

KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA HÂKİMİN CEZA KOŞULUNU İNDİRME YETKİSİ

Hasan KARSLIOĞLU*

Öz

Sözleşmeler hukukunun en tartışmalı konularından biri olan ceza koşulu konusu ve ceza koşulunda hâkimin ceza koşulunu indirme yetkisi, uygulamada da sıkça karşılaşılan bir konudur. Bu nedenle çalışmamızda biz de ceza koşulunun doğumu ve tarihsel gelişimi kapsamında, hâkimin takdir yetkisini, farklı ülkelerdeki uygulama örneklerini ele alarak incelemeyi hedefledik. Bu çalışmamızda, ceza koşulunun sadece kıta Avrupası temelinde yer alan Roma Hukuku kapsamında değil aynı zamanda İngiliz Hukuku'nda da uzun süredir devam eden ceza koşulu uygulamalarının olduğu, bununla birlikte İngiliz Hukuku'nda uygulanan ceza koşulunun Kıta Avrupası ile ortak yanları incelenmiştir. Burada, İngiliz Hukuku'nu esas almamızın en önemli nedenlerinden birisi, örfi hukuku ("common law") esas alan anlayışın ve kolonileşme dönemi kapsamında dünya üzerinde birçok bölgede uygulanan hukukunun, halen İngiliz Hukuku olmasıdır. İngiliz Hukukunda yer alan ceza koşulunun Amerika Birleşik Devletleri ve Avustralya da dahil olmak üzere örfi hukuk yargılarında benzer uygulamalar kapsamında benimsendiğini görülmektedir. Roma Hukuku temeli olan İsviçre Hukuku ve Alman Hukuku'na da çalışmamızda yer verilmiştir. Bu çalışmamızda, İsviçre ve Türk Hukuku birlikte karşılaştırılmış olup; İngiliz ve Alman Hukuku kapsamında ceza koşulunun tarihsel gelişimi ve ceza koşulunun hâkim tarafından indirilmesi ele alınmıştır. Bu çalışmamızda yapmış olduğumuz incelemeler ile birlikte, son bölümde milletlerarası hukuk kapsamında ceza koşulunun incelemeş olduğumuz ülkeler bazında nasıl ele alındığı ve kamu düzeni kapsamında değerlendirmeye tâbi tutulup tutulamayacağı değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Ceza Koşulu, Hakimın Takdir Yetkisi, Ceza Koşulunun İndirilmesi, Ceza Koşulunun İndirilmesinin Hukuki Niteliği, Hakkaniyet İlkesi, Aşırı Ceza Koşulu.*

* Dr. Öğr. Üyesi; İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakültesi İşletme Mühendisliği Anabilim Dalı; ORCID: 0000-0002-3872-9986; hasankarslioglu@itu.edu.tr

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 04.02.2022

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 11.02.2022

Bu makaleye atıf için; KARSLIOĞLU, Hasan, "Karşılaştırmalı Hukukta Hâkimin Ceza Koşulunu İndirme Yetkisi", **İMİHFD**, Y. 2022, C. 7, S. 12, s. 109-138.

DISCRETION OF JUDGE IN REDUCTION OF THE PENALTY CLAUSE IN COMPARATIVE LAW

Abstract

The issue of penal clause, which is one of the most controversial issues in the law of contracts, and the judge's right to make adjustments in penal clauses are also frequently encountered issues in practice. For this reason, in our study, we aimed to examine the discretion of the judge within the scope of the birth and historical development of the penal clause by considering the application examples in different countries. In this study, we see that the penal clause was not only derived from under Roman law based on continental European law, but also has long-standing penal clause practices in English law. Also, the penal clause applied in English law has common aspects with continental Europe. One of the most indispensable reasons why we especially discussed English law in this study is that the understanding based on common law (“common law”) and the law applied in many regions around the world within the scope of the colonization are derived from English law. It is seen that the penalty clause in English law is adopted with some variants in all common law jurisdictions, including the United States of America and Australia. In our study, Swiss Law and German Law, which are the basis of Roman Law, are also included. Also, in this study you can find that the Swiss and Turkish Law were compared together. Also, the historical development of the sentence under English and German Law and the reduction of the sentence by the judge are discussed. Along with the examinations we have made in this study, it has been evaluated how the penal clause under international law is handled on the basis of the countries we have examined and whether it can be evaluated within the scope of public order.

Keywords: *Penalty Clause, Judge's Discretion On Penalty Clause, The Reduction Of The Penalty Clause, The Legal Nature Of The Reduction On Penalty Clause, Equity, Excessive Penalty Clause*

I. TÜRK VE İSVİÇRE HUKUKUNDA HÂKİMİN CEZA KOŞULUNU İNDİRMESİNİN DÜZENLENMESİ

A. CEZA KOŞULU KAVRAMI

Alacaklı, genellikle borçlunun edimi hiç veya gereği gibi ifa etmeme ihtimaline karşı alacağını güvence altına alma ve kuvvetlendirme yollarını kullanma niyeti içerisinde¹. Örneğin, Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 112. maddesinde yer alan “*Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını*

¹ EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 20. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 1181.

gidermekle yükümlüdür” hükmü de alacaklının haklarını korumaya yönelik temel düzenlemelerden birisidir. Türk Borçlar Hukuku kapsamında, TBK’nın 114 ve 50. maddeleri gereğince kural olarak ispat yükü alacaklıda olup; TBK’nın 112. maddesi kapsamında ispat yükümlülüğü *“borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemiş”* kapsamı ile sınırlıdır. İspat yükünün alacaklıda olmasının yanında, her zaman zararın ispatının mümkün olmaması ihtimali göz önüne alındığında, konunun çok net olmadığı açıkça ifade edilebilir². Bu nedenle, alacaklı genellikle borçlunun ifasını yerine getirmesi amacıyla daha farklı yollar izlemektedir. Bu yollardan birisi de ceza koşuludur. TBK’nın üçüncü ayırımında düzenlenen ceza koşulu, kanunun 179. ve 182. maddeleri arasında hüküm altına alınmıştır.

TBK’da ceza koşulunun tanımı bulunmamaktadır. Kanun koyucunun ceza koşulu için herhangi bir tanımdan kaçınmasının asıl sebeplerinden birisi, ceza koşulu terimini karşılayacak bir tanımın sınırlayıcı olabileceği kaygısıdır³. Yargıtay kararları incelendiğinde bazı kararlarda ceza koşulu, *“geçerli bir borcun yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesi”* olarak tanımlanmışken, başka bir kaynakta, *borçlunun ödemesi gereken edim*” olarak tanımlanmıştır⁴. Yargıtay bir başka kararında ceza koşulunun, sözleşmede kararlaştırılan ve sözleşme koşullarını ihlal eden tarafın karşı tarafa ödemeyi yükümlendiği, asıl edim borcunun *fer’i niteliğinde olan bir edim borcu* olduğunu belirtmiştir⁵. Doktrinde bir görüş ise ceza koşulunun, borçlunun borca aykırı davranışı halinde alacaklıya ödenmesi gereken, önceden kararlaştırılmış *kesin miktarlı bir tazminat* olduğunu savunmaktadır⁶.

Her ne kadar İsviçre ve Alman Hukuku düzenlemelerinde ceza koşuluna ilişkin herhangi bir tanım yer almasa da, İsviçre Borçlar Kanunu’nun 1905 tarihli taslağının 1185. maddesinde ceza koşulu *“borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde, borçluyu, alacaklıya karşı ceza ya da tazminat olarak belirli bir edimle bulunmaya zorlayan anlaşmadır”* şeklinde düzenlenmiş; ancak bu tanım da tasarıdan çıkartılmıştır⁷. Sonuç olarak, ceza koşulunun mahiyetinin tartışmalı olması nedeniyle ceza koşulunu tanımlayan bir hüküm TBK’da yer almamaktadır⁸.

² Bu durumda, Türk Borçlar Kanunu’nun 114. maddesinin 2. fıkrası atfı ile Türk Borçlar Kanunu’nun 50. maddesinin 2. fıkrası uygulama alanı bulabilecektir.

³ TUNÇOMAĞ, Kenan, **Türk Hukukunda Cezai Şart**, Baha Yayınları, İstanbul, 1963, s. 6.

⁴ Yarg. 3. HD., E. 2017/15056, K. 2017/17040, 05.12.2017(Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

⁵ Yarg. 11. HD., E. 2016/1646, K. 2017/4085, 06.07.2017 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

⁶ TUNÇOMAĞ, s. 21-30.

⁷ KOCAAĞA, Köksal, **Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası)**, 2. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 25.

⁸ NOMER, Haluk, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 15. Basım, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2017, s. 471.

B. CEZA KOŞULUNUN İNDİRİLMESİ

1. Genel Olarak

Taraflar sözleşme serbestisi ilkesi gereğince ceza koşulunu diledikleri gibi belirleyebilirler⁹. Kanunda ceza koşulunun belirlenmesi adına herhangi bir üst sınır öngörülmemiştir. TBK'nın 182. maddesinin 1. fıkrası taraflara bu konuda özgürlük tanımaktadır¹⁰. TBK'nın 182. maddesi şu şekildedir: “(1) *Taraflar, cezanın miktarını serbestçe belirleyebilirler. (2) Asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse, cezanın ifası istenemez. Ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hâle gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez. (3) Hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir*”. Maddenin 3. fıkrası ile irade serbestliği ilkesine istisna getirildiği görülmektedir. Hâkimin bu yetkisini kullanarak ceza koşulunu indirmesi için borçlunun talepte bulunması gerekmez. Hâkim, borçlunun talebi olmaksızın aşırı gördüğü ceza koşulunu resen (*ex officio*) indirebilir.

Türk Hukuku ile oldukça benzerlik gösteren İsviçre Hukukunda ise, ceza koşulu (*konventionalstrafe*) İsviçre Borçlar Kanunu'nun 163. maddesinde düzenlenmiştir. Türk Hukuku ile birlikte İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki ceza koşuluna ilişkin düzenlemelerin Alman Hukuku'ndan güçlü bir şekilde etkilendiği görülmektedir. Bilindiği gibi Alman Medeni Kanunu'nda ceza koşulunun indirilmesi aslında İsviçre Borçlar Kanunu'ndan alınmıştır¹¹. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 163. maddesi incelendiğinde, ilgili hükmün ilk fıkrasında, Türk Hukuku ile paralel olarak, tarafların ceza koşulunu belirlemede özgür oldukları görülmektedir. Ancak, her ne kadar İsviçre Borçlar Kanunu'nun 163. maddesinin 1. fıkrası kapsamında tarafların sözleşmede ceza koşulunu belirlemede özgür oldukları belirtilmiş olsa da İsviçre Borçlar Kanunu'nun 163. maddesinin 3. fıkrası kapsamında ceza koşulu hükmünün, belli şartların varlığı halinde, indirim tabi olabileceği hüküm altına alınmıştır.

⁹SİPAHİ, Tolgahan, **Ceza Koşulunun İndirilmesi**, İstanbul, 2020, s. 50 (Çevrimiçi) https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/TezGoster?key=wf-FPgY-5qjHEzEoOgvMs_Z2dsHE4pPkzkBYFwGL-Prj-rPmyLyJvWM9hVO7IOdn E.T. 18.01.2022.

¹⁰ Ancak, bu kuralın kanunlardan kaynaklanan istisnaları olabilir. Örneğin, Türk Borçlar Kanunu'nun 181. maddesinde yer alan kısmen ifa bölümünde, “Taksitli Satışlar” adlı Türk Borçlar Kanunu'nun 260. hükmüne atıf yapılmış olup; alıcı bedelde temerrüde düşerse satıcının belirli koşullar altında sözleşmeden dönme hakkının olduğu düzenlenmiştir. Satıcı, alıcının peşinatı ödemede temerrüdü nedeniyle satılanı alıcıya teslim etmeden önce sözleşmeden dönecek olursa, sözleşmede bu durumda ödenmesi öngörülen ceza koşulu hükmünün, peşin satış bedelinin %10'unu aşmayacağı kabul edilmiştir.

¹¹ SCHOCH, Walter; **Begriff, Anwendung und Sicherung der Konventionalstrafe nach Schweizerischem Recht**, Staempfli & Cie., Bern, 1935, s. 66.

2. Ceza Koşulunun İndirilmesinin Hukuki Niteliği

Ceza koşulunun indirilmesi hususunda değinilmesi gereken bir diğer husus, ceza koşulunun indirilmesinin niteliğidir. Ceza koşulunun indirilmesinin hukuki niteliği kapsamında birden fazla görüş bulunmaktadır. Bunlardan ilki, ceza koşulunun indirilmesini kısmi hükümsüzlük yaptırımıyla açıklanmasıdır¹². *Başpınar*, ceza koşulunun indirilmesi hususunu “*değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük*” olarak kabul etmek olup; bu terimi, “*kanun koyucu bazen sözleşmenin emredici hükümlerine aykırılık nedeniyle sakatlığı halinde, sakat kısmın yerine geçecek hükmü, hâkimin takdir hakkına dayanarak belirlenmesini istemiştir*” şeklinde açıklamıştır¹³. Bu kapsamda hâkim, eğer ceza koşulu TBK’nın 27. maddesine aykırılık teşkil ediyorsa, sakat olan ceza koşulu hükmünü kısmi hükümsüzlük kapsamında değerlendirecek ve yeni bir ceza koşulu hükmü belirleyecektir. İkinci görüş ise, kısmi hükümsüzlüğün sözleşme boşluğu yaratılmaksızın ceza koşulunun kendi içerisinde bölünerek indirime tâbi olmasını savunmaktadırlar¹⁴. Bu görüşü savunan yazarlar aşırı ceza koşulunun indirilmesi hususunda hâkimin takdir yetkisine sahip olduğunu ve hâkim tarafından belirlenen miktarın ceza koşulunun en üst sınırı olduğu kabul edilmektedir¹⁵.

Biz, TBK 182. maddesinin 3. fıkrası ile TBK’nın 27. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen kısmi hükümsüzlük terimlerinin birbirinden ayrı bir şekilde değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktayız. Nitekim, TBK’nın 27. maddesinin uygulama alanı bulabilmesi için ceza koşulu hükmünün kanuna ve ahlaka aykırı olması gerekmektedir. Ancak, ceza koşulunun kanuna ve ahlaka aykırı olması, oldukça ağır şartlara tâbi olduğundan uygulama alanı da zorlaşmaktadır. Buna karşın, TBK’nın 182. maddesinin 3. fıkrası kapsamında ceza koşulu hükmünün fahiş olduğuna ilişkin değerlendirme farklı şartlara tâbi olup; somut olayda uygulanması daha olasıdır.

3. Ceza Koşulunun İndirilmesinin Şartları

Taraflar arasında kararlaştırılan ceza koşulunun hâkim tarafından indirime konu olabilmesi için ilk şart, geçerli bir ceza koşulu anlaşmasının olmasıdır. Ceza koşulu fer’i nitelikte olduğundan taraflar arasında akdedilen sözleşme geçersiz olduğunda ceza koşulu da hüküm doğurmayacaktır¹⁶. Ceza koşulu asıl sözleşmeye bağlı olarak veya kendiliğinden geçersiz olması durumunda hüküm ve sonuç doğurmayacağından, cezanın indirilmesinden söz edilemez. Asıl borcu doğuran sözleşme, şekil eksikliği ve/veya başka bir sebepten geçersiz olursa, buna bağlı olarak ceza koşulu hükmünün uygulanması da söz konusu olamayacaktır.

¹² KIRKBEŞOĞLU, Nagehan, **Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük**, Doktora Tezi, İstanbul, 2010, s. 162 (Çevrimiçi) <http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/47148.pdf> E.T. 10.02.2022; KOCAAĞA, s. 324.

¹³ Bu görüşe “değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük” denmektedir (KOCAAĞA, s.324).

¹⁴ “Düşey kısmi hükümsüzlük” kapsamında ayrıca TTK m.1530 (mülga TK m.1466) değerlendirmesi için bkz: KIRKBEŞOĞLU, s. 174 vd.

¹⁵ KIRKBEŞOĞLU, s.307.

¹⁶ SİPAHİ, s. 59.

İsviçre Hukukunda da sözleşme hükmünün geçerli olması halinde ceza koşulunun indirimine konu olabileceği söylenebilir. İsviçre Medeni Kanunu'nun 27. maddesinin 2. fıkrasından; borçlu tarafından bağlayıcı olmayan sözleşme yükümlülüklerini yerine getirilmemesi nedeniyle alacaklı tarafından sözleşmeye dayalı ceza koşulunun talep edilemeyeceği sonucu çıkartılabilmektedir¹⁷.

Ceza koşulunun indirilmesi için gerekli olan bir diğer şart, ceza koşulunun muaccel olmasıdır. Hem Türk hem de İsviçre Hukuku düzenlemelerine bakıldığında bu kapsamda herhangi bir düzenlemenin yer almadığı görülmektedir¹⁸. Ancak, ceza koşulunun hâkim tarafından indirebilmesi için ceza koşulunun muaccel olması gerektiği de savunulmaktadır¹⁹. Ceza koşulunun muaccel olabilmesi için ilk öncelikle asıl borcun muaccel hale gelmesi gerekmektedir. Asıl borç henüz muaccel olmamış ise borçlu tarafından ifa yerine getirilmeyeceğinden, asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemiş olması da söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle, ceza koşulunun geçerlilik şartını oluşturan “*asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi*” de gündeme gelebilecektir²⁰.

Ceza koşulu muaccel olana kadar bağlılık ilkesi gereği asıl borca bağlıdır. TUNÇOMAĞ bunu, “*cezai şart muaccel olmadan önce bağımsız bir varlığa sahip değildir ve bu yüzden asıl borcun akıbetine katılır*” şeklinde ifade etmiştir²¹. Her ne kadar ceza koşulu muaccel olmadan önce bağımsız bir varlığa sahip olmasa da; miras, alacağın temliki, borcun nakli, icra ve iflas alanlarında bu hususun istisnalarını görmekteyiz²². Ceza koşulu, muaccel olmasıyla birlikte asıl borçtan ayrı bir borç niteliği kazanacak ve indirilmesi de mümkün hale gelecektir²³.

Ceza koşulunun muaccel olma şartı, ceza koşulunun muaccel olmadan önce uyuşmazlığa konu olamayacağı anlamına gelmemektedir. Özellikle, İsviçre uygulamasında ceza koşulunun talep edilmesinden önce oldukça yaygın bir şekilde tespit davasına konu edildiği görülmektedir²⁴.

Ceza koşulunun hâkim tarafından indirilmesinin bir diğer şartı ise ceza koşulunun ifa edilmemiş olmasıdır²⁵. Bu hususta İsviçre ve Türk Hukuku'nda herhangi bir

¹⁷ VOGEL, Dominic; **Vertragliche Pflichten des professionellen Mannschaftssportlers und Sanktionierung von Vertragsverletzungen durch Konventionalstrafe oder disziplinarische Versetzung**, Schulthess Verlag Zürich, 2018. s. 60-63, (SwissLex); İsviçre Medeni Kanunu'nun 27. Maddesinin 2. Fıkrası şu şekildedir: “*Hiç kimse, özgürlüğünden feragat edemez veya onun kullanımını kanuna veya genel ahlaka aykırı olacak şekilde kısıtlayamaz.*”

¹⁸ PELLANDA, Roth Katja, **Obligationenrecht Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen**, Art. 1-183 OR, Hrsg. Andreas FURRER/Anton K. SCHNYDER, 3. Basım, 2016 s.932, (SwissLex).

¹⁹OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler CİLT II**, 10. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 536; KOCAAĞA, s. 337-338.

²⁰ KOCAAĞA, s. 219.

²¹ TUNÇOMAĞ, s. 87

²²Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz: TUNÇOMAĞ, s. 87.

²³ EREN, s. 1188.

²⁴ PELLANDA, s. 932.

²⁵ EREN, s. 1189.

düzenleme yoktur ancak ceza koşulunun ödenmesi halinde indirim konusu olamayacağı tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüş, ödenmiş olan ceza koşulunun fahiş olmadığından bahisle ödenen ceza koşulunun indirilmesinin de mümkün olmayacağını savunmaktadır²⁶. Bir diğer görüşe göre ise bu hususta açık kanun hükmü olmadığından ceza koşulunda indirim yapılmasını talep etmenin önünde herhangi bir engelin bulunmadığını savunmaktadır²⁷. İsviçre Hukukunda da aynı görüş kabul görmüştür. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 163. maddesinde yer alan hükmün şartları oluşsa dahi²⁸ kısmi ödemenin, ceza koşuluna uygulanacak indirim hususunda, feragat anlamına gelmediği belirtilmektedir²⁹. Ayrıca, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından verilen en son kararların da bu doğrultuda olduğu görülmektedir³⁰.

Ceza koşulunun hâkim tarafından indirilmesinin en temel şartı ceza koşulunun aşırı (fahiş) olmasıdır. Kanunda aşırılığa dair açık bir tanımlama yapılmadığından tarafların açık menfaatleriyle kıyaslandığında adalet ve hakkaniyete açıkça aykırı olduğu anlaşılan ceza koşulunda aşırılıktan söz edilebilecektir. Bir başka deyişle alacaklının korunması gereken menfaatleriyle karşılaştırıldığında açık bir oransızlık içeren ceza koşulunun, genel olarak aşırı olduğu kabul edilir³¹.

Hâkim hakkaniyet ve adalete göre aşırılığı kendisi tespit edecek, hakkaniyete ve taraf menfaatlerine uygun şekilde aşırı ceza koşulunu indirecektir. Belirli ve kesin ölçütler kanunda düzenlenmediğinden, hâkim her olayı kendi içinde değerlendirecek, alacaklının her bir menfaati yanında, borçlunun ve alacaklının ekonomik durumu, ceza koşulunun kararlaştırılmasındaki amaç, ceza koşulunun ödenmesi veya ödenmemesi nedeniyle tarafların uğrayacağı zarar miktarı, borçlunun sözleşmeyi gereği gibi veya hiç ifa etmemesindeki sebepleri göz önünde tutarak karar verecektir³².

²⁶ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 548; BİLGE, Necip, Cezai Şart, Ahmet Esat Arsebük'e Armağan, **AHFY**, Ankara, 1958, s. 119-120; Ayrıca borçlu tarafından ihtirazi kayıt dermeyan edilmeden ödenen ceza koşulu kapsamında borçlunun ceza koşulunu indirme talebinden feragat ettiğine ilişkin bkz: BİLGE, s.119.

(Çevrimiçi) <https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/9142/arma%C4%9Fan.pdf?sequence=1&isAllowed=y> E.T.01.12.2021.

²⁷ TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1**, 5. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, s. 475-476.

²⁸ İlgili hüküm, borçlunun temerrüde düşmediği zamanda yapmış olduğu ödemeleri konu almaktadır. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 63. maddesinin ilk fıkrası, "*Borçlu, temerrüde düşmemesine rağmen isteyerek ödemedede bulunmuşsa ancak hatasının olduğunu ispatlayarak ödemiş olduğu kısmı geri talep edebilir.*" şeklinde olup; ikinci fıkrası ise "*kanuni bir sınırlama ya da ahlaki yükümlülüklerle ilişkin istisna varsa bu durumda uygulanmaz.*" şeklindedir. İlgili hüküm ile ceza koşulu arasında bağ incelendiğinde, borçlunun ya da sözleşmeyi ihlal eden tarafın fahiş belirlenen ceza şartını ödemedede hataen ödemesi halinde iade talep edebileceği sonucu çıkmaktadır.

²⁹ PELLANDA, s. 932.

³⁰ BGE 88 II 511 E 3a, BGE 109 II 120.

³¹ TEKİNAY Sulhi/ AKMAN Sermet/ BURCUOĞLU Haluk/ ALTOP Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 355.

³² KOCAAĞA, s. 348; Yarg. 13. HD. E. 2003/78, K.2003/4622, 15.04.2003 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

Ceza koşulunun aşırılığı belirlenirken göz önünde bulundurulması gereken bir diğer husus ise ceza koşulunun aşırılığının ahlak ve adaba aykırı olması durumudur. Nitekim, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 19. ve 20. maddelerinde ve TBK'nın 27. maddesi çerçevesinde ahlaka ve adaba aykırı ceza koşulu hükümlerinin hükümsüzlüğü söz konusu olacaktır³³. Ceza koşulunun yalnızca aşırı olması, TBK'nın 27. maddesi çerçevesinde ahlaka ve adaba aykırı olması için yeterli değildir. Ceza koşulunun borçlunun ekonomik yönden yıkımına sebep olacak şekilde aşırı olması gerekmektedir³⁴. Ceza koşulunun belirlendiği anda, ceza koşulu borçlunun ekonomik yönden yıkımına sebep olmakta ise TBK'nın 27. maddesi çerçevesinde ceza koşulunun hükümsüzlüğü gündeme gelebilecektir.

4. Ceza Koşulunun Hâkim Tarafından İndirilmesi

a. Genel Olarak

Ceza koşulu genellikle bir miktar para olarak kararlaştırılır³⁵. Ancak ceza koşulunun konusunu para ediminin oluşturması zorunlu olmayıp, paradan başka bir unsur da ceza koşulu olarak belirlenebilir. Ancak, biz bu çalışmada tarafların para ile kararlaştırdıkları ceza koşulunun indirilmesi hususunu inceleyeceğiz.

Hâkimin ceza koşulunu aşırılık sebebiyle indirmesi istisnai bir yetkidir. Hâkim bu yetkiyi kullanırken sözleşme serbestisi ve irade özgürlüğünün sınırları dışına çıkmamalıdır. Hâkim aşırılığı değerlendirirken hakkaniyet ve adalet prensipleri gereğince objektif bir şekilde karar vermelidir³⁶. Hâkim ceza koşulunun aşırılığını

³³ KARAGÖZ, Veli, İşveren Tacir Olması Durumunda Cezai Şartın İndirilmesi, **EÜHFD**, Y. 2014, C. 18, S. 3-4 (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1834465> E.T.18.01.2022.

³⁴ Yarg. HGK, E. 2001/9-1175, K. 2001/1166 K., 26/12/2001 : “Öte yandan, dava konusu uyumsuzluğa uygulanması gereken mülga 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 161. maddesi uyarınca sözleşmenin tarafları cezai şartın miktarını tayinde serbest iseler de hâkim fahiş gördüğü cezaları tenkisle mükelleftir. Ancak, mülga 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 24. maddesi uyarınca tacir sıfatını haiz bir borçlu Borçlar Kanunu'nun 161/3. maddesinde yazılı olan cezanın fahiş olduğu iddiasıyla cezanın indirilmesini mahkemeden isteyemez. Sadece cezai şart, miktar itibarıyla tacirin ekonomik mahvına sebebiyet verecekse tacir bu nedenle cezai şartın ahlak ve adaba aykırılığından bahisle tenkisini isteyebilir”(Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

³⁵ Ceza koşulunun bağlı olduğu asıl borcun ifa edilmemesi halinde alacaklıya belirli bir tutarın, çoğunlukla bir miktar paranın tediyesi şartını kapsayan bir taahhüt olarak ifade edildiği Yargıtay kararları mevcuttur bkz: Yarg. HGK, E.2004/19-357, K. 2004/360 K., 16.06.2004: “Cezai Şart esas borca bağlı olarak vücuda gelen ve borçlunun borcunu ifa etmemesi veya geç yerine getirmesi veyahut noksan ifa etmesi ve nihayet şart kulan mahalde ifa etmemesi halinde, alacaklıya muayyen bir meblağı çoğunlukla bir miktar paranın tediyesi şartını kapsayan bir taahhüttür.” (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Aynı yönde Yarg. HGK., E. 2004/10-104, K. 2004/94 K., 18.02.2004 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

³⁶ Yarg. HGK., E. 2017/3-998 K. 2017/1459, 29.11.2017: “...Aşırılık tümüyle soyut bir kavramdır. Bu nedenle hâkimin aşırılıkla ilgili değerlendirmesinin taraflarca ve üst yargı mercilerince denetlenmesine imkân sağlayan verilerin karara yansıtılması gerekir. Hâkim cezai şartın indirilmesi hakkını kullanırken alacaklının menfaatlerini, tarafların iktisadi durumunu, borca aykırılığın objektif ağırlığını, borçlunun kusurunun derecesini göz önünde tutarak hareket etmelidir. Bu değerlendirme yapılırken ceza şartının borçluya borcunu yerine getirmeye psikolojik bakımdan

tespit ederse, sonrasında bu tespitin bir devamı olarak objektif koşullara dayanarak ceza koşulunu makul bir seviyeye indirmelidir. Makul seviye ile amaçlanan husus, ceza koşulunun alacaklının bütün haklı menfaatlerini karşılaması ve borçlunun aşırı bir ceza koşulu yükü altında ezilmemesidir³⁷. Hâkim objektif koşullarla aşırı ceza koşulunu makul bir seviyeye indirirken objektif kriterlere dayanarak her olayı münhasır özellikleriyle değerlendirmelidir. İsviçre Federal Mahkemesi'nin özellikle ceza koşulu hükümlerini indirme hususuna biraz çekimser baktığı ve hâkimlerin kanunun kendilerine vermiş olduğu bu yetkiyi ancak gerekli gördüğü durumlarda kullanması gerektiği, bu yetkisini de hukukun öngördüğü çerçeveler kapsamında mantıklı ve adil bir şekilde kullanılması gerektiği kabul görmektedir.

b. Esas Alınacak Ölçütler

Hâkim ceza koşulunu indirirken her iki tarafın menfaatini göz önünde bulundurmalıdır³⁸. Özellikle, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 163. maddesinin 1. fıkrasında tarafların sözleşmesel özgürlüğü desteklenmiş olmasına rağmen, sadece taraflardan birisinin kararlaştırmış olduğu ceza koşulu geçersiz sayılabilecektir³⁹. Taraflar arasında kararlaştırılan ceza koşulunun hakkaniyete aykırı olmaması için borçlunun ifa etmekle yükümlü olduğu ceza koşulu ile elde edeceği yarar ve alacaklının asıl borcun ifa edilmesiyle elde edeceği yarar arasındaki ölçü, hâkim tarafından gözetilmelidir⁴⁰. Bu kapsamda, hâkim tarafından sadece borçlunun ekonomik durumunu göz önünde bulundurmamalı, aynı zamanda sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle alacaklının uğramış olduğu zararlar da göz önüne alınmalıdır⁴¹.

Bununla birlikte, İsviçre Hukuku'nda, sözleşme cezasının uygunluğu, ihlal edilen asıl borç ile sözleşme cezasının miktarı arasındaki ilişkiye bağlı olduğundan, ceza

zorlamak üzere konulmuş olduğu gözden asla uzak tutulmamalıdır..." şeklinde karar vermiştir. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

³⁷ ÇINAR, Ömer, Türk Borçlar Kanunu ve Alman Medeni Kanununa Göre Cezai Şartın İndirilmesi, **İTÜSBD**, Y. 2009, C. 8, S. 16, s. 106 (Çevrimiçi) <http://www.ajindex.com/dosyalar/makale/acarindex-1423904956.pdf> E.T. 20.12.2021.

³⁸ BİLGE, s.121; ÇINAR, s. 107.

³⁹ BGE 119 II 162 E 2.

⁴⁰ KOCAAĞA, s. 342.

⁴¹Yarg. HGK, E. 2000/13-749, K. 2000/758, 12.04.2000 "... ceza koşulunun taraflar arasındaki ilişkiye uygun düşmeyecek ölçüde yüksek tutulması ve açıkça hakkaniyet ve nesafete aykırı bulunması durumunda aşırılığın varlığı kabul edilmelidir. Böyle bir sonuca kavuşabilmek için alacaklının asıl edimin yerine getirilmesindeki çıkarı ile, ceza koşulu olarak saptanan miktar arasındaki oranın ve borçlunun borca aykırı davranmasındaki kusur derecesinin ve de borçlunun ekonomik durumunun gözönünde tutulması gerekir. Öte yandan alacaklının yararlarının hesabında, borçlunun ifa etmeme yüzünden sağlayacağı kazançlarda gözardı edilmemelidir. Aşırılığın belirlenmesinde, ceza koşulunun borcun yerine getirilmesi için borçlu üzerinde manevi bir baskı yaptığı da gözetilmeli, böyle bir baskının ortadan kalmasına yol açacak şekilde indirimden de kaçınmalıdır."

koşulunda indirim yapılması da ancak asıl yükümlülüğün yerine getirilmediği durumlarda söz konusu olabilmektedir⁴².

Hem Türk hem İsviçre Hukuku'nda hâkim, ceza koşulunun indirilmesine karar verirken alacaklının zararını da göz önünde bulundurmalıdır⁴³. İsviçre Hukukunda, her ne kadar bu hususta herhangi bir düzenleme yer almasa da, İsviçre Federal Mahkemesi vermiş olduğu kararlarda alacaklının tüm menfaatlerini göz önünde bulundurarak “gerçekleşmesi mümkün zararın miktarını” da göz önünde bulundurmaktadır⁴⁴. Bu nedenle, sözleşmenin taraflarına yüklenen herhangi bir yükümlülük⁴⁵ veya ticari tecrübe gibi hususların⁴⁶ göz önüne alınabileceği İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında da belirtilmektedir⁴⁷.

Ceza koşulunun aşırılık nedeniyle indirilmesinde bir diğer ölçüt ise, borçlunun ne ölçüde kusurlu olduğudur⁴⁸. Ceza koşulunun indirilmesi bakımından, kusuru ağır olan borçlu ile kusuru hafif olan borçlu aynı değerlendirmeye tabi tutulmamalıdır⁴⁹. Borçlu borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmediği durumlarda hafif kusurlu ise, ceza koşulunun indirilmesinden söz edilebilir, ancak borçlunun kusurunun hafif olması, ceza koşulunun indirileceği sonucunu doğurmamaktadır⁵⁰. Borçlunun ağır kusuruyla borca aykırı davranması veya alacaklıyı zarara uğratmak kastıyla hareket etmesi hallerinde, ceza koşulundan bir indirim yapmamak veya başka indirim sebeplerinin varlığı halinde sınırlı miktarda indirim yapmak gerekmektedir.

Hem Türk hem de İsviçre Hukukunda, sözleşmede kararlaştırılan ceza koşulunda belirtilen miktarın hâkim tarafından indirilebilmesi için, söz konusu ceza koşulunun fahiş olması gerekmektedir. Sözleşmeye yapılacak bir yargı müdahalesi, ancak üzerinde anlaşmaya varılan miktarın hukuka ve hakkaniyete uygun olan makul tutarı aşacak kadar yüksek olması durumunda haklı sebep teşkil edecektir. İsviçre Hukukunda, hâkim, ceza koşulunun indirimi hususunda, ceza koşulunun fahişliği kapsamında karar verirken aynı zamanda mümkün mertebe cezada uygulanabilecek indirimi de hesaplaması gerekmektedir⁵¹. Ceza koşulu fahiş olması nedeniyle indirilirken tarafların ekonomik durumlarının

⁴² BGE 114 II 264.

⁴³ BİLGE, s. 121- 122; Yarg. 15. HD. E. 2008/7818 K. 2009/3871, 26.06.2009 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

⁴⁴ BGE 24 II 434.

⁴⁵ BGE 114 II 264.

⁴⁶ BGE 102 II 420 .

⁴⁷ BGE 114 II 264, BGE 68 II 168.

⁴⁸ KOCAAĞA, s. 342.

⁴⁹ Ceza koşulunun indirilmesinde esas alınacak ölçütlerden biri olan borçlunun kusurunun ağırlığı, Yargıtay kararlarında borçlunun kusur derecesi olarak anılmaktadır bkz: Yarg. HGK., E. 2017/13-577 K. 2019/413 K.,04.04.2019; Yarg. 3. HD. E.2019/4267, K. 2019/9155, 14.11.2019; Yarg. 3. HD. E. 2018/683, K. 2018/6692, 19.06.2018 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

⁵⁰ TUNÇOMAĞ, s. 149.

⁵¹ PELLANDA, s. 932.

değerlendirilmesi⁵², özellikle borçlunun ekonomik yönden yıkımının engellenmesi amacını taşır. Bu ölçütle değerlendirilme yapılması, borçlunun ifa yükümü altına girdiği ceza koşulunun aşırılığı nedeniyle sömürülmesinin önüne geçmeyi hedeflemektedir.

Hâkim, sözleşmede belirtilen ceza koşulunu değerlendirirken tarafların iradelerine saygı duymalı ve ceza koşulu hükmünün sadece “tazmin” amaçlı olmadığını; aynı zamanda sözleşmede yer alan tarafların haklarını koruduğunu göz önüne alması gerekmektedir. Nitekim, ceza koşulu yapısı itibari ile sözleşmede yer alan borcun yerine getirilmesi amacı ile düzenleme alanı bulmaktadır.

Hâkimin ceza koşulunun uygunluğu kapsamında vereceği karar, Türk Hukuku’nda olduğu gibi, İsviçre Medeni Kanunu’nun 4. maddesi kapsamında düzenlenen “hâkimin takdir yetkisi” kuralına uygun olmalıdır. İlgili hüküm gereğince, “*Kanunun mahkemeye takdir yetkisi verdiği veya koşulların değerlendirilmesine veya haklı nedene atıfta bulunduğu durumlarda, mahkeme kararını adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygun olarak vermelidir*”. Buna göre, hâkim her durumu ayrı ayrı değerlendirecek ve her bir olayın somut özelliğine göre değerlendirme yapacaktır⁵³.

c. Borçlunun Tacir Olması Durumu

Ceza koşulunun indirilmesine dair istisnai bir durum Türk Ticaret Kanunu’nda (TTK) düzenlenmiştir. Bununla birlikte, TBK’da borçlunun tacir sıfatına haiz olduğu durumlarda ceza koşulunun indirilmesinin talep edilebilmesiyle ilgili bir hüküm bulunmamaktadır. Bu hususta TTK’nın 22. maddesi esas alınmalıdır. Anılan maddede; “*Tacir sıfatını haiz borçlu, Türk Borçlar Kanununun 121 inci maddesinin ikinci fıkrasıyla 182 nci maddesinin üçüncü fıkrasında ve 525 inci maddesinde yazılı hâllerde, aşırı ücret veya ceza kararlaştırılmış olduğu iddiasıyla ücret veya sözleşme cezasının indirilmesini mahkemeden isteyemez*” hükmü bulunmaktadır. TTK’nın bu hükmüne göre tacir olan borçlunun hâkimden ceza koşulunun aşırılığı sebebiyle indirilmesini talep etme hakkı bulunmamaktadır. Tacir sıfatını haiz borçlunun ceza koşulunun indirilmesini istememesi, TTK’nın 18. maddesinde düzenlenen basiretli iş adamı kuralına

⁵²Yarg. HGK, E. 2012/13-821, K. 2013/409, 27.03.2013 “...Hâkim, cezai şartın fahiş olup olmadığını değerlendirirken, tarafların ekonomik durumları, asıl olarak borçlunun ödeme gücü, alacaklının, kendisine asıl borcun ifasındaki yararıyla cezai şart ödenmesi halindeki yararı arasında makul ve adil ölçü, sözleşmeye aykırı davranılmasından dolayı alacaklının uğradığı zarar, borçlunun borcunu yerine getirmemiş olması sebebiyle sağladığı menfaat, borçlunun kusuru derecesi ölçü alınıp cezai şart miktarı hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun olarak saptanmalıdır...Aşırılığın belirlenmesinde cezai şart borcun yerine getirilmesi için davalı üzerinde bir baskı yaptığı da gözetilip böyle bir baskının ortadan kaldırılması sonucunu doğuracak şekilde indirimden kaçınılmalıdır.” (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

⁵³ KOLLER, Alfred, **Konventionalstrafe für Bauverzögerungen (Verspätungsstrafe)**, In Bau- und Bauprozessrecht: ausgewählte Fragen St. Gallen, Vereinigung für Baurecht, 1996, s. 26 (Çevrimiçi) http://alfredkoller.ch/sites/default/files/2017-11/Konventionalstrafe_fuer_Bauverzoegerungen.pdf E.T. 28.12.2021

dayanmaktadır. Tacir sıfatını haiz bir borçlunun, sözleşmeyle ceza koşulu borcu altına girerken basiretli iş adamı gibi davranması gerekmektedir⁵⁴.

Tacir, TTK'nın 12. ve 16. maddeleri gereğince gerçek kişinin tacir sıfatına haiz olması için bir ticari işletmenin varlığı ve bu ticari işletmenin kısmen dahi olsa kendi adına işletilmesini yeterli görülmüştür. Ceza koşulunda indirim yasağı getiren TTK'nın 22. maddesi kapsamında, tacir sıfatını taşıyan kişilerin yanında tacir sayılanlar ve tacir gibi sorumlu tutulanlar da ceza koşulunun aşırı olduğu iddiasıyla indirim talebinde bulunamayacaklardır. Tüzel kişi tacirler ise TTK'nın 16. maddesi hükmünde düzenlenmektedir. Bu hükme göre ticaret şirketleri yanında amaçlarına ulaşmak için ticari bir işletme işleten dernekler ve vakıflar ile yine bazı şartlarla beraber ticari bir şekilde işletildikleri takdirde kamu tüzel kişileri tarafından kurulan teşekkül ve müesseseler de tacir sayılmıştır.

Tacir olmanın sonuçları arasında sayılan, ceza koşulunun indirilmesinin talep edilememesinin tespitinde esas alınacak an, ceza koşulunun kararlaştırıldığı andır⁵⁵. Ceza koşulunun belirlendiği anda tacir sıfatını haiz borçlu sonradan tacir sıfatını kaybettiğini iddia ederek ceza koşulunun indirilmesini isteyemez. TTK'nın 22. maddesinde belirlenen yasağın uygulanabilmesi için gereken ikinci koşul ise borcun, tacirin ticari işletmesiyle ilgili olması, bunun yanında ticari işle ilgili olmasıdır. Nitekim, basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğünün kıstası olan ticari iş kavramı, TTK'nun 3. maddesinde "*Bu Kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir*" şeklinde açıklanmıştır. İlgili hüküm gereğince, TTK'da düzenlenen her türlü iş, ticari işletmeyle veya tacirle herhangi bir ilgisi bulunmasa dahi ticari iş olarak kabul edilmektedir⁵⁶. TTK'nın 19. madde hükmünün ilk fıkrasında "*Bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır*" kuralı bir karine olarak öngörülmüş olup, bu karine uyarınca tacirin her işlem ve fiili ticari niteliktedir⁵⁷. Bu doğrultuda, TTK ile düzenlenen veya ticari işletmeyi ilgilendiren tüm işlem ve eylemler ile tacirin

⁵⁴ AYHAN, Rıza/ HAYRETTİN, Çağlar/ ÖZDAMAR, Mehmet, **Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar**, 14. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 175; Tacirin basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğünün objektif ve ağırlaştırılmış bir özen yükümlülüğü temeline oturtulduğuna ilişkin ayrıca bkz: GÖKSOY, Yaşar Can, "Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğü (TTK M. 18) Bağlamında Covid-19 Pandemisinin Tacirlerin Sözleşmeden Doğan Yükümlülükleri Üzerindeki Etkileri", **YHD**, Y. 2020, C. 2, S. 2, s. 7 (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/en/pub/yhd/issue/57555/817135>, E.T.18.01.2022.

⁵⁵ Yarg. HGK., 2017/19-922 E.2019/706 K., 18.06.2019: "...mahkemece, cezai şart hususunda bir karar verilmeden önce yukarıda anlatıldığı gibi gerekli bilgi ve belgeler getirilmeli, sözleşmenin düzenlendiği tarihte tarafların iktisadi durumu, davalı borçlunun ödeme gücü ve kabiliyeti, sözleşmenin feshindeki kusur durumu ve yukarıda açıklanan ilkeler göz önüne alınarak, bu yönde davalı defter ve kayıtların incelenmesi tüm deliller birlikte değerlendirilerek varılan sonuç ve verilen kararın denetime elverişli olacak şekilde gerekçeli kararda tartışılmış olması gerektiği hâlde mahkemece eksik inceleme, soyut ve yetersiz gerekçe ile yazılı şekilde verilen direnme kararı doğru değildir." (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

⁵⁶ AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 62.

⁵⁷ ARKAN, Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, 24. Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2018, s. 73.

borçları bakımından, tacirin basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü bulunmaktadır.

Ceza koşulunun borçlunun ticari işletmesiyle ilgili bir borca ilişkin olması şartını gerçek veya tüzel kişiler için ayrı ayrı değerlendirmek yerinde olacaktır. Tüzel kişi tacirlerin bütün işlemleri ticari iş olacağından tüzel kişi tacirler her durumda TTK'nın 22. maddesindeki yasağa tabidir. Gerçek kişi tacirler için ise, adi borç-ticari borç ayrımı yapmak gerekmektedir. TTK'da düzenlenen ticari iş karinesine göre, tacirin bütün işlemleri ticari iş olmakla beraber, tacirin karşı tarafa bu işin ticari işletmesiyle ilgili olmadığını açıkça bildirmesi veya işin özelliğinin ticari iş olmaya elverişli olmaması gerekmektedir. Buna göre tacir, ticari işletmesi ile ilgili olmayan işlemi yaparken, bu durumu karşı tarafa bildirmez veya işin adi nitelikte sayılması halin icabına göre mümkün olmazsa yapılan iş ticari iş sayılır ve tacir TTK'nın 22. maddesi gereğince ceza koşulunun indirilmesini talep edemez.

Bütün bunların yanı sıra tacir şartları varsa, ceza koşulu'nun TBK'nın 27. maddesinin 2. fıkrası gereğince ceza koşulu hükmünün ahlaka ve adaba aykırı olduğu da ileri sürebilir⁵⁸. Basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğü gereği, tacirin üstlendiği yükümlülüklerin sonuçlarına katlanması, ahlak ve adaba aykırılık oluşturan bir ceza koşulunun dahi ödeneceği anlamına gelmemektedir. Her ne kadar borçlu tacir olsa dahi, sözleşme serbestisi kanunun çizdiği sınırlar çerçevesinde uygulanacak ve sözleşmede yer alan ceza koşulunun ahlaka ve adaba aykırı olacak şekilde fahiş olması halinde ceza koşulunda indirim yapılması söz konusu olabilecektir. Konu ile ilgili olarak, Yargıtay HGK, 26/12/2001 T., 2001/9-1175 E., 2001/1166 K. sayılı kararında “*Öte yandan, dava konusu uyuşmazlığa uygulanması gereken mülga 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 161. maddesi uyarınca sözleşmenin tarafları cezai şartın miktarını tayinde serbest iseler de hâkim fahiş gördüğü cezaları tenkisle mükelleftir. Ancak, mülga 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 24. maddesi uyarınca tacir sıfatını haiz bir borçlu Borçlar Kanunu'nun 161/3. maddesinde yazılı olan cezanın fahiş olduğu iddiasıyla cezanın indirilmesini mahkemeden isteyemez. Sadece cezai şart, miktar itibariyle tacirin ekonomik mahvına sebebiyet verecekse tacir bu nedenle cezai şartın ahlak ve adaba aykırılığından bahisle tenkisini isteyebilir*” şeklinde hüküm kurmuştur. Buna göre, ceza koşulunun indirilmesi ancak tacirin ekonomik mahvına sebep olması halinde mümkün olacaktır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen bu kararda “*Sadece cezai şart, miktar itibariyle tacirin ekonomik mahvına sebebiyet verecekse tacir bu nedenle cezai şartın ahlak ve adaba aykırılığından bahisle tenkisini isteyebilir*” cümlesi özellikle önem arz etmektedir. Nitekim, tacirin TTK'nın 22. maddesi kapsamında ceza koşulunda indirim isteyememesi söz konusu olmasına rağmen, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında ceza koşulunun ahlak ve adaba aykırı olduğu durumlarda indirime tâbi tutulabileceği hüküm altına alınmıştır. Hâkim, önüne gelen uyuşmazlıkta ceza koşulu hükmünün, borçlunun (tacirin) ekonomik

⁵⁸ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 537; ARKAN, s. 151.

mahvına neden olduğuna kanaat getirir ise ceza koşulunun indirilmesi söz konusu olacaktır.

Sözleşmede yer alan ceza koşulunun TBK'nın 27. maddesi kapsamında “kısmi hükümsüzlüğe” tâbi tutulması hususuna da ayrıca değinilmesi gerekmektedir. Kısmi hükümsüzlük hükmünün uygulanabilmesi için sözleşmenin bölünebilir nitelikte olması gerekmektedir⁵⁹. Bu kapsamda, taraflar arasında akdedilen sözleşmede ceza koşulu hükmü varsa ve bu ceza koşulu hükmü borçlunun ekonomik mahvına sebebiyet verebilecek derecede ise TBK m. 182. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesi kapsamında geçersiz olabilecektir. Adı geçen madde hükmü şu şekildedir: “*Ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hâle gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez*”. İlgili hüküm gereğince, TBK'nın 27. maddesi kapsamında borçlunun ekonomik mahvına neden olan ceza koşulu “kısmi hükümsüzlük” kapsamında hükümsüz sayılabilecek ve sözleşme ayakta kalabilecektir. Buradan, hâkim tarafından TBK m. 27 kapsamında indirim yapılmasının mümkün olduğu sonucu çıkmaktadır⁶⁰.

Ayrıca, yukarıda da bahsetmiş olduğumuz “*değiştirilmiş kesin hükümsüzlük*” veya “*düşey kısmi hükümsüzlük*” görüşleri, söz konusu hallerde uygulama alanı bulabilecektir. Böylelikle tacir her ne kadar TBK'nın 182. maddesinin 3. fıkrası kapsamında, ceza koşulunun indirilmesini talep edemese de, Yargıtay HGK, 26/12/2001 T., 2001/9-1175 E., 2001/1166 K. sayılı kararında belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde, hâkim takdir yetkisini kullanacak ve borçlunun (tacirin) ceza koşulu hükmünden makul seviyede sorumluluğu söz konusu olabilecektir. İlgili karar incelendiğinde, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında yeni bir ceza koşulu hükmünün kararlaştırılması değil, taraflar arasında kararlaştırılan ceza koşulunun hâkim tarafından indirilebileceği belirtilmiştir. “Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük” görüşü ele alındığında, hâkimin yeni bir ceza koşulu hükmünü belirlediği görülürken, “düşey kısmi hükümsüzlük” görüşü kapsamında hâkimin belirlediği ceza koşulunun “en üst” düzeyde olduğu kabul edildiğinden, tarafımızca Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun da “düşey kısmi hükümsüzlük” anlayışının kabul gördüğü ifade edilebilir.

⁵⁹ KIRKBEŞOĞLU, s. 83 vd.

⁶⁰ Bu kapsamda bahsedilmesi gereken bir diğer husus ise hâkim tarafından uygulanacak kısmi hükümsüzlüğün uygulanması yerine TTK'nın 1530. maddesinin uygulanması savunulduğu görüştür bkz: OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler CİLT II**, 15. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 566; Ancak, bir diğer görüş ise “düşey kısmi hükümsüzlük” kavramının TTK'nın 1530 (mülga Ticaret Kanunu'nun 1466. maddesi) kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır bkz: KIRKBEŞOĞLU, s. 89.

II. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA CEZA KOŞULUNUN İNDİRİLMESİ

A. İNGİLİZ HUKUKUNDA HÂKİMİN CEZA KOŞULUNU İNDİRME YETKİSİ

Bu bölümde, ceza koşulunun İngiliz Hukuku kapsamındaki boyutunu irdeleme amacı gütmekteyiz. İngiliz Hukuku'nda hâkimin ceza koşulunu indirme yetkisini incelemeden önce, ceza koşulunun yapı itibari ile İngiliz Hukuku'nda nasıl bir özellik ihtiva ettiğini incelemek gerekmektedir. İngiliz Hukuku incelendiğinde, özellikle ceza koşulunun “infazı” hususunda oldukça zor bir uygulama olduğunu görmekteyiz. Bu sadece İngiliz Hukuku'nda değil aynı zamanda “örfi hukuk” uygulanan diğer hukuk mekanizmaları için de geçerlidir. İngiliz Hukuku'nda neredeyse bir asır boyunca incelemeye tabi olmayan bir konu olan “ceza koşulu” ve “ceza koşulunun indirilmesi”, uzun bir süre sonra ilk defa *Cavendish* davası ile tekrar incelemeye konu olmuştur.

Cavendish davası, davalının (borçlu) hissesini davacıya (alacaklıya) satmayı kabul ettiği bir pazarlama şirketine kontrol hissesinin satışını içermektedir. Taraflar arasında akdedilen sözleşme gereğince, davacı 147.000.000,00- Amerikan Dolarını taksitler halinde ödemeyi taahhüt ederken davalı eski şirketi ile rekabet etmemeyi taahhüt etmiştir. Taraflar arasında akdedilen sözleşmede, davalının eski şirketi ile rekabet etmesi halinde, davacı tarafından geri kalan taksit ödemelerine el konulabileceği ve aynı zamanda şirket hisselerini elinde bulundurabileceği (ceza koşulu hükmü olarak) kararlaştırılmıştır. Akabinde, davalı ilgili rekabet yasağı hükmüne aykırı davranışlarda bulunmuştur. Davacı, davalının rekabet yasağına aykırı davranışları nedeniyle geri kalan ödemeler ile yükümlü olmadığını ve şirkette kendisine devredilen hisselerin tümüne sahip olduğunun tespiti amacıyla dava açmıştır. İlgili yargılama sırasında, ilk derece mahkemesi (trial judge) her ne kadar ceza koşulu hükmünün uygulanabilirliği hususunda karar vermişse de temyiz mahkemesi (Court of Appeal) bu kararın bozulmasına karar vermiştir. Temyiz mahkemesi tarafından verilen bu karara karşı davacı ilgili hükmün “ceza koşulu olmadığını” ve ticari işlemlerde uygulanabilir olduğundan bahisle uyuşmazlığı Yüksek Mahkeme'ye (Supreme Court) taşımıştır.

1. Cavendish Davası ve Ticari İlişkilerde Ceza Koşulu

Yüksek Mahkeme'de görülen *Cavendish* davasında Lord Deas'ın da belirttiği gibi, “Ceza koşuluna ilişkin hüküm kamu yararı kapsamında değerlendirilir ve oldukça uzun bir geçmişi vardır, bu nedenle ceza koşulunun şimdiki şekli aslında tarihi gelişiminden kaynaklanmaktadır”⁶¹. Bizce de, İngiliz Hukuku kapsamında ve örfi hukuk (common law) sistemini haiz ülkelerde uygulanan ceza koşulu yargılamasını anlayabilmek için öncelikle İngiltere'de ceza koşulunun tarihini incelememiz gerekmektedir.

⁶¹ Cavendish Square Holding BV v. Talal El Makdessi [2015] UKSC 67 para. 250

a. İngiltere Tarihinde Ceza Koşulu

İngiltere’de sözleşme ilişkisine girecek olan taraflar özellikle sözleşmenin gereği gibi veya hiç yerine getirilmemesi halinde doğacak alacağını güvence altına almak amacıyla bir çeşit tahvil düzenlemekteydiler⁶². Genellikle alacaklının düzenlemiş olduğu bu tahvillerin ön yüzünde belirli bir miktar paranın ödenmesi yükümlülüğü yer almaktayken, tahvilin arka yüzünde sözleşme yer almaktaydı⁶³. Bu durumda, borçlunun sözleşmesel yükümlülüklerini yerine getirmesi halinde, tahvil üzerindeki ceza koşulu da geçersiz olmaktadır⁶⁴. Ancak, borçlunun sözleşmesel edimini yerine getiremediği durumda, tahvilin ön yüzünde yer alan para ödeme borcu gündeme gelmekte, bu da ceza koşulu olarak yorumlanmaktaydı⁶⁵. Tahvilin arkasında onaylanan şartlı cayma içeren cezai tahvil, daha sonraki orta çağ ve erken modern dönemlerde “önemli sözleşmeleri düzenlemek için başlıca araç” olarak değerlendirilmekteydi⁶⁶. Bu belge ile sözleşmeden kaynaklanan ceza koşulu değil, daha ziyade kıymetli evrak niteliğini haiz belge üzerinde yer alan koşula dayanılarak ceza koşulunun talep edilmesi söz konusu olmaktadır. 13. yüzyılda ise, Roma Hukuku etkilerinin görüldüğü İngiliz Hukukunda uygulanan tahvilde yer alan ceza koşulu ile Roma Hukukunda her alanda uygulama imkanı bulan ceza koşulu hükümleri birbiri ile oldukça farklılık teşkil etmekteydi⁶⁷. Nitekim, tahvilin ön yüzünde yer alan tutar, asıl borç niteliğini haiz iken, Roma Hukuku’nda sözleşmesel edim yükümlülüğü ön planda tutulmaktaydı.

Özellikle, 1201 yılı kadar erken bir tarihte, curia regis tutanaklarında ceza koşulundan kaynaklanan uyuşmazlıkların artık Royal Council’da⁶⁸ konu olmaya başladığı görülmektedir⁶⁹. Royal Council kayıtlarında görülen en önemli husus, ceza koşulunun alacaklı tarafından talep edilebilmesiydi. Yukarıda da bahsetmiş olduğumuz “kıymetli evrak” niteliğini haiz tahvil ileri sürülerek borçludan ceza koşulunun ödenmesinin talep edilebilmesinin önü açılmıştı. Kıymetli evrak niteliğinde olan bir belgenin aksini ispat ile yükümlü olan borçlu, sözleşmeden kaynaklanan borcunu yerine getirdiğini ancak kesin delil ile ispat edebilecekti⁷⁰. Kıymetli evrak niteliğinde olan tahvillerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda

⁶² Cavendish Square Holding BV v. Talal El Makdessi [2015] UKSC 67 para. 4

⁶³ BIANCALANA, Joseph, The Development of the Penal Bond with Conditional Defeasance, **JoLH**, Y. 2005, C. 26, University of Cincinnati Public Law Research Paper No. 06-14, s.1 (Çevrimiçi) <https://ssrn.com/abstract=918531> E.T. 28.12.2021

⁶⁴ BIANCALANA, s. 1.

⁶⁵ BIANCALANA, s. 1.

⁶⁶ BIANCALANA, s. 1.

⁶⁷ Roma Hukukunda oldukça fazla uygulama alanı bulan ceza koşulu, İngiliz Hukuku’nda genellikle ticari hayatta uygulanmaktaydı bkz: BIANCALANA, s. 6.

⁶⁸ "Kraliyet konseyi" veya "kralın mahkemesi" anlamına gelen Latince bir terimdir. Fransa kralları, İngiltere ve Sicilya'nın Norman kralları, Polonya kralları ve İskoçya kralları ve kraliçeleri de dahil olmak üzere krallara hizmet eden Ortaçağ Avrupa'sındaki danışmanlar ve yöneticiler konseylerine verilen isimdi.

⁶⁹ BIANCALANA, s. 6.

⁷⁰ BIANCALANA, s. 7.

borçlunun koruma alanı oldukça düşüktü, bu uygulama 16. yüzyıla kadar devam etmiş ve borçlunun borcunu ifa ettiğine ilişkin ispat koşulu aranmıştı.

Ancak, yukarıda bahsedilen uygulama, 1696 tarihli Adalet İdaresi Yasası'nın 8. Bölümü ile sözleşmelerin ifasını güvence altına almakla beraber, aynı zamanda alacaklının fiili zararlarının değerlendirilmesini mümkün kılan hükümler ihtiva etmekteydi⁷¹. Bununla birlikte, 1705 tarihli Adalet İdaresi Yasası'nda, tahville ilgili uyuşmazlıklarda artık davacının uğramış olduğu zararın miktarını, faiz ve masraflarla birlikte talep edebileceği hüküm altına alınmıştı. Bu hüküm, 18. yüzyılda mahkemeler tarafından oldukça dar yorumlanmış ve sadece bu alacak kalemlerinin talep edilebileceği kabul edilmişti⁷². Sonuç olarak, artık davacı sadece sözleşmeden kaynaklanan asıl zararını talep edebilir hale gelmiştir⁷³. Bu nedenle dürüstlük ilkesi kapsamında ceza koşulunun uygulanabilir olup olmadığı nadiren mahkemelerce göz önüne alınmıştır⁷⁴. Bunun bir sonucu olarak da ceza koşulu hükümleri artık "tazminat" hükümleri kapsamında değerlendirilmeye başlamıştır.

Yukarıda da belirtildiği üzere, örfi hukuk, ceza koşulunu "tazminat" hükümleri içerisinde değerlendirmeye başladığından, salt ceza koşulu talebinin infazında oldukça zorluklar yaşanmaya başlanmıştır. Ceza koşulundan kaynaklanan alacakların talep edilememesi, fahiş kararlaştırılan ceza koşullarının hakkaniyet ilkesi kapsamındaki değerlendirmelerinde de oldukça geri planda kalmasına neden olmuştur.

Cavendish davasında konu edilen ahde vefa ilkesinin, dürüstlük ilkesi ile yorumlanmasının kabulünden önce değinmek istediğimiz bir diğer uyuşmazlık, New South Wales Temyiz Mahkemesi'nde görünmüş olan *Interstar Finance v. Integral Home Loans* davasıdır. İlgili mahkeme kararında, tarafların sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında karar vermiş oldukları ceza koşulu artık sözleşmenin bir parçası olduğundan, ceza koşulu hükmünün değiştirilmesi mümkün görülmemiştir⁷⁵. 2008 yılında verilen bu karardan yaklaşık 7 yıl sonra, *Cavendish* davasında Yüce Mahkeme'nin ne gerekçe ile ceza koşuluna ilişkin yorumlarını değiştirmiş olduğunu aşağıda inceleyeceğiz.

b. Cavendish Davası

Cavendish davasında, Yüksek Mahkeme ceza koşulunun söz konusu olabilmesi için, ceza koşulunun borcun veya zararın gerçek tutarının tahsili için bir güvence

⁷¹ HALSON Roger/ LIU Qiao, Agreed Damages, the Penalty Rule, and Unfair Terms: An Anglo-Australian and Chinese Comparison, *TCJoCL*, Y. 2019, C.7, S.1, s. 63 (Çevrimiçi) <https://doi.org/10.1093/cjcl/cxz003> E.T. 15.12.2021.

⁷² Court of the King's Bench, *Hardy v. Bern*, 101 E.R. 355, T. 01.01.1794.

⁷³ Ceza koşulunun talep edilemeyeceği, *Kemble v. Farren* kararının 143. Paragrafında da belirtilmiştir bkz: Court of Common Pleas, 130 Eng. Rep. 1234, T. 1829.

⁷⁴ *Cavendish Square Holding BV v. Talal El Makdessi* [2015] UKSC 67 para. 6.

⁷⁵ *Interstar Finance v. Integral Home Loans* Supreme Court of New South Wales, 27 Nisan 2007, Para 18.

niteliğini haiz olması gerektiğini belirtmiştir⁷⁶. *Cavendish* davasından önce görülen *Interstar* davasında, mahkemelerin ceza koşulu hususunda yorum yapmaktan ne kadar kaçındıkları üzerine değinmiştik. *Cavendish* davasında ise, Yüksek Mahkeme'nin ceza koşulunun indirimi hususunda yorum yapmaktan kaçındığını görmekteyiz. Ancak, Yüksek Mahkeme her ne kadar ceza koşulu hususunda yorum yapmaktan kaçınmış olsa da örfi hukuk düzenine yeni bir ışık getirmiştir.

Cavendish davası incelendiğinde, ilk olarak “equity” olarak tanımlanan ve “hakkaniyet” olarak çevirisi mümkün olan bir kavramın dikkate alındığını görmekteyiz. Söz konusu “equity” kavramı, Yüce Mahkemece⁷⁷: “Sözleşme konusu mahkeme önüne geldiğinde, mahkeme tarafından etkin bir şekilde elde edilebilecek belirli bir sonucun güvence altına alınabilmesi ve bu sonucun uygulanabilmesi için ilgili hükme uygun tahsil etme ihtimalinin olması durumu” olarak tanımlanmıştır.

Cavendish davasının ilgili bölümünde, İngiltere’de şu ana kadar yapılmayan ve ilk defa açık bir şekilde belirtilen “hakkaniyet” değerlendirmesi örfi hukuk kapsamı içerisinde oldukça önem arz eden hususlardan biri olmuştur⁷⁸.

(a)Hukuka Uygunluk İlkesi Testi

Cavendish davasında, “hakkaniyet” ilkesi, “legitimate interest” ile özdeşleştirilmiş, bu kapsamda ceza koşulu hükmünün uygunluğu değerlendirilmiştir. Hukuka uygunluğun belirlenebilmesi için öncelikle mağdur tarafın yararına bakılmaktadır⁷⁹. İngiltere’de ceza koşulunun tarihsel gelişimi göz önüne alındığında, parasal değerle değerlendirilen ceza koşulu hükümlerinin bir tazminat olarak değerlendirildiği belirtilmişti. Bu nedenle hem *Cavendish* davasından önce, hem de *Cavendish* davasında değerlendirilen önemli ölçütlerden birisi alacaklının parasal anlamda tatmin olabilmesidir. Alacaklının zararı parasal ölçüde tatmin edilebileceği için genellikle hukuka uygunluğun alacaklı tarafından talep edilebilecek tazminat miktarını aşamayacağı kural olarak kabul edilmektedir⁸⁰.

⁷⁶ SCHELHAAS, Harriet N., Concluding Comparative Remarks in Relation to UK Supreme Court Cases on Penalty Clauses, **ERoPL**, Y. 2017, C.25, S.1, s. 268 (Çevrimiçi) https://repub.eur.nl/pub/106671/Repub_106671.pdf E.T.18.01.2022.

⁷⁷ İngilizcesi için bkz: “Equity, on the other hand, relieves against forfeitures “where the primary object of the bargain is to secure a stated result which can effectively be attained when the matter comes before the court, and where the forfeiture provision is added by way of security for the production of that result”.

⁷⁸ Özellikle, kolonileşen ülkelerde halen bağlı buldukları ülkelerin hukukunun uygulandığı oldukça fazla görülmektedir bkz: Akpan v. Royal Dutch Shell/Shell Nigeria, District Court Of The Hague, para.4.10, T. 30.01.2013, Çevrimiçi, <https://elaw.org/system/files/final-judgment-shell-oil-spill-ikot-ada-udo.pdf>, E.T.01.12.2021.

⁷⁹ *Cavendish* kararında Yüksek Mahkeme, ceza koşulunda büyük bir oransızlık varsa ve hiçbir hukuki yararı yoksa o zaman ceza koşulunun hükümsüz sayılması gerektiğini belirtmiştir.

⁸⁰ ROWAN, Solene, The “legitimate interest in performance” in the law on penalties, **CUJ**, Y. 2019, C. 78, S. 1, s. 151 (Çevrimiçi) <https://doi.org/10.1017/S0008197318000958> E.T. 20.01.2022.

Sonuç olarak, Türk Hukuku'nda her ne kadar ceza koşulu zarardan bağımsız olarak nitelendirilse dahi, İngiliz Hukuku'nda, ceza koşulu mağdur tarafın uğramış olduğu zararları aşamayacak, aşması halinde aşan kısım mahkeme tarafından kabul edilmeyecektir⁸¹. Her ne kadar bu çıkarım, İngiliz Hukuku tarihinden kaynaklanan bir gelişimden ibaret olsa da bunun aslında ceza koşulu için de bir üst sınır yaratmış olduğunu görmekteyiz. Ancak, bu üst sınır kesin bir hukuk kuralı olarak kabul edilmemektedir⁸². Nadiren de olsa, hukuka uygunluk kıstasının da mağdur tarafın uğramış olduğu zararı aşabileceği söylenebilmektedir⁸³. Bu tür durumlar da genellikle, mağdur tarafın sözleşmeden kaynaklanan beklentilerinin tam olarak karşılanamaması ihtimalinde söz konusu olabilecektir. Taraflar bu beklentilerini korumak için tazminat yükümlülüğünü de aşacak ceza koşulu belirlemesi yapabilmeye hakkına sahiptirler.

Cavendish davasında, İngiltere Yüksek Mahkemesi zarar gören tarafın tazminatın ötesinde bir çareyi haklı çıkararak meşru bir menfaatin olduğuna karar vermiştir. Bunun asıl nedeni, ilgili hükümlerin pay satışından sonra eski pay sahiplerinin şirket ile rekabet etmesi halinde şirketi korumayı amaçlaması ile ilişkilendirilmiştir. Nitekim, İngiltere Yüksek Mahkemesi burada ceza koşulu hükmünün şirketin devamlılığını koruduğundan bahisle, hakkaniyete uygun olduğunu ve caydırıcı fonksiyonu haiz olduğunu belirterek ceza koşulu hükmünün hukuka aykırı olmadığını belirtmiştir⁸⁴.

Ancak, yukarıda da belirttiğimiz üzere, ceza koşulunun zararı aşmasındaki meşruluğu oluşturacak durumlar halen büyük bir belirsizlik yaratmaktadır. Bu belirsizliklerin biraz daha aşılması amacı ile İngiliz Hukuku'nda oldukça önem arz eden *White&Carter*⁸⁵ davasını inceleyeceğiz. İlgili davanın konusu, reklam ajansı ile hizmet sözleşmesi akdeden garaj sahibinin, sözleşmeyi imzalaması ile beraber hizmet sözleşmesini feshetmesine ilişkindir. İlgili davada mahkeme, hukuka uygunluk şartının gerçekleştiğinden bahisle, sözleşmeyi fesheden tarafın feshini kabul etmemiş ve bu kapsamda sözleşmeyi ifa eden tarafın sözleşme bedeline hak kazanacağına ilişkin karar vermiştir. Ancak, *Aquafaith* davasında, sözleşmenin devamının mağdur taraf için maddi olarak daha fazla yük olması durumunda böyle bir hususun kabul edilmeyeceği belirtilmiştir⁸⁶.

Yukarıda belirtilen davaların, *Cavendish* davası ile bağlantısının tam olarak kurulamamış olması, İngiliz Hukuku'nda büyük bir sorun teşkil etmektedir. Nitekim, *Cavendish* davasında şirketin devamını esas alan tedbirlerin yönetim kurulu tarafından alınması hukuka uygunluk teşkil etmekte iken, taraflar arasında akdedilen sözleşmenin devamının sağlanması da hukuka uygunluk temelini

⁸¹BİLGE, s. 110.

⁸² *Cavendish Square Holding BV v. Talal El Makdessi* [2015] UKSC 67 para 28-32, 99.

⁸³ *Ruxley Electronics and Construction Ltd. v Forsyth* [1996] A.C. 344 (HL); *Farley v Skinner* [2002] 2 A.C. 732 (HL) davalarında tazminatı da aşabileceği belirtilmiştir.

⁸⁴ *Cavendish Square Holding BV v. Talal El Makdessi* [2015] UKSC 67 para. 80-88.

⁸⁵ *White and Carter (Councils) Ltd v McGregor* [1962] AC 413.

⁸⁶ *Isabella Shipowner S.A. v Shagang Shipping Co. Ltd. "Aquafaith"* [2012] 1 C.L.C. 899 para.44.

oluşturmaktadır. Her ne kadar bu iki olay arasında büyük farklılıklar yer almaktaysa da, her iki olayda da dürüstlük ilkesini esas alan yorumun uygulama alanı bulunduğu ve dürüstlük ilkesi kapsamında korunması gereken yapının (bu sözleşme olabilir ya da şirketin kendisi olabilir) ayakta kalması için alınan tedbirlerin önemi vurgulanmaktadır⁸⁷.

Ancak bu noktada Yüksek Mahkeme, yine örfi hukuk uygulanan Avustralya Hukuku'nu esas alarak ceza koşuluna ilişkin hükmün genişletilebilir olup olmadığını tartışmıştır⁸⁸. İlgili dava, müşterinin mevcut fonlarını veya kararlaştırılan kredili mevduat limitini aşmasına izin verdiğinde ödenecek ceza koşulunun uygulanmasına ilişkindir. Bu davada, Avustralya Yüksek Mahkemesi, örfi hukukun temel aldığı dürüstlük ilkesini baz alarak sözleşmesel bir ihlal olup olmadığına bakılmaksızın ceza koşulu hükmünü geçersiz sayma hususunda şöyle karar vermiştir: “*Bir koşulun ceza koşulu sayılabilmesi için sözleşmede esas olan yükümlülüklerle aykırı gelinmesi halinde, ihlal eden tarafa ek bir yükümlülük yükliyorsa o zaman artık bu ceza koşuludur. Bu kapsamda, ceza koşulu artık temel borcun bir teminatı haline gelir. Eğer zararın tazmini asıl borcun ihlal edilmesine ilişkin yapılmış ise, teminat şartı ve ceza ancak bu tazminat ölçüsünde uygulanır*”. Yüksek Mahkeme'nin vermiş olduğu bu kararın konusu olan uyuşmazlık her ne kadar “bankacılık usulsüzlükleri” olarak kabul edilebilir olsa da, olayda tüketici açısından herhangi bir sözleşmesel ihlal olmadığından ceza koşulu hükmünün uygulama alanı bulması mümkün olmamıştır.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, İngiliz Hukuku bazında değerlendirilen örfi hukuk kapsamında aslında hiçbir şekilde uygulanamayan bir ceza koşulu hükmü görülmektedir. Ancak, Yüksek Mahkeme, *Cavendish* davasının 42. paragrafında Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin vermiş olduğu karar ile bağlı kalmak zorunda olmadığını belirtmiş ve burada bir değişiklik önermiştir⁸⁹. Bu kapsamda, yıllardır süre gelen dürüstlük kuralının aslında doğru bir şekilde yorumlanmamış olduğu dayanak gösterilmiştir. Nitekim, *Cavendish* davasında “*Hakkaniyet uygulaması kapsamında ceza koşulu hükmünden tarafları kurtarmanın asıl nedeni sözleşmenin ifasında dahi feshedilebilir sözleşmelerin olmasıdır*” şeklindeki ifade ile, aslında yukarıda bahsi geçen *White&Carter* davasında yapmış olduğumuz açıklamalar kapsamında, yeni bir yorum şekli ortaya atılmıştır. Fakat Yüksek Mahkeme, ilgili davada ceza koşulu hususunda indirim yapılmasını kabul etmemekte ve bu kapsamda herhangi bir karar vermeyerek İngiliz Hukuku'nda belirsizlik yaratmıştır.

⁸⁷ *White and Carter (Councils) Ltd v McGregor*, AC 413, T.1962 ve *Cavendish Square Holding BV v. Talal El Makdessi*, UKSC 67, T. 2015.

⁸⁸ *Andrews v Australia and New Zealand Banking Group Ltd*, High Court of Australia, Dava No. M48/2012 T. 2012.

⁸⁹ Bu karar ile birlikte, Avustralya Hukuku ve İngiliz Hukuku uygulamalarında oldukça farklı kararlar oluştuğu görülmektedir. Ayrıca bkz: ELDRIDGE, John, *The New Law of Penalties: Mapping the Terrain*, *JoBL*, Sydney Law School Research Paper No. 18/56, vol. 8, 2018, s. 5. (Çevrimiçi) <https://ssrn.com/abstract=3251706> E.T. 20.01.2022.

İngiliz Hukuku'nda, Türk Hukuku ile birlikte aşağıda incelemiş olduğumuz İsviçre ve Alman Hukuku uygulamasının tam tersi bir sistem benimsendiğini görmekteyiz. Normalde, tarafların sözleşme özgürlüğü kapsamında kararlaştırdıkları ceza koşulu hükümlerinin fahiş olması nedeniyle ceza miktarının indirimi söz konusu olmaktadır, İngiliz Hukuku tarihi gelişimi neticesinde oldukça sınırlamaya tabi olan ceza koşulu miktarının halihazırda alacaklının uğramış olduğu zararı aşamayacağı örfi hukukun temel prensiplerinden birisini oluşturmuştur⁹⁰. Ancak, bu temel prensip de *Cavendish* davasına konu olan uyuşmazlık gibi “hukuka aykırılık” hallerinde istisnaya tabi olacak ve asıl zarardan daha fazla ceza miktarının kararlaştırılmasını da mümkün kılacaktır. Bu tür durumlarda, mahkeme özellikle “hakkaniyet ilkesi” ve “dürüstlük ilkesi” kapsamında somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapacaktır.

B. ALMAN HUKUKU'NDA HÂKİMİN CEZA KOŞULUNU İNDİRME YETKİSİ

1. Tarihçe

Alman Hukuku'nda düzenlenen ceza koşulunun tarihçesine bakıldığında Roma Hukuku'ndan etkilendiği görülmektedir. Özellikle, Roma Hukuku kapsamında görülen ceza koşulu uygulamalarının Alman Medeni Kanunu'nun (Al. MK) § 339 ile § 344 hükümleri arasında, ikili bir şekilde düzenlenmiş olması bunu doğrular niteliktedir. Bunlardan ilki gerçek ceza koşulu, diğeri ise bağımsız ceza koşuludur⁹¹. Gerçek ceza koşulu Al. MK. § 339 ve § 343 kapsamında düzenlenen ceza koşulu olup; Türk Hukuku ile benzer niteliktedir. Ancak, gerçek olmayan ceza koşulunda borçlu yükümlü olmadığı bir fiili üstlenmekten veya yükümlü olmadığı bir fiili yapmaktan kaçınmaktadır⁹². Gerçek olmayan ceza koşulunun ilk Roma Hukuku'nda uygulanmaya başlandığı görülmektedir⁹³. Alman Hukuku'nda ise zamanla, “Selbstständigen Strafversprechen” olarak ifade edilen ceza koşulu bir tür “bağımsız ceza koşulu” olarak kabul edilmiş ve arka plana itilmiştir⁹⁴. Böylelikle, Al. MK §339. ve §343 arasında düzenlenen “Gerçek Ceza Koşulu” hükümlerinin sözleşmelerde kararlaştırılan asıl ceza koşulu olması kabul edilmiştir.

2. Ceza Koşulunun İndirilmesi

Alman Hukuku'nda ceza koşulunun indirilmesi kanun hükmünden doğmaktadır. Al MK. §343'te ceza kuşulundan indirim konusu şu şekilde düzenlenmiştir: “(1) *Ceza koşulu, orantısız olarak yüksekse, borçlunun talebi üzerine ve mahkeme*

⁹⁰ Interstar Finance v. Integral Home Loans, Supreme Court of New South Wales, T. 27.04.2007; VITKUS, Simas, Penalty Clauses Within Different Legal Systems, *STICS*, Y. 2013, S.1, s. 155-156, (Çevrimiçi) <http://stics.mruni.eu/wp-content/uploads/2013/06/153-162.pdf> E.T. 29.01.2022.

⁹¹ REBMANN, Kurt/ SAECKER Franz-Jürgen, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1979, s. 960.

⁹² ARAZ, Nilgün DİNÇER, *Roma Hukukunda Ceza Koşulu (Stipulatio Poenae)*, Doktora Tezi, 2018, s. 3.

⁹³ REBMANN/ SAECKER s. 960.

⁹⁴ REBMANN/ SAECKER s. 960.

kararı ile ceza koşulu makul bir miktara indirilebilir. Yeterlilik değerlendirilirken, alacaklının sadece maddi menfaati değil, her türlü meşru menfaati dikkate alınmalıdır. Para cezası ödendikten sonra, indirim hariç tutulur.(2) Aynı durum, §§ 339, 342 durumları dışında, birinin bir eylemi gerçekleştirilmesi veya ihmali olması durumunda bir ceza vaat etmesi durumunda da geçerlidir". İlgili hükmün tamamı incelendiğinde, ceza koşulunun indirilmesinde hem alacaklının hem de borçlunun menfaatinin dikkate alınması gerektiği özellikle vurgulanmıştır. İlgili hükümde ayrıca, indirimin uygulandığı miktarın artık ceza koşulundan hariç tutulduğu da görülmektedir⁹⁵.

Al MK. §343 lafzi olarak sadece sözleşmeye dayalı ceza koşulu için değil, aynı zamanda diğer türdeki (haksız fiil, sebepsiz zenginleşme gibi) sözleşme cezalarına da uygulanmaktadır⁹⁶. Bununla beraber, ceza koşulunu düzenleyen sözleşme hükmünün tarafların iradesine bağlı olduğu ve ancak haklı nedenlerin oluşması halinde ceza koşulunda indirime gidilebileceği hüküm altına alınmıştır.

a. Hâkimin Ceza Koşulunu İndirebilmesi için Gerekli Şartlar

Ceza koşulu hükmünde indirimin yapılabilmesi için öncelikle ceza koşulunun geçerli olması gerekmektedir. Al MK. § 344⁹⁷, Türk Borçlar Kanunu'nun aksine, kanunda sadece genel olarak sözleşmenin geçersizliği halinde ceza koşulunun uygulama alanı bulamayacağını hüküm altına almaktadır. Bununla birlikte, sözleşmeye bağlı ceza koşulunun gündeme gelebilmesi için borçlunun kusurlu olması gerekmektedir⁹⁸.

Ceza koşulunda indirim yapılabilmesi için üçüncü şart, borçlunun talebidir. Türk ve İsviçre Hukuku uygulamalarının aksine Al MK. § 343, borçlu tarafından talepte bulunulmasının bir şart olduğu hüküm altına almaktadır. Bu hükümden anlaşılacağı üzere, hâkim re'sen ceza koşulunda indirim yapamayacaktır.

Borçlunun ceza koşulunun indirilmesine ilişkin talebi ne zaman yapması gerektiği de önemli bir husustur. Özellikle, borçlunun ceza koşulunu kısmen ödemesi halinde Alman Federal Mahkemesi, borçlu tarafından ödenen miktarın fahiş olmadığını kabul etmektedir⁹⁹. Ancak, borçlu tarafından kısmen ödeme yapılması durumunda kalan miktar tutarı üzerinden de indirim yapılabilir¹⁰⁰.

⁹⁵ İfa konusu para olmayan edimler için Alman Medeni Kanunu'nun 342. Maddesi gereğince yine 339-341 hükümlerinin uygulanacağı ayrıca düzenlenmiştir.

⁹⁶ İstisnaları için bkz: REBMANN/SAECKER, s. 960.

⁹⁷ "Kanun hükmü gereğince, ifa vaadi geçersiz ise, taraflar vaaadinin etkisizliğini bilseler bile, vaaadin yerine getirilmemesi durumunda verilen bir ceza da aynı şekilde hükümsüzdür."

⁹⁸ Alman Hukukunda, borçlunun ceza koşulunun oluşmasında kusuru olması gerektiğine ilişkin bkz: AKSOY, Hüseyin Can, Rethinking the Relationship between the Enforceability of Penalty Clauses and the Debtor's Fault in Breach, *CEJSH*, C. 11, S. 2, 271-288 s. 272 (Çevrimiçi) <http://yoksis.bilkent.edu.tr/pdf/files/14894.pdf>, E.T. 02.01.2022.

⁹⁹ BGH I Z R 77/12.

¹⁰⁰ REBMANN/SAECKER s. 1383.

Hâkimin ceza koşulunun indirimine karar verebilmesi için ceza koşulu hükmünde belirtilen miktarın fahiş olması gerekmektedir. Ancak, hâkim tarafından ceza koşulunun fahiş olduğu incelenirken özellikle tarafların ekonomik durumları göz önüne alınmaktadır. Hâkimin bu noktada karar verirken sadece borçlunun değil aynı zamanda alacaklının sözleşmesel ilişkideki haklarını da koruması gerekmektedir¹⁰¹. Bu nedenle, ceza koşulunda zararın oluşup oluşmadığının da bir önemi yoktur. Zarar oluşmamış olsa dahi eğer alacaklının hakları ceza koşulu hükmünde yer alan miktardan daha da çok zedelenmiş ise hâkim bu noktada ceza koşulunun indirilmesi kararını vermeyebilecektir. Ancak, hâkim ceza koşulunun indirilmesine karar vermişse, son kararlaştırılan ceza koşulu miktarı toplamı zarar miktarından az olmamalıdır¹⁰². Bu noktada, sadece taraflar açısından bir değerlendirme yapılması genellikle dar yorum olarak kabul edildiğinden bu tür bir yorumun Alman mahkeme kararlarında uygulama alanı bulması pek mümkün değildir¹⁰³.

b. Borçlunun Tacir Olma Sorunu

Alman Hukuku'nda, TTK'nın 22. maddesi ile paralel olacak şekilde, ilgili ceza koşulunda indirim talebinin tacirler için geçerli olmayacağı Al MK. § 348 ve 351'de ayrıca düzenlenmiştir. İlgili madde hükümleri gereğince, Alman Hukuku kapsamında tacir olarak değerlendirilen gerçek veya tüzel kişilerin ceza koşulunda indirim talep edemeyeceği açık bir şekilde düzenlenmiştir. Tacirin tanımı Alman Ticaret Kanunu'nda (HGB) belirtilmiştir. HGB §1'in ilk fıkrasında *ticari işletme yürüten kişilerin* tacir olduğu hüküm altına alınmıştır¹⁰⁴. Ancak, HGB § 348'de yer alan hükümde, sadece tacir sıfatını haiz olmanın yeterli olmadığı, aynı zamanda ceza koşulunun tacir tarafından yapılan ticari işlemler dahilinde kararlaştırılmış olması aranmıştır¹⁰⁵.

Türk Hukuku'nda TTK'nın 22. maddesinde ise tacir olmanın bir sonucu olarak ceza koşulundan indirim talep edilemez iken, Alman Hukuku'nda hâkim borçlunun sadece tacir olduğuna değil aynı zamanda yapmış olduğu işlemin ticari iş olup olmadığını da incelemektedir.

HGB § 348'de¹⁰⁶ düzenlenen yasağın her koşulda uygulanabileceğini söylemek mümkün değildir. Alman Federal Mahkemesi kararlarında, hâkimler tarafından tacirin ticari hayatının mahvına neden olabilecek ceza koşulu hükümlerinin Al MK. § 307 gereğince indirime konu olabileceği belirtilmiştir¹⁰⁷. İlgili hükümler

¹⁰¹ REBMANN/SAECKER s. 1384.

¹⁰² REBMANN/ SAECKER s. 1384.

¹⁰³ BGH I Z R 77/12 , BGH I ZR 45/11.

¹⁰⁴ "(1) Bu kanun kapsamında tacir, ticari bir iş yürüten kişidir."

¹⁰⁵ STAGL, Jakob Fortunat, Vertragsstrafe und Pauschalierter Schadensersatz im Deutschen Recht, **SUBJ**, Y. 2014, S. 2, s. 177 (Çevrimiçi) <https://heionline.org/HOL/P?h=hein.journals/stubabe2014&i=284> E.T.29.01.2022.

¹⁰⁶ "Tacirin ticari faaliyeti sırasında taahhüt ettiği sözleşme cezası, Medeni Kanunun 343. maddesi hükümlerine göre indirilemez."

¹⁰⁷ BGH I ZR 77/12.

gereğince, tacirin ticari işlemlerinde yapmış olduğu sözleşmelerde ceza koşulunun indirilmesi Al MK. § 343 kapsamında değil, Al MK. § 242 (dürüstlük ilkesini düzenleyen hüküm) kapsamında değerlendirilmektedir¹⁰⁸.

HGB § 348'de yer alan atıf ile birlikte, taraflar arasında mutabık kalınan bir ceza koşulu, ihlalden kaynaklanan zarar ile olağanüstü derecede orantısız ise, Al MK. § 242¹⁰⁹ ve § 343 uyarınca indirim tabi olabilecektir¹¹⁰. Bu durumda, sözleşmede belirlenen ceza koşulu, Al MK. § 343'e göre değil, sadece Al MK. § 242'e göre indirilecektir¹¹¹. Al MK. § 242'e göre, sözleşmede belirtilen ceza koşulu, mahkeme tarafından uygun bir düzeye indirilecek ve dürüstlük ilkesi kapsamında tüm koşullar dikkate alınacaktır.

Sözleşmede yer alan ceza koşulu değerlendirilirken, öncelikle ceza koşulunun yaptırım niteliği ve daha fazla ihlalleri önleme işlevi, ihlalin ağırlığı, ihlalin kapsamı ve alacaklı için tehlikesi, ihlal edenin kusuru ve ceza koşulunun işlevi göz önüne alınmaktadır¹¹². Bu kapsamda, sadece Al MK. § 242'de düzenlenen "dürüstlük kuralının" uygulanmayacağı da ayrıca belirtilmelidir. Güncel Alman Federal Mahkemesi kararlarında aynı zamanda Al MK. § 307'nin de uygulama alanı bulacağı da belirtilmiştir¹¹³. İlgili madde hükmü şu şekilde düzenlenmiştir: "(1) Standart iş koşullarındaki hükümler, iyi niyet şartının aksine, kullanıcı ile yapılan sözleşmenin diğer tarafını makul olmayan bir şekilde dezavantajlı hale getirirse hükümsüzdür. Hükümün açık ve anlaşılır olmaması da makul olmayan bir dezavantaj doğurabilir. (2) Aşağıdaki durumların oluşmasında şüphe olan durumlarda, makul olmayan bir dezavantajın var olduğu varsayılır.

1. Esas aldığı kanun hükmünün temel ilkelerine uygun değilse veya

2. Sözleşmenin doğasında bulunan temel hak veya görevleri, sözleşmenin amacına ulaşılmasını tehlikeye atacak ölçüde sınırlaması halinde"

Al MK § 307'nin 1. fıkrasına göre, ceza koşulu miktarı, ceza koşulunun öngördüğü ihlal ve ilk bakışta olası tehlikeler ile orantısız ise, sözleşme ceza koşulu hükümsüz olmaktadır. Bu bağlamda, ticari işlemlerde Al MK. § 242 uyarınca bir indirimin de mümkün olduğu¹¹⁴, ancak bu durumda daha katı bir standart uygulandığı görülmektedir¹¹⁵.

¹⁰⁸ BGH, I ZR 78/81, BGH I ZR 71/95.

¹⁰⁹ "Borçlu, örf ve adetleri göz önünde bulundurarak borcunu iyiniyetin gereklerine göre ifa etmekle yükümlüdür."

¹¹⁰ STAGL, s. 178.

¹¹¹ BGH I ZR 168/05.

¹¹² BGH I ZR 54/91; 200.000 euro'yu aşan ceza koşulunun fahiş olacağına ilişkin bkz: BGH I ZR 168/05.

¹¹³ BGH VII ZR 210/01; BGH VII ZR 133/11.

¹¹⁴ Bir uyumsuzlukta, mahkeme 53.000.000 euro olarak karşılaştırılan ceza koşulunun 200.000 euro'dan fazla olamayacağını, aksi takdirde iyi niyet kurallarına aykırı geleceğini belirtmiştir bkz: BGH I ZR 168/05.

¹¹⁵ BGH I ZR 168/05.

Sonuç olarak, Türk Hukuku'ndakine benzer şekilde Alman Hukuku'nda da ceza koşulunun ne kadar yüksek olacağı sorusu her olayda spesifik bir şekilde kendi içinde değerlendirilmelidir. Bu kapsamda; sözleşme ihlaline neden olan tarafın kusur oranına ve ticari işletmenin türü ve büyüklüğüne bağlı olarak, alacaklı için taahhüt edilen ihlalin ağırlığına ve boyutuna bakılmalıdır¹¹⁶.

III. MİLLETLERARASI HUKUK KAPSAMINDA HUKUKİ DEĞERLENDİRME

Ceza koşulu hükmüne ilişkin, özellikle uluslararası mahiyette uyuşmazlıklar Türk mahkemelerinin önüne geldiğinde uygulanacak hukuk, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Kanunu (MÖHUK) hükümlerine göre belirlenmektedir. MÖHUK'un 2. maddesi, kanun ihtilaflarına ilişkin hükümlerin uygulanmasını esas almıştır. Ceza koşulu hükümlerinin MÖHUK'un 5. maddesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu işbu çalışmamızda ayrıca ele alınmıştır.

Hâkim, MÖHUK kapsamında uygulanacak hukuku belirlerken, aynı zamanda uygulama alanı bulacak hukuk kurallarının Türk kamu düzenine açıkça aykırı olup olmadığını da dikkate alacaktır. İlgili kanun hükmü kapsamında, *“Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk Hukuku uygulanır”*. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, hâkim tarafından uygulanacak hukuk eğer Türk kamu düzenine aykırılık teşkil ediyorsa, hâkim gerekli gördüğü durumda Türk Hukuku'nu uygulayabilecektir¹¹⁷.

Türk Hukuku'nda kamu düzenini açıklayan herhangi bir tanım yoktur. Konuyla ilgili bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda¹¹⁸ kamu düzeni, *“niteliği gereği zamana, yere göre değişen, içeriğinin tespiti zor, her somut olaya göre değişiklik gösteren bir kavramdır. İlmî açıklamalara ve yargısal kararlara rağmen gelişen hukuk sistemlerinde bile tanımı olmamasına rağmen ‘toplumun temel yapısını ve çıkarlarını koruyan kuralların bütünü’ olarak tanımlanmıştır. Öbür taraftan, kamu düzenine aykırılık ise, “Türk Hukukunun temel değerlerine, Türk genel adab ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk*

¹¹⁶ BGH I ZR 168/05.

¹¹⁷ *“Kamu düzeni genel şekilde ifade edilmiş soyut bir kuraldır ve her somut olayda hâkim tarafından re'sen nazara alınır ve bir aykırılığın bulunup bulunmadığını araştırır.”* CAN, Hacı/TOKER, Ali Gümrâh, **Milletlerarası Özel Hukuk (Ders Notları)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s.123.

¹¹⁸RG. T. 20.09.2012, S. 28417.

*prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık” olarak açıklanmaktadır*¹¹⁹.

Diğer ülke hukuk düzenlemeleri incelendiğinde, İsviçre Federal Mahkemesi kararında İsviçre Borçlar Kanunu’nun 163. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen hükmün “kamu düzeni” ile ilgili olduğu açıkça kabul görmüştür¹²⁰. Bununla beraber yukarıda incelenen *Cavendish* davası’nın 29. Paragrafında da görüleceği üzere, ceza koşulunun “kamu yararı” kapsamında değerlendirileceği de belirtilmiştir. Ancak, bu hususta İngiliz Hukuku’nda daha ayrıntılı herhangi bir açıklama yapılmamıştır.

İsviçre Federal Mahkemesi’nin vermiş olduğu kararlara bakıldığında ise, ekonomik olarak güçsüz olan tarafın korunmasız bırakılmasının kamu yararı ile ilişkilendirildiği görülmektedir¹²¹. Ancak Türk Hukuku incelendiğinde, ilgili hükmün kamu yararı kapsamında düzenlenmiş olduğu kanun koyucu tarafından açık bir şekilde belirtilmemiştir. Nitekim, yukarıda da belirtildiği üzere ceza koşulunun sözleşmenin bir tarafın mahvına neden olacak şekilde kararlaştırılması halinde, Türk Mahkemeleri tarafından Türk Borçlar Kanunu’nun 27. maddesi uygulanabilmektedir¹²². Ayrıca, kamu düzenini oluşturan hükümler Türk Hukuku’nda pek fazla görülmemekle beraber, kanun koyucunun böyle bir amacı olmadığı görülmektedir¹²³. Bu nedenle, İsviçre Hukuku’nun aksine, Türk Hukuku’nda hâkim, uygulanacak hukuku tespit ederken MÖHUK’un 5. maddesi kapsamında değil, kanun ihtilafları kapsamında karar verecektir.

SONUÇ

Bu çalışmamızda, hem Kıta Avrupa’sında hem de örfi hukukta (“common law”) yer alan ceza koşulunun tarihsel gelişimi ve hâkimin fahiş kararlaştırılan ceza koşulunu indirme yetkisinin ne şartlarda söz konusu olduğu ele alınmış, farklı hukuk sistemlerine tabi olan uygulamaların aslında birbiri ile birçok hususta bağdaştığını ancak yıllar geçtikçe bazı konularda birbirinden farklı şekilde düzenlemelere maruz kalmış olduğuna ilişkin incelemeler yapılmıştır. Özellikle, İngiliz Hukuku’nun tahvil aracılığı ile ceza koşulu hükümlerini uygulaması ve Kıta Avrupası’nda ceza koşulu uygulamalarını genişletmesi, İsviçre ve Alman Hukuku’nun birbiri ile sıkı etkileşimi Roma Hukuku alanında birbiri ile benzer uygulamalara sebebiyet vermiştir. Türk Hukuku’nun da temel aldığı İsviçre ve Alman Hukuku kurallarının ise aslında bazı noktalarda Türk Hukuku ile farklılık ihtiva ettiği de ayrıca çalışmamızda ele alınmıştır.

¹¹⁹ Yarg. HGK., 1998/12-287 E., 1998/325 K., 06.05.1998 “*Ahlak ve dürüstlük kurallarına, toplumun, hukukun, temel ilke ve değer yargılarını, adaleti, ahlak anlayışını, Anayasada yer alan temel hakları, ciddi şekilde sarsan ve aykırılık oluşturan olaylar kamu düzenini ihlal eden olgulardır*”.

¹²⁰ BGE 41 II 138.

¹²¹ TUNÇOMAĞ, s. 174-175.

¹²² Yarg. HGK, E. 2001/9-1175, 2001/1166 K., 26.12.2001 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

¹²³ TUNÇOMAĞ, s. 174-175.

Karşılaştırmalı hukukta ceza koşulunun, tarihsel gelişimi yanında günümüzde kabul gören uygulama şartları Türk Hukuku ile birlikte değerlendirildiğinde, uluslararası uygulamalarında büyük bir görüş birliği olduğu ifade edilebilir. Bu kapsamda bizce de ceza koşulunun varlığı için genel olarak; sözleşmede belirtilen asıl ifaya bağlı fer'i nitelikte bir yükümlülüğün söz konusu olması gerektiği ifade edilebilir. Bununla birlikte, hâkimin takdir yetkisi hususunda ise ikili bir ayrıma gidilmesi isabetli olacaktır. İngiliz Hukuku'nu temel alan örfi hukuk uygulamalarında, ceza koşulu her ne kadar taraflarca serbestçe kararlaştırılabilse de, ceza koşulunun infaz kabiliyeti olmadığı için, alacaklı tarafından talep edilebilecek en üst tutarı oluşturan zarar belirlemektedir. Ancak Cavendish davası ile birlikte ceza koşulunu belirleyen bu üst sınırı aşan durumların hakkaniyet kapsamında mümkün olabileceği belirtilmiştir. Bu nedenle, İsviçre, Alman ve Türk Hukuku mevzuatlarında taraflarca serbest bir şekilde kararlaştırılabilen ceza koşulu İngiliz Hukuku'ndan bu kapsamda ayrılmaktadır. Nitekim, bahsi geçen bu hukuk uygulamalarında sözleşme serbestisi kapsamında alacaklı uğramış olduğu zararlar ile birlikte belli şartlar dahilinde ceza koşulunu da talep edebilecektir. Ancak bu noktada, sözü geçen hukuk uygulamalarda hâkimin takdir yetkisini kullanabilmesi için ceza koşulunun geçerli olması ve bahse konu ceza koşulunun fahiş olarak kararlaştırılması gerekmektedir. Ceza koşulunun "fahiş" olup olmadığına ise hâkim kanunun kendisine vermiş olduğu takdir yetkisini kullanarak karar verecektir. Türk Hukuku kapsamında hâkim ceza koşulunun indirilmesine karar verirken, özellikle hakkaniyet çerçevesinde somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapmalı ve hem İsviçre hem de Alman Hukuku'nda olduğu gibi borçlu yararına ceza koşulunda indirim yaparken, alacaklının menfaatlerini de göz önünde bulundurmalıdır. Bunun yanında elbette, tüm özel hukuk yargılamalarında öncelikle dikkate alınması gereken, Türk Medeni Kanunu'nun 2. ve 3. maddelerinde tanımını bulan "*dürüstlük ve iyi niyet kuralları*" da ceza koşulunun indirilmesi talepleri değerlendirilirken, hâkim tarafından göz önünde bulundurulması gereken temel hukuki düzenlemelerdir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

KAYNAKÇA /REFERENCES

AKSOY, Hüseyin Can, Rethinking the Relationship between the Enforceability of Penalty Clauses and the Debtor's Fault in Breach, **CEJSH**, C. 11, S. 2, (Çevrimiçi) <http://yoksis.bilkent.edu.tr/pdf/files/14894.pdf>, E.T. 02.01.2022.

ARAZ, Nilgün DİNÇER, **Roma Hukukunda Ceza Koşulu (Stipulatio Poenae)**, Doktora Tezi, 2018.

ARKAN, Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, 24. Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2018.

BIANCALANA, Joseph, The Development of the Penal Bond with Conditional Defeasance, **JoLH**, 2005, C. 26, University of Cincinnati Public Law Research Paper No. 06-14 (Çevrimiçi) <https://ssrn.com/abstract=918531> E.T. 28.12.2021.

BİLGE, Necip, Cezai Şart, Y. 1958, Ahmet Esat Arsebük'e Armağan, **AHFY**, (Çevrimiçi) <https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/9142/arma%C4%9Fan.pdf?sequence=1&isAllowed=y> E.T. 01.12.2021.

CAN, Hacı/ TOKER, Ali Gümrah, **Milletlerarası Özel Hukuk (Ders Notları)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

ÇINAR, Ömer, Türk Borçlar Kanunu ve Alman Medeni Kanunu'na Göre Cezai Şartın İndirilmesi, **İTÜSBD**, Y. 2009, Cilt 8, Sayı 16, (Çevrimiçi) <http://www.ajindex.com/dosyalar/makale/acarindex-1423904956.pdf> E.T. 20.12.2021.

ELDRIDGE, John, The New Law of Penalties: Mapping the Terrain, **JoBL**, Sydney Law School Research Paper, Y. 2018, C. 8, S. 18/56 (Çevrimiçi) <https://ssrn.com/abstract=3251706> E.T. 20.01.2022.

EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 20. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

GÖKSOY, Yaşar Can, Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğü (TTK M. 18) Bağlamında Covid-19 Pandemisinin Tacirlerin Sözleşmeden Doğan Yükümlülükleri Üzerindeki Etkileri, **YHD**, Y. 2020, C. 2, S. 2, (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/en/pub/yhd/issue/57555/817135> , E.T.18.01.2022.

HALSON, Roger/ Liu, Qiao, Agreed Damages, the Penalty Rule, and Unfair Terms: An Anglo-Australian and Chinese Comparison, **TCJoCL**, Y. 2019, C. 7, S.1, (Çevrimiçi) <https://doi.org/10.1093/cjcl/cxz003> E.T. 15.12.2021.

KARAGÖZ, Veli, İşverenin Tacir Olması Durumunda Cezai Şartın İndirilmesi, **EÜHFD**, Y. 2014, C. 18, S. 3-4 (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1834465> E.T. 18.01.2022.

KIRKBEŞOĞLU, Nagehan, **Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük**, Doktora Tezi, İstanbul, 2010, (Çevrimiçi) <http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/47148.pdf> E.T. 10.02.2022.

KOCAAĞA, Köksal, **Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası)**, 2. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

KOLLER, Alfred, **Konventionalstrafe für Bauverzögerungen (Verspätungsstrafe)**, In Bau- und Bauprozessrecht: ausgewählte Fragen. St. Gallen : Vereinigung für Baurecht, 1996, (Çevrimiçi) http://alfredkoller.ch/sites/default/files/2017-11/Konventionalstrafe_fuer_Bauverzoegerungen.pdf E.T. 28.12.2021.

NOMER, Haluk, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 15. Basım, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2017.

OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler CİLT II**, 10. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.

OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler CİLT II**, 15. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.

RIZA, Ayhan/ HAYRETTİN, Çağlar/ ÖZDAMAR, Mehmet, **Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar**, 14. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

REBMANN, Kurt, Saecker Franz-Jürgen, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1979.

SCHELHAAS, Harriet N., Concluding Comparative Remarks in Relation to UK Supreme Court Cases on Penalty Clauses, **ERoPL**, Y.2017, C.25, S.1, (Çevrimiçi) https://repub.eur.nl/pub/106671/Repub_106671.pdf E.T. 18.01.2022.

SCHOCH, Walter, Begriff, **Anwendung und Sicherung der Konventionalstrafe nach Schweizerischem Recht**, Staempfli & Cie., Bern, 1935.

SİPAHİ, Tolgahan, **Ceza Koşulunun İndirilmesi**, İstanbul, 2020. (Çevrimiçi) https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/TezGoster?key=wf-FPgY-5qjHEzEoOgvMs_Z2dsHE4pPkzkBYFwGL-Prj-rPmyLyJvWM9hVO7IOdn E.T.18.02.2022.

STAGL, Jakob Fortunat, Vertragsstrafe und Pauschalierter Schadensersatz im Deutschen Recht, **SUBJ**, Y. 2014, S. 2, (Çevrimiçi) <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/stubabe2014&i=284> E.T.29.01.2022.

PELLANDA, Roth Katja, **Obligationenrecht Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen , Art. 1-183 OR**, Hrsg. Andreas FURRER/Anton K. SCHNYDER, 3. Basım, 2016 (SwissLex).

ROWAN, Solene, The Legitimate Interest In Performance In The Law On Penalties, **CUJ**, Y. 2019, C. 78, S. 1, (Çevrimiçi) <https://doi.org/10.1017/S0008197318000958> E.T. 20.01.2022.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, 5. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1985.

TEKİNAY Sulhi/ AKMAN Sermet/ BURCUOĞLU Haluk/ ALTOP Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

TUNÇOMAĞ, Kenan, **Türk Hukukunda Cezai Şart**, Baha Yayınları, İstanbul, 1963.

VITKUS, Simas, Penalty Clauses Within Different Legal Systems, **STICS**, Y. 2013, S. 1, (Çevrimiçi) <http://stics.mruni.eu/wp-content/uploads/2013/06/153-162.pdf>, E.T. 29.01.2022.

VOGEL, Dominic, **Vertragliche Pflichten des professionellen Mannschaftssportlers und Sanktionierung von Vertragsverletzungen durch Konventionalstrafe oder disziplinarische Versetzung**, Schulthess Verlag, Zürich, 2018 (SwissLex).