezai şartı talep ettiğine dair olan beyanı tek taraflı ve dönülemeyen işlemlerdendir<sup>202</sup>.

Asıl borcun kısmi ifası durumlarında, kısmi ifanın varlığı cezai şartın muaccel olmasını engellemez<sup>203</sup>. Ancak seçimlik cezai şartta hem asıl borcun ifası hem de cezai şart birlikte istenemeyeceğine göre, cezai şartı talep etmeyi düşünen alacaklının kısmi ifa olarak alınan şeyi de borçluya iade etmesi gerekmektedir<sup>204</sup>. Cezai şartın seçilmesi akabinde asıl borç sona ereceğinden alacaklının hanesinde bulunan kısmi ifa bu zamandan sonra sebepsiz zenginleşme teşkil eder<sup>205</sup>. Ancak, Fransız Medeni Kanunu m.1231 kısmi ifa olmasına rağmen cezai şartın seçilmesi durumunda, kısmi ifanın iadesi yerine cezai şarttan indirim yapılması suretiyle mahsup yoluna gidilmesine icazet vermiştir. M. 1231 e göre asıl borç kısmen ifa edildiği takdirde, cezai şart hâkim tarafından değiştirilebilir. Buradaki “değiştirme” yapılmış olan kısmi ifanın cezai şarttan mahsup edilmesi durumunu ifade eder. Türk-İsviçre Borçlar Kanununda açık bir hüküm olmamakla beraber, benzer bir yaklaşım bu hukuk sistemleri için de geçerlidir<sup>206</sup>.

Cezai şart para olarak kararlaştırılabilir. Bu durumda borçlu cezai şartı ödemede temerrüde düştüğünde faiz de ödemekle yükümlüdür (BK

---

<sup>200</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 349; Karşı görüş için bkz., Tunçomağ, Cezai Şart, s.95, Bilge, s. 89.

<sup>201</sup> Oğuzman / Öz, s.876.

<sup>202</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 349, Kılıçoğlu, s. 578.

<sup>203</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, s. 111.

<sup>204</sup> Kılıçoğlu, s. 578.

<sup>205</sup> Kocağa, s. 174.

<sup>206</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, s. 111; Bilge, s.102; Kocağa, s.174;Günay, s. 145.



madde 103 04.12.1984 T. 3095 sayılı “Kanuni Faiz Ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun’un 5. maddesi hükmüyle yürürlükten kalktı)<sup>207</sup>. Cezai şart muaccel olduktan sonra başlı başına bir alacak haline geldiğinden diğer alacaklarda olduğu gibi temerrüt faizi yürütülmesi de doğal sonuçtur. Bu durumda, alacaklının ihtarı ile borçlu cezai şart yönünden temerrüde düşer. İhtar yoksa dava tarihinden itibaren cezai şarta faiz yürütülebilir<sup>208</sup>.

Borçlunun rekabet yasağına aykırılık teşkil eden hareketiyle cezai şartı muaccel hale getirmiş olması durumunda eğer borçlu muacceliyetten sonra işyerini satmışsa bu durum borçlunun sorumluluğunu sona erdirmez.

Burada borcun doğum anı önemlidir. Fakat borçlu işyerini bütün alacak ve borçlarıyla devretmişse diğer bütün borçlarında olduğu gibi cezai şart borcu da yeni malike geçeceğinden cezai şart devri alandan da istenebilir. Burada borcun nakli hükümlerinden bahisle, işyerini devralan ile birlikte asıl borçlu da iki yıl süreyle cezai şart sorumludur. BK m. 179 hükmü gereği iki yıllık süre muaccel borçlar için ihbar ve ilan diğer borçlar için muacceliyet tarihinden itibaren hesaplanmalıdır. Şayet borçlu henüz rekabet etmeden işyerini bütün alacak ve borçları ile birlikte satmış ve bundan sonra devralan bu borca aykırı hareket etmişse devir ile rekabet etmeme borcunda yeni malike geçtiğinden cezai şartı yeni malik ödeyecektir<sup>209</sup>.

Cezai şart çoğu zaman bir sözleşme ile kararlaştırılmaktadır. Borçlar Kanunumuz genel kural olarak sözleşme ilişkisinde şartın gerçekleştiğinin ispatını alacaklıya yüklemiştir. Ancak buna rağmen cezai şart ile ilgili uyuşmalıklarda hukuki işlemin niteliği gereği ispat yükü borçludur. Çünkü cezai şartı muaccel hale getiren şart, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilememesi olup, ifa yükümlülüğünün yerine getirildiğinin ispatı daima borçluya ait bulunmaktadır. Ancak istisnai bir durum olarak, asıl borcun konusu yapmama gibi olumsuz nitelikte bir borçsa borçlunun borca aykırı hareket ederek yapmama borcunu ihlal ettiğinin ispatı alacaklıya aittir.

---

<sup>207</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, s. 112; Günay, s.145.

<sup>208</sup> Günay, s. 146.

<sup>209</sup> Tunçomağ, Cezai şart, s. 112; Günay, s.146.

Bilindiği üzere olumsuz bir halin örneğin bir şeyin yapılmadığının ispatı çok güçtür<sup>210</sup>.

## 2) İfaya Eklenen Cezai Şart Yönünden

### a) Asıl borcun ve cezai şartın birlikte ifasının talep edilmesi

BK m. 158 / II hükmü “ akdin muayyen zamanda veya meşrut mahalde icra edilememesi halinde tediye olunmak üzere cezai şart kabul edilmiş ise, alacaklı hem akdin icrasını hem de meşrut cezanın tediyesini talep edebilir. Meğer ki alacaklı bu hakkından sarahaten feragat etmiş veya kayıt dermeyan etmeksizin edayı kabul eylemiş olsun” demek suretiyle, cezai şartın akdin belirlenen yer ve zamanda ifa edilmemesi halinde kararlaştırılması durumları için ifaya eklenen cezai şartı düzenlemiştir.

Borçlar Kanunumuz asıl borcun yer ve zamana ilişkin ihlali durumunda alacaklıya, hem asıl borcun ifasını, hem de kararlaştırılan cezai şartın ödenmesini birlikte talep hakkı vermiştir. Burada taleplerin birleşmesi veya toplanmasından söz edilebilir<sup>211</sup>. Ancak eklemek gerekir ki yukarıdaki hüküm emredici mahiyette olmayıp akdi ifa etmeme veya eksik etme durumları için de ifaya ek olarak cezai şartın istenebileceğini taraflar kararlaştırabilir.

Alacaklı, borçlunun asıl borcu ya da cezai şartı veya her ikisini birden ifa etmemesi durumunda icra yoluna başvurabilir. Alacaklı bu durumlarda, cezai şartın muaccel olmasından sonra hem asıl borcun imkânsız hale gelmesi yüzünden uğradığı zararının tazminini hem de cezai şartı talep edebilir<sup>212</sup>. İfaya eklenen cezai şartta borçlunun temerrüdü üzerine alacaklının asıl edimden vazgeçerek uğramış olduğu müsbet zararın tazmini

---

<sup>210</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, s. 113.

<sup>211</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, s.113.

<sup>212</sup> Kocaağa, s. 178; Serozan, s. 78.

ile birlikte cezai şartı istemesi de mümkündür. İfaya eklenen cezai şart daha çok gecikmiş ifa durumlarında uygulanmaktadır<sup>213</sup>. Cezai şartın bir miktar paradan ibaret olması halinde ortada bir para borcu bulunduğundan bu para borcunu ifada temerrüde düşen borçlu faizi de BK m. 103 hükümlerine ödemek zorundadır (BK madde 103 04.12.1984 T. 3095 sayılı “Kanuni Faiz Ve Temerüt Faizine İlişkin Kanun’un 5. maddesi hükmüyle yürürlükten kalktı). Bu hususta seçimlik cezai şart ile ifaya eklenen cezai şart arasında bir fark bulunmamaktadır<sup>214</sup>.

İfaya eklenen cezai şartta eğer alacaklı borçlunun temerrüdü üzerine BK m. 106-108 hükümlerine göre sözleşmeden dönmüşse, asıl borç geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağı için<sup>215</sup> cezai şart da ortadan kalkmış olur ve talep edilemez. BK m.158 / II III. fıkrası “ Meğerki alacaklı bu hakkından serahaten feragat etmiş veya kayıt dermeyan etmeksizin edayı kabul eylemiş olsun” demektedir. Böyle bir durumda alacaklı ancak borçlu kusurlu ise yalnızca BK m. 108 gereği menfi zararının tazminini isteyebilir. Menfi zarar, kurulduğunda güvenilen bir sözleşmenin kurulmaması veya geçerli olduğuna güvenilen bir sözleşmenin geçerli olmamasından kaynaklanan zarardır<sup>216</sup>. Menfi zarar başka bir anlatımla alacaklının malvarlığının hâlihazır durumu ile sözleşme yapılmamış olsaydı göstereceği durum arasındaki farktan oluşur<sup>217</sup>. Sonuç olarak asıl borcun belirlenen yer ve zamanda ifa edilmemesi fesih bildiriminden sonra gerçekleşmiş ise cezai şart talep etmek mümkün değildir<sup>218</sup>.

İfaya eklenen ceza sözleşmeye inşaat sözleşmelerinde müteahhdin yükümlülüğü yönünden konulabileceği gibi, iş sahibi veya arsa sahibinin edim yükümlülüğü yönünden de konulabilir. Edim alacaklısı tarafından sözleşmedeki ifayı sağlayıcı her türlü taleple birlikte ifaya ekli ceza da istenebilir.

---

<sup>213</sup> Oğuzman / Öz, s. 878; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 350.

<sup>214</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, s. 113-114.

<sup>215</sup> Oğuzman / Öz, s. 397; Eren, s. 1248.

<sup>216</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 855; Oğuzman / Öz, s. 328.

<sup>217</sup> Kocaağa, s. 179, dn. 160.

<sup>218</sup> Oğuzman / Öz, s. 875.

Konuya dair Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 20.04.1992 tarih ve 1991/5273 – 1991 / 2070 sayılı kararında belirtildiği üzere “ifaya ekli ceza koşulunun istenebilmesi için sözleşmeden dönülmemiş olması gerekir” hükmü ile ifaya ekli cezanın akdin feshi halinde istenemeyeceği kabul edilmiştir. Eksik iş bedelinin talebi, işin veya eksikliğinin müteahhit adına tamamlanması yahut izin verilmesi gibi ifayı sağlayıcı talepler ile birlikte, sözleşmede varsa ve inşaatın teslimi sırasında ihtirazi kayıt ileri sürülmüşse ifaya eklenen cezai şart istenebilir.

Sözleşme süresinden sonra gecikmeli olarak inşaatın müteahhit tarafından teslimi üzerine ifaya eklenen cezai şartın istenebilmesi için Kanunun açıkça belirttiği gibi sözleşmede ihtirazi kaydın varlığı gerekmektedir. Ayrıca bu kaydın teslim sırasında veya teslimden önce müteahhide beyan edilmesi gereklidir. İhtirazi kayıt eğer beyan edilmeden inşaat iş sahibi tarafından teslim alınırsa bu husus zımni olarak cezai şart isteme hakkından feragat edildiği anlamına gelir. Yargıtay ihtirazi kayıt beyan edildiğinin şahitle ispatının mümkün olabileceğini kabul etmektedir<sup>219</sup>.

### **b) Cezai şart talep hakkının düşmesi ve feragat**

Alacaklının cezai şart ile asıl edimi birleştirme konusundaki hakkından her zaman feragatı mümkündür. Alacaklının vazgeçmeye ilişkin tek taraflı beyanı borçluya ulaştığı anda cezai şart talep hakkı hükümsüz kalır<sup>220</sup>. Alacaklının bu hakkından feragat ettiğini ispat yükümlülüğü borçluya aittir. Alacaklının cezai şarttan vazgeçmesi bir haktan feragat niteliğinde olup,

---

<sup>219</sup> Kostakoğlu, Cengiz, İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 3. Baskı, İstanbul, 2000, s. 436-437; Yargıtay'ın bir kararında da “... davacılar vekili inşaatı 30.09.1990 tarihinde teslim aldığı kabul etmiştir. Taraflar arasındaki sözleşmede öngörülen aylık 3.000.000 TL. cezai şart ifaya eklenen cezai şart niteliğinde olup BK2nün 158 / II. Maddesi gereğince alacaklı cezai şart talep etme hakkını saklı tutmadan edayı kabul etmiş olduğundan fer'i nitelikteki ifaya eklenen cezai şart talep etme hakkı düşer. Davacılar cezai şart talep etme haklarını saklı tuttıklarını ispat etmemişlerdir. Mahkemece buna rağmen bilirkişi raporuna dayanılarak 5 aylık gecikme cezası tutarı olarak 15.000.000 TL. ye hükmedilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir...”denilmiştir, Yarg. 15. HD. 19.10.1993, E. 1992/5923, K. 1993/4091, kazancı içtihat bankası, www.kazanci.com.tr.

<sup>220</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, s. 114; Ekinci, s. 125.

borçlunun bu borcu nedeniyle ibra edilmesi olarak değerlendirilebilir. Bu durumda borçlunun bu durumu HUMK. M. 287 hükmü anlamındaki belgeyle kanıtlaması gerekir<sup>221</sup>

Borçlar Kanunumuz m. 158 “sarahaten feragat etmiş” diyerek alacaklının bu hakkını kullanabilmesi yönünden açıklık ilkesini getirmiştir. Bu sayede alacaklının bir zarara uğramadan cezai şart beyanını geciktirebilmesi mümkün kılınmıştır<sup>222</sup>.

Alacaklının uzun süre seçimlik hakkını kullanmayarak cezai şart miktarının artmasına sebebiyet verdiği düşünülebilir. Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 09.10.1991 tarih 1991/15-340, 1991/467 sayılı kararında bu duruma açıklık getirmiştir. Yarg. HGK...”Davalı işin süresinde teslim edilmemesi halinde verilecek her daire için aylık 300.000 lira ödeyeceğini kabul etmiştir. Bu BK’ nın 161 / III. maddesi gereğince cezai şartın fahiş olduğu gerekçesi ile tenkisi düşünülebilir. Ancak davalılar tacir olduğundan böyle bir indirim düşünülemez (TTK m.24). Özen borcuna aykırı davranarak kusurlu durumda bulunan davalı yüklenici teslim gününden itibaren işleyecek cezai şartı tam olarak ödemek zorundadır (Tandoğan, Borçlar, sh. 133-135). Kaldı ki, davacının geç teslim süresince en az kabul edilen cezai şart kadar zarara uğradığı da bir olgudur. Bu nedenle de davacı hiç bir indirime tabi tutulmadan gerçek zararını isteyebilecek durumdadır(BK m. 159/II)”<sup>223</sup>. Bu karardan da anlaşılacağı üzere Yargıtay içtihatlarında kanunun kendisine tanımış olduğu hakkı istemeye devam eden iş sahibinin kötü niyetli olduğundan söz edilemez.

Kanunumuz kararlaştırılan yerde ve zamanda yapılmayan daha başka bir ifadeyle kararlaştırılan yerden başka bir yerde veya geç yapılan bir ifayı alacaklının cezai şart isteme hakkını saklı tutmadan (ihtirazi kayıt öne sürmeden) kabul etmiş olması durumunu zımni ve kesin hüküm doğuran feragat olarak nitelendirmektedir. Bu sonucun önüne geçebilmek için alacaklı

---

<sup>221</sup> Kılıçoğlu, s. 579-580’ den naklen.

<sup>222</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, s. 114.

<sup>223</sup> Bahse konu kararda ayrıca “objektif hüsünüyet kurallarına aykırılığın ve hakkın kötüye kullanılması durumunun bu olaya uygulanamayacağı belirtilmiştir” (BK m. 44, MK m. 2).

ya ifa anında ya da ifa anından önce cezai şartı talep ettiğine dair beyanını borçluya ulaştırmalıdır<sup>224</sup>.

Buna göre, cezai şart talep hakkı doğan alacaklının ihtirazi kayıt ileri sürmeden ifayı kabul etmesi halinde, cezai şartı isteme hakkı, kanun hükmünün ifadesinden dolayı kesin olarak sona erer<sup>225</sup>.

## II. CEZAI ŞART İLE ZARAR ARASINDAKİ İLİŞKİ

### A. ZARAR KOŞULUNUN ARANMAMASI

Borçlar Kanunu 159/I maddesi “Alacaklı zarara düşer olmasa bile ceza lazım olur.” hükmünü haizdir. Bu hükme göre borcun yerine getirilmemesinden dolayı alacaklı zarara uğramamış olsa bile, cezai şartın ödenmesi gerekir. Zararın oluşmadığı iddiası ile borçlu, borcun ödenmesinden imtina edemez. Kısaca, borçlu ister kusurlu ister kusursuz olsun, alacaklı ister zarar görsün ister görmesin cezai şart ilke olarak ödenmek zorundadır<sup>226</sup>.

Kanunumuzda tazminat isteme hakkı kural olarak borçlunun kusurlu olması şartına bağlıdır. Bu sebepten dolayı cezai şartın kabulü, tazminat hukuku bakımından istisnai bir durum meydana getirmekte ve borcun ihlalinden zarar görmeyen alacaklıya bile cezai şartı isteme hakkı verilmektedir<sup>227</sup>. Bu sayede ekonomik değeri olmayan edimlerin, ya da parayla ifade edilmesi mümkün olmayan menfaatlerin cezai şart vasıtasıyla temini sağlanmış olur<sup>228</sup>.

---

<sup>224</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 351; Oğuzman / Öz, s. 879; Kılıçoğlu, 579-580.

<sup>225</sup> Kocaoğlu, s. 183.

<sup>226</sup> Gökçeoğlu, s.109.

<sup>227</sup> Tekinay, s.305.

<sup>228</sup> Becker, m.161. N.1, s.227 (Ekinci, s.131, dn.455).

Cezai şartın ödenmesini isteyebilen alacaklı kural olarak, kusurlu borçludan uğradığı zarar için ayrıca tazminat isteyemez<sup>229</sup>. Buna karşın BK. 159/II maddesi “Şart olunan ceza miktarından fazla zarara düşen olan alacaklı, borçlunun bir kusuru olduğunu ispat etmedikçe fazlasını isteyemez.” hükmüne göre zararın cezai şartı aşması durumunda sadece cezai şartı aşan kısım için genel kurala uygun tazminat isteyebilir<sup>230</sup>. Ceza miktarını aşan fazla zararın tazminini isteyebilmek için alacaklının hem uğramış olduğu fazla zararı hem de borçlunun kusurunu ispat etmesi gerekir.

Cezai şart borçluyu borca aykırı davranıştan alıkoyma amacını taşımaktadır. Bu niteliğiyle, cezai şart, borca aykırılığın sonuçlarını düzenleyen ya da hafifleten bir yaptırım niteliğini taşımaz. Bu nedenle, borçlunun borca aykırı davranışı nedeniyle, cezai şart sorumluluğu ile alacaklının bu yüzden uğradığı zararlarının tazmin edilmesini birbirinden ayırt etmek gerekir<sup>231</sup>.

BK. m.159/II'deki bu kural, gerek ifa yerine geçen cezai şartta gerekse ifa ile birlikte istenen cezai şartta aynen geçerlidir<sup>232</sup>.

Cezai şartın amacı (dönme cezası dışında) alacaklının menfaatlerini korumaktır. Borçlu, fahiş cezai şartın indirilmesine ilişkin hüküm aracılığıyla cezai şartın ağır sonuçlarından korunmuştur. Bu durumda alacaklıya ceza miktarını aşan zararının tazmini imkânı tanınmamış olması hakkaniyete de uygun düşmezdi<sup>233</sup>.

BK'nun 159 maddesine denk düşen BK Tasarısının 185. maddesi bu konuda yeni bir hüküm getirmemektedir. Sadece, 159. maddenin kenar

---

<sup>229</sup> Oğuzman/Öz, s.882.

<sup>230</sup>Yargıtay 15.HD. 8.9.2003 tarihli ve 2004/6383E. 2004/6023K. sayılı kararı; “...Yanlar arasında imzalanan sözleşmede gecikme halinde cezai şart ödenmesi kararlaştırılmış olmakla birlikte ayrıca kira tazminatı ödeneceğine dair bir hükme yer verilmemiştir. Bu nedenle Borçlar Kanunu'nun 159/II. maddesi uyarınca arsa sahibi Huriye gecikme sebebiyle oluşan cezai şart ile varsa cezai şart miktarını aşan kira alacağını isteyebilir. Hal böyle iken hem cezai şarta ve hem de kira alacağına hükmedilmesi doğru olmadığından mahkemece cezai şart tutarı ile aşan miktarın saptanıp bulunacak miktara hükmedilmelidir...”.

<sup>231</sup> Kılıçoğlu, s. 516.

<sup>232</sup> Oğuzman/Öz, s. 882.

<sup>233</sup> Eren, s.372; Tunçomağ, Cezai Şart, s.121; Uçar, s.81(Ekinci, s.131' den naklen)

başlığında kullanılan “2.Ceza ile zarar arasındaki münasebet” ifade, tasarıda “2.Ceza ile zarar arasındaki ilişki” şeklinde değişmiştir.

## B. EK TAZMİNAT TALEP EDEBİLME KOŞULLARI

BK. m.159’II ye göre, “Şart olunan ceza miktarından fazla zarara düşen olan alacaklı, borçlunun bir kusuru olduğunu ispat etmedikçe fazlasını isteyemez”. Bu madde uyarınca cezai şart ile zarar arasında mahsup işleminin yapılabilmesi, tazminat talebinin cezai şart talebi ile aynı menfaate karşılık gelmesi durumunda mümkündür<sup>234</sup>. Aynı madde ayrıca borçlunun kusurunun varlığını ispat yükünü, BK’nun 96. maddesinin aksine, alacaklıya yüklemiştir<sup>235</sup>.

Seçimlik ve ifaya eklenen cezai şartlar açısından, cezai şarta ek olarak alacaklının fazlaya ilişkin zararlarını talep hakkı korunmuştur<sup>236</sup>. Bununla birlikte dönme cezasında alacaklıya fazla zararının, tazminine ilişkin bir talep hakkı tanınmamıştır. Gerçek anlamda bir cezai şart türü olmayan dönme cezasında aşkın zarara ilişkin kurallar uygulanmaz. Alacaklı, sözleşmeden dönme yüzünden uğradığı gerçek zarar sözleşmeden dönen ödeyeceği dönme cezasından fazla bile olsa, borçludan bunu talep edemez<sup>237</sup>. Dönme cezai şartı ile alacaklı bu miktarın üzerindeki haklardan peşinen feragat etmiş sayılır. Diğer bir ifadeyle, alacaklının sözleşmeyle dönme hakkı tanınmış bulunduğu borçluya ayrıca ek tazminat yükletilmesi dönme cezasının hukuki niteliğiyle bağdaşmaz. Ancak bu durumun aksinin taraflarca kararlaştırılması durumunda, dönme cezası bakımından da, ek tazminat sözkonusu olabilir.<sup>238</sup>

---

<sup>234</sup> Ekinci, Hüseyin, Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, Ankara, Seçkin, 2004, s.311.

<sup>235</sup> Uygur, s.4330.

<sup>236</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, s.121

<sup>237</sup> Oğuzman/Öz, s.883.

<sup>238</sup> Ekinci, Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, Ankara, Seçkin, 2004, s.311.



Aşkın zararın talep edilebilmesi için bazı şartların gerçekleşmiş olması ve alacaklının borçlunun kusurunu ispat etmesi gerekmektedir.

BK. 159/II maddesi tamamlayıcı hukuk kuralı olduğundan taraflar yukarıda sıraladığımız şartları değiştirmek yetkisine sahiptirler.

Sözleşmenin BK. m.106-107'ye göre fesh edilmesi durumunda, cezai şart ortadan kalkmış olur. Alacaklı cezai şartın ödenmesini isteyemez. Ayrıca, alacaklı, cezai şartı aşan zarar alacağından feragat eder ise fazlaya ilişkin kısmı borçludan talep edemez.

Ek tazminat istenebilmesi için gerekli şartlar şunlardır: Borçlunun kusuru; cezai şartı aşan zararın doğması ve nihayet asıl borcun ifa edilmemesiyle doğan zarar arasında bir illiyet bağının bulunması<sup>239</sup>.

### **1) Borçlunun kusurlu olması**

Ek tazminat istenebilmesi için borçlunun kusurlu olması gerekmektedir. Sözleşmeye aykırılığın borçlunun kusurundan doğmuş bulunması gerekmektedir. Ancak, bizzat borçlunun kusuru yanı sıra, borçlunun ifada kullandığı yardımcı kişilerin kusuru da bu şartın gerçekleşmesi bakımından yeterlidir<sup>240</sup>.

Kusursuz imkânsızlık halinde cezai şart ile beraber fazlaya ilişkin zararda istenemez.

B.K.'nın 159.maddesine göre alacaklının zarara uğramaması halinde bile cezai şart öngörülebilir. Ancak aynı maddenin 2.fıkrasına göre cezai şartı aşan bir zarar sözkonusu olduğu takdirde alacaklı, borçlunun kusuru olduğunu ispat ettiği takdirde cezai şartı aşan zararını da isteyebilecektir<sup>241</sup>.

---

<sup>239</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, s.121.

<sup>240</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, s.123.

<sup>241</sup> Yargıtay 11.HD. 27.02.2003 tarihli ve 2003/8790E 2004/3622K. sayılı kararı.

## 2) Cezai şart miktarını aşan bir zararın bulunması

Zararın hiç olmaması veya cezai şarttan daha az olması durumunda fazlaya ilişkin zarar talebinde bulunulamaz<sup>242</sup>.

Asıl borcun sözleşmeye uygun olarak ifa edilmemesi dolayısıyla meydana gelen zarar cezai şart miktarından daha fazla olmalıdır<sup>243</sup>. Munzam zararın, asıl borcun ifa edilmemesi veya eksik ifa edilmiş olmasından doğması şartıyla, sözleşmede belirtilmemiş nedene bile dayansa tazmini gerekir. Diğer bir ifadeyle munzam zararın sebebi önemli değildir<sup>244</sup>.

Bu zarar, genel olarak asıl borcun kararlaştırılan tarzda ifa edilememesinden, örneğin geç ifa olunmasından meydana gelir ancak taraflarca kararlaştırılmayan bir nedenden doğan zararın tazmini de mümkündür. Çünkü BK.m.159/II'in amacı alacaklıya bütün zararını tazmin ettirme imkanını vermektedir<sup>245</sup>.

Zarar ile cezai şart aynı menfaate karşılık gelmeleri durumunda zarardan cezai şart mahsup edilerek fazla zarar bulunabilecektir<sup>246</sup>. Yeter ki sözleşmede ya da yasada tersine bir hüküm bulunmasın<sup>247</sup>.

Aynı zamanda alacaklının ifa etmeme nedenine dayanarak elde ettiği menfaatler, örneğin temerrüt faizi, munzam zararın tespitinde göz önünde tutulmalıdır<sup>248</sup>.

## 3) İlliyet Bağı

---

<sup>242</sup> Yargıtay 13.HD. 12.05.1982 tarihli ve 1982/3344E 1982/3439K. sayılı kararı, "...somut olayda götürü giderim olarak 10.000lira ceza koşulu kararlaştırılmış ve davacının uğradığı zarar 9545 lira olup bu sınırın altında kalmıştır. Öyleyse, davacının, belirlenen ceza koşulunu aşan bir zararı söz konusu değildir..." Uygur, s.4331.

<sup>243</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, s.124.

<sup>244</sup> Ekinci, Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, s.311.

<sup>245</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, s.123.

<sup>246</sup> Yargıtay 15.HD. 13.6.1994 tarihli ve 1993/5847 E. 1994/3622K. sayılı kararı.

<sup>247</sup> Yargıtay 19.HD. 27.1.1994 tarihli ve 1993/7910 E . 1994/550 K. sayılı kararı.

<sup>248</sup> Ekinci, Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, s.312.

Asıl borcun hiç veya belli yer veya zamanda ifa edilmemesiyle meydana gelen zarar arasında uygun bir illiyet bağı bulunmalıdır<sup>249</sup>. Borçlu, sorumluluğa yol açan borca aykırı davranışında kusurlu değilse ya da meydana gelen zarar ile borca aykırı davranış arasında illiyet bağı bulunmaktaysa borçlunun sorumluluğu söz konusu olmaz<sup>250</sup>.

#### 4) İspat

BK.'nun 96. maddesinde ifade edilen genel prensibe göre taahhüdünü ihlal eden borçlu, tazminat yükümünden kurtulabilmek için kendi kusursuzluğunu ispat etmelidir. Oysa, cezai şartı aşan zararın tazmini söz konusu olunca, borçlunun kusurlu olduğunu ispat yükü alacaklıya yüklenmektedir<sup>251</sup>. Alacaklı, borçlunun kusurunu kanıtlamadıkça ceza tutarını aşan zararı isteyemez<sup>252</sup>.

Kusur ve zarar miktarını ispatını alacaklıya bırakan BK.m.159/II hükmü emredici nitelik taşımamaktadır. Bu nedenle tarafların anlaşarak ispat yüküne ilişkin kanuni paylaşımın dışına çıkmaları mümkündür. Bu nitelikteki bir anlaşmayla borçlunun cezai şartı aşan zarardan sorumlu olmayacağı veya borçlu veya yardımcılarına ispat edilebilen hiç bir kusur bulunmasa dahi fazla zarardan sorumlu olacağı kararlaştırılabilir<sup>253</sup>.

Ceza tutarından fazlaya ilişkin zarar kısmı için tazminat istenirken borçlunun kusurunu ispat yükünü alacaklıya yükleyen bu kural kusursuz sorumluluk hallerinde uygulanmaz. Örneğin asıl borcun ihlaline borçlunun yardımcıları sebep olmuş ise, BK.m.100 uyarınca alacaklı sorumlu olan

---

<sup>249</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, s.124.

<sup>250</sup> Ekinci, Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, s.312.

<sup>251</sup> Yargıtay H.G.K. 'nun 05.04.1961 tarihli ve 25/12 sayılı kararı (Tekinay, s.305 dn.23).

<sup>252</sup> Yargıtay 15.HD. 27.9.1979 tarihli ve 1979/1005E. 1979/1894K. sayılı kararı.

<sup>253</sup> Bilge, s.112.

borçludan ceza tutarının yanı sıra bunu aşan zararının tazminini isterken borçlu ile yardımcısının kusurunu kanıtlamak zorunda değildir<sup>254</sup>.

## IV. BÖLÜM

### CEZAI ŞARTIN İNDİRİLMESİ, CEZAI ŞARTIN BUTLANI VE SONA ERMESİ

#### I- CEZAI ŞARTIN İNDİRİLMESİ

##### 1) İndirme Hakkının Hukuki Niteliği

Kanunun açıkça veya zımnen hâkime sözleşmeden doğan bir edimi indirme yetkisi tanıdığı hallerde borç ilişkisi esas itibariyle değişikliğe uğramamakta, yalnız aşırı derecede yüksek olan edim makul bir düzeye indirilmektedir. BK.m.161/III'e göre "Hâkim, fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir." Hâkim şartların gerçekleşmesi durumunda cezai şartın miktarını indirmek mecburiyetindedir. Burada hâkime tanınmış bir yetki sözkonusu olup, bu yetkiyi hâkim, hâkimlik görevinden dolayı değil, bir kanun hükmüyle kazanmıştır<sup>255</sup>.

Ceza fazla olunca hâkime geniş takdir yetkisi tanınmıştır. Ancak, borçlunun cezanın fazla olduğunu talep etmesi gerekmektedir. Hâkim, borçlunun talebi üzerine cezayı indirmekle yükümlüdür. Hâkim fazla gördüğü cezayı indirmekle yetkili olmakla beraber, takdirini kullanırken alacaklının hakkını kötüye kullanıp kullanmadığına dikkat etmesi ve alacaklının borçluya üstün bir durumda olmasından istifade ederek böyle kabarık bir ceza şartının konulmuş olup olmadığını göz önünde bulundurması gerekir<sup>256</sup>.

---

<sup>254</sup> Oğuzman/Öz, s.883.

<sup>255</sup> Kocaağa, s.202.

<sup>256</sup> Birsen, Kemalettin, Borçlar Hukuku, 4. bası, İstanbul, 1967, s. 368-369.

Hâkimin cezai şartı indirme yetkisinin hukuki niteliği konusunda doktrinde birçok görüş bulunmaktadır. Bu görüşler indirme hakkını, butlana, sebepsiz zenginleşme, işlemin iptal edilebilir olması, butlan ile fesih yaptırımlarının ortası niteliğe sahip bir yaptırım veya indirme hakkını yargısal yenilik doğuran hak olarak açıklamaktadır<sup>257</sup>.

Doktrinde bu konuda hâkim görüş cezanın indirilmesinin yenilik doğurucu bir karar olduğu yönündedir. Çünkü bu hakkın kullanılması sonucu cezai şartın miktarı indirilmekte, yani bir hukuki münasebet değişikliğe uğramaktadır. Maamafih bu hak iki yönden diğerlerinden ayrılır. Önce diğer yenilik doğuran haklar karşı tarafa yöneltilmesi gerekli, bir taraflı ve kaide olarak, şekilsiz bir irade beyanı ile kullanıldıkları halde, indirme hakkının usul hukukuna dayanan bir iddia şeklinde yapılması, yani bir dava veya def'i şeklinde bürünmesi zaruridir. Diğer taraftan, aşırı cezai şartın indirilmesi için yalnız borçlunun irade beyanı yetiştirmez; buna ayrıca bir devlet organının, daha doğrusu bir hâkim kararının eklenmesi zaruridir<sup>258</sup>. Kanatimizce de hâkim miktar bakımından aşırı gördüğü cezai şart anlaşmalarını butlanla sakat saymayacaktır, ancak cezanın indirilmesi kararıyla, yenilik doğurucu nitelikte bir karar vererek aşırı olan kısmı ortadan kaldırarak yeni bir hukuki durum oluşturacaktır.

## 2) Cezai Şartın İndirilmesi İçin Gerekli Şartlar

BK. m. 161'de tarafların serbestçe cezai şartı belirleyebilmelerine imkân tanınırken aynı kanunun 161/III maddesinde hâkimin fahiş cezai şartı indirebileceği öngörülmüştür. İki hüküm arasında çelişki varmış gibi gözükse de çelişki bulunmamaktadır. Çünkü sözleşme serbestisinde BK.m.19 ile getirilen sınırlamada olduğu gibi burada da aynı şekilde düzenleme

---

<sup>257</sup> Günay, s.175, (dn.513).

<sup>258</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, s.142.

yapılmıştır. Hâkimin indirme yetkisini kullanırken asıl kural olan sözleşme serbestisine zarar getirmemesi gerekmektedir.

Hâkim, aşağıdaki şartların bir araya gelmesi durumunda taraflar arasında belirlenmiş olan cezai şartı indirmekle yükümlüdür<sup>259</sup>.

### **a) Geçerli bir cezai şartın bulunması**

Cezai şartın indirilebilmesi için ilk önce asıl sözleşmenin geçerli olması gerekir. Cezai şartın bizzat kendinden kaynaklanan bir nedenle veya asıl borcun ferî olmasından dolayı hükümsüzleştiği durumda indirim yapılması mümkün değildir<sup>260</sup>.

Asıl sözleşmede gerçek anlamda bir cezai şartın bulunması gerekir. Gerçek anlamda bütün cezai şartlar, indirmeye tabidir<sup>261</sup>. Toplu iş sözleşmesinde öngörülen iş güvencesi tazminatı ile tenkisatta usulsüzlük tazminatı, cezai şart niteliğindedir<sup>262</sup>. Buna karşın kanuni cezai şart benzeri yaptırımlarda cezai şart hükümleri uygulanmaz. Örneğin; 4357 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesinde fesih hakkının kötüye kullanılması durumları için öngörülen bildirim süresine ait ücretin üç katı olan kötüniyet tazminatı, hukuki bir yaptırımdır. Hâkimin müdahale hakkı yoktur<sup>263</sup>.

Borçlar Kanununda bazı durumlarda cezai şartın indirimi hükümleri uygulanabilmektedir. BK.m.160/I uyarınca, kısmen yapılan ödemelerin borçlunun temerrüdü halinde alacaklıya kalmasını emreden anlaşmalara da cezai şart hükümleri uygulanır. Fakat aynı maddenin ikinci

---

<sup>259</sup> Yargıtay 9.HD. 11.03.1997 tarihli ve 1997/3866 E. 1997/4816 K. sayılı kararı, "...cezai şart niteliğinde bulunan brüt bir maaş tutarındaki tazminata karar verilmesi, diğer yandan da Borçlar Kanununun 161/son maddesine göre mahkemece takdir hakkı kullanılarak bu cezai şartın tenkisi yoluna gidilmesi gerekir...".

<sup>260</sup> Eren, s.373; Tunçomağ, Cezai Şart, s.142; Tükel, s.97,( İkinci, Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, s.395.).

<sup>261</sup> Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s.530.

<sup>262</sup> Yargıtay 9.HD. 03.03.2003 tarihli ve 2002/15905 E. 2003/2678 K. sayılı kararı; Yargıtay 9.HD. 28.5.2002 tarihli ve 2002/843E. 2002/9143K. sayılı kararı.

<sup>263</sup> Yargıtay 9.HD. 02.03.2005 tarihli ve 2005/5495 E. 2005/6735 K. sayılı kararı.

fıkrasının taksitle satışları bu hükmün dışında tutmuş olması BK. m.160/II'in uygulama alanını daraltmıştır<sup>264</sup>. Ayrıca, BK. m.104/II uyarınca, faiz ve iratları yahut bağışladığı bir miktar parayı ödemede temerrüde düşen borçlu bunlar için aleyhine icra veya mahkemeye başvurulmadan önce temerrüt faizi ödemeye mecbur olmayıp şayet borçlu bu tarihten önce temerrüt faizi ödeyeceğine dair bir vaadde bulunursa, bu vaad dahi cezai şart hükümlerine bağlı tutulmuştur<sup>265</sup>.

Taraflar sözleşmede cezai şart benzeri bir şart koymuş olması durumunda hâkim bu şartın niteliğini araştıracaktır<sup>266</sup>. Bir kimsenin hukuken yapmakla yükümlü olmadığı bir duruma ilişkin olarak vaad edilen şartlara "gerçek olmayan cezai şart" denilmektedir<sup>267</sup>. Gerçek olmayan cezai şart olarak adlandırılan bu cezalar cezai şart hükümleri kıyasen uygulanarak indirim tabi tutabilecektir.

Ancak cezai şarttan farklı sistemler olan pişmanlık akçesinin veya hak düşüren kayıtların cezai şarta ilişkin hükümlere indirilmesi yoluna gidilemez<sup>268</sup>.

Cezai şartın parça borcu şeklinde belirlendiği durumlarda indirilebilmesi mümkündür. Bunun aksine bir görüşün kabulü halinde taraflara bu yolla hâkimin müdahalesinden kaçma imkânı tanınmış olacağı için cezai şarttan beklenen faydanın sağlanması bakımından parça borcu şeklinde cezai şarttan indirim yapılması gerekir<sup>269</sup>.

## **b) Cezai şartın muaccel olması**

---

<sup>264</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, s.143.

<sup>265</sup> Günay, s.180.

<sup>266</sup> Yargıtay HGK.15.10.1997 tarihli ve 1997/9-486 E. 1997/822 K. sayılı kararı. "...anılan hukuki işlem ile işverenin askerden dönen işçisini alma borcunu yerine getirmemesi halinde ödemesi gereken işçiyi ispat yükü olmadan zararını alabilmenin imkanını sağlayan fer'i nitelikte götürü bir edimle yükümlü tutulduğu belirgindir. Eylemin açıklanan unsurlarından hareket edildiğinde işe almama tazminatının tipik ceza koşulu olduğunun kabulü kaçınılmazdır....".

<sup>267</sup> Arsebük, s.990; Tunçomağ, Cezai Şart, s.144.

<sup>268</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, s.530.

<sup>269</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, s.142.

Cezai şartın indirilmesinin istenebilmesi için cezai şartın muaccel olması gerekmektedir. Muaccel olmayan bir cezai şartın indirilmesi istenemeyebileceği gibi hâkim de indirme karar veremez. Çünkü muaccel olmayan cezai şartın bağımsız bir nitelik kazanmamıştır ve muaccel olmayan cezai şartın indirilmesinde borçlunun çıkarı bulunmamaktadır<sup>270</sup>. Aynı zamanda bu dönem itibarıyla cezai şartın fahiş olup olmadığının tayin ve tespiti de mümkün değildir<sup>271</sup>.

### **c) Cezai şartın henüz ifa edilmemiş olması**

Borçlu cezai şartı ifa etmişse, indirme düşünülemez; zira ifa, borçlunun indirmeyi isteme yetkisinden vazgeçme anlamına gelir<sup>272</sup>. Bu ihtimal nadiren gerçekleşecektir. Çünkü borçlu çok zaman aşırı bulduğu cezai şartı ödemekten kaçınacaktır<sup>273</sup>.

Borç senedi veya rehin verilmiş olması, cezai şartın indirimi talebinin reddi için yeterli değildir. İndirimi talep hakkını saklı tutarak cezai şartı saklı tutarak cezai şartı ödeyen borçlu, daha sonra indirim isteyebilir<sup>274</sup>.

### **d) Cezai şartın aşırı miktarda yüksek olması**

Cezai şartın indirilmesi için cezai şartın aşırı miktarda yüksek olması gerekmektedir. BK. m.161'e göre cezai şartın aşırı olup olmadığını hâkim belirleyecektir<sup>275</sup>. Fahiş cezai şartın tespitinde çok farklı değişkenlerin dikkate alınması gerektiğinden aşırılığın tespitinde hâkime yetki tanınmış olması yerindedir. Zira aşırılığın tespitinde çeşitli çıkarların gözönünde

---

<sup>270</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, s.144.

<sup>271</sup> Mük/Sollner, 33, n.7. (Eren, s.374, dn.31' den naklen).

<sup>272</sup> Eren, s.1177.

<sup>273</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, s.154.

<sup>274</sup> Betz, sh.23; Staudinger/Kaduk 343, N.18 ( Kocaağa, s.215, dn.68' den naklen).

<sup>275</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, s.144.



tutulma ölçüsü her zaman aynı olmayıp bu menfaatlerin münferit bir halde hâkim tarafından çok değişik bir şekilde değerlendirilebilmesi olanaklıdır<sup>276</sup>. Mesela cezai şartın paradan başka bir şey olarak belirlenmesi durumunda hâkim, cezai şart konusu şeyin değerini, alacaklının çıkarını ve borçlunun özel durumunu dikkate alarak karmaşık bir değerlendirme yapması gerekmektedir.

Cezai şart miktarının aşırı olduğunu iddia etmek ile cezai şartın BK.m.20 anlamında sakat olduğunu iddia etmek farklı hukuki konulardır. Cezai şart borçlunun iktisaden yıkımını sonuçlandıracak seviyede yüksek olarak kararlaştırılmışsa, BK. m.20 gereğince cezai şartın tamamen hükümsüz olmasını sonuçlandıracaktır. İktisaden yıkım, işin kapsamına ve diğer şartlara göre belirlenecektir<sup>277</sup>. Cezai şartın batıl olabilmesi için şart miktarı sadece aşırı yüksek olmamalı aynı zamanda borçlunun iktisaden yıkımını hedeflemelidir<sup>278</sup>.

Cezai şartın aşırılığının ve diğer saiklerin tespitinde, hâkim cezai şart anlaşmasının yapıldığı anı dikkate alacaktır<sup>279</sup>.

Alacaklının asıl edimi yerine getirmesindeki çıkarı ile ceza koşulu olarak saptanan miktar arasındaki oranın ve borçlunun borca aykırı davranmasındaki kusur derecesinin ve de borçlunun ekonomik durumunun gözönünde tutulması gerekir<sup>280</sup>.

Aşırılığı tespit ederken hâkimin esas olarak ele alacağı hususları aşağıda inceleyeceğiz.

### **i) Alacaklının Menfaatleri**

---

<sup>276</sup> Günay, s.181.

<sup>277</sup>Yargıtay 15.HD. 13.6.1994 tarihli ve 1993/005 E. 1994/803 K. sayılı kararı, “ işin kapsamı ve gecikilen süreye göre belirlenen kira tazminatının davalı yüklenicinin ekonomik yıkımın mucip olacak derecede ağır ve haksız ve bu nedenle B.K.nun 19 ve 20. maddeleri gereğince ahlak ve adaba M.K.nun 2. maddesi gereğince dürüstlük kuralına aykırı olduğu da kabul edilemez” demektedir.

<sup>278</sup> Ekinci, Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, s.324.

<sup>279</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, s.145.

<sup>280</sup> Yargıtay 13.HD. 28.12.2001 tarihli ve 2001/8361 E. 2001/12205 K. sayılı kararı.

Hâkim herşeyden önce alacaklının çıkarlarını gözönünde tutmak zorundadır. Cezai şartın yüksekliğinin, adalet ve hakkaniyet hislerini incitecek miktarda olmaması gerektiği gibi, indirim sonunda kalacak miktarın da, alacaklı bakımından aynı şekilde adaletsiz olmamasına dikkat edilmelidir<sup>281</sup>.

Alacaklının asıl edimi yerine getirmesindeki çıkarı ile ceza koşulu olarak saptanan miktar arasındaki oranın dikkate alınması gerekmektedir<sup>282</sup>. Alacaklının maddi çıkarları yanında, sözleşmenin ifasından beklediği bütün haklı çıkarları da hesaba katılmalıdır. Alacaklının, borcun yerine getirmemesinin yol açtığı zararları kapsamı üzerinde de durulmalıdır. Diğer taraftan alacaklının bu menfaatlerinin hesabında, borçlunun ifa etmeme yüzünden elde ettiği kazançlar da gözden kaçırılmamalıdır<sup>283</sup>.

Alacaklının menfaatlerinin takdirinde sadece maddi malvarlığı değil aynı zaman da manevi, ahlaki unsurların da dikkate alınması gerekir. Zira cezai şart, yalnız ekonomik değer taşıyan borçların ifasını değil, aynı zamanda, manevi değeri haiz borçların ifasını da teminini sağlar<sup>284</sup>. Belli bir halde manevi çıkarın hangi ölçüde korunacağı sorunu, hal ve duruma bağlıdır. Hâkim, hak sahibinin iç dünyası yönünden hareketle kararını verecektir<sup>285</sup>.

Cezai şart ile borçlu üzerinde sağlanmak istenen etkinin de dikkate alınması ve cezai şart kurumunun zarara uğratılmaması gerekmektedir. Keza, Yargıtay bir kararında<sup>286</sup> "Aşırılığın belirlenmesinde, ceza koşulunun borcun yerine getirilmesi için borçlu üzerinde ruhsal bir baskı yaptığı da gözetilmeli, böyle bir baskının ortadan kalkmasına yol açacak biçimde indirimden kaçınılmalıdır" hükmüne varmıştır.

---

<sup>281</sup> Kocaağa, s.218.

<sup>282</sup> Yargıtay 13.HD. 28.12.2001 tarihli ve 2001/8361E. 2001/12205 K. sayılı kararı.

<sup>283</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, s.146; Yargıtay 13.HD. 28.12.2001 tarihli ve 2001/8361E. 2001/12205 K. sayılı kararı.

<sup>284</sup> Günay, s.182.

<sup>285</sup> Günay, s.190.

<sup>286</sup> Yargıtay 13.HD. 28.12.2001 tarihli ve 2001/8361 E. 2001/12205 K. sayılı kararı.

## ii) Borca aykırılığın ağırlığı

Cezai şart ile amaçlanan borcun ifasını güçlendirmektir. Cezai şartın indirilmesi talep edildiğinde borçlunun borca aykırı davranışının asıl edimin ifasını ne kadar etkilediğine bakılmalıdır. Borca aykırılık ağır ise cezai şartın indirilmesi istenmeyebilir. Örneğin, rekabet yasağına aykırılık cezai şarta bağlanmış ise o kişi rekabet yasağına rağmen rakip olarak faaliyet göstermeğe başlamış ise ihlal ağır sayılmalı ve indirim talebi reddedilmelidir<sup>287</sup>. Buna karşın borca aykırılık ile alacaklının çıkarları fazla zedelenmediyse bu durum cezai şartın indirilmesine engel teşkil etmez.

Asıl borcun müsbet bir edim olması ve bunu kısmen ifa edilmesi halinde borca aykırılığın ağır sayılmaması gerekir<sup>288</sup>.

## iii) Kusurun ağırlığı

Aşırılığın varlığını kabul etmek için aranması gereken diğer bir unsur da borçlunun borca aykırı davranışındaki kusur derecesidir. Asıl borca aykırı hareketin hafif bir kusura veya yardımcı kişinin fiiline dayanması halinde, borçlunun zarar verme kasdına dayanması halinde hâkimin yapacağı değerlendirme farklı olacaktır. Sözleşmeye aykırılık borçlunun hafif kusuruna dayandığı, örneğin sırf borçlunun istihdam ettiği kimsenin kusuruna dayanmaktaysa borçlu lehine yorumlanmalıdır<sup>289</sup>.

Borçlu kusursuzluğunu ispat ederek cezai şartı ödemekten kurtulabilmektedir. Ancak borçlunun sözleşmeye kusursuz aykırılık halinde bile cezai şart ödeyeceğini vaad etmesi veya kusursuzluğuna rağmen bunu ispat edememesi veya kusurlu olarak ifadan kaçınması halinde indirim ya hiç

---

<sup>287</sup> Kocaağa, s.221.

<sup>288</sup> Günay, s.191.

<sup>289</sup> Ekinci, Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, s.324.

kabul edilmez veya çok düşük bir ölçüde kabul edilir<sup>290</sup>. Ağır kusur halinde, indirme talebi ya hiç kabul edilmez veya pek küçük bir ölçüde kabul edilir. Bu konuda ayrıca müterafik kusurun olup olmadığı da araştırılmalıdır<sup>291</sup>.

#### **iv) Tarafların ekonomik durumu**

Tarafların ekonomik durumları da cezai şartın fahişliğinin tespitinde dikkate alınmalıdır<sup>292</sup>. Özellikle borçlunun ödeme gücünün dikkate alınması gerekmektedir. Cezai şartın yerine getirilmesi, borçlunun ekonomik yönden yıkımına sebep olmamalıdır<sup>293</sup>.

Cezai şartın indiriminde tarafların ekonomik durumlarının dikkate alınması da borçlunun açık bir şekilde istismarına engel olacaktır. Gerçekten borçlu içinde bulunduğu ekonomik durum gereği aşırı cezai şartları kabule mecbur olabilir. Bu durumda olan borçlu adil olmayan benzer yüklerden kurtarılmalıdır<sup>294</sup>.

Ekonomik durum itibariyle borçlu, aşırı cezai şartı kabule zorlanmışsa, bu durumda borçlu lehine yorum ile cezanın fahişliğine karar vermek gerekirken, borçlunun ekonomik olarak güçlü olduğu durumda cezanın fahiş olmadığı yönünde bir karar verilebilir<sup>295</sup>.

Tarafların ekonomik durumlarının belirlenmesinde, tarafların borcun ihlal edilmesinden dolayı elde edecekleri menfaatler de dikkate alınmalıdır.

#### **v) Aşırılığın belirlenmesinde esas alınacak an**

---

<sup>290</sup> Günay, s.192.

<sup>291</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, s.146-148.

<sup>292</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.355; Tunçomağ, Cezai Şart, s.149.

<sup>293</sup> Oğuzman/Öz, s.883; Eren, s.1177.

<sup>294</sup> Günay, s.193.

<sup>295</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, s.149.

Aşırılığın tespitinde esas alınacak zaman konusunda doktrinde tartışma bulunmaktadır. İleri sürülen zamanlar şunlardır; cezai şartın kararlaştırıldığı gün, muacceliyet tarihi, dava tarihi veya karar günüdür.

Doktrinde, bir anın seçimi ya da hâkimin şartlara göre değişik zamanları esas alması konusunda fikir birliği yoktur. Bizce, aşırılığın tespitinde hâkimin duruma, tarafların elde ettiği menfaatlere göre zamanı kendisinin belirlemesi daha uygundur. Zira hâkimin, taraflar açısından meydana gelen tüm değişiklikleri ele alarak aşırılığı tespit etmesi mümkündür.

#### **e) Borçlunun indirme talebinde bulunması**

BK.m.161/III hükmünde borçlunun talebinin gerekip gerekmediği konusunda açıklık yoktur. Kanaatimizce, talep olmadan hâkimin aşırı cezai şartı re'sen indiremez. Ancak Yargıtay uygulamasında borçlunun talebi olmamasına rağmen "cezai şartın B.K. 161/son maddesi gereğince fahiş olup olmadığı ile tenkisi gerekip gerekmediğinin" hâkim tarafında kararda tartışılıp, açıklanması gerektiği yönündedir<sup>296</sup>.

Borçlunun cezai şart indirimini talep etmesi gerekmediği konusunda yargıya varılamaz, çünkü BK. m.161/III hükmü ile hâkime cezai şartı indirme mükellefiyeti getirmektedir yoksa hâkime cezai şartı kendiliğinden indirme hakkı vermez<sup>297</sup>. Bu hükme uygun olarak borçlunun talebi üzerine hâkim, takdir hakkını kullanmadan indirim için gerekli şartların oluşup oluşmadığına bakacak ve eğer şartlar yerine gelmiş ise indirim kararı verecektir. Bu durum yenilik doğuran hakkın özüne de uygundur.

İndirim hakkının yenilik doğurucu bir hak olduğunun kabulü durumunda hâkimin resen indirim yapabileceğinin kabulü mümkün değildir. İndirim hakkının yenilik doğurucu nitelikte olduğunun kabul edilmesi dahi,

<sup>296</sup> Yargıtay 13.HD. 25.4.2003 tarihli ve 2003/14684 E. 2003/5090 K. sayılı kararı

<sup>297</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, s.198.

Becker'in de haklı olarak ifade ettiği gibi "ceza alacağı hususunda bir ihtilafın varlığı şarttır. Zira hâkim tenkis sebepleri üzerinde bir araştırma yapamaz"<sup>298</sup>. Cezai şartın indirilmesi talebi dava, karşılık dava veya def'i şeklinde kullanılabilir<sup>299</sup>. Borçlunun talebine ihtiyaç olmadığı varsayıldığında alacaklının bu hakları elinden alınmış olur. Uygulamada ise Yargıtay hâkimin cezai şartın fahiş olup olmadığına resen bakması gerektiği görüşündedir. Yargıtay'a göre fahiş olan cezai şartın hâkim tarafından indirilebileceği kuralı kamu düzeni ile ilgilidir ve ticari olmayan işlemlerde borçlu ileri sürmese bile hâkim cezai şarttan indirim yapıp yapılmayacağını kendiliğinden gözetmelidir<sup>300</sup>.

#### **f) Borçlunun tacir olmaması**

TTK.m 24'e göre "Tacir sıfatını haiz bir borçlu, Borçlar Kanununun 104 üncü maddesinin 2 nci fıkrasıyla 161 inci maddesinin 3 üncü fıkrasında ve 409 uncu maddesinde yazılı hallerde,fahiş olduğu iddiasıyla bir ücret veya cezanın indirilmesini mahkemeden isteyemez." Bu madde hükmüne göre borçlu eğer tacir sıfatını haiz ise BK.m.161'e dayanarak cezai şartın indirilmesi istenemez.

TTK. m.24 hükmünün uygulaması için taciri tanımlayan TTK.'nun 14'üncü maddesine göre indirim isteyen kişinin tacirlik sıfatına sahip olup olmadığının araştırılması gerekmektedir<sup>301</sup>. Tacirlik sıfatının bulunup bulunmadığını araştırırken esas tutulacak an cezai şartın muacceliyet anı değil de taahhüt edildiği andır. Bu nedenle, vaad eden cezai şartı taahhüt ettikten sonra tacir olmuşsa, indirim istemeye yetkilidir. Taahhüt ettiği sırada

---

<sup>298</sup> Becker, m. 163, N.22, s.236, Von Tuhr, s.771, (Ekinci, Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, s.326).

<sup>299</sup> Kocaağa, s.229.

<sup>300</sup> Yargıtay HGK, 26.12.2001 tarihli ve 2001/9-1175 E. 2001/1166 K. sayılı kararı; Yargıtay 13.Hukuk Dairesi 28.01.1987 tarihli ve 1986/6498 E. 1987/405 K. sayılı kararı.

<sup>301</sup> Yargıtay 15.Hukuk Dairesi 28.04.1981 tarihli ve 1981/597 E. 1981/944 K. sayılı kararı, "...davalı tacir sıfatına haiz bir şirket olduğu gibi yüklendiği iş icabı da TTK hükümleri gereğince tacirdir...".

tacir olmuşsa bu takdirde kararlaştırılan cezai şartın indirilmesini istemeyecektir.

Doktrinde TTK.'nun 24. maddesi uygulamasında tartışma olmasına karşın Yargıtay tacir sıfatına sahip olan borçlunun cezai şartın indirimi talebini kabul etmemektedir<sup>302</sup>. Cezai şartın indirimi, ahde vefa ilkesinin bir istisnasını teşkil etmektedir. Tacir sıfatını haiz borçlular için cezai şart miktarı sadece BK.20 'deki ahlaka aykırılık kavramı ile sınırlandırılmıştır. YHGK'nun bir kararında geniş şekilde açıklandığı gibi tacirler arasında cezai şartın fahiş olması nedeniyle indirim yapılmaması ancak bu cezai şartın ahlak ve adaba, emredici hükümlerin koyduğu kurallara aykırı olması halinde cezai şartın geçerli olmayacağı kabul edilmiştir.

TTK. m. 24'ün uygulamasının istisnası hizmet akitleridir. İşçi ve işveren arasındaki hizmet sözleşmelerinde öngörülen cezai şartın fahiş olduğu gerekçesiyle indirim isteyen işveren her ne kadar TTK anlamında diğer işlerinde "tacir" sıfatına haiz ise de "işveren ile işçi arasındaki ilişki TTK.'nun 3. maddesinde anlamını bulan ticari iş niteliğinde olmadığından TTK.m.24'deki tacirler için getirilen kısıtlama uygulanamaz. Zira işveren ile işçi arasındaki sözleşme, İş Kanunu'ndan kaynaklanan ve İş Kanunu hükümlerine bağlı ve bu çerçevede içinde özgü bir hizmet akididir. İşçi, işveren ilişkileri gözetildiğinde kamu düzeni ile de ilgilidir. Esasen iş hukukunun temel ilkelerinden olan tarafların dengeli tutulması kuralı da bu kabulü doğrulamaktadır. Bu nedenle hizmet sözleşmeleri İş Kanununa özgü niteliğinden dolayı TTK m.24 uygulanamaz<sup>303</sup>.

### **3) İndirim Miktarının Belirlenmesi**

Sözleşme serbestisinin bir istisnası olan cezai şartın indirilmesi talebinin hâkim tarafından objektif kıstaslar esas alınarak yerine getirilmesi

<sup>302</sup> Yargıtay 15.Hukuk Dairesi 20.12.1977 tarihli ve 1977/2076 E. 1977/2312 K. sayılı kararı,

<sup>303</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 15.10.1997 tarih ve 1997/9-486 E.,. 1997/822 K. sayılı kararı.

gerekir. İstisna olan bu durumun ana kural olan sözleşme serbestisini zedelememesine dikkat edilmesi gerekmektedir<sup>304</sup>. Hâkim gereksiz müdahalelerden kaçınmalıdır<sup>305</sup>.

Hâkim cezai şartı indirirken cezai şartın ceza ve tazminat fonksiyonunu dikkate almalıdır. Aşırı görülen cezai şartın indirilmesinde tazmin ve ceza dengeli olarak korunmalıdır<sup>306</sup>. Alacaklı cezai şart ile tazminatın yanı sıra borçlu üzerinde tazyik yapma amacını da gütmüş olabilir. Böyle bir durumda, alacaklı ile borçlunun menfaatleri arasında denge kurulmaya çalışılması cezai şartın niteliğiyle bağdaşmaz<sup>307</sup>. Diğer bir deyişle cezai şartın gayesinin ceza, tazminat veya her ikisinin de birlikte olduğu durumlarda münasip cezanın miktarının birbirinden farklı olması doğaldır.

Objektif kıstas olarak hâkim, cezai şarttan indirmede tarafların iktisadi durumunu, borçlunun ödeme kabiliyeti ile birlikte borcunu yerine getirmiş olmamasından dolayı sağladığı menfaati gözönünde tutmalıdır<sup>308</sup>. Ayrıca borçlunun kusuru, borca aykırılıktan doğan zarar da indirim belirlenmesi de dikkate alınır. Tüm bu olgulara göre belirli bir miktar belirleyerek diğer şartlarda oluştuysa indirim yapılmalıdır.

#### **a) Borçlu ve alacaklının menfaat durumu**

Hâkim cezai şartın fahiş olup olmadığını belirlerken BK.m.161/III'teki yetkisini adalet ve hakkaniyeti esas alarak kullanacaktır. Cezai şart miktarının yüksekliği, adalet ve hakkaniyete aykırılık teşkil ettiği gibi, indirim sonucunda borçlunun ödemekle yükümlü tutulduğu edim de alacaklının menfaatlerini koruma bakımından adaletsiz olmamalıdır. Bu

---

<sup>304</sup> Bilge, s.420.

<sup>305</sup> Ekinci, Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, s. 327.

<sup>306</sup> Yargıtay 13.HD, 14.11.1977 tarihli ve 1977/4495 E. 1977/5010 K. sayılı kararı.

<sup>307</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, s.157.

<sup>308</sup> Yargıtay HGK, 08.03.1961 tarihli ve 1961/4-2 E. 1961/10 K. sayılı kararı.



sebepten dolayı hem borçlunun hem de alacaklının durumunun beraber ele alınması gerekir<sup>309</sup>.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 10.6.1999 tarihli ve 1999/1658 E 1999/2437 K sayılı kararında, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin zamanında ifa edilmemesi halinde sözleşmenin geriye dönük olarak fesh edileceği şeklindeki cezai şartın, inşaatın büyük oranda yapılmış olması ve feshin yüklenicinin mahvına sebep olacağı sebebiyle ancak ileriye etkili fesih olarak uygulanacağına hükmetmiştir. Bu kararda da görüldüğü üzere mahkeme cezai şartı ele alırken iki tarafın hak ve menfaatlerini dikkate almak zorundadır.

İndirim miktarı belirlenirken alacaklının menfaatlerinin, borçluya göre daha öncelikli ele alınması gerekir. Sözleşme serbestisi ana ilkesinin korunması bakımından alacaklının menfaatleri değerlendirilirken maddi değerlerle beraber manevi değerler de dikkate alınmalıdır.

### **b) Borca aykırılıktan doğan zarar miktarı**

BK.159/I maddesi uyarınca hiçbir zarar olmasa dahi cezai şartın ödenmesi gerektiği için zararın az olması, cezai şartın aynı oranda indirilmesini gerektirmez. Ancak zarar yok ise veya kapsamı az ise diğer sebeplerle indirim miktarını etkileyebilir<sup>310</sup>. Cezai şartın indirilmesi sözkonusu olduğunda alacaklının asıl borcun ifa edilmemesi sebebiyle uğramış olduğu zarar ile ceza arasındaki ilişkinin incelenmesi gerekir. Yargıtay alacaklının borca aykırılık nedeniyle uğramış olduğu zararın kalem kalem<sup>311</sup>, hesap edilmesi gerektiği görüşündedir<sup>312</sup>.

---

<sup>309</sup> Bilge, s.121.

<sup>310</sup> Kocaağa, s.220.

<sup>311</sup> Yargıtay 13.HD. 1.2.1974 tarihli ve E.1952/9569, K.1952/8169 sayılı karar,(Ekinci, Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, s.329)

<sup>312</sup> Ekinci, Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, s.329.

Akdi ihlal sebebiyle meydana gelen zararın cezai şarttan az olması indirimde yeterli değildir. Cezai şartın tazminattan daha ziyade teminat maksadıyla kararlaştırılmış ya da sürekli borç ilişkilerine ilişkin olması hallerinde gelecekteki doğacak zararların ispatı alacak açısından güçlük ve sıkıntı doğuracaktır. Hâkimin bu gibi durumlarda ileride doğması muhtemel olmakla birlikte ispatı mümkün olmayan zararları da dikkate alması gerekmektedir<sup>313</sup>.

### c) Borçlunun kusuru

Cezai şart borçlusunun kusurunun ağırlık derecesi cezai şartın indiriminde dikkate alınmalıdır<sup>314</sup>. Bu itibarla ağır kusur halinde indirim hiç kabul edilemeyebilir. Ceza miktarına nazaran borçlunun kusuru az ise indirim yapılabilir. Bu nedenle borçlunun yükümlülüklerine ne dereceye kadar uyduğu, borcu ihlaldeki kusurun oranı araştırılmalıdır. Eğer borçlunun sözleşmeyi büyük bölümü itibariyle gereği gibi yerine getirmesine rağmen, cüz'i bir kısmın ifasının ihlali durumunda hâkim cezadan indirimde gidebilir. Kusur hafif olsa bile, mutlak surette alındığında aşırı görünmeyen cezai şart olduğu gibi muhafaza edilebilir. Aynı şekilde değişen hal ve şartlar nedeniyle borca aykırı hareket eden borçlunun bu durumdan alacaklıyı haberdar etmesi, borçluyu cezai şart ödemediği tamamıyla kurtarmasa bile, kusurun hafifliği nedeniyle cezadan hakkaniyet ve adalete uygun bir indirim yapılmasını zorunlu kılar<sup>315</sup>.

Borcun ifa edilememesinde borçluya izafe edilebilecek hiçbir kusur bulunmadığı durumda kural olarak cezai şart istenemez. Buna karşılık borçlunun kusurunun hafif olması durumunda cezadan bir miktar indirim

---

<sup>313</sup> Von Tuhr, s. 770; Ekinci, Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, s. 329' dan naklen; Bilge, s.121; Uygur, s.817.

<sup>314</sup> Yargıtay 15.HD, 26.12.2002 tarih ve E. 2002/395, K. 2002/1250 sayılı kararı, "...Yüklenici, işe ruhsat alarak başlamak zorunda olup ruhsat almadan inşaata başlamak sureti ile kusurlu davranmış olmakla kusurundan kaynaklanan bir nedene dayanarak sorumlu olmadığını ileri sürmesi iyiniyet kurallarıyla bağdaşmaz...".

<sup>315</sup> Bilge, s.123.

yapılması da olağan karşılanmalıdır<sup>316</sup>. Sözleşmenin kasden, hile ya da kin intikam hırsı gibi hoş görülmeyen saiklerle ihlali durumunda ise, cezadan ya hiçbir indirim yapılmamalı ya da indirim miktarı çok sınırlı tutulmalıdır<sup>317</sup>.

Borcun ihlalinde borçlunun kusurunun yanı sıra alacaklının da müterafik kusuru bulunmaktaysa, indirimde bu husus da nazara alınmalıdır<sup>318</sup>.

#### **d) Tarafların ekonomik durumu**

Cezai şartın indiriminde dikkate alınacak diğer bir husus da tarafların ekonomik durumudur. “Aşırı” kavramı subjektif bir nitelik taşıdığından tarafların ekonomik durumu dikkate alınmalıdır. Miktarı gözönünde tutulduğunda eşit iktisadi durumda bulunanlar, mesela iki müteahhid arasında karşılaştırıldığı zaman aşırı görünmeyen cezai şart, mali durumu bozuk olan kimse için aşırı gözükebilir<sup>319</sup>.

Cezai şarttan yapılacak indirimin belirlenmesinde tarafların ve özellikle borçlunun ödeme gücü gözönünde tutulmalıdır. Aşırı cezai şart borçluyu yoksulluk içerisine düşürmemelidir<sup>320</sup>. Bu nedenle borçlunun iktisaden zayıf olduğu durumlarda cezadan indirim yapılması, aynı hukuki durumda bulunmasına rağmen ekonomik açıdan güçlü olan borçlu için farklı çözüm tarzının benimsenmesi hakkaniyete aykırılık teşkil etmeyecektir.<sup>321</sup>

#### **e) Akde aykırılık nedeniyle temin edilen menfaatler**

---

<sup>316</sup> Bilge, s.123.

<sup>317</sup> Bilge, s.123; Von Tuhr, s.772.; Becker, m.163, N.16, s.235 (Ekinci, Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, s.329).

<sup>318</sup> Bilge, s.123; Yargıtay 15.HD, 8.2.1994 tarih ve E. 1993/1831 1994/612K. sayılı kararı, “...davalılar ise davacıların kusuruyla işi terketmek zorunda kaldıklarından davanın reddini istemiş, mahkemece götürü bedelin yapılan işe oranına göre dava kabul edilmiş, karar davacı yanca temyiz edilmiştir...”.

<sup>319</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, s.149.

<sup>320</sup> Yargıtay 14.HD, 05.05.1999 tarih ve E. 1999/2536, K.1999/3371 sayılı kararı.

<sup>321</sup> Bilge, s.123.

Aşırı cezai şartın indirilmesinde borçlunun sözleşmeye uymamaktan dolayı sağladığı menfaatin de dikkate alınması gerekir<sup>322</sup>. Cezai şart borçlusu akde aykırılık sebebiyle önemli menfaatler temin etmiş ya da elde etmeyi ihmal etmiş ise, hâkim indirim oranını belirlerken bunu da hesaba katar.<sup>323</sup>

#### **4) Cezai Şartın İndirilmesine İlişkin Usul İşlemleri**

##### **a) İndirim için başvuru**

Borçlu aşırı cezai şartın indirim talebini ya mahkeme ya da hakem önünde ileri sürecektir. Mahkeme sözkonusu olduğunda, indirim için özel bir mahkeme gösterilmediğinden yetkili ve görevli mahkeme genel hükümlere göre belirlenir. Bu kurallarına göre belirlenen mahkemede dava açılarak hâkimden 161/III'de tanınmış yetkinin kullanılması talep edilir.

Hakem konusunda ise kanunda bir açıklık bulunmamakla birlikte, HUMK'nun 518. maddesine göre, "yalnız iki tarafın arzularına tabi olmayan meselerde tahkim... "cereyan etmez kuralı uyarınca, hakemin cezai şart miktarını aşırı bulması halinde sadece bu indirimi yapmakla hâkimin yükümlü tutulmuş olması nedeniyle bu konuda hakeme gidilmesi kolay savunulamaz<sup>324</sup>. Buna karşın Doktrin'de cezai şartın indirilmesi konusunda hakeme gidelebileceği de kabul edilmektedir<sup>325</sup>.

##### **b) İndirim talebinde bulunma şekli**

---

<sup>322</sup> Yargıtay 11.HD, 15.03.1990 tarih ve E. 1989/1906, K.1990/2207 sayılı kararı.

<sup>323</sup> Bilge, s.123.

<sup>324</sup> Günay, s.203.

<sup>325</sup> Kocaağa, s.232.

Yukarıda yenilik doğurucu bir hak olarak belirttiğimiz aşırı cezai şartın indirilmesi talebi ancak bir dava veya def'i ile yerine getirilebilir. Buna göre borçlu indirim talebini ya bir eda davasıyla ya da bir karşı dava ile yapar. Dava nitelik itibariyle yenilik doğurucu bir davadır<sup>326</sup>.

Def'i ile aşırı cezai şartın indirimi istenmesi durumu konusunda yazarlar arasında görüş birliği yoktur. Bir grup yazar<sup>327</sup> def'i ile ileri sürülebileceğini kabul etmekte fakat diğer bir grup yazar<sup>328</sup> da indirim talebinin karşılık dava ile yapılması gerektiğini belirtmektedir. Bizce, borçlunun indirim talebinde bulunmasını zorlaştırmamak için def'i şeklinde yapılması mümkündür. Ayrıca bu durum usul ekonomisine de uygundur.

### **c) İndirim kararı ve hükmü**

Davalar, mahkemeden talep edilen hukuki koruma niteliğine göre üçe ayrılır; 1- Eda davaları 2-Tespit davaları 3- Yenilik doğuran davalar.

Eda davasında, davacı bir işi yapmaya, bir şey vermeye veya bir işi yapmamaya karar verilmesini ister. Tespit davalarında davacı bir hukuki ilişkinin var olup olmadığının tespitini talep eder. İnşai davalar ise borçlu ya mevcut bir hukuki durumun değiştirilmesini veya ortadan kaldırılmasını ya da yeni bir hukuki durum yaratılmasını ister. Yenilik doğuran davalar istisnai nitelikte olup kanunun izin verdiği durumlarda açılabilir.

Aşırı cezai şartın indirilmesinin talebiyle açılan davada hâkim sözleşme serbestisine müdahalede bulunması istenmektedir. BK. m. 161/III'e göre hâkime tanınan yetki, yenilik doğuracak şekilde karar alma mecburiyetidir. Çünkü taraflar arasındaki kurulmuş olan hukuki ilişki hâkim kararıyla değiştirilmektedir. Tarafların belirlediği cezai şart, hâkimin "aşırı" nitelmesi ile aşırıya ilişkin miktarın indirilmesiyle değişmektedir.

---

<sup>326</sup> Kocaağa, s.233.

<sup>327</sup> Sherrer,s.32; Betz, s.19 vd.; Staudinger/Kaduk s.164, (Kocaağa,s.233, dn. 152).

<sup>328</sup> Seelinger, (Kocaağa,s.233, dn. 153).

Borçlu aşırı cezai şartın indirilmesi talebini bir dava ile yapmış ise mahkeme nihai karar verir. Kararın kesinleşmesiyle birlikte, istenilen hukuki değişiklik kendiliğinden gerçekleşmiş olur. Karar ile aşırı olan kısım cezai şarttan indirilir. Mahkemenin indirim talebini reddetmesi durumunda yalnız taraflar arasında ve son durum üzerinden kesin hüküm oluşturur. Bu red kararı yenilik doğurucu etkisi olmaz tespit niteliğindedir.

## 6) Cezanın Tamamen Kaldırılması

Cezai şartın indirilmesi talebi ile hâkim, indirim miktarını belirlerken öncelikle cezai şartın amacı olan ifayı güçlendirmek ilkesini dikkate almak zorundadır. Zira cezai şartın borçluyu ifaya zorlamak suretiyle asıl borcu teminat altına alma veya tazminatı tespit amacının bulunmasına göre, aşırılığın derecesi de farklılık gösterir. Alacaklı, tazminat hakkını saklı tutmasının yanında, cezai şart da kararlaştırmak suretiyle borçlu üzerinde psikolojik baskı yapmak, onu ifaya zorlamak amacı gütmüş olabilir<sup>329</sup>. Bu yüzden alacaklının zararı oranına indirmek veya zarar yoksa cezayı tamamen kaldırmak mümkün değildir<sup>330</sup>.

BK'nun 161/III maddesi uyarınca hâkime tanınan yetki cezayı zarar oranında indirmek değil fahiş olan cezai şartı yukarıda belirttiğimiz kriterlere göre belirleyeceği nispette azaltmaktır. Eğer cezai şart fahiş değil ise hâkim indirim talebini reddetmek zorundadır. Aksi takdirde cezai şart kurumundan beklenen fayda sağlanamaz.

Doktrinde de bu hususta birlik bulunmamaktadır. OSER/SCHÖNENBERGER, hâkimin borcun ifası hususunda herhangi bir menfaati bulunmadığı durumda, cezanın tamamiyle kaldırılmasının sözkonusu olabileceğini ifade ediyor. Arsebük, Y.HGK'nun 20.12.1950 T'li bir kararın tahlilinde "cezai şartın fahiş görülmesi ve bu yüzden indirilmesi pekâlâ

<sup>329</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, s.157.

<sup>330</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.356; Kocağa, s.238.

mümkündür. Hâkimin cezai şartı mesela bir liraya indirmesi kabildir. Bu takdirde kanunun gerek tefsire, gerek cezai şartta dair olan sarîh hükümleri ihlal edilmemiş olurdu” demiştir. İncelenen kararın konusu olayda davalının durumu ele alındığında; yazarın, hâkimin cezai şartı uygun bulunduğu takdirde tamamen kaldırabileceğini kabul ettiği anlamına gelmektedir<sup>331</sup>.

Buna karşın zarar olmasa bile cezai şartın ödeneceğini öngören BK. m.159/1 de cezai şartın ödeneceğini göstermektedir. Gerçekten, nasıl ki zararın bulunmaması borçluyu cezai şartı ödemekten kurtarmıyorsa; aynı durumun, cezai şartın tamamen kaldırılmasına engel olması doğaldır<sup>332</sup>. Aksi bir durum istenmiş olsaydı, kanunkoyucu BK. m.44’te ki gibi tamamen kaldırılabilceğini hükmederdi<sup>333</sup>.

Ayrıca sözleşme serbestisi ve ahde vefa ilkelerinin asıl kural olduğu unutmamalıdır. Bu kurala istisna teşkil eden cezai şartın indirilmesi talebinin dar yorumlanması hukuki gerçekliğe uygun düşer. Bu sebepten dolayı cezanın tamamen kaldırılması mümkün değildir.

## II- CEZAI ŞARTIN BUTLANI

BK. madde 161/1 hükmüne göre taraflar cezanın miktarını serbestçe belirleyebilirler. Fakat taraflara tanınan bu serbesti sınırsız değildir. Cezai şart miktarını belirlerken taraflar adab ve ahlak hudutları içerisinde kalmak zorundadırlar. Cezai şart, borçluyu ekonomik olarak yıktığı ve zayıf tarafı ölçüsüz bir şekilde mütessir ettiği takdirde ahlaka aykırıdır<sup>334</sup>.

Cezai şartın, imkânsız, ahlaka adaba aykırı, kanunun emredici hükümlerine aykırı olması durumu için BK.m161/1’de açık hüküm bulunmamaktadır. Zira BK.m.20’ye göre geçersiz hale gelecek cezai şartın sözleşmenin bütünü etkileyip etkilemeyeceği konusunda tereddütler

<sup>331</sup> Ekinci, Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, s.330.

<sup>332</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, s.158.

<sup>333</sup> Bilge, s.124; Tunçomağ, Cezai Şart, s.158.

<sup>334</sup> Von TUHR, s.829.

bulunmaktadır. Borçlar Kanunu Tasarısının 187. maddesi “Ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hâle gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez.” hükmüyle tereddüdüleri gidermiştir. Buna göre, cezai şartın butlan ile sakatlanması durumunda asıl borç sakatlıktan etkilenmeyecektir.

818 sayılı Borçlar Kanununun 161 inci maddesinin kenar başlığında kullanılan “II. Cezanın butlanı ve tenkisi” şeklindeki ibare, Tasarıda “II. Cezanın miktarı, geçersizliği ve indirilmesi” şeklinde değiştirilmiştir. Ancak, doktrinde, “butlan” yerine “geçersizlik” kavramının kullanılması türkçede butlanın tam karşılığı olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir<sup>335</sup>.

Buna karşın, BK.161/II. maddesine göre cezai şart hukuka ve ahlaka aykırı bir borcu güçlendirmek için konulmuş veya tersine anlaşma olmadıkça, borcun ödenmesi borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir durum yüzünden imkânsız hale gelmiş ise, cezai şart istenemez<sup>336</sup>. Cezai şart, asıl borca bağlı feri bir borç niteliğindedir. Eğer asıl borç, mutlak butlan ile sakatlanmış ise cezai şart ta hükümsüz hale gelir.

Cezai şart miktarı ahlak ve adaba aykırılık derecesinde olmamakla birlikte, akitle temin edilmek istenen yararın yanlış tespiti veya durumun gereklerinin sonradan değişmiş olması gibi nedenlerle cezai şart ile uğranılan zarar arasındaki oran borçlu aleyhine olarak aşırı nispette değişebilir. Şurası açıktır ki, ceza ile zarar arasındaki dengenin alacaklı lehine olması, aşırı olmamak şartıyla indirmeyi gerektirmez<sup>337</sup>.

Hâkime aşırı cezai şartı indirme hakkı tanınmasının amacı, ekonomik, yönden güçlü olanın, cezai şart kurumunu istismar ederek, zayıf olanı esmesini önlemek; daha doğrusu, tedbirli olmayan borçlunun kendi ifa

---

<sup>335</sup> Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Sempozyumu, Ankara Üniversitesi, 16.06.2005, <http://www.law.ankara.edu.tr/yazi.php?yad=1428> .

<sup>336</sup> Önen, s.119.

<sup>337</sup> Ekinci, Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, s.321.



imkânlarına fazla güvenmesi sonucu yüksek miktarda cezai şart üstlenmesinden doğan tehlikeleri azaltmaktır<sup>338</sup>.

### **III- CEZAI ŞARTIN SONA ERMESİ**

Cezai şart ile taraflar arasında borç doğurucu bir işlem yapıldığından borçların sona ermesine ilişkin hükümler cezai şart için de uygulanacaktır. Cezai şart muaccel olana kadar fer'i borç niteliğindedir ancak muacceliyetle birlikte bağımsız bir borç halini alır. Her iki durum açısından da sona ermenin ayrı ele alınması gerekmektedir. Bu nedenle, asıl borca bağımlı ve asıl borçtan bağımsız sonra erme açısından ayırım yapmak gerekmektedir.

#### **A) CEZAI ŞARTIN ASIL BORCA BAĞLI OLARAK SONRA ERMESİ**

Cezai şartın bağlı bulunduğu borç bir şekilde doğduktan sonra ortadan kalkmışsa fer'i niteliği dolayısıyla cezai şart da sona erer. Keza, BK. m. 113/l'e göre asıl borcun ödeme veya herhangi bir nedenle sona ermesiyle, rehin ve diğer fer'i haklar sona erer. Maddede açıkça cezai şart sayılmamış olsa da diğer fer'i haklar arasında kabul edilir, bu yüzden cezai şart bu hüküm uyarınca esas borçla birlikte ortadan kalkar<sup>339</sup>.

Asıl borcun ifasının yanı sıra alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi takas, yenileme, borcun ifasında imkânsızlık, feragat, ibra veya ileri sürülmüş olmak kaydıyla zamanaşımı gibi bir nedenle sona ermesi durumunda cezai şart da asıl borca bağlı olarak sona erecektir. Şayet borçlu

---

<sup>338</sup> Kocaağa, s.202.

<sup>339</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, 182.

sonraki imkânsızlığı sebebiyle borcundan kurtuluyorsa, cezai şartı vermekten kurtulacaktır<sup>340</sup>.

BK.131 maddesi “asıl alacak hakkında mururu zaman vaki olunca faiz ve sair fer’i alacaklar hakkında da mururu zaman vaki olmuş olur” hükmünü haizdir. Bu hükme göre asıl alacak zamanaşımına uğrarsa, fer’i hakkın kendisine ilişkin zamanaşımı dolmamış olsa dahi, geçmiş günler faizi, sermaye faizi ve cezai şart gibi fer’i alacaklar da asıla alacağa bağlı olarak zamanaşımına uğramış olurlar<sup>341</sup>.

## **B) CEZAI ŞARTIN ASIL ALACAĞA BAĞLI OLMAKSIZIN SONA ERMESİ**

Cezai şart muaccel olduğu anından itibaren asıl borca bağlılığı ortadan kalkmakta ve bağımsız bir borç halini almaktadır. Asıl borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi ya da dönme cezasına dayanarak borçlunun dönme hakkını kullanmasıyla cezai şart muaccel hale gelmekte ve hükümlerini doğurmaya başlamaktadır<sup>342</sup>. Muaccel olmayan cezai şart, asıl borca bağımlı olarak sona erdiği halde, muacceliyetten itibaren bu bağımlılığın ortadan kalkması ile sona erme nedenleri doğuran cezai şart üzerinde etkili olmaktadır<sup>343</sup>.

Cezai şart, herhangi bir alacak gibi ifa ile sona erer. Ancak ifa, yanında takas, alacaklı borçlu sıfatlarının birleşmesi, yenileme, borcun ifasında imkânsızlık, feragat, ibra veya ileri sürülmüş olmak kaydıyla zamanaşımı da cezai şartı sona erdirir. Alacaklının cezai şarttan feragati ve ibra da bunlara eklenmelidir. Açık veya zımni olabilen vazgeçmenin bulunup bulunmadığı, bu konuda genel kurallara göre, hâkim tarafından belirlenir.

---

<sup>340</sup> Oğuzman/Öz, s.875.

<sup>341</sup> Reisoğlu, s.338.

<sup>342</sup> Tükel, s.103, (Ekinci, Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart,s.384.).

<sup>343</sup> Ekinci, Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, s.384.

Kanun cezai şart hakkında ayrı bir süre ortaya koymadığına göre, BK,'nun 125. maddesi uyarınca muaccel olduğu tarihten itibaren cezai şartın da on senede zamanaşımına uğradığı kabul edilir<sup>344</sup>.

Bu durumda cezai şart da yukarıda borcun sonra erme halleri olarak ifade ettiğimiz hükümler gereğince sona erecektir. BK.m158/II hükmüne göre, ifaya eklenen cezai şartta ilişkin olarak bir ihtirazi kayıt (çekince) koymaksızın alacaklının yapılan ifayı kabul etmesi, muaccel hale gelmiş olmasına rağmen ifaya eklenen cezai şartın talep hakkı ortadan kaldırmış olacaktır.

## SONUÇ

Cezai şart, borçlunun asıl borcunu ilerde, hiç veya gereği gibi ifa etmediği takdirde alacaklıya karşı ifa etmeyi önceden taahüt ettiği bir edimdir.

Cezai şart, toplumsal hayatın ve özel hukukun bütün dallarında akdin taraflarına sağlamış olduğu menfaatler ile birlikte alacaklıya sağlamış olduğu ispat kolaylığı gibi işlevleri sayesinde uygulamada çok önemli bir yere sahip olmuştur. Cezai şartın mahkemelerimizin yükünü bir nebze de olsa hafifletmesi saymış olduğumuz niteliklerine eklenebilir.

Ancak esas itibarıyla cezai şartın üç önemli işlevi vardır. Bunlardan ilki, borçluyu ifaya zorlaması sayesinde borcun ifasını teminat altına almasıdır. Gerçekten de üstlenmiş olduğu borcu yerine getirmemesi halinde çoğu zaman gecikme faizinden daha fazla miktarlarda saptanan cezai şartı ödemek zorunda kalacağını bilen borçlu, borcunu ifa etmek için elinden geleni yapacaktır. Bu özelliğiyle cezai şart borçlunun üzerinde asılı duran Demoklesin kılıcına benzemektedir. İkinci olarak, borcun ifa edilmemesi halinde doğacak olan zararın önceden ve götürü şekilde tespit edilmesi suretiyle alacaklının borcunu teminat altına alması borçlunun da

---

<sup>344</sup> Tunçomağ, Cezai Şart, s.182.

ifayı yerine getirmese ne ile yükümlü olduğunu bilmesidir. Üçüncü olarak, borçluya tanınmış olan ve ona borçtan kurtulma imkânı veren, kararlaştırılan cezai şartı ödemek suretiyle borçtan kurtulma hakkıdır.

2005 yılı içerisinde Adalet Bakanlığınca oluşturulan Komisyon tarafından yeni bir Türk Borçlar Kanunu Tasarısı hazırlanmıştır. Borçlar Kanunu Tasarısı'nın genel gerekçesinde özetle "Yürürlüğe girdiği tarihten günümüze kadar geçen 78 yıllık süreçte bazı değişiklikler yapılmış olmakla birlikte, bunlar Borçlar Kanununun sistemini ve genel yapısını değiştirecek kadar köklü ve önemli değişiklikler değildir. Kanunların birer sosyal varlık olarak, aynen canlı varlıklar gibi zamanla yaşlanmaları, kendilerinden beklenen işlevleri tam anlamıyla yerine getirmekte güçsüz kalmaları, bu sebeple de günün şartlarına ve ihtiyaçlarına gereği gibi cevap verememeleri, herkesçe kabul edilebilecek bir gerçektir.

Bu gerçek, kanunların ve özellikle hukuk hayatında büyük önemi olan temel kanunların baştan sona gözden geçirilerek günümüzün şartlarına ve ihtiyaçlarına cevap verebilecek hâle getirilmesini zorunlu kılar. Aynı ihtiyaç ve zorunluluk, temel kanunlardan birisi olan Borçlar Kanunumuz için de söz konusu olduğundan; Adalet Bakanlığı, yürürlükteki Kanunu baştan sona gözden geçirmek ve günümüzün ihtiyaçlarına cevap verecek yeni bir tasarı hazırlamak üzere bilim adamları ve uygulayanlardan oluşan bir "Borçlar Kanunu Komisyonu"nun kurulmasına karar vermiştir.

Oluşturulan Borçlar Kanunu Komisyonu, üç yıla yakın bir sürede hazırladığı "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı"nda, yürürlükteki Borçlar Kanununun genel yapısının ve sistematığının bozulmaması için gerekli özeni ve gayreti göstermiştir. Maddelerin konu ve kenar başlıkları yürürlükteki Kanunda olduğu gibi aynen korunmuştur. Ancak madde metinleri, kaynak İsviçre Borçlar Kanununa uydurulmak ve ifadeler, günümüzde geçerli Türkçeye uygun şekilde arılaştırılmak suretiyle maddelerin daha kolay anlaşılır hâle gelmesi sağlanmıştır" denilerek değişikliğin sebebi ortaya konulmak istenmiştir.

Gerçekten de yürürlükteki Borçlar Kanunumuz oldukça eski bir dil kullanmakla beraber doktrinde uzun süren tartışmalara sebebiyet vermiş tercüme yanlışlıkları da içermektedir.

Ancak doktrinde yeni Tasarı daha çok “ihtiyaç var mıydı” eksenli bir tartışmanın içinde ele alınmakta buna ek olarak yeterince tartışılmadan veya başka bir ifadeyle geniş bir konsensus yaratılmadan kanunlaşabileceği endişeleri dile getirilmektedir. Ayrıca arılaştırılmış Türkçenin bir yere kadar gerekli olduğundan bahisle kimi kavramların hukuk hayatımızda yerleşik hale geldiği ve bazılarının da Türkçe karşılıklarının tam olarak bulunmadığı belirtilerek bu konunun da eleştirisi yapılmaktadır.

Biz tezimizin genelinde bu tartışmalara yeri geldiğinde değinmeye çalıştık. Ayrıca Borçlar Kanunumuzun herhangi bir maddesi, incelediğimiz cezai şart konusuyla ilgili olarak tezimizde yer aldığı zaman Tasarının o maddeyi karşılayan maddesine ve varsa değişikliğine elimizden geldiğince yer verdik. Şu hususu da belirtmeliyiz ki Borçlar Kanunumuzun 158-161 inci maddeleri arasında düzenlenmiş olan “cezai şart” yeni Tasarının 184-187 inci maddelerinde düzenlenmekle birlikte Tasarıda hükümlerine ilişkin en ufak bir değişiklik olmamıştır.

İsviçre Borçlar Kanunu’ndan iktibas ettiğimiz Borçlar Kanunumuz 1926 yılından beri yürürlüktedir. Buna bağlı olarak cezai şart hükümleri de o yıldan bu yıla hiç bir değişikliğe uğramadan günümüze kadar gelmiştir. Uzun bir süre gibi gözükmesine rağmen aslında cezai şart olarak adlandırılan hukuki müessesenin günümüze kadar nasıl ulaştığına kısaca bakmak gerekir.

Cezai şart kavramının kaynağı Roma Hukukuna kadar uzanır. Roma Hukukunda “stipulatio poenae” yani “cezai şart stipulatio” olarak adlandırılan cezai şart, belli taahütlerin ifasının sağlanması, borçluya baskı unsuru olarak kullanılması ve andlaşmalarda tarafların mahkemeye çıkma haklarının bulunmasına kadar birçok hususta günümüzdeki hükümlerine benzer niteliklere haizdir. Aynı şekilde Ortaçağ Kilise Hukuku ve

1844 te Fransız Kanun Koyucularının konuyu ele alışlarından bu zamana kadar gelmiş bir cezai şart kavramından bahsetmek mümkündür. Tarihi bu kadar eskilere dayanan ve uygulamalarla olgunlaşmış, ihtiyaçları karşılayarak bu günkü halini almış bir hukuki işlemin 1926 yılından bu yana kadar değişmemesi de doğaldır görüşünderiz.

Değişiklik sadece terim hususunda karşımıza çıkmıştır. Yeni Tasarıda “cezai şart” terimi “ceza koşulu” terimi ile karşılanmış ve kanımızca da bu konuda herhangi bir eksiklik veya eleştirilecek husus bulunmamaktadır.

Ayrıca Kanunların günün şartlarına ve ihtiyaçlarına gereği gibi cevap verememeleri halinde günümüzün şartlarına ve ihtiyaçlarına cevap verebilecek hâle getirilmesinin zorunluluğu herkesce kabul edilen bir gerçektir. Ancak Yeni Borçlar Kanunu Tasarısının bu ihtiyaçları ne kadar karşıladığı sorusunun cevabı kanımızca doktrinsel tartışmalarda olduğu kadar uygulamada yaratılacak mahkeme içtihatlarında bulunacaktır.

## KAYNAKÇA

Adalet Bakanlığı,

Kanunlar Genel

Müdürlüğü:

Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, 18.06.2005,

[www.kgm.adalet.gov.tr/borclarkanunu.htm](http://www.kgm.adalet.gov.tr/borclarkanunu.htm)

Aral, Fahrettin:

Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri,4. Bası,  
Ankara, Yetkin, 2002

Arkan, Azra:

Cezai Şart, İstanbul Barosu Dergisi 1-2-3,  
İstanbul, 1997

Arslanlı, Halil:

Ticari Bey, 4. Bası, İstanbul, Fakülteler  
Matbaası,1955

Ayan, Mehmet:

Borçlar Hukuku, 2. Bası, Konya, Mimoza, 1998

Barlas, Nami:

Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve  
Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel  
Sonuçlar, (Doktora Tezi), İstanbul, 1992

Başpınar, Veysel:

Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara,  
Yetkin, 1998

Belen, Herdem:

Kat Mülkiyetinde Yönetim Planına Cezai Şart  
Konulması, Prof. Dr. Nuri Çelike Armağan,  
İstanbul, 2001

Bilge, Necip:

Cezai Şart, ( E. Arsebük Armağanından ayrı bası),  
Ankara, Güzel İstanbul Matbaası,1957

Birsen, Kemaleddin:

Borçlar Hukuku, 4. Bası, İstanbul, Fakülteler  
Matbaası,1967

Dural, Mustafa /

Öz, Turgut:

Miras Hukuku Dersleri, İstanbul, Filiz, 2003

- Ekinci, Hüseyin: Cezai Şart Türleri Ve Hükümleri, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 1996
- Ekinci, Hüseyin: Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, Ankara, Seçkin, 2004
- Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 8. Bası, Beta, İstanbul, 2003
- Feyzioğlu, Feyzi: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1977
- Gökçeoğlu, Kamil Haluk: Cezai Şart, (Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 1993
- Günay, Cevdet İlhan: Cezai Şart, (Profesörlük Takdim Tezi), Ankara, Turhan, 2002
- İnan, A.Naim: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara, AÜHFY, 1984
- Kazancı İċtihat Bankası: [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)
- Kaplan, İbrahim: Borçlar Hukuku Dersler, Genel Hükümler, Ankara, İmaj Yayınevi, 2001
- Kılıçoğlu, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, Ankara, Turhan, 2005
- Kocaağa, Köksal: Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, (Doktora Tezi), Ankara, 2003
- Kostakoğlu, Cengiz: İċtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 3. Bası, İstanbul, Beta, 2000
- Kudat, Arkun: Cezai Şartın Mahiyeti Ve Ceza İle Münasebeti, Ankara Barosu Hukuk Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 58-59, Ankara, Şubat 1949
- Nomer, Haluk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Notları, 2. Bası, İstanbul, Beta, 2001



- Kuntalp, Erden/Barlas,  
Nami/Ayanoğlu Moralı,  
Ahu/Çavuşoğlu Işıntan,  
Pelin/İpek, Mehtap/Yaşar,  
Mert/Koç, Sedef: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin  
Değerlendirmeler, Galatasaray Üniversitesi,  
İstanbul, Beta, 2005
- Öcal, Akar : Para Borçlarındaki Cezai Şart Hakkında  
Yargıtayın Görüşleri, Adalet Dergisi, Sayı: 5,  
Ankara, Adalet Bakanlığı, Mayıs 1961
- Oğuzman, Kemal: Para Borçlarında Cezai Şart – İçtihadı Birleştirme  
Kararı Lüzumu, İstanbul Üniversitesi Hukuk  
Fakültesi Mecmuası, Cilt: XXVIII, Sayı: 1, İstanbul  
1962
- Oğuzman, Kemal /  
Dural, Mustafa: Aile Hukuku, 2. Bası, Filiz, İstanbul, 1998
- Oğuzman, Kemal /  
Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, İstanbul,  
Filiz, 2000
- Önen, Turgut: Borçlar Hukuku, Ankara, Siyasal, 1995
- Öztan, Bilge: Aile Hukuku, 3. Bası, Ankara, Turhan, 2000
- Özmen, E. Saba: Nişanın Bozulmasında Cayma Akçesi Ve Cezai  
Şart, TBBD, 1995
- Poroy, Reha /  
Tekinalp, Ünal /  
Çamoğlu, Ersin: Ortaklıklar Ve Kooperatifler Hukuku, 8. Bası,  
İstanbul, Beta, 2000

Poroy, Reha /

Tekinalp, Ünal: Kıymetli Evrak Usuli Esasları, 13. Bası, İstanbul, Beta, 1998

Reisoğlu, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, İstanbul, Beta, 2000

Serozan, Rona: Sözleşmeden Dönme, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975

Soyer, M. Polat: Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Ankara, Yetkin, 1994

Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 6. Bası, İstanbul, Sevinç Matbaası, 1990

Tekinay/Akman/

Burcuoğlu/ Altop: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul, Filiz, 1993

Tekinay, Selahattin Sulhi: Borçlar Hukuku, 3. bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1974

Tunçomağ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, C.I, Genel Hükümler, 5. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1972

Tunçomağ, Kenan: Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1963

Türk Borçlar Kanunu

Tasarısı Sempozyumu: Ankara Üniversitesi, (çevrimiçi)  
<http://www.law.ankara.edu.tr/yazi.php?yad=1428>

Uçar, Salter: Hukukta Cezai Şart ve Uygulaması, Ankara, Alfa Yayınları, 1993

- Uygur, Turgut: Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk Ve Tazminat Hukuku, Ankara, Seçkin, 2003,
- Von Tuhr, Andreas : ( Çeviren, Cevat Edege ), Borçlar Hukuku, İstanbul, Yeni Matbaa, 1953
- Velidedeoğlu,  
Hıfzı Veldet /
- Özdemir, Refet: Türk Borçlar Kanunu Şerhi, (Genel-Özel), Ankara, Yargıtay Yayınları, 1987
- Yavuz, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Bası, İstanbul, 1989