

Yargıtay Kararları Kapsamında Ceza Koşulu ve Aşırı Ceza Koşulunun İndirilmesi

The Penalty Clause and Reduction of Excessive Penalty Clause Under the Decisions of the Court of Cassation

Arş. Gör. Sarp GÜMÜŞ^(*)

Öz:

Ceza koşulu, borçlunun sağlararası bir hukuki işlemde borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi riskine karşı ekonomik değeri haiz bir edim üstlenmesidir. Ceza koşulu, bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için veya borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılabilir. Taraflar arasında serbestçe kararlaştırılan bu ceza koşulunun ifası, kararlaştırılan ceza koşulunun türüne göre edimin ifasıyla beraber istenebileceği gibi edimin yerine de istenebilir.

Taraflarca serbestçe kararlaştırılan ceza koşulunun, zaman içerisinde değişen hukuki durum veya ekonomik sebeplerle borçlu açısından tutar itibarıyla aşırı hale gelmesi ise her zaman söz konusu olabilir. Bu sebeple çeşitli kanuni düzenlemelerle, aşırı hale gelen bu ceza koşulunun hâkim kararıyla indirilebilmesine olanak tanınmıştır. Türk hukukunda aşırı ceza koşulunun indirilmesi, ancak hâkim kararıyla mümkün olup bu karar, talep üzerine veya re'sen verilebilir. Hâkim, bir ceza koşulunun aşırılığını değerlendirirken bazı ölçütlerden yararlanır. Bu ölçütler, alacaklının menfaati, ceza koşulunu doğuran hukuki ilişkideki asıl borca aykırılığın derecesi, borçlunun borca aykırılıktaki kusurunun derecesi gibi hususlardır. Borçlu, ceza koşulunu ifa etmişse veya henüz muaccel olmamış bir ceza koşulu söz konusuysa, aşırı ceza koşulunun indirilmesini talep edemez. Ayrıca tacir borçlu, ticari işletmesiyle alakalı bir hukuki işlemde taahhüt ettiği aşırı ceza koşulunun indirilmesini de 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m.22 hükmü gereğince isteyemez. Ancak öğreti ve Yargıtay, tacirler bakımından taahhüt edilen ceza koşulunun, borçlunun ekonomik mahvına yol açtığından bahisle ahlaka aykırı sayılabildiği hallerde indirilebileceğini belirtmiştir. Hâkimin aşırı ceza koşulunun indirilmesine yönelik verdiği karar inşai bir karar olup somut adaletin ve ekonomik hayatın sürekliliğinin sağlanması bakımından ayrı bir önemi haizdir.

Anahtar Kelimeler:

Ceza Koşulu, Aşırı Ceza Koşulu, Tacir, Yargıtay, Borçlu.

Abstract:

Penalty clause is that the debtor undertakes an act of economic value against the risk of not performing his debt at all or duly in a legal transaction. Penalty clause can be determined for the non-performance of a contract at all or for the non-performance of the debt at the specified time or place. The performance of this penal clause freely agreed

(*) Başkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi, Ankara - Türkiye,

E-posta: sgumus@baskent.edu.tr; Orcid No: <https://orcid.org/0000-0003-1105-8833>.

Makale Geliş Tarihi: 13.08.2023 - Makale Kabul Tarihi: 08.11.2023.

between the parties may be requested together with the performance of the act, or in place of the act, depending on the type of the agreed penalty clause.

It is always possible for the penal clause decided by the parties to become excessive for the debtor due to the changing legal situation or economic reasons over time. For this reason, with various legal regulations, it has been possible to reduce this sentence, which has become excessive, by a judge's decision. The reduction of the excessive penalty clause is possible with the decision of the judge in Turkish law. It is possible for the judge to make this decision upon request or ex officio. The judge makes use of certain criteria when assessing the excessiveness of a penalty clause. These criteria are matters such as the creditor's interest, the degree of breach of the original debt in the legal relationship that creates the penalty, and the degree of the debtor's fault in breach of the debt. If the debtor has fulfilled the penalty clause or if there is a penalty clause not yet due, he can not demand the reduction of the excessive penalty clause. In addition, the merchant debtor can not demand the reduction of the excessive penalty condition that he has committed in a legal transaction related to his commercial enterprise, according to Turkish Commercial Code No.6102, art.22. However, the doctrine and the Court of Cassation have stated that the penalty stipulated for the merchants can be reduced in cases where it can be deemed immoral by mentioning that it causes the economic ruin of the debtor. The decision of the judge to reduce the excessive penalty clause is a constructive decision and is important in terms of ensuring the continuity of concrete justice and economic life.

Keywords:

Penalty Clause, Excessive Penalty Clause, Merchant, Court of Cassation, Debtor.

I. Giriş

Sözleşmeden doğan bir borç ilişkisinde borçlunun üstlendiği edimi hiç veya gereği gibi ifa etmemesi, borca aykırılık oluşturur. Borca aykırılık halinde alacaklı, başta 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) hükümleri olmak üzere kanun koyucunun kendisine tanıdığı hakları kullanarak alacağını elde etmeye çalışır. Alacaklı, borç ilişkisinde birçok hakka sahip olsa da, alacağını elde etmesi her zaman kolay olmayıp bu durum, meşakkatli ve uzun bir hukuki süreci de beraberinde getirebilir. Bu hukuki süreç ile alacağına ulaşamama veya geç ulaşma riski altında olan alacaklının alacak hakkını güvence altına almayı amaçlayan kanun koyucu, bu amacın sağlanmasına yönelik rehin, kefalet veya ipotek gibi bazı hukuki kurumlar öngörmüştür. Bunun yanında, alacaklının alacağını kuvvetlendirmek için de bazı hukuki kurumlar öngörülmüştür. Alacaklının hakkını kuvvetlendiren bu hukuki kurumlardan biri de, TBK m.179-182 hükümleri arasında düzenlenen ceza koşuludur. Ceza koşuluyla beraber hem borçlu borca uygun davranmaya sevk edilir hem de alacaklı borcun ifa edilmemesi halinde doğacak zararı ispat etme yükünden kurtulur.

Taraflar arasındaki sözleşmede yer alan hükmün bir ceza koşulu olup olmadığının tespiti ve bu hüküm eğer ceza koşulu niteliğindeyse geçerli olup olmadığı ve hangi tür bir ceza koşulu olduğu, tarafların yükümlülüklerinin belirlenmesi bakımından önem arz eder. Zira ceza koşulunun TBK m.179 uyarınca bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için veya borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılması mümkün olup kararlaştırılan ceza koşulunun türüne göre tarafların yükümlülükleri de farklı olur.

Yine TBK m.179/III'te belirlenen ve öğretide dönme cezası olarak adlandırılan hukuki kurumun da hukuki niteliği itibariyle bir ceza koşulu olup olmadığının incelenmesi gerekir.

Taraflar ceza koşulunu serbestçe belirleme yetkisini haiz olmakla birlikte bazı durumlarda ceza koşulunun aşırılığı gündeme gelebilir. Ceza koşulunun aşırı olması halinde kanun koyucu TBK m.182/III hükmü ile hâkime bu aşırı ceza koşulunu re'sen indirme yetkisi vermiştir. Ancak ceza koşulunun aşırılığında anlaşılması gereken hususun ne olduğu ve bu aşırılığın tespitinde yararlanılacak ölçütlerin ne olduğu tartışmalıdır. Öte yandan, aşırı olduğu tespit edilen ceza koşuluna uygulanacak müeyyidenin ve bu indirimin hukuki niteliğinin ne olduğu da incelenmeye muhtaçtır. Ayrıca tarafların tacir olması halinde ceza koşulundaki aşırılık iddialarının dikkate alınıp alınmayacağı ve tacirler arasındaki aşırı ceza koşulunun akibetinin ne olacağı da ayrı bir önemi haizdir.

II. Genel Olarak Ceza Koşulu

A. Ceza Koşulu Kavramı ve Tanımı

Ceza koşulu, 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde de hukukumuzda sıkça uygulama alanı bulmakta ve “*cezai şart*” olarak adlandırılmaktaydı. Ancak TBK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte “*cezai şart*” ifadesi yerine bu kanunda yer aldığı şekliyle “*ceza koşulu*” ifadesini kullanmayı güncel literatüre daha uygun buluyoruz.

Ceza koşulu, yalnızca TBK'da yer almayıp 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda da çeşitli maddelerde hüküm altına alınmıştır. Ancak kanun koyucu ceza koşulunu ifade ederken, TMK'da “*cezai şart*”, TTK'da ise “*sözleşme cezası*” ifadelerini tercih etmiştir. Her bir ifade aynı kurumu işaret ediyor olsa da, mevzuatta yer alan farklı ibarelerin TBK'da yer alan “*ceza koşulu*” ifadesi ile değiştirilerek yeknesaklığın sağlanması isabetli olur.

Kanun koyucu, TBK m.179 vd. hükümlerinde ceza koşulunu düzenlemekle birlikte, ceza koşulunu tanımlamaktan kaçınmış; ceza koşulunun hangi hallerde öngörülebileceğini belirtmekle yetinmiştir. Bu sebeple ceza koşulu, öğretide farklı şekillerde tanımlanmıştır.

Bilge'ye göre ceza koşulu, sağlararası yapılan öyle bir hukuki muameledir ki, ceza koşulu ile borçlu, borcunun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde alacaklıya bir edada bulunmayı taahhüt eder.¹

¹ BİLGE, Necip: “Cezai Şart”, (Ahmet Esat ARSEBÜK'ün Anısına Armağan, Ankara, 1958. s.37-128), s.39.

Feyzioğlu'na göre, borcun zamanında ve gereği gibi ifasını temin etme ve icabında alacaklıya zararını ispat yükü olmadan belli bir tazminat alabilme imkânı sağlayan kayda ceza koşulu denir.²

Tunçomağ'a göre ceza koşulu, mevcut borcun ifa edilmemesi veya eksik ifası halinde ödenmesi gereken ve mali değeri haiz ayrı bir edimdir.³

von Tuhr'a göre borçlu, alacaklıya karşı esas borcun hiç veya zamanında ifa edilmemesi halinde bir edada bulunmayı taahhüt ediyorsa, ortada bir ceza koşulu bulunmaktadır.⁴

Eren'e göre ise ceza koşulu, borçlunun alacaklıya karşı mevcut bir borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde ödemeyi üstlendiği, hukuki işlem ile belirlenmiş ve ekonomik değeri olan bir edimdir.⁵

Öğretide yapılan farklı tanımlardan hareketle ceza koşulu, sağlararası bir hukuki işlemde borçlunun, borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi riskine karşı ekonomik değeri haiz bir edim üstlenmesidir.⁶

Ceza koşulu, taraflar arasındaki ayrı bir sözleşme ile kararlaştırılabileceği gibi asıl borcun kararlaştırıldığı sözleşmeye bir hüküm konulması suretiyle de kararlaştırılabilir.⁷

² FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, C.2, İstanbul 1969, s.327.

³ TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963, s.6. (*Cezai Şart*).

⁴ von TUHR, Andreas: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C.1-2, (*Çeviren: Cevat Edege*), Ankara 1983, s.763.

⁵ EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2019, s.1323.

⁶ Öğretide yer alan benzer tanımlar için bkz. KOCAAĞA, Köksal: Türk Özel Hukukunda Cezai Şart (BK m.158-161), Ankara 2003, s.33.; EKİNCİ, Hüseyin, Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015. (*Ceza Koşulu*); UÇAR, Salter: Hukukta Cezai Şart ve Uygulaması, İstanbul 1993, s.11.; GÖKÇEOĞLU, Kâmil Haluk: Cezai Şart ve Güncel İçtihatlar, İstanbul 2007, s.20; GÜNAY, Cevdet İlhan: Cezai Şart (BK m.158-161), Ankara 2002, s.4; CANSEL, Erol/ÖZEL, Çağlar: "Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu", (Yaşar Üniversitesi Dergisi, C.8, Özel Sayı, s.713-733, İzmir 2013), s.713-714; DEMİRTAŞ, Sebla: "Cezai Şart", (İstanbul Barosu Dergisi, S.2010/2, s.849-873. İstanbul 2010), s.850; Ayrıca ceza koşulunun hukuki mahiyeti hakkında bkz. TUNÇOMAĞ, Kenan: "Cezai Şartın Hukuki Mahiyeti", (Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.1, S.4, s.558-568, Ankara 1962) (*Hukuki Mahiyet*); OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, İstanbul 2018, s.534.; KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2018, s.986. Ayrıca, ekonomik değeri haiz bir edimin mutlaka bir miktar para olmasının gerekmediği, sözleşmeden doğan bir hakkın veya yetkinin kaybedilmesine ilişkin bir anlaşmanın da ceza koşulu niteliğinde olduğuna yönelik görüş için bkz. SCHWENZER, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2012, s.497.

⁷ HONSELL, Heinrich/VOGT, N. Peter/WIEGAND, Wolfgang: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Obligationenrecht I (Art.1 - 529 OR.), 2. Auflage, Helbing & Lichtenhahn, Zürich 2002, s.802; KELLER, Max/SCHÖBI, Christian: Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Auflage, Basel/Frankfurt 1988, s.111; SCHWENZER, s.497.

B. Ceza Koşulunun Hukuki Niteliği, Amacı ve Uygulama Alanı

1. Ceza Koşulunun Hukuki Niteliği

Ceza koşulunun hukuki niteliği hakkında öğretilerde çeşitli görüşler bulunmaktadır. Olup ceza koşulunun götürü bir tazminat olduğunu savunan yazarlar olduğu gibi ceza koşulunun bir özel hukuk cezası olduğu olduğunu ileri süren yazarlar da mevcuttur. Ayrıca ceza koşulunun ceza-tazminat arası karma bir niteliği haiz olduğu da savunulmuştur.

Ceza koşulunun götürü bir tazminat niteliğinde olduğunu savunan yazarlara göre, ceza koşulunun sözleşmenin taraflarına kolaylık sağlayıp özellikle alacaklıyı zararın belirlenmesi külfetinden kurtarmasına yönelik fonksiyonu, ceza koşulunun hukuki niteliğinin tespitinde yol göstericidir. Zira bu görüşü savunan yazarlar, taraflar arasındaki ceza koşulu sözleşme akdedilirken ve henüz zarar miktarı belirli veya belirlenebilir değilken götürü olarak kararlaştırıldığından ceza koşulunun da götürü bir tazminat niteliğinde olduğunu savunmaktadırlar.⁸ Bu görüş, özellikle ceza koşulunun götürü bir tazminat olarak kabul edilmesi halinde, taraflarca başlangıçta kararlaştırılan bu bedelin azaltılması ya da artırılmasının mümkün olmaması sonucunu doğurduğundan eleştirilmiştir.⁹ Oysaki TBK m.180/II hükmü ile ceza koşulunda belirlenen bedelin arttırılmaması; TBK m.182/III hükmü ile de bedelin azaltılabileceği düzenlenmiştir. Bu sebeple, ceza koşulunun hukuki niteliği itibariyle götürü bir tazminat olmadığı savunulmuştur. Yargıtay tarafından verilen bazı kararlarda¹⁰ ceza koşulunun götürü tazminat olduğu ifade

⁸ Bkz. TUTAR, Elce: Cezaî Şartın Hukuki Niteliğini Açıklayan Görüşlerin Dönme Cezası Bakımından Değerlendirilmesi ve Dönme Cezasının Benzer Kurumlardan Farkı, *Terazi Hukuk Dergisi*, Ocak 2017, C.12, S.125, s.6; TUTAR, Elce: Dönme Cezası, *Turhan Kitapevi*, Ankara 2016, s.33 vd. TUNÇOMAĞ, *Cezaî Şart*, s.23; TUNÇOMAĞ, *Hukuki Mahiyet*, s.567. Götürü tazminat hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. PARLAK BÖRÜ, Şafak, "Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Mart-Nisan 2017, S.129, s.197; KAPANCI, Kadir Berk, *Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi*, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, s.655; YILDIRIM, Uğur, *Cezaî Şart* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul 2010), s.56; ERDEM, Mehmet, "Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi", *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, 2009, s.98; SARI, Suat, "Götürü Tazminat Kavramı Üzerine", *Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu*, 26-27 Haziran 2008, İstanbul 2011, s.300; BİRİNCİ UZUN, Tuba: "Götürü Tazminat" s.98, Ankara 2015; AKKOYUN, Melike: "Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulunun İndirilmesi", (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2021.

⁹ GÜMÜŞ, Mustafa Alper: "Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri", s.1009. Ankara 2021; OĞUZMAN/ÖZ, s.535 vd.; KOCAAĞA, s.49 vd.; KAPANCI, s.675-680; ERDEM, s.122; PARLAK BÖRÜ, s.219; KARAGÖZ, s.61. Ceza koşulunun götürü tazminat olduğunun kabulü ile birlikte TBK m.182/III başta olmak üzere ceza koşuluna ilişkin hükümlerin götürü tazminatlar bakımından da uygulanması; bu sebeple götürü tazminatın indirilmesinin de önü açılmış olur, bu durumun yaratacağı sorunlar ve ihtimaller için ayrıca bkz. ÖCAL APAYDIN, Bahar/İNCE AKMAN, Nurten, "Götürü Tazminatın Hâkim Tarafından İndirilmesi Meselesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Haziran 2019, C.25, S.1, s.220-261.

¹⁰ YHGK. T.17.02.1971, K.1505-85; Y.14.HD. T.18.06.2008, E.2008/2637, K.2008/8031 (*Naklen*: AKKOYUN, s.62-63) Ayrıca Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 1986 tarihinde vermiş olduğu bir

edilirken daha yeni tarihli verilen bazı kararlarda ise,¹¹ ceza koşulu ile götürü tazminatın birbirinden farklı kavramlar olduğu ve bu bağlamda ceza koşulunun götürü tazminat olmadığı vurgulanmıştır.

Öğretide ceza koşulunun bir götürü tazminat olmadığına, bilakis bir özel hukuk cezası olduğuna ilişkin görüşler de mevcuttur.¹² Bu görüşü savunan yazarlara göre borçlu, alacaklı ile yaptıkları sözleşme uyarınca kararlaştırılan ceza koşulunu bilmekte; bu durum da üzerinde bir ifa baskısı yaratmaktadır. Yani borcun gereği gibi ifa edilmemesi veya eksik ifa edilmesi durumunda borçlu, belirli bir miktar ceza koşulunu ödemeye mahkûm olacağından ceza koşulu borçluyu borca uygun davranma konusunda baskı altında bırakır ve ceza koşulu, aynı ceza hukukundaki cezaların caydırıcılığı gibi bir misyon kazanır.¹³ Ayrıca TBK m.180 hükmü uyarınca alacaklının ceza koşulunu talep edebilmesi için herhangi bir zarara uğraması da aranmadığından ceza koşulunun tazminat olarak değerlendirilebilmesi de mümkün değildir.¹⁴

Öğretide, ceza koşulunun ceza-tazminat arası karma bir niteliği haiz olduğu da ileri sürülmüştür.¹⁵ Yargıtay'ın bazı kararlarında da bu görüş savunulmuştur.¹⁶ Bu görüşü savunan yazarlara göre ceza koşulunun en önemli amacı, borçluyu borca uygun şekilde davranmaya teşvik etmek ve borca aykırı ifa durumunda alacaklının zararının tazminini kolaylaştırmaktır. Bu görüşe eleştiri olarak ceza

kararında: "... sözleşme maddesinde "tazminat" sözcüğü kullanılmış ise de tazminatın götürü olarak tayin ve tespit edilmiş bulunması, davalının yüklendiği bu edimin "cezaî şart" olduğunu açıkça göstermektedir. Hal böyle olunca, davacının ayrıca zararını ve bunun miktarını ispat etmesi gerekmez. Kaldı ki alacaklı, zararı olmasa da cezaî şart olarak kararlaştırılan meblağı isteyebilir..." ifadeleriyle, ceza koşulunun götürü tazminat olduğuna hükmetmiştir. (YHGK. T.16.04.1986, E.1984/13-730, K.1986/416 sayılı kararı. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.01.04.2023).

¹¹ Yargıtay, bazı kararlarında da ceza koşulu ile götürü tazminatın birbirinden farklı kavramlar olduğunu kabul etmiş ve götürü tazminatı açıklamak için "kira tazminatı" terimini kullanmıştır. YHGK. T.09/03/2016, E.2014/23-740, K.2016/283; Y.15.HD. T.28.11.2018, E.2018/2123, K.2018/4735: "... Ancak kira tazminatı hesaplanmasında ve teslim tarihinin saptanması hususunda hataya düşülmüştür. Taraflar arasındaki sözleşmede inşaatın on ay içerisinde bitirileceği ve sözleşme bedeli götürü olarak kararlaştırılmıştır..." (Naklen: AKKOYUN, s.62-63).

¹² GÜMÜŞ, s.1009-1010; YAĞCIOĞLU, s.25; EKİNCİ, *Ceza Koşulu*, s.46-47. Ceza koşulunun götürü tazminattan farklı olmakla birlikte borçlunun götürü tazminata yönelik de aynı ceza koşulunun da indirilmesinde olduğu gibi indirim talep edebileceği yönünde bkz. SCHWENZER, s.500; HONSELL/VOGT/WIEGAND, s.804.

¹³ YAĞCIOĞLU, s.25; EKİNCİ, *Ceza Koşulu*, s.46-47.

¹⁴ SAYMEN, Ferit/ELBİR, Halid: "Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler", s.829. İstanbul 1958.

¹⁵ Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. GÜNAY, s.35; EKİNCİ, s.51; AKKOYUN, s.15.

¹⁶ Bkz. Y.13.HD. T.14.11.1977, E.1977/4495, K.1977/5010: "...Ceza koşulu, bir edimden ya da belli yer ve zamanda edimden kaçınmada, genellikle para olan bir tutarın ceza olarak verilmesinin sözleşmesidir. Bu sözleşmenin amacı, borçluyu edime zorlama, alacaklıyı zararı saptama yükümünden kurtarma ve olumsuz edimlerde, yaptırım gücünden yararlanmadır. O nedenle, iki fonksiyonu vardır. Bunlardan ilki, ceza, ikincisi de tazminat fonksiyonudur..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.05.04.2023).

koşulunun ceza-tazminat arası karma bir niteliği haiz olduğunun ileri sürülmesinin her iki hukuki kurumun da mahiyetine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.¹⁷ Zira tazminatın amacı, borca aykırılık durumunda oluşan zararın giderimini sağlamak iken cezanın amacı, borçlunun borca aykırı davranışı sonucunda borçlunun hiçbir kusuru olmasa dahi borçluya bir sorumluluk yüklemektir.¹⁸

Kanaatimizce ceza koşulunun tazminat, götürü tazminat ve sigorta¹⁹ kurumlarıyla benzer özellikler taşıdığıнын kabulüyle birlikte, ikinci görüşe üstünlük tanınarak ceza koşulunun hukuki mahiyeti itibariyle bir özel hukuk cezası olduğunun kabulü gerekir. Zira ceza koşulunun talep edilebilmesi için alacaklının zarara uğraması gerekmediğinden ceza koşulu kavramı, borçlar hukukundaki tazminat talep edilebilmesi için zararın gerekli olduğuna yönelik genel prensipten önemli bir noktada ayrılmaktadır. Hal böyleyken, herhangi bir sebeple ceza koşuluna tazminat niteliği atfedilmesine yönelik görüşlere katılmıyoruz. Yine ceza koşulunun borçlu üzerinde yarattığı ifa baskısı ve borçluyu borca uygun davranmaya sevk etmesine yönelik fonksiyonu göz önüne alındığında, ceza hukukundaki anlamıyla olmamakla birlikte, özel hukuk alanında ceza benzeri kendine özgü bir müeyyide haline geldiği görüşündeyiz. Tüm bu sebeplerle, ceza koşulunun bir özel hukuk cezası olarak nitelendirilmesi gerektiğine yönelik görüşlere katılıyoruz.

2. Ceza Koşulunun Amacı ve Uygulama Alanı

Tarafların sözleşme ile elde etmek istedikleri menfaatler farklılık gösterdiğinden ceza koşulu, alacaklı ve borçlu bakımından farklı amaçlara hizmet eder.

İlk olarak ceza koşulu, borçluyu üstlendiği edime uygun davranmaya sevk eder. Bu bakımdan, ceza koşulunun kararlaştırılmasının ilk ve en önemli amacı, borçlunun sözleşmeyle üstlendiği edime uygun davranmasını sağlamaktır. Buna, ceza koşulunun teşvik veya teminat fonksiyonu adı verilir.²⁰ Bu sayede borçlu, kararlaştırılmış ceza koşulunu ödeme zorunluluğundan kaçınmak amacıyla, üstlenmiş olduğu edimi tam ve gereği gibi ifa etmeye dikkat eder. Böylelikle ceza koşulu, borçlu üzerinde psikolojik bir baskı yaratarak borçlunun asıl borcu yerine getirmemesi halinde, borçluya daha ağır bir yükümlülükle karşılaşacağını

¹⁷ GÜNAY, s.35.

¹⁸ AKKOYUN, s.15; GÜNAY, s.35.

¹⁹ Ceza koşulunun sigorta niteliğinde olduğu görüşü hakkında bkz. BİLGE, s.25. Burada belirtmek gerekir ki, ceza koşulunun sigorta sözleşmesinden en önemli farkı, sigorta sözleşmesinde teminatın en üst sınırının zararın en üst sınırına eşit olmasıdır. Ceza koşulunda oluşacak zarardan daha yüksek miktarda bir meblağ kararlaştırmak ise mümkündür. Bkz. TIRYAKI, Murat: "Özel Hukuk Alanında Cezai Şart", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2005, s.56, (E.T.02.05.2022) (Ulusal Tez Merkezi); AKKOYUN, s.14; GÖKÇEOĞLU, s.29.

²⁰ KOCAAĞA, s.42; BİLGE, s.83; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.21.

düşündürerek borçlunun asıl borcu ifa etmesini sağlar.²¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 2013 tarihinde vermiş olduğu bir kararda²² “... *cezai şartın borcun yerine getirilmesi için davalı üzerinde bir baskı yaptığı da gözetilip bu baskının ortadan kaldırılması sonucunu doğuracak şekilde indirimden kaçınılmalıdır...*” ifadeleriyle ceza koşulunun borçluyu ifaya teşvik ettiği hususunu belirtmiştir.

Alacaklı bakımından ise ceza koşulu, asıl alacağı kuvvetlendirme amacı güder.²³ Nitekim ceza koşulu sayesinde alacaklı, borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde ceza koşulunu talep edebilme yetkisini haiz olur. Alacaklı bu sayede, borçlunun borca aykırı davranışı sebebiyle uğramış olduğu zararı tespit etme yükümünden de kurtulur. Böylelikle, aynı zamanda borçlunun borca aykırılıktan dolayı ödeyeceği bir kalem önceden tespit edilmiş olur.²⁴ Tazminat hukukunun genel prensiplerinden farklı olarak alacaklıya hiçbir zararı bulunmasa dahi ceza koşulunu talep etme hakkı veren TBK m.180/I sayesinde de alacaklı, ceza koşulu ile birlikte zararını ispat yükümlülüğünden kurtulmuş olur.²⁵

Ceza koşulu, hukukumuzda birçok farklı düzenlemeye konu olmuştur. Uygulama alanı son derece geniş olan ceza koşulu, başta borçlar hukukunda olmak üzere iş hukuku, ticaret hukuku ve medeni hukuk gibi alanlarda da sıklıkla kararlaştırılmaktadır.

Borçlar hukuku alanında ceza koşulu, özellikle eser (istisna) sözleşmesi,²⁶ hizmet sözleşmesi,²⁷ satış sözleşmesi gibi sözleşmelerde kararlaştırılır. Ceza koşulu, iş hukukunda da gerek bireysel iş hukukunda²⁸ gerekse toplu iş hukukunda uygulama alanı bulur.²⁹ Ticaret hukukunda ise ceza koşulu kaydı, tacir-

²¹ GÖKTÜRK, Hüseyin Avni: “Cezai Şart Müessesesi” (İzmir Barosu Dergisi, S.2-26, s.397-406, İzmir 1942), s.399; BERKİ, Osman Fazıl: “Pey Akçesi, Rücu Tazminatı ve Cezai Şart (Mukavele Cezası) Etrafında Tetkikler”, (İstanbul Barosu Dergisi, S.1, s.276-303 İstanbul 1943), s.281 vd. (*Tetkikler*); SCHWENZER, s.497; KILIÇOĞLU, s.986.

²² YHGK. T.27.03.2013, E.2012/13-821, K.2013/409 sayılı kararı. (*Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*, E.T.01.04.2023).

²³ SCHWENZER, s.497; EREN, s.1324; KILIÇOĞLU, s.986.

²⁴ BİLGE, s.81; TUNÇOMAĞ, s.258 vd.; KOCAAĞA, s.42; BERKİ, *Tetkikler*, s.281.

²⁵ EREN, s.1329; BİLGE, s.41; TUNÇOMAĞ, *Cezai Şart*, s.49; FEYZİOĞLU, s.328.

²⁶ Eser (istisna) sözleşmelerinde ceza koşulu hakkında detaylı bir çalışma için bkz. OZANOĞLU, Hasan Seçkin: “İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları”, (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S.2, Ankara 1999).

²⁷ Hizmet sözleşmelerinde ceza koşulu hakkında detaylı bir çalışma için bkz. ARICI, Kadir: “Hizmet Akitlerine Cezai Şart Konulması”, (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.1, S.1, s.31-44. Ankara 1997).

²⁸ Bkz. DEMİRTAŞ s.856 vd.

²⁹ Ceza koşulunun iş hukukundaki düzenleniş biçimi ile hüküm ve sonuçları hakkında bkz. YAYVAK NAMLİ, İrem: *İş Hukuku'nda Cezai Şart*, İstanbul 2019.

ler arasındaki sözleşmelerde sıklıkla yer alır. Örneğin bayilik sözleşmelerinde belli miktarda malın satılması, ihraç edilmek üzere satılan malın iç piyasaya verilmemesi, ham maddenin üretim dışında satışının önlenmesi vb. amaçlarla ceza koşulu kararlaştırılabilir.³⁰ Medeni hukukta da ceza koşuluna ilişkin düzenlemeler bulunur. Örneğin dernekler hukukunda ceza koşulu geniş bir uygulama alanına sahiptir. Takdiri dernek yönetim kurullarına bırakılan ve “dernek cezaları” adı da verilen para cezaları, ceza koşulu niteliğindedir.³¹ Yine kat mülkiyeti hukukunda da kat maliklerinin aldıkları kararlarda ceza koşulu gündeme gelebilir.

C. Ceza Koşulunun Geçerlilik Şartları

1. Geçerli Bir Asıl Borcun Bulunması

Ceza koşulunun varlığından söz edebilmek için, geçerli bir temel borç ilişkisi ve bu ilişkiden doğan bir asıl borcun bulunması gerekir.³² Nitekim ceza koşulu, asıl alacağı kuvvetlendirme amacı güttüğünden ceza koşulunun varlığı için asıl ve en önemli şart, geçerli bir asıl borcun bulunmasıdır. Geçerli bir asıl borç yoksa, ceza koşulundan da söz edilemez.³³ Bu niteliği itibarıyla ceza koşulu, asıl borca bağlı bir yan borçtur.³⁴

Asıl borcun kaynağı genellikle sözleşme olduğundan ceza koşuluna “sözleşme cezası” da denir.³⁵ Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, ceza koşulunun yan borç olarak bulunduğu asıl borcun kaynağının mutlaka sözleşme olması gerekmez; geçerli olduğu sürece kural olarak her türlü borcun ifasının ceza koşuluyla teminat altına alınması mümkündür.³⁶

Asıl borç geçerli olarak doğmamışsa veya sonradan ifa, ibra, takas veya yenileme yoluyla ortadan kalkmışsa, yan nitelikteki ceza koşulu da doğmaz veya ortadan kalkar.³⁷ Örneğin taraflar arasında ceza koşulu içeren bir hizmet sözleşmesi kesin hükümsüzlük sebebiyle geçersiz ise, ceza koşulu da sözleşmenin akıbetini paylaşır ve geçersiz olur. Bu durum, ceza koşulunun asıl borca bağlı yan borç olmasının doğal sonucudur.

³⁰ GÜNAY, s.50.

³¹ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.55 vd.; GÜNAY, s.41.

³² SCHWENZER, s.497; KOCAAĞA, s.83; CANSEL/ÖZEL, 721; DEMİRTAŞ, s.851; OĞUZMAN/ÖZ, s.535; KELLER/SCHÖBL, s.110.

³³ EREN, s.1324; SCHWENZER, s.498.

³⁴ HONSELL/VOGT/WIEGAND, s.802; KOCAAĞA, s.84; EREN, s.1324; SCHWENZER, s.497; TUNÇOMAĞ, s.859; KELLER/SCHÖBL, s.110.

³⁵ YAĞCIOĞLU, Burcu: Türk ve İsviçre Hukukunda Ceza Koşulu (Cezai Şart), Ankara 2019, s.47.

³⁶ KOCAAĞA, s.84.

³⁷ EREN, s.1325; SCHWENZER, s.498; HONSELL/VOGT/WIEGAND, s.802.

Yargıtay da bir kararında³⁸ “... Cezai şart fer’i bir borçtur. Esas borç ifa ile sükût ederse onun fer’i olan cezai şart borcu da, saklı tutulmamışsa, esas borç ile sükût eder...” ifadeleriyle ceza koşulunun yan bir borç olduğunu vurgulamıştır.

2. Ceza Koşulunun Asıl Borçtan Bağımsız Ekonomik Değer Taşıyan Bir Edim İçermesi

Ceza koşulu, her ne kadar asıl borca bağlı yan bir borç olsa da asıl borçtan bağımsız olarak ekonomik değer taşıyan bir edim içermelidir.³⁹ Borçlunun bir hak veya yetkisini kaybetmesine yol açacak veya doğrudan asıl borçla üstlendiği edimi etkileyen yükümlülükler, ceza koşulu olarak değerlendirilemez.⁴⁰ Örneğin karşı tarafın temerrüde düşmesi halinde taraflar arasındaki sözleşmenin feshedileceğine veya faiz ödenmemesi halinde asıl borcun muaccel olacağına ilişkin düzenlemeler, asıl borçtan bağımsız olarak ekonomik bir değer taşımadığından ceza koşulu değildir.⁴¹

3. Ceza Koşulunun Sağlararası Bir Hukuki İşlemden Doğması

Ceza koşulu, ancak sağlararası bir hukuki işlemle kararlaştırılabilir.⁴² Yani geçerli bir ceza koşulunun varlığı için hüküm ve sonuçlarını tarafların sağlığında meydana getiren bir hukuki işlem bulunmalıdır.

Ölüme bağlı tasarruflarla ceza koşulu kararlaştırılması mümkün değildir. Ceza koşulunun yalnızca sağlararası işlemlerle kararlaştırılabilmesinin nedeni, ölüme bağlı tasarruflarda muhatabın tasarrufun konusunu tayin özgürlüğü içinde olmamasıdır.⁴³ Muhatabın tayin özgürlüğü içinde olmadığı bir tasarrufu ifa etmediği için ceza koşulu ödemek durumunda kalması, hakkaniyet kurallarına aykırıdır. Buna göre, mirasbırakanın şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf niteliğinde olan vasiyetname veya miras sözleşmesi ile mirasçılarında birine herhangi bir edim yüklemesi, edim yüklenen mirasçının bunu gerçekleştirmemesi durumunda da o mirasçı aleyhine bir ceza koşulu öngörmesi mümkün değildir.

³⁸ Y.19.HD. T.26.10.2001, E.2001/5430, K.2001/6861 sayılı kararı. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.02.04.2023).

³⁹ ARSEBÜK, Ahmet Esat: “Cezai Şart Mefhumu Etrafında Tahliller”, (Adliye Ceridesi, S.16, s.987-996, Ankara 1936), s.989; BİLGE, s.49 vd.; FEYZİOĞLU, s.322; KOCAAĞA, s.102; EREN, s.1324; DEMİRTAŞ, s.851; OĞUZMAN/ÖZ, s.541.

⁴⁰ Aksi görüşte bkz. SCHWENZER, s.498. İsviçre öğretisinde, OR m.163 ile aşırı ceza koşulunun indirilmesine yönelik getirilen hüküm, ceza koşulunun yalnızca ekonomik olarak değer içeren bir edim (özellikle bir miktar para) içermesi gerektiği kabulü ile hazırlandığı, bu sebeple ceza koşulunun asıl borçtan bağımsız olarak ekonomik bir değer taşıması gerektiği savunulmaktadır. Bu görüş için bkz. HONSELL/VOGT/WIEGAND, s.804.

⁴¹ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.13; ARSEBÜK, s.989; FEYZİOĞLU, s.322.

⁴² BİLGE, s.47 vd.; KOCAAĞA, s.119; TUNÇOMAĞ, s.16; DEMİRTAŞ, s.851; CANSAL/ÖZEL, s.722.

⁴³ BİLGE, s.97; TUNÇOMAĞ, s.44-45; FEYZİOĞLU, s.325.

D. Ceza Koşulunun Türleri

1. Seçimlik Ceza Koşulu

Sözleşmenin borçlu tarafından hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi ihtimaline karşı kararlaştırılan ceza koşulu, seçimlik ceza koşuludur.⁴⁴ Seçimlik ceza koşulunu düzenleyen TBK m.179/I: “*Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir.*” şeklindedir. Bu ceza koşuluna seçimlik ceza koşulu denmesinin sebebi, bu durumla karşılaşan alacaklıya seçimlik bir yetki⁴⁵ verilmiş olmasıdır. Bu durumda alacaklı, ya borcun ya da ceza koşulunun ifasını isteyebilir.

Bu seçimlik yetki, alacaklı tarafından tek taraflı varması gerekli bir irade beyanıyla kullanılır ve her yenilik doğuran hak gibi kullanıldıktan sonra bundan dönülemez.⁴⁶ Seçimlik ceza koşulunda ceza koşulunun ödenmesi talep edilmişse, artık asıl edimin ifası istenemez. Alacaklı, bundan kesin olarak vazgeçmiş sayılır.⁴⁷

Seçimlik ceza koşulunu düzenleyen TBK m.179/I hükmü, emredici nitelikte değildir. Taraflar bunun aksini kararlaştırabilirler. Örneğin taraflar ifa etmeme halinde alacaklının yalnız ceza koşulunu talep edebileceğini öngörebilirler.⁴⁸

2. İfaya Eklenen Ceza Koşulu

İfaya eklenen ceza koşulunda seçimlik ceza koşulundan farklı olarak alacaklı tarafından hem borcun hem de ceza koşulunun ifası talep edilebilir.⁴⁹ İfaya eklenen ceza koşulu TBK m.179/II’de düzenlenmiştir. İlgili hüküm: “*Ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir.*” şeklindedir. Hükümün lafzından da anlaşılacağı üzere, ifaya eklenen ceza koşulu, ancak borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılabilir. Se-

⁴⁴ GÜNAY, s.78; EREN, s.1326; KOCAĞA, s.146; GÖKÇEOĞLU, s.64; UÇAR, s.17; EKİNCİ, s.107; CANSEL/ÖZEL, s.722; DEMİRTAŞ, s.852; OĞUZMAN/ÖZ, s.544; KILIÇOĞLU, s.991.

⁴⁵ SCHWENZER, s.498-499. Borçlunun asıl edimi hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde alacaklının seçimlik yetkisi doğar. Ancak *Eren*’e göre bu yetki ne tam anlamıyla seçimlik bir yetki ne de gerçek anlamda seçimlik bir borçtur (EREN, s.1327). Öğretide alacaklının bu seçimlik yetkisine kıyas yoluyla seçimlik borç hakkındaki hükümlerin uygulanması gerektiğine ilişkin görüş hakkında bkz. TUNÇOMAĞ, *Cezai Şart*, s.106-107.

⁴⁶ EREN, s.1327; GÜNAY, s.79.

⁴⁷ TUNÇOMAĞ, *Cezai Şart*, s.44 vd.; EREN, s.1327. Ancak alacaklının ifayı talep ettikten sonra bundan vazgeçip ifa yerine yalnızca ceza koşulunu talep etmesinin mümkün olduğu yönünde bkz. SCHWENZER, s.500.

⁴⁸ EREN, s.1327.

⁴⁹ DEMİRTAŞ, s.852; SCHWENZER, s.499; CANSEL/ÖZEL, s.724-725; OĞUZMAN/ÖZ, s.546-547.

çimlik ceza koşulunun aksine, kanunun lafzı gereği, borcun hiç ifa edilmemesi veya eksik ifa edilmesi ihtimallerine yönelik olarak ifaya eklenen ceza koşulu kararlaştırılması mümkün değildir.

Alacaklının ifaya eklenen ceza koşulunu talep edebilmesi için hakkından açıkça feragat etmemiş veya ifayı bu konuya ilişkin çekince (ihtirazi kayıt) koyarak kabul etmiş olması gerekir.⁵⁰ Alacaklının ifayı çekincesiz olarak kabul etmesi halinde, ifaya eklenen ceza koşulunu talep etmesi artık mümkün değildir.⁵¹ Alacaklının çekince koyma yetkisi, ceza koşulunun ödenmesini isteme hakkını saklı tutması anlamına gelir ve bu durumda ceza koşulunun ödenmesini talep etme hakkı da devam eder.⁵²

3. İfayı Engelleyen Ceza Koşulu (Dönme Cezası)

Hukukumuzda kişiler sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca, kural olarak serbestçe sözleşme yapabilirler. Ancak kişilerin taraf oldukları sözleşmeleri tek taraflı olarak ve hiçbir şarta bağlı olmadan sona erdirmeleri mümkün değildir. Bununla birlikte taraflar, borçlunun sözleşmede kararlaştırılan bir cezayı ödeyerek sözleşmeyi dönme veya fesih yoluyla sona erdirmeye hakkı olduğunu kararlaştırabilirler. Bu durumda, ifayı engelleyen ceza koşulu (dönme cezası) söz konusu olur.⁵³

İfayı engelleyen ceza koşulunu düzenleyen TBK m.179/III: “*Borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklıdır.*” şeklindedir. İlgili hüküm incelendiğinde, borçlunun alacaklı ile yaptığı anlaşmada dilerse sözleşmeden dönmeyi ve alacaklıya sadece belirlenen cezayı ödemeyi kararlaştırabileceği anlaşılır.⁵⁴ Buna ifayı engelleyen ceza koşulu veya dönme cezası denir. Bu tür ceza koşulunda borçlu, kararlaştırılan ceza koşulunu ödeyerek sözleşmeyi feshedebilir veya bu sözleşmeden dönebilir. Alacaklı ise bu durumda borçludan asil edimin ifasını isteyemez.

⁵⁰ SCHWENZER, s.499. İfaya eklenen ceza koşulunda ceza koşulu talep etme hakkının düşmesi hakkında detaylı bilgi için bkz. KOCAMAN, Arif Burhanettin: “BK m.158/II c.2 Hükümü Gereğince İfaya Ekli Cezai Şart Talep Etme Hakkının Düşmesi (Sona Ermesi) ve BK m.158/II c.2’de Hakkın Korunması İçin Öngörülen İhtirazi Kayıt İleri Sürme Şartının Sözleşme ile Bertaraf Edilip Edilemeyeceği Hususu”, (Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan, s.567-582. İstanbul 2011). Ayrıca ifaya eklenen ceza koşulu taraflarca yapılan özel bir anlaşmaya dayanıyorsa, bunu alacaklının ispat etmesi gerektiği yönünde bkz. KELLER/SCHÖBİ, s.113.

⁵¹ KOCAMAN, s.570-571; KILIÇOĞLU, s.995.

⁵² EREN, s.1328.

⁵³ ÇANSEL/ÖZEL, s.725; EKİNCİ, *Ceza Koşulu*, s.188 vd.; GÜNAY, s.150; KOCAĞA, s.154; GÖKÇEOĞLU, s.33; UÇAR, s.18; DEMİRTAŞ, s.852; OĞUZMAN/ÖZ, s.548; KILIÇOĞLU, s.993. Borçlunun sözleşmeden dönmeye halinde kısmi ödemelerin alacaklıda kalacağına ilişkin anlaşmanın da sözleşmeye dayalı bir ceza koşulu olarak kabul edildiği yönünde bkz. SCHWENZER, s.497.

⁵⁴ EREN, s.1328.

Öğretide, ifayı engelleyen ceza koşulunun gerçek anlamda bir ceza koşulu olmadığı, cayma parasının hukuki niteliğine daha yakın olduğu ileri sürülmektedir.⁵⁵ Zira burada asıl alacak ve borcun kuvvetlendirilmesi, teminat altına alınmak suretiyle ifasının sağlanması ve böylece alacaklının hukuki durumunun sağlamlaştırılmasından ziyade dilerse cezayı ödemek ve sözleşmeden dönmek veya onu feshetmek suretiyle borçlunun durumunun kolaylaştırılması söz konusudur.⁵⁶

Kanaatimizce de ceza koşulu, yan bir borç olarak asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmeme riskini garanti altına almakla beraber borçluyu asıl borcu ifaya teşvik etme unsuruyla öne çıkar. İfayı engelleyen ceza koşulu ise bu unsuru sağlamak bir yana, borçluya her zaman asıl borcu ifa etmeyip ceza koşulunu ödeyerek borçtan kurtulma imkânı verdiği için ceza koşulunun esas amacıyla çelişmektedir. Bu bağlamda bizce de ifayı engelleyen ceza koşulu, cayma parasının hukuki niteliğine daha yakındır.

E. Ceza Koşulunun İfasının Talep Edilmesi

Taraflarca geçerli bir şekilde kararlaştırılmış ceza koşulunun ifası, bu borcun muaccel hale gelmesiyle birlikte alacaklı tarafından talep edilebilir. Ceza koşulu ile zarar arasındaki ilişkiyi düzenleyen TBK m.180/I: “*Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir.*” şeklindedir. Kanun koyucu bu hükümlerle, aslında tazminat hukukunun genel prensiplerinden ayrılarak alacaklının zarara uğraması gerekliliğini ceza koşulunun ifası için şart olarak düzenlememiştir. Ancak her ne kadar ceza koşulunun talep edilebilmesi için alacaklının zarara uğraması gerekli değilse de borçlunun kusurlu olması gerekir.⁵⁷

Alacaklının zarara uğraması, ceza koşulunun talep edilebilmesi için gerekli olmamakla birlikte alacaklı sözleşme ilişkisinde zarara uğramış da olabilir. Alacaklının uğramış olduğu zarar, kararlaştırılan ceza koşulu tutarından fazla ise TBK m.180/II: “*Alacaklının uğradığı zarar kararlaştırılan ceza tutarını aşıyorsa alacaklı, borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmedikçe aşan miktarı isteyemez.*” şeklindedir. Bu durumda alacaklının uğradığı zararın miktarı ceza koşulunu aşıyorsa, alacaklı bunu borçludan talep edebilir.⁵⁸ Kanun koyucu bu hükümlerle, TBK m.112’deki genel kuralın aksine, kusurun ispatı bakımından ispat yükünü alacaklı aleyhine ters çevirmiştir. Kanaatimizce, kanun koyucunun bu düzenlemesi yerindedir. Nitekim taraflar, ilgili durumlarda alacaklıya ödenecek tutarı, ceza koşuluyla önceden karar-

⁵⁵ CANSEL/ÖZEL, s.725; KELLER/SCHÖBİ, s.113.

⁵⁶ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, 31.

⁵⁷ SCHWENZER, s.498; GÖKTÜRK, s.400; OĞUZMAN/ÖZ, s.550 vd. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. AKSOY, Hüseyin Can: “Ceza Koşulunun Borçlunun Borca Aykırı Davranıştaki Kusuru ile İlişkisi Nedir?”, (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.24, S.2, s.999-1018, İstanbul 2018); Ekinci, Hüseyin: “Cezai Şart İlişkisinde Kusur Sorunu”, (Terazi Hukuk Dergisi, S.8, s.21-28. Ankara 2007) (*Kusur*).

⁵⁸ SCHWENZER, s.499.

laştırmışlardır. Bununla, borçlu üzerinde psikolojik bir baskı unsuru oluşturulmuştur.⁵⁹ Buna ek olarak, alacaklının bu tutarı aşan bir zararının olması halinde borçluya bir de kendi kusursuzluğunu ispat külfeti getirilmesi, ceza koşulu hükümleriyle hedeflenen menfaat dengesini borçlu aleyhine fazlasıyla bozar.

Kanun koyucu, ceza koşuluna ilişkin bazı kanuni sınırlamalar da getirmiştir.⁶⁰ Bu sınırlamalar, ekonomik olarak daha zayıf durumda olan borçluyu koruma amacı güder. Bu durumlara TBK tarafından kiracı ve işçi lehine, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun tarafından da tüketici lehine getirilen hükümler örnek gösterilebilir. Gerçekten de “*Kiracı Aleyhine Düzenleme Yasağı*” başlığı taşıyan TBK m.346: “*Kiracıya, kira bedeli ve yan giderler dışında başka bir ödeme yükümlülüğü getirilemez. Özellikle, kira bedelinin zamanında ödenmemesi hâlinde ceza koşulu ödeneceğine veya sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin anlaşmalar geçersizdir.*” şeklindedir. Yine “*Ceza Koşulu ve İbra*” başlığını taşıyan TBK m.420/I: “*Hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir.*” şeklinde olup tüketici sözleşmelerinde tüketici aleyhine getirilen ceza koşulları da TKHK m.5 kapsamında haksız şart olarak değerlendirilerek geçersiz sayılmalıdır.⁶¹ Yine TKHK m.18 uyarınca taksitle satış sözleşmelerinde tüketici, herhangi bir ceza koşulu ödemeksizin sözleşmeden cayma hakkına sahiptir.

Kanunun emredici hükümlerine aykırı olarak kararlaştırılan ceza koşulları, hukuka aykırılıktan dolayı kesin hükümsüz sayılmalıdır.⁶² Dolayısıyla kesin hükümsüz olan bu koşulların hâkim tarafından re'sen dikkate alınması ve aşırı ceza koşulunun indirilmesi talebinden ziyade tamamen ortadan kaldırılmasına konu olması gerekir.

III. Aşırı Ceza Koşulunun İndirilmesi

A. Aşırı Ceza Koşulu Kavramı ve Aşırı Ceza Koşulunun Tespitinde Yararlanılan Ölçütler

1. Aşırı Ceza Koşulu Kavramı

Sözleşme özgürlüğü, taraflara sözleşmenin içeriğini serbestçe belirleme yetkisi verir. Taraflar serbestçe belirlemiş oldukları bu sözleşmenin içeriğinde yer alan hü-

⁵⁹ Yargıtay da 2021 tarihinde vermiş olduğu bir kararında, ceza şartının borçlu üzerinde psikolojik bir baskı unsuru oluşturduğunu belirterek “... *Ceza-i şart, borcunun yerine getirilmesi için davalı üzerinde bir baskı yaptığı da gözetilip böyle bir baskının ortadan kaldırılması sonucunu doğuracak şekilde aşırı indirimden kaçınmalıdır...*” ifadelerini kullanmıştır. (Y.3.HD. T.30.11.2021, E.2021/386, K.2021/12268) (*Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*, E.T.04.06.2023).

⁶⁰ Bu haller hakkında detaylı bir inceleme için bkz. SOMER, Zeynep: “*Cezai Şart Kararlaştırılmayacak Haller*”, (Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.11, s.119-137, İstanbul 2020).

⁶¹ Tüketici hukukunda haksız şart kavramı için bkz. AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan: *Tüketici Hukuku*, Ankara 2021, s.313 vd.; Ayrıca bkz. SOMER, s.127-128.

⁶² Nitekim kanunun emredici hükümlerine aykırılığın yaptırımını, TBK m.27’de kesin hükümsüzlük olarak düzenlemiştir (EREN, 358 vd.).

kümlere uygun davranarak edimlerini ifa etmelidirler. Ancak kanun koyucu, sözleşme özgürlüğüne bazı sınırlamalar getirmiştir. Bu sınırlamalar, TBK m.27'nin emredici hükmü gereğince sözleşmenin veya bazı hükümlerinin geçersiz sayılmasında olduğu kadar, hâkimin mevcut bir sözleşmeye müdahale etmesi şeklinde de kendini gösterir.

Sözleşme özgürlüğüne ilişkin sınırlayıcı bir düzenleme de, ceza koşulu hakkında öngörülmüştür.⁶³ Nitekim TBK m.182/I'de tarafların ceza koşulu miktarını serbestçe belirleyebileceği belirtilmiş olsa da, TBK m.182/III'te hâkimin aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirebileceği hüküm altına alınmıştır. Aynı maddenin iki fıkrası birbirisiyle çelişir gözükse de kanun koyucu, ilk fıkrada taraflara ceza koşulu hususunda bir özgürlük tanımıştır. Ancak üçüncü fıkrada ise, bu özgürlüğün kötüye kullanılmasının ve ekonomik dengenin borçlu aleyhine aşırı derecede bozulmasının önüne geçilmek istenmiş ve hâkime bu duruma müdahale yetkisi verilmiştir.

Hâkime aşırı ceza koşulunu indirme yetkisi verilmişse de, hükümde yer alan "aşırı ceza koşulu" kavramı kanunda tanımlanmamıştır. Ayrıca hâkimin bu değerlendirmeyi yaparken kullanması gereken ölçütlere de yer verilmemiştir. Kanaatimizce, bilinçli nitelikte olan bu kural içi boşluk isabetlidir. Zira bir ceza koşulunun aşırı olup olmadığının tespiti, objektif ve mutlak bir ölçüte dayanmadığından hâkimin takdir yetkisini kullanarak bu durumu her bir somut olaya göre değerlendirmesi daha doğru sonuçlar doğurur.⁶⁴ Kanundaki bu kural içi boşluk sebebiyle, aşırı ceza koşulu kavramının tanımı ve bu aşırılığın değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulacak ölçütlerin tespiti öğreti ve uygulamaya bırakılmıştır.

Eren'e göre aşırı ceza koşulu, borçlunun ekonomik kişilik hakkını, ticari faaliyetini ihlal edecek, olumsuz yönde etkileyecek derecedeki ceza koşuludur.⁶⁵

Günay'a göre ise, alacaklının göz önünde tutulması gerekli çıkarlarıyla borçlunun çıkarları kıyaslandığında açık bir nispetsizlik içinde bulunan ceza koşulu, aşırı ceza koşuludur.⁶⁶

Gökçeoğlu da aşırı ceza koşulunu, "makul olmayacak derecede yüksek tutulan, adalet ve hakkaniyet gerekleriyle açık bir çelişki içinde görülen ve hâkimin müdahalesini gerektiren ceza koşulu" olarak tanımlar.⁶⁷

Schwenzer'e göre de aşırı ceza koşulu, taraflar arasındaki menfaat dengesinde büyük bir uyumsuzluk yaratan ve bu dengeyi borçlu aleyhine fazlasıyla bozan ceza koşuludur.⁶⁸

⁶³ HONSELL/VOGT/WIEGAND, s.809.

⁶⁴ Aynı görüşte bkz. TUNÇOMAĞ, *Cezai Şart*, s.144; EKİNCİ, *Ceza Koşulu*, s.324; GÜNAY, s.181.

⁶⁵ EREN, s.1331.

⁶⁶ GÜNAY, s.181.

⁶⁷ GÖKÇEOĞLU, s.68.

⁶⁸ SCHWENZER, s.499.

Kanaatimizce aşırı ceza koşulu, hâkim tarafından her bir somut olayın özelliklerine göre tespit edilecek olup, kanun koyucu tarafından öngörülen menfaat dengesini borçlu aleyhine fazlasıyla bozan ve ifasının istenmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilecek derecedeki ceza koşuludur.

Hemen belirtmek gerekir ki, bir ceza koşulunun aşırı olması, o ceza koşulunun sırf bu sebeple geçersiz olması anlamına gelmez.⁶⁹ Burada TBK m.182/III ile amaçlanan, ceza koşulunun tamamen ortadan kaldırılması değil, yalnızca indirilmesidir. Dolayısıyla hâkim, kural olarak ceza koşulunun tamamını ortadan kaldıramaz.⁷⁰ Bu sebeple aşırı ceza koşulunun indirilmesiyle birlikte, kararlaştırılan ceza koşulunun yerine hâkim tarafından tayin edilmiş yeni ceza koşulunun geçtiğini belirtmek daha isabetli olur.

Aşırı ceza koşulunun talep edilmesinin ahlaka aykırı olması veya kişinin kişilik haklarının bir parçası olan ekonomik bütünlüğüne doğrudan bir saldırı olarak değerlendirilmesi hallerinde ise, aşırı ceza koşulunun indirilmesi söz konusu olmaz. Bu durumda, ceza koşulunun indirilmesinden ziyade bu koşulun geçersizliği söz konusudur. Ancak bu durum, ahlaka aykırı ceza koşulunun tamamen geçersiz hale gelmesi, ahlaka aykırı olmayan ama aşırı olan ceza koşulunun ise sadece indirilmesi sonucunu doğurabildiğinden, hakkaniyete uygun değildir.

Tartışmalı olmakla beraber, ceza koşulunun ahlaka aykırı olması halinde de TBK m.27/II'nin uygulanması isabetli olur.⁷¹ Zira TBK m.27/II'ye göre, sözleş-

⁶⁹ HONSELL/VOGT/WIEGAND, s.811; GÜNCAN, Mehmet: Borçlar ve Ticaret Hukukunda Cezai Şartın İndirilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1998, s.31 (E.T.11.06.2023) (<http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/31592.pdf>).

⁷⁰ EREN, s.1333; *Arsebük'ün Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 20.12.1950 tarihli bir kararını tahlilinde belirttiği "... cezai şartın fahiş görülmesi ve bu yüzden indirilmesi pekâlâ mümkündür. Hâkimin cezai şartı mesela bir liraya indirmesi kabildir. Bu takdirde, kanunun gerek tefsire gerek cezai şarta dair olan sarih hükümleri ihlal edilmemiş olurdu..."* şeklindeki ifadeler, ceza koşulunun tamamen indirilmesinin mümkün olup olmadığının değerlendirilmesinde önemlidir. Nitekim kanunun lafzı incelendiğinde, hâkimin yalnızca indirime karar verebileceği anlamı çıkarılırsa yazarın isabetle belirttiği gibi, ceza koşulunun örneğin bir liraya indirilmesi mümkün kabul edilebilirken tamamen kaldırılması isabetli olarak değerlendirilemez. (İlgili kararın tahlili için bkz. ARSEBÜK, Ahmet Esat: Borçlar Hukuku, C.2, Ankara 1950, s.759 (*Borçlar*)); Oğuzman/Öz ise aksi görüştedir. Yazarlara göre, hâkimin ceza tutarını indirme yetkisi, hiçbir zaman ceza koşulunu tamamen kaldırma şeklinde kullanamaz. (OĞUZMAN/ÖZ, s.553).

⁷¹ Gülseven'e göre ceza koşulunun ahlaka aykırı olması halinde de ceza koşulunun TBK m.182/III hükmü gereği indirilmesi mümkün olduğu sürece hükümsüzlükten söz edilemez. (GÜLSEVEN, Hilal: Türk Özel Hukukunda Cezai Şartın İndirilmesi, Ankara 2016, s.96). Yazarın görüşü, ulaşılmak istenen sonuç itibarıyla kanaatimize uygun düşse de, yazarın hukuki çözüm önerisine katılmıyoruz. Nitekim kullanılan "TBK m.182/III hükmü gereği indirilmesi mümkün olduğu sürece" ifadesi açık değildir. Eğer hâkim, somut olayda yer alan ceza koşulunu TBK m.182/III anlamında aşırı ceza koşulu olarak değerlendirirse, zaten re'sen bunun indirilmesi yoluna gider. Ancak sorun, hâkimin takdiri bu ceza koşulunun ahlaka aykırı olarak değerlendirilmesi yönünde ise uygulanması gereken hükmün ne olacağıdır. Zira burada ahlaka aykırı olarak değerlendirilecek bir ceza koşulunun tamamen geçersiz sayılması yerine TBK m.182/III'tekine benzer bir şekilde indirilmesi amaçlanmaktadır. Ancak TBK m.27/I, ahlaka aykırılığın yaptırımını kesin hükümsüzlük olarak be-

menin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması halinde sadece o kısım hükümsüz sayılabilir. Bu ifadeden, hem sözleşmenin bir kısmı hem de borçlanılan edimin miktar olarak bir kısmı anlaşılmalıdır. Dolayısıyla bölünebilir sözleşmelerde olduğu gibi miktar bakımından bölünebilir edinlerde de değiştirilmiş kısmi butlan yaptırımının uygulanması mümkündür. Bu sayede, TBK m.27/II hükmü uygulanarak ahlaka aykırı ceza koşulunun tamamen kesin hükümsüz sayılması yerine hâkimin takdiri doğrultusunda yalnızca ahlaka aykırılık oluşturan miktarı batıl sayılarak ceza koşuluna ilişkin anlaşmanın muhafaza edilmesi mümkündür.

Yargıtay da, 2013 yılında verdiği bir kararda, ahlaka aykırı ceza koşulunun kısmen geçersizliğine karar verilmesinin mümkün olduğuna hükmetmiştir. Kararda: “... *cezai şart tacir borçlunun ekonomik olarak mahvına sebep olacak derecede ağır ve yüksek ise, bu husus genel adap ve ahlaka aykırı sayılacağından cezai şartın kısmen veya tamamen iptaline karar verilmesinin mümkün olduğu... bahisle hükmün bozulmasına karar verilmiştir.*” ifadeleri kullanılmıştır.

2. Aşırı Ceza Koşulunun Tespitinde Yararlanılan Ölçütler

Hâkim, TBK m.182/III hükmü uyarınca aşırı bulduğu ceza koşulunu re’sen indirmekle yükümlüdür. Ancak hâkimin bir ceza koşulunun aşırılığını tespit ederken göz önünde bulundurması gereken ölçütlerin ne olacağı kanunda belirtilmemiştir. Bu durum, ceza koşulunun aşırılığının tespitinde yararlanılacak ölçütlerin öğreti ve uygulama tarafından tespiti zorunluluğunu doğurmuştur.

Öğreti ve uygulamada aşırılığın tespitinde hâkimin yararlanacağı ölçütlere, alacaklının menfaatleri, borçlunun kusurunun ağırlığı, borçlunun borca aykırılığının derecesi, tarafların ekonomik durumu gibi hususlar örnek olarak verilebilir. Bu ölçütler sınırlı olmayıp her bir somut olayda hâkim, kendi takdir hakkını kullanarak aşırılığa karar verir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2013 yılında vermiş olduğu bir kararda⁷² aşırı ceza koşulunun tespitine ilişkin ölçütler konusunda: “... *Hâkim, cezai şartın fahiş olup olmadığını değerlendirirken, tarafların ekonomik durumları, 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*

lirlemiştir. Dolayısıyla hâkimin, yaptırımı kanunca belirlenmiş bir duruma takdir yetkisini kullanarak TBK m.182/III hükmünü uygulaması caiz değildir. Bu sebeple hâkim TBK m.27/II'ye başvurarak ahlaka aykırı ceza koşuluna ilişkin uyuşmazlığı çözmelidir; Tartışmalar için ayrıca bkz. KOCAA-ĞA, s.262 vd.

⁷² YHGK. T.27.03.2013, E.2012/13-821, K.2013/409 sayılı kararı. (*Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*, E.T.04.04.2023).

getirmemiş olması sebebiyle sağladığı menfaat, borçlunun kusuru derecesi ölçü alınıp cezai şart miktarı hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun olarak saptanmalıdır. Hâkimin bu kuralları uygularken kullanacağı takdir hakkının Yargıtay denetimine elverişli olması gerekir. Aşırılığın belirlenmesinde cezai şartın, borcun yerine getirilmesi için davalı üzerinde bir baskı yaptığı da gözetilip böyle bir baskının ortadan kaldırılması sonucunu doğuracak şekilde indirimden kaçınılmalıdır...” şeklinde hüküm kurmuştur.

Yargıtay’ın vermiş olduğu bu karar, hâkime aşırı ceza koşulunu tespit ederken faydalanacağı unsurlar hakkında yol gösterici bir niteliği haizdir.⁷³ Buna göre hâkim, taraflar arasındaki bir uyuşmazlıkta ceza koşulunun aşırılığını tespit ederken, başta alacaklının menfaati olmak üzere, borçlunun borca aykırılığının derecesi ve borçlunun kusurunun ağırlığı gibi hususları gözeterek bir karar vermelidir.

a. Alacaklının Menfaati

Ceza koşulu ile amaçlanan ilk ve en önemli unsur, alacaklının menfaatidir.⁷⁴ Dolayısıyla kararlaştırılan ceza koşulunun aşırılığının tespitinde hâkim tarafından incelenmesi gereken ilk husus da, olası bir indirimin alacaklının menfaatini etkileme ölçüsüdür. Ceza koşulunun indirilmesi, sözleşmenin tarafları arasındaki menfaat dengesini alacaklı aleyhine fazlasıyla bozuyorsa, indirim karar verilmelidir.⁷⁵ Nitekim borçlu, asıl borcu tam veya gerektiği gibi ifa etmeyerek alacak-

⁷³ Yargıtay’ın 2021 yılında verdiği bir kararda da HGK kararına uygun olarak ceza koşulunun aşırılığı tespit edilirken ölçütlerin neler olduğu tekraren zikredilmiştir. Kararda, “... alacaklının uğradığı zarar ile kararlaştırılan ceza arasında hakkaniyet ölçüleri ile bağdaşmayan açık bir nispetsizlik varsa cezanın indirileceği, cezai şartın aşırı olup olmadığı değerlendirilirken cezai şartın amacının alacaklının durumunu iyileştirmek olduğunun göz önünde bulundurulacağı, kararlaştırılan ceza indirilirken her halde alacaklının müspet zararını karşılamak için isteyebileceği tazminat miktarının üstünde kalınması gerektiği...” ifadeleri (Y.3.HD. T.10.11.2021, E.2021/924, K.2021/11189) kullanılmıştır. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.12.06.2023).

⁷⁴ UYGUR, Tanju: “Cezai Şartın Tenkisi”, (Ankara Barosu Dergisi, S.6, s.816-819, Ankara 1975), s.817; GÜNÇAN, s.32; ARSEBÜK, s.994; FEYZİOĞLU, s.402, von TUHR, s.771; SCHWENZER, s.500; KILIÇOĞLU, s.1003; KELLER/SCHÖBİ, s.114. Yargıtay, işçi aleyhine kararlaştırılmış bir ceza koşulunun indirilmesi hakkında verdiği bir kararında alacaklının menfaatinin gözetilmesi gerektiğini şu ifadelerle belirtmiştir: “... Dava, öğretmen olan işçinin istifa etmesinden kaynaklanan cezai şart istemine ilişkindir. Hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan cezai şartlar geçerlidir. Cezai şart içeren hükümler, karşılıklılık prensibinin bulunması halinde kural olarak geçerlidir. Cezai şartın işçi ile işveren hakkında ve iki taraflı olarak düzenlenmesi gereği, işçi aleyhine kararlaştırılan cezai şart, işveren aleyhine kararlaştırıldandan daha fazla olamaz. Olayda, bozmaya uyan mahkemece %75 hakkaniyet indirimi ve mahsup sonrası tespit edilen cezai şart kabul edilmiş ise de yüzde 75 oranındaki indirim hakkın özünü etkileyecek oranda fahiş olmuştur. Davalı işçinin, davacı işverene ait okulda çalıştığı tarih aralığı, aldığı ücret miktarı ve çalıştığı süre ile işin niteliği nazara alınarak, daha uygun bir indirim yapılması gerekmekte olup açıklanan nedenlerle bu yön gözetilmeden karar verilmesi hatalı olduğundan kararın bozulması gerekir...” (Y.22.HD. T.15.06.2020, E.2020/1896, K.2020/6750) (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.15.04.2023).

⁷⁵ Aynı görüşte bkz. GÜLSEVEN, s.99; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, 146; GÜNAY, s.182; KOCAAĞA, s.231.

lının menfaatlerini zaten ihlal etmiş durumdadır. Hal böyleyken, bir de alacaklı lehine kararlaştırılmış ceza koşulunu indirmek, borcunu ifa etmeyen borçlunun adeta mahkeme kararıyla ödüllendirilmesi anlamına gelir. Bu da alacaklının adalet ve hakkaniyet duygularını zedeler. Bu sebeple, hâkimin somut olayın özelliklerini titizlikle incelemesi ve hâlihazırdaki durumu alacaklının menfaatlerini gözeterek değerlendirmesi gerekir. Böylece hâkim, borçlunun asıl borcu ihlal ederek alacaklının menfaatlerine zarar vermesi halinde, indirime bu menfaatler dengesini gözeterek karar vermelidir.⁷⁶

Yargıtay da ceza koşulunun indirilmesi hakkındaki uyuşmazlıklarda, ilk olarak alacaklının menfaatinin gözetilmesi gerektiğine hükmetmektedir. Örneğin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2000 yılında vermiş olduğu bir kararda⁷⁷ “... cezai şartın indirilmesini gerektiren hallerde hâkim, her şeyden önce alacaklının menfaatinin göz önünde tutulması ve bu menfaatlerin ne dereceye kadar ihlal edildiğini de araştırmakla beraber davalının kusurunun ağırlığını ve tarafların içinde buldukları durumu da göz önünde tutmalıdır...” ifadeleri ile, alacaklının menfaatinin ceza koşulunun indirilmesinde incelenmesi gereken ilk ölçüt olduğunu vurgulamıştır.

Yargıtay, alacaklının menfaatinin gözetilmesi gerektiğini vurgulamakla beraber bu menfaat gözetilirken değerlendirilmesi gereken unsurları ise belirtmemiştir. Kanaatimizce hâkim, alacaklının menfaatinin değerlendirirken ceza koşulunun aşırılığını tespit için kullanılan ölçütlerden yararlanabilir. Buna göre, başta borçlunun alacaklıya verdiği zarar ve borçlunun kusurunun ağırlığı, alacaklının menfaatinin gözetme hususunda faydalanılacak ölçütlerdir.⁷⁸

Alacaklının maddi menfaatleri kadar manevi menfaatlerinin de göz önünde tutulması gerekir.⁷⁹ Nitekim alacaklının manevi menfaatleri de hukuken korunmaya değerdir ve ceza koşulu, manevi değeri haiz borçların ifasını da temin ediyor olabilir. Manevi menfaate ilişkin Türk-İsviçre hukukunda herhangi bir düzenleme bulunmasa da Alman Medeni Kanunu (BGB) 343. paragrafında, alacaklının maddi ve manevi tüm menfaatlerinin göz önünde tutulması gerektiği vurgulan-

⁷⁶ GÜLSEVEN, s.99.

⁷⁷ YHGK. T.12.04.2000, E.2000/13-749, K.2000/758 sayılı kararı. Aynı yönde Y.13.HD: T.07.07.1994, E.1994/5163, K.1994/6892 (*Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*, E.T.06.04.2023).

⁷⁸ *Gülseven'e* göre bu ölçüt kapsamında göz önüne alınması gereken husus, alacaklının esas sözleşme ilişkisi içinde sahip olduğu veya olacağı menfaatler ve bu menfaatlerin birbirine oranıdır. Alacaklı taraf kararlaştırılan ceza koşulu ile esas sözleşme kapsamında elde edeceği faydanın ya da karşı tarafın elde edeceği faydanın çok üstünde bir menfaat elde etmiş olması halinde korunmak istenilen menfaatin o sözleşmesel ilişki içindeki menfaat olduğu nazara alınmalı ve bu kapsamda değerlendirme yapılmalıdır. (GÜLSEVEN, s.100) Biz de bu görüşe katılıyoruz.

⁷⁹ ÇINAR, Ömer: “Türk Borçlar Kanunu ve Alman Medeni Kanununa Göre Cezai Şartın İndirilmesi”, (İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 8, S.16, s.91-115, İstanbul, 2009); GÜNAY, s.182; TUNÇOMAÇ, Cezai Şart, s.146; GÜNCAN, s.33; ARSEBÜK, s.994; von TUHR, s.771.

mıştır.⁸⁰ Manevi menfaatlerin paraya çevrilmesinde objektif bir ölçüt bulunmadığından hâkim, bu tür menfaatleri somut olayın özelliklerine göre tahmini bir değer üzerinden hesaplamalı ve alacaklının menfaatinin ihlal edilip edilmediğini bu tahmini değere göre değerlendirmelidir.

b. Borçlunun Borca Aykırılığının Derecesi

Hâkimin aşırı ceza koşulunu indirme hakkını kullanırken göz önünde bulundurması gereken diğer bir ölçüt, borçlunun borca aykırılığının derecesidir.⁸¹ Borçlunun borca aykırılığının derecesi ile borçlunun bu aykırılıktaki kusuru birbirinden farklı kavramlardır. Her iki kavram da ceza koşulunun indirilmesi hususunda incelenmesi gereken ölçütlerden olmakla birlikte aynı anlama gelmez. Borçlunun borca aykırılığının derecesinden anlaşılması gereken, borçlunun sözleşmeden doğan ifa yükümlülüğüne ne ölçüde uymadığının tespitidir. Örneğin değişik zamanlarda ifa edilmesi gereken bir borcun önemli bir kısmı ifa edilmiş, ancak ifa edilen bu kısma oranla görece önemsiz bir kısmı kalmışsa, borçlunun borca aykırılığının derecesi düşüktür.⁸² Öte yandan, bir somut uyuşmazlığa konu olduğu şekliyle ceza koşulu tehdidi altında belli bir yerde rekabet etmemeyi taahhüt eden bir kimsenin, oraya en yakın yerde şube açarak rekabette bulunması halinde ise borca aykırılık ağır sayılmalıdır.⁸³ Bu bakımdan kusurun hafif olduğu bir halde dahi borca aykırılığın ağır olması veya bunun tam tersi mümkündür.

Borca aykırılığın derecesini hâkim, her bir somut olayda yer alan maddi vakı-
aları kendi iç unsurları ile değerlendirerek tespit eder.⁸⁴ Borca aykırılığın derecesinin düşük olduğu tespit edilirse hâkim, ceza koşulunu indirmeyi tercih etmelidir. Buna karşılık, alacaklının korunmak istenen menfaatine oranla, borçlunun borca aykırı davranışları hafif olarak nitelendirilemiyorsa ceza koşulunun hiç indirilmesi veya aykırılığa oranla daha az bir indirimle gidilmesi gerekir.

⁸⁰ Tunçomağ'a göre Türk hukuku açısından da aynı şekilde hareket etmek gerekir. (TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.146) "Cezanın Azaltılması" başlığını taşıyan BGB §343'te yer alan: "...Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist jedes berechnete Interesse des Gläubigers..." ifadeleriyle ceza koşulunda indirim kararı değerlendirilirken alacaklının manevi menfaatleri dâhil her türlü meşru menfaatinin göz önünde tutulması gerektiği hüküm altına alınmıştır.

⁸¹ HONSELL/VOGT/WIEGAND, s.812; SCHWENZER, s.500. Nitekim Yargıtay da bir kararında borca aykırılığın derecesinin, ceza koşulunun indirilmesinde göz önünde bulundurulması gereken ölçütlerden biri olduğunu belirtmiştir. Bkz. Y.13.HD. T.08.05.2014, E.2014/8117, K.2014/14752 sayılı kararı: "... Ceza koşulunun fahiş olup olmadığı, tarafların iktisadi durumu, özel olarak borçlunun ödeme kabiliyeti ile beraber, borçlunun borcunu yerine getirmemiş olması nedeniyle sağladığı menfaat, borçlunun kusur derecesi ve borca aykırı davranışın ağırlığı ölçü alınarak tayin edilmeli..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.06.04.2023); UYGUR, s.817; KILIÇOĞLU, s.1003.

⁸² Yargıtay, kısmi ifayı ceza koşulunda indirim yapılmasını haklı gösteren unsurlar arasında saymıştır. Bkz. YHGK. T.08.03.1961, E.1961/4-2, K.1961/10 sayılı kararı. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.06.04.2023); Y.4.HD. T.23.09.1944, E.1944/2524, K.1944/2627 sayılı kararı. (Naklen: GÜNAY, s.192, dp.542).

⁸³ GÜNAY, s.191.

⁸⁴ GÜLSEVEN, s.105; GÜNCAN, s.34.

c. Borçlunun Kusurunun Ağırılığı

Hâkim, ceza koşulunun indirilmesinde borçlunun kusurunun ağırliğini da göz önünde bulundurmalıdır. Zira borçlunun ihmali sonucu oluşan bir borca aykırılık ile borçlunun kastı sonucu oluşan bir borca aykırılık halinin hukuk sistemimizde eşit muameleye tutulması, hakkaniyete aykırıdır. Dolayısıyla borçlunun kusurunun ağırılığı, ceza koşulunun indirilmesinde doğrudan etkisi olması gereken bir ölçüttür. Nitekim hâkim, tazminat miktarını belirlerken TBK m.51/I uyarınca borçlunun kusurunun ağırılığını göz önünde tutar. İlgili hüküm, TBK m.114/II gereği, sözleşmeye aykırılık hallerine de kıyas yoluyla uygulanır. Bu bakımdan ilgili maddeler uyarınca ceza koşulunun aşırılığının tespit edilip indirimine karar verilmesinde, borçlunun kusurunun ağırılığı da belirleyici rol oynar.⁸⁵

Borçlunun kusursuzluğunu ispat ederek ceza koşulu ödemekten kurtulması ise mümkündür.⁸⁶ Kusurun bulunmaması, kural olarak ceza koşulunun hüküm ifade etmesine engel olduğuna göre, kusurun hafif olmasının da ceza koşulunun indirilebilmesi için bir sebep teşkil etmesi olağandır.⁸⁷ Zararın doğmasında alacaklının da kusuru varsa, yani ortak (müterafik) kusur söz konusu ise, bu durumda da ceza koşulunun indirilmesi söz konusu olabilir.⁸⁸ Sonuç olarak hâkim, aşırı ceza koşulunun indirilmesine ilişkin değerlendirmelerini yaparken borçlunun kusurunun ağırılığını da göz önünde tutmalıdır. Ancak belirtmek gerekir ki, borçlunun kusursuz olması halinde dahi ceza koşulu ödeyeceğini taahhüt etmesi halinde, ceza koşulunun aşırılığının tespitinde bu ölçütün değerlendirilmesi önem arz etmez.⁸⁹

Borçlunun kusuru ölçütü, ceza koşulunun indirilmesinin değerlendirilmesinde Yargıtay'ın kararlarına da yansımış ve sıklıkla kullanılan ölçütlerden biridir. Kanaatimizce bunun sebebi, hukuk sistemimizin kusur sorumluluğu üzerine inşa edilmiş olması ve ceza koşulu ile tazminatın sıkı bir ilişki içinde görülmesidir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 1991 yılında eser sözleşmesinde yer alan ceza koşuluna ilişkin bir uyuşmazlıkla alakalı olarak verdiği kararda:⁹⁰ "... Sözleşmelerde kararlaştırılan hususların yerine getirilmesi, verilen sözün tutulması ilkesi gereğidir. Çünkü doğruluk ve dürüstlüğün gereği budur. Bu nedenle olayımızda davalı eser sözleşmesi ile işin geç tesliminden dolayı ve geç teslim süresinin bütünü için tazminat ödemeyi kabul etmiş olduğuna göre bunu davacıya eksiksiz olarak ödemek zorundadır... Özen borcuna aykırı davranarak kusurlu durumunda bulunan davalı yüklenici

⁸⁵ SCHWENZER, s.500; HONSELL/VOGT/WIEGAND, s.812.

⁸⁶ GÜNAY, s.192; GÜLSEVEN, s.107.

⁸⁷ GÜLSEVEN, s.107; ARSEBÜK, s.995.

⁸⁸ UYGUR, s.817; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.149; KOCAAĞA, s.236.

⁸⁹ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.149; KOCAAĞA, s.236; EKİNCİ, s.329; GÜLSEVEN, s.107.

⁹⁰ YHGK. T.09.10.1991, E.1991/15-340, K.1991/467 sayılı karar. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.06.04.2023).

teslim gününden itibaren işleyecek cezai şartı tam olarak ödemek zorundadır. Kaldı ki, davacının geç teslim süresince en az kabul edilen cezai şart kadar zarara uğradığı bir olgudur. Bu nedenle de davacı hiçbir indirim tabii tutulmadan gerçek zararını isteyebilecek durumdadır. Bu durumda, tüm bu nedenlerle yüklenici olan davalıların, işi zamanında teslim etmemesinden doğan cezai şartı davacıya hiçbir indirim yapılmaksızın ödenmesi sözleşmeye eBK m.356/I'de yer alan özen borcuna ve doğruluk ve güven ilkelerine uygun düşer...” ifadelerini kullanmıştır. Yargıtay'ın uyuşmazlığa ilişkin vermiş olduğu kararda, ceza koşulunun indirilmesini isteyen tarafın asıl borcun ifasındaki kusuru, ceza koşulunda indirim talebine engel olacağı belirtilmiştir.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi de 2013 yılında verdiği bir kararında⁹¹ “... davalı defter ve kayıtları incelenerek ve sözleşmenin feshindeki kusur durumu dikkate alınıp tüm deliller birlikte değerlendirilerek cezai şart hususunda varılacak uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken...” ifadeleriyle borçlunun kusurunun incelenmesi gerektiğine isabetli olarak vurgu yapmıştır.

d. Diğer Ölçütler

Hâkim aşırı ceza koşulunun indirilmesi talebini değerlendirirken yalnızca alacaklının menfaati, borca aykırılığın derecesi ve borçlunun kusurunun ağırlığından değil, başka ölçütlerden de yararlanır. Bu ölçütlerin başında tarafların ekonomik durumları⁹² ve ceza koşulu yükümlüsünün menfaati⁹³ gelir.

Tarafların ekonomik durumlarının yardımcı bir ölçüt olarak dikkate alınması, borçlunun açık bir şekilde istismarına ve borçlunun adalet duygusunun sarsılmasına engel olur.⁹⁴

Ceza koşulunun aşırılığının tespitinde, ceza koşulu yükümlüsünün menfaati de göz önünde bulundurulabilir. Nitekim Yargıtay da “davalının sözleşmenin ihlali neticesinde sağladığı yarar”, “ödeme borcunun yerine getirilmemesi nedeniyle davalının sağladığı yarar” ifadeleriyle bu ölçüte kararlarında yer vermektedir.⁹⁵

⁹¹ Y.19.HD. T.20.06.2013, E.2013/8646, K.2013/11501 sayılı kararı. (Naklen: GÜLSEVEN, s.110).

⁹² SCHWENZER, s.500; GÜNCAN, s.36; ARSEBÜK, s.995; HONSELL/VOGT/WIEGAND, s.811.

⁹³ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.150; HONSELL/VOGT/WIEGAND, s.811.

⁹⁴ GÜNAY, s.193; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.150. Yargıtay da bir kararında, ceza koşulunun aşırılığını tespit ederken diğer ölçütlerle beraber tarafların ekonomik durumlarının göz önünde bulundurulması gerektiğini şu şekilde belirtmiştir: “... Cezai şart miktarının fahiş olup olmadığı belirlenirken, tarafların ekonomik durumları borçlunun ödeme gücü, alacaklının asıl borcun ifa edilmesi halinde elde edeceği yarar ile cezai şartın ödenmesinin sağlayacağı yarar arasındaki makul ve adil ölçü, sözleşmeye aykırı davranılması yüzünden alacaklının uğradığı zarar, borçlunun borcunu yerine getirmemek suretiyle sağladığı yarar, borçlunun kusur derecesi ve borca aykırı davranışının ağırlığı gibi hususlar dikkate alınmalıdır.” (Y.11.HD. T.08.11.2019, E.2019/4025, K.2019/7000 sayılı kararı) (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.06.04.2023).

⁹⁵ GÜLSEVEN, s.111; YHGK. T.08.06.2011, E.2011/9-356, K.2011/388 sayılı kararı; Y.9.HD. T.17.09.2013, E.2011/23226, K.2013/22695 sayılı kararı; Y.22.HD. T.22.01.2013, E.2012/10007, K.2013/358 sayılı kararı. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.06.04.2021); Y.13.HD. T.08.10.2018, E.2016/3115, K.2018/9089 sayılı kararı. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.06.04.2023).

Son olarak belirtmek gerekirse hâkim, belirtilen bu ölçütlerle sınırlı olarak bir inceleme yapmak zorunda olmayıp her bir somut olaya ve maddi vakıya göre değerlendirme yaparak hakkaniyet ve nesafet kuralları gereğince takdir yetkisini kullanarak indirim karar vermelidir.

B. Aşırı Ceza Koşulunun İndirilmesinin Hukuki Niteliği

Hâkim, TBK m.182/III uyarınca aşırı bulduğu ceza koşulunu kendiliğinden indirebilir. Dolayısıyla eski kanun döneminde yer alan aşırı ceza koşulunun indirilebilmesi için hak sahibinin bu yönde talebinin gerekip gerekmediğine yönelik tartışmalar son bulmuştur.⁹⁶ Ancak aşırı ceza koşulunun indirilmesinin hukuki niteliği, öğretide halen tartışma konusudur. Bu görüşlerin başlıcaları, kesin hükümsüzlük görüşü, iptal (fesih) görüşü, sebepsiz zenginleşme görüşü, yenilik doğuran hak görüşü ve değiştirilmiş kısmi butlan görüşüdür.

İlk görüşe göre, aşırı ceza koşulunun indirilmesi kesin hükümsüzlük (butlan) yaptırımına dayanmalıdır. Bu görüşe göre⁹⁷ aşırı ceza koşulu, ahlaka aykırı sayılmasa bile kanunun emredici hükümlerine aykırı sayılmalıdır. Bu sebeple hâkim, aşırı ceza koşulunun aşırılık teşkil eden kısmı kanunun emredici hükümlerine aykırılık teşkil ettiğinden kısmi kesin hükümsüzlüğe dayanarak ceza koşulu meblağını indirmelidir. Bu görüş, öğretide çeşitli eleştirilere maruz kalmıştır.⁹⁸ Şöyle ki, kanunun bütün emredici hükümlerine aykırılığın yaptırımı kesin hükümsüzlük değildir. Aynı zamanda, her ahlaka aykırılık sonucunda da kesin hükümsüzlük yaptırımı uygulanmaz. Ayrıca kanun koyucu, aşırı ceza koşulunun indirilmesi kurumundan daha ağır nitelikte olan irade sakatlığı halleri için dahi iptal edilebilirlik yaptırımını öngörmüştür. Buna rağmen irade sakatlığı hallerine oranla daha hafif olan aşırı ceza koşulu için kesin hükümsüzlük yaptırımını uygulanması isabetli değildir.⁹⁹

Aşırı ceza koşulunun aşırı olduğu ölçüde iptalinin mümkün olduğunu savunan görüş,¹⁰⁰ ceza koşulunun indirilmesinin iptal kabiliyeti niteliğinde olduğu görüşüdür. Bu görüşe göre, aşırı ceza koşulu, başlangıçta geçerli olmasına rağmen, borçlu tarafından iptal hakkının kullanılmasıyla beraber geçmişe etkili olarak ge-

⁹⁶ Bu tartışmalar hakkında bkz. TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.135; KOCAAĞA, s.217; UÇAR, s.101.

⁹⁷ Ceza koşulunun indirilmesinin hukuki niteliği hakkındaki görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.135-150; GÜLSEVEN, 45 vd.

⁹⁸ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.135-136; GÜLSEVEN, s.45-46.

⁹⁹ GÜLSEVEN, s.60. Aşırı ceza koşulunun indirilmesinin hukuki niteliği konusunda kesin hükümsüzlük yaptırımı birçok eleştiriye maruz kalsa da Yargıtay, bazı kararlarında (örneğin Y.15.HD. T.11.05.2000, E.1999/4655, K.2000/2324 sayılı kararı) ceza koşulunu arguya yasağına aykırı bularak doğrudan TBK m.27 hükmü uyarınca kesin hükümsüz saymıştır.

¹⁰⁰ KUNTER, Nurullah: "Ödendikten Sonra Azaltılabilmeleri Bakımından Cezai Şartlar", (Adliye Ceridesi, Y.31, S.11, s.971-983, Ankara 1940), s.979.

çerliliğini kaybeder. Kanaatimizce bu görüş, aşırı ceza koşulunun indirilmesini tamamen borçlunun bir davranışına, iptal hakkının kullanılmasına bağladığından isabetli değildir.¹⁰¹ Nitekim TBK m.182/III hükmü de hâkime aşırı bulduğu ceza koşulunu re'sen indirme yetkisi vermiştir. Dolayısıyla aşırı ceza koşulunun indirilmesini yalnızca borçlunun iptal hakkının kullanılmasına bağlayan bu görüş, kabul edilemez.

Bir diğer görüşe göre¹⁰² aşırı ceza koşulunun indirilmesi talebi, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanır. Bu görüşe göre, taraflarca kararlaştırılan ceza koşulu aşırı olduğu takdirde alacaklı, borçluya karşı sahip olduğu talep hakkı sebebiyle borçlu zararına sebepsiz olarak zenginleşir. Dolayısıyla alacaklının aşırı ceza koşulunun ifasına yönelik talebi, haklı bir nedene dayanmaz. Kanaatimizce bu görüş de isabetli değildir. Zira aşırı ceza koşulunun indirilmesi, bir hukuki sebebin eksikliği veya sakatlığına dayandırılmaz.¹⁰³ Burada yalnızca bir borcun aşırılığı söz konusu olup söz konusu aşırı kısım sebepsiz zenginleşme alacağı olarak değerlendirilemez.

Aşırı ceza koşulunun indirilmesinin yenilik doğuran bir hak olduğu görüşü,¹⁰⁴ eski BK zamanında savunulan bir görüştür. Zira bu görüş taraftarlarına göre hâkim aşırı ceza koşulunu re'sen indiremez; borçlunun bu yönde mutlaka bir talebi olması gerekir.¹⁰⁵ Bu görüşe göre, hâkimin taleple bağlılığı söz konusu olduğundan, ceza koşulunun indirilmesinin hukuki niteliği, yenilik doğuran bir hakkın kullanılması niteliğindedir. Bu görüş, TBK m.182/III hükmü karşısında artık hukuki dayanaktan yoksun kalmıştır. Çünkü TBK m.182/III'e göre hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu re'sen indirmekle yükümlü olup taleple bağlı değildir.

Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük görüşüne göre, aşırı ceza koşulu ve özellikle tacir sıfatını haiz borçlu bakımından ahlaka aykırı ceza koşulu söz konusu olduğunda, hâkim doğrudan TBK m.27/III hükmünü uygulamamalıdır.¹⁰⁶ Bu

¹⁰¹ KOCAAĞA, s.219; GÜLSEVEN, s.47; UÇAR, s.101.

¹⁰² Bu görüş ilk olarak Alman hukukunda ortaya atılmış olup *Reichel* tarafından savunulmuştur. (Naklen: TUNÇOMAĞ, *Cezai Şart*, s.137).

¹⁰³ KOCAAĞA, s.220; TUNÇOMAĞ, *Cezai Şart*, s.139.

¹⁰⁴ EKİNCİ, *Ceza Koşulu*, s.322.

¹⁰⁵ EKİNCİ, *Ceza Koşulu*, s.322.

¹⁰⁶ KOCAAĞA, s.324. Sözleşmenin bir veya birkaç hükmünün geçersiz sayılması halinde bu geçersiz olan hüküm veya hükümlerin yerine yedek hükümlerin geçirilmesi hali "değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük" adını alır. Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük, kısmen hükümsüz olan sözleşmenin hüküm ve sonuçlarının hâkim tarafından kanunda yer alan veya tarafların farazi iradeleri doğrultusunda hâkimin kendisinin belirlediği bir kural ile değiştirilmesi olarak tanımlanmaktadır. Ancak bazı hallerde kanun koyucu sözleşmenin geçersiz kısmı yerine geçecek olan hükmün hâkim tarafından takdir edilmesini uygun görmüş olup hâkimin aşırı ceza koşulunu kendiliğinden indireceğine ilişkin durum da bu hale örnek teşkil etmektedir. (Naklen: GÜLSEVEN, 51-52). Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük kavramı için ayrıca bkz. KIRKBEŞOĞLU, Nagehan: "Türk Özel Hukukunda

durumda, hâkim ceza koşulunu tümüyle geçersiz saymak yerine indirerek ceza koşulunun varlığını korumalıdır. Nitekim TBK m.182/III de hâkimin aşırı ceza koşulunu indirmesinden söz ettiğine göre, bu koşulun tümüyle geçersiz sayılması, bu maddenin lafzına ve kanun koyucunun maksadına da uymaz.

Kanun koyucu, TBK m.182/III hükmü ile, hâkime sözleşmeye müdahale etme yetkisi vermiştir. Hâkim, bu yetkisini kanunun amacı ve lafzına uygun olarak kullanmak zorundadır. Aşırı ceza koşulunun indirilmesinin dayanağını oluşturan bu hükme göre hâkim, aşırı ceza koşulunu tümüyle geçersiz sayamaz; ancak aşırı bulunduğu kısmı indirerek ceza koşulunun varlığını devam ettirir. Dolayısıyla ortada aslında bir “indirim yaptırımı” söz konusudur.¹⁰⁷ Bu indirim yaptırımı, hâkimin sözleşmeye müdahalesi anlamına gelir. Bu müdahale ile aşırı olan ceza koşulunun yerini, hâkimin müdahalesi sonucu indirilmiş ceza koşulu alır. Burada aşırı olan kısım ise değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük yaptırımı uyarınca geçersiz olur.¹⁰⁸

C. Aşırı Ceza Koşulunun İndirilebilmesinin Koşulları

Aşırı ceza koşulunun indirilebilmesi için gerek öğretide gerekse Yargıtay içtihatlarında bazı koşullar öngörülmüştür. Bu koşullar, geçerli bir ceza koşulunun bulunması, bu ceza koşulunun muaccel olması, borçlunun asıl borcu ifade kusurlu olması ve son olarak ceza koşulunun ifa edilmemiş olmasıdır.

1. Geçerli Bir Ceza Koşulunun Bulunması

Aşırı ceza koşulunun indirilebilmesi için her şeyden önce geçerli bir ceza koşulunun bulunması gerekir.¹⁰⁹ Nitekim geçerli olmayan bir ceza koşulunun indirilmesi de söz konusu olmaz. Ceza koşulunun asıl borç dolayısıyla veya kendiliğinden hükümsüz olması durumunda indirme kararı verilmesi mümkün değildir. Örneğin, ceza koşulu kanunun emredici hükümlerine aykırı olarak kararlaştırıl-

Kısmi Hükümsüzlük”, Doktora Tezi, s.162, İstanbul, 2010. (<http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/47148.pdf>) (E.T.04.02.2022); KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: “Değişik Kısmi Hükümsüzlük ve Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük Kavramları ile İlgili Düşünceler”, Selim Kaneti’ye Armağan, s.25 vd. İstanbul, 1996; BAŞPINAR, Veysel: “Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı”, s.149, Ankara 1998.

¹⁰⁷ GÜLSEVEN, s.50-51.

¹⁰⁸ Aynı görüşte bkz. GÜLSEVEN, s.53. *Karslıoğlu*, TBK m.182/III ile TBK m.27/II’de düzenlenen kısmi hükümsüzlük terimlerinin birbirinden ayrı bir şekilde değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre: “TBK m.27’nin 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’nin 182. maddesinin 3. fıkrası kapsamında ceza koşulu hükmünün fahiş olduğuna ilişkin değerlendirme farklı şartlara tâbi olup; somut olayda uygulanması daha olasıdır.” Bkz. KARSLIOĞLU, Hasan: “Karşılaştırmalı Hukukta Hâkimin Ceza Hukukunu İndirme Yetkisi”, (İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2022, C.7, S.12, s.109-138).

¹⁰⁹ ÇINAR, s.95; EREN, s.1331; GÜNAY, s.179; OĞUZMAN/ÖZ, s.554.

mıssa bu ceza koşulunun kendiliğinden geçersiz olması halinde durum böyledir. Bu halde hâkim, ceza koşulunun indirilmesine yönelik değil, geçersizliğinin tespitine yönelik bir karar vermelidir.¹¹⁰

Öte yandan, ceza koşulunun indirilebilmesi için konusunun mutlaka para olması gerekmez. Konusu bir miktar paranın ödenmesinden ibaret bulunmayan ceza koşulları da indirim tabidirler.¹¹¹ Zira hâkim, ceza koşulunun özel olarak belirlenmiş bir maldan ibaret olduğu hallerde de bunun yerine bir başkasını koyarak ya da misli bir malın tutarını azaltarak indirim kararı verebilir.¹¹²

Son olarak, ceza koşulu, geçersiz olmasına rağmen borçlu tarafından ifa edilmişse, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması gerekir.¹¹³

2. Ceza Koşulunun Muaccel Olması

Hâkimin aşırı ceza koşulunu indirebilmesi için bu ceza koşulunun muaccel olması gerekir.¹¹⁴ Zira ceza koşulu muaccel olmadan önce bağımsız bir alacak vasfını kazanamadığından bağımsız olmayan bir borçta indirim gidilmesi mümkün değildir.¹¹⁵ Ayrıca muaccel olmayan bir ceza koşulunun aşırılığının tespit edilmesi de inkânsız olup bu aşamada dava açılması söz konusu olamaz.¹¹⁶

Asıl borcun muaccel hale gelmesiyle asıl borca bağlı bir nitelik taşıyan ceza koşuluna ilişkin borç da muaccel hale gelmez. Zira ceza koşulu, niteliği itibariyle geciktirici şarta bağlı bir edim taahhüdüdür. Seçimlik ceza koşulunda şart, muaccel asli edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halidir. Dolayısıyla ancak asli edim hiç veya gereği gibi ifa edilmez ise ceza koşulu muaccel hale gelir. İfaya eklenen ceza koşulunda ise, kararlaştırılan şartın içeriği kapsamında şartın gerçekleşmesi veya gerçekleşmemesi üzere ceza koşulu muaccel olur.¹¹⁷

Ceza koşulunun muacceliyetinin tespitinde, borçlunun asıl borçtan dolayı temerrüde düşürülüp düşürülmemesi gerektiği ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre,¹¹⁸ ceza koşulunun muaccel olması yeterli olmayıp alacaklının ayrıca ihtarda

¹¹⁰ Yargıtay bir kararında, borçlunun sarf edilen paranın iki katını tümüyle ödemeyi yüklenim belgesiyle kabul etmiş olmasını ceza koşulu olarak kabul ederek hâkimin aşırı görülen cezaları indirmekle görevli olduğundan bahisle sözleşmede kabul edilen ceza koşulundan indirim yapıldıktan sonra yapılan iş hesaplanıp indirim yapılarak ödetme kararı verilmesi gerektiğine karar vermiştir. (Y.15.HD. T.25.04.1980, E.1980/976, K.1980/1081 sayılı kararı) (*Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*) (E.T.09.04.2023).

¹¹¹ GÜNAY, s.179; EREN, s.1331.

¹¹² TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.141.

¹¹³ GÜNAY, s.179.

¹¹⁴ KOCAAĞA, s.223; EREN, s.1331; GÜNAY, s.180; GÜLSEVEN, s.87; OĞUZMAN/ÖZ, s.554.

¹¹⁵ GÜNAY, s.180.

¹¹⁶ TUNÇOMAĞ, s.144.

¹¹⁷ GÜLSEVEN, s.88.

¹¹⁸ Bu görüşü savunan yazarların görüşleri için bkz. BERKİ, s.291; KOCAAĞA, s.160; UÇAR, s.53.

bulunması, yani asıl borcun ifasında temerrüde düşürülmesi gerekir. Bu görüş, asıl borcun yerine getirilmemiş olması durumunun alacaklı tarafından ispat edilmesi gerektiği düşüncesine dayanmaktadır.¹¹⁹ Öğretide hâkim olan diğer görüşe göre ise,¹²⁰ ceza koşulunun talep edilebilmesi için asıl borcun muaccel olması yeterli olup borçlunun ayrıca temerrüde düşürülmesine gerek yoktur. Kanaatimizce, ceza koşulunun talep edilebilmesi için borçlunun temerrüde düşürülmesi gerekliliğinin kabulü, ceza koşulunun alacaklının menfaatini koruma amacına ters düşer. Zira borçlu, ceza koşulunu kabul ederek zaten alacaklının ifa menfaatini korumayı önceden taahhüt etmiş bulunmaktadır. Alacaklının borçlunun bu taahhüdüne rağmen borçluyu tekrardan ihtarda bulunması zorunluluğunu kabul, sürecin uzamasına ve ceza koşulunun alacaklıyı koruma amacına hizmet etmesine engel olur. Dolayısıyla ceza koşulunun muacceliyeti için borçlunun ihtar ile temerrüde düşürülmesine ihtiyaç olmayıp asıl borcun muaccel olması ve borçlunun kusurlu olması yeterlidir.¹²¹

3. Borçlunun Kusurlu Olması

Hukuk sistemimizde tazminat talep edilebilmesi, kural olarak kusur şartına bağlanmıştır. Bu şart, her ne kadar bir tazminat niteliğinde olmasa da ceza koşulunun talep edilmesinde de kendini göstermektedir. Nitekim asıl alacağa bağlı bir yan hak niteliğinde olan ceza koşulu, borçlu borcun ifa edilmemesinde kusurlu değilse talep edilemez.¹²² Ceza koşulunun talep edilebilmesi borçlunun kusuruna dayandığından, indirilebilmesi için de borçlunun kusuru gerekir.

Borçluya ağır sorumluluk yükleyen bir durum ise, TBK m.182/II'de yer almaktadır. İlgili hüküm: *“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.”* şeklindedir. Hükümden anlaşılacağı üzere borç, borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hale gelirse cezanın ifası istenemez. Ancak bu durumun aksi kararlaştırılabilir. Dolayısıyla aksinin kararlaştırılması halinde borçlu, kusursuz olsa bile ceza koşulunu ifa etmek durumunda kalır. Böyle bir durumda borçlunun ceza koşulunu ifa etmek durumunda kalması halinde ise, aşırı ceza koşulunun indirimi gündeme gelebilir.

¹¹⁹ GÜLSEVEN, s.88.

¹²⁰ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.95; ARSEBÜK, s.984; BİLGE, s.88; EKİNCİ, s.243.

¹²¹ TIRYAKI, s.56; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.95.

¹²² GÜLSEVEN, s.92.

4. Ceza Koşulunun İfa Edilmemiş Olması

Muaccel olmuş bir ceza koşulunu kendi isteğiyle ifa eden bir borçlunun daha sonradan bu ceza koşulunun aşırı olduğu iddiasıyla indirimini talep edebilmesinin mümkün olup olmadığı öğretide tartışmalıdır.¹²³

Bir görüşe göre¹²⁴ borçlu, ceza koşulunu ifa ettikten sonra dahi, bunun indirilmesini mahkemedan talep edebilir. Bu durumda hâkim, özellikle borçlunun ekonomik durumunu değerlendirerek karar vermelidir. Öğretide baskın olan bir diğer görüşe göre ise, ceza koşulunu ifa eden borçlu, bunun indirilmesini talep edemez.¹²⁵ Zira borçlunun hiçbir ihtirazi kayıt ileri sürmeden kendi rızasıyla ceza koşulunu ödemiş olması, çoğunlukla, onun cezayı aşırı derecede yüksek bulmadığını, onu ödeyecek güçte olduğunu ve indirim talep hakkından vazgeçtiğini gösterir.¹²⁶

Öte yandan, ifa edilmiş ceza koşulunun daha sonradan indirilmesinin talep edilebileceği kabul edilirse alacaklı, zamanaşımı süresi dolana kadar, ifa edilen ceza koşulunun bir kısmını iade etme riski altında olur. Bu durum da, hukuki işlemlerde güvenin korunması ilkesine aykırılık teşkil eder.¹²⁷ Dolayısıyla ifa edilmiş olan ceza koşulunun daha sonradan indirilmesinin talep edilmesi mümkün değildir.

Söz konusu görüş, yüksek mahkeme içtihatlarına da yansımıştır. Yargıtay, 2005 yılında vermiş olduğu bir kararında¹²⁸ “*borçlu tarafından ifa edilmiş bir cezai şartın aşırı olduğu gerekçesiyle indiriminin istenemeyeceğine...*” karar vermiştir.

D. Tacirlerin Aşırı Ceza Koşulunun İndirilmesi Kurumu Karşısındaki Durumu

1. Tacirlerin Aşırı Ceza Koşulunun İndirilmesini Talep Edememesi

Ticari hayatın gerekleri, özellikle yüksek ekonomik değeri haiz sözleşmelerde alacakların teminat altına alınma ihtiyacını beraberinde getirir. Ticari sözleşmelerde kararlaştırılan asıl alacakların da ceza koşulu ile teminat altına alınması

¹²³ Oysaki BGB §343'te ödenmiş bir ceza koşulunun indirilemeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Türk-İsviçre hukukunda bu konuda somut bir düzenleme mevcut yoktur. Kanaatimizce Türk Borçlar Kanunu'nda yapılacak bir değişiklik ile ifa edilmiş ceza koşulunun indirilmesinin borçlu tarafından talep edilemeyeceğine ilişkin bir hüküm getirilmesi isabetli olur.

¹²⁴ Bu görüş hakkında detaylı bilgi için bkz. KUNTER, s.973. *Schwenzer* de ceza koşulu ifa edilmiş olsa dahi bunun indirilmesinin talep edilebileceğini savunmaktadır. Bkz. SCHWENZER, s.500.

¹²⁵ EREN, s.1331; BİLGE, s.119; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.154; KOCAAĞA, s.227; ÇINAR, s.100; GÜLSEVEN, s.93; ÇINAR, s.99; OĞUZMAN/ÖZ, s.554; KELLER/SCHÖBL, s.115.

¹²⁶ GÜNCAN, s.38.

¹²⁷ BİLGE, s.119 vd.; KOCAAĞA, s.228; GÜLSEVEN, s.94; ARSEBÜK, s.993.

¹²⁸ YHGK. T.02.02.2005, E.2004/9-759, K.2005/9 sayılı kararı. (*Kazancı İhtihat Bilgi Bankası*, E.T.09.04.2023).

mümkündür. Hatta ceza koşulu, ticaret hukukunda geniş bir uygulama alanına sahiptir. Kararlaştırılan ceza koşulu sayesinde tacirler, tarafı oldukları sözleşme-deki alacaklarını elde edememeleri ihtimaline karşı borçludan ceza koşulunun ifasını talep edebilecekleri gibi ifaya eklenen ceza koşulu sayesinde hem asıl ala-cağı hem de ceza koşulunu talep etme hakkını kazanırlar.

Ticari sözleşmelerin genellikle yüksek ekonomik değer içermesi sebebiyle, bu sözleşmelerde kararlaştırılan ceza koşulları da tutar itibariyle yüksek olur. Ancak ticari sözleşmelerde kararlaştırılan aşırı ceza koşulunun, hâkim tarafından TBK m.182/III hükmüne dayanarak indirilmesi mümkün değildir. Nitekim “*Üc-ret ve Sözleşme Cezasının İndirilmesi*” başlığını taşıyan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m.22: “*Tacir sıfatını haiz borçlu, Türk Borçlar Kanunu’nun 121’inci maddesinin ikinci fıkrasıyla 182’nci maddesinin üçüncü fıkrasında ve 525’inci maddesinde yazılı hâllerde, aşırı ücret veya ceza kararlaştırılmış olduğu iddia-sıyla ücret veya sözleşme cezasının indirilmesini mahkemeden isteyemez.*” hük-münü havidir. Madde lafzında yer alan “*sözleşme cezası*” ifadesi, borçlar hukuku anlamında “*ceza koşulu*” ifadesi yerine kullanılmıştır. Kanun koyucu bu hüküm-le, borçlu tacirin aşırı ceza koşulunun indirilmesini talep etmesini yasaklamıştır.

Aşırı ceza koşulunun indirilmesinin yasaklandığı bu durumla ilgili olarak in-celenmesi gereken ilk husus, borçlunun tacir sıfatını haiz olup olmadığıdır. Ta-cir, TTK m.12/I’e göre, “*bir ticari işletmeyi, kısmen de olsa kendi adına işleten kişi*”dir. Buna göre, kanun tarafından şartları belirlenen (TTK m.11 ile) bir ticari işletmeyi kısmen de olsa kendi adına işleten borçlu, TTK m.22 hükmü uyarın-ca tarafı olduğu bir sözleşmede kararlaştırılan aşırı ceza koşulunun indirilmesini mahkemeden talep edemez.¹²⁹

Kanun koyucu, tacirlerin faaliyetlerini yürütürken tacir olmayanlara göre daha dikkatli ve özenli olması gerektiğini öngörmüştür. Tacirlere yüklenen bu ge-reklilikler, tacirlerin faaliyetlerinde daha çok risk altına girebileceğinin kabulü so-nucunu doğurur. Bu durum, TTK’da basiretli bir iş adamı gibi davranma yüküm-lülüğünde kendini gösterir. Objektif bir özen ölçüsü getiren basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğü, tacirin ticari işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde, aynı

¹²⁹ Eski Ticaret Kanunu’nun yürürlükte bulunduğu dönemde Yargıtay tarafından 1940 yılında verilen bir İçtihatı Birleştirme Kararı, tacirlerin aşırı ceza koşulunun indirimini isteyemeyeceğine yönelik emsal nitelikte bazı ifadeler taşır: “... *mukavele sırasında maktu zarar ve ziyan olarak tesmiye kıl-lanan meblağ müteahhidünlehin taahhüdün ifası halinde istihsal edeceği menfaat bedelini tecavüz etse dahi mahkemece miktarının tenzil edilemeyeceği (indirilemeyeceği) musarrah bulunduğu ve bu maddede kanun vazıı tecavüzün nispetini tayin ve tahdide lüzum görmediği cihetle bu sarahat ve itlak muvacehesinde münhasıran ticari olmayan hadiselere tatbik edilmesi icap eden Borçlar Kanunu’nun 161. Maddesinin son fıkrasının (TBK m.182/III) ticari muamelelere teşmiline imkan bulunmadığına...*” (Kararın tamamı için bkz. YİBGK. T.03.07.1940, E.1940/7, K.1940/71) (Kazan-cı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.10.04.2023).

ticaret dalında faaliyet gösteren tedbirli ve öngörülü bir tacirden beklenen özeni göstermesi gerektiği anlamına gelir.¹³⁰ Bu bakımdan tacirlerin aşırı ceza koşulunun indirilmesini talep etme hakkını yasaklayan TTK m.22 hükmü, basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün bir yansıması niteliğindedir.¹³¹ Zira bir tacir, basiretli bir iş adamı gibi davranarak ekonomik açıdan yüksek bulduğu ceza koşulunu en baştan kabul etmemelidir. Çünkü ticari hayat, istikrar üzerine kurulu olup alacaklı, çoğu zaman kararlaştırılan ceza koşuluna güvenerek sözleşmeyi akdetme yoluna gider. Tacir borçlunun önceden kabul ettiği ceza koşulunun aşırılığını iddia ederek indirilmesini sağlaması, alacaklının menfaatlerine ters düştüğü gibi ticari hayatta gerekli olan güven ve istikrarı da zedeler. Bu sebeptendir ki kanun koyucu TTK m.22 hükmü ile bu durumun önüne geçmeyi amaçlamıştır.

Tacir borçlu, tüzel kişi tacir olabileceği gibi gerçek kişi tacir de olabilir. Ancak gerçek kişi tacirin, ticari işletmesiyle alakalı olmayan işlemlerinde TTK m.22 hükmü uygulanmamalıdır.¹³² Madde hükmünde, ceza koşulundan doğan borcun ticari işletmeyle alakalı olup olmaması gerektiğine ilişkin bir düzenleme yoktur. Bununla beraber hükmün konuluş amacı göz önünde tutulduğunda, ceza koşulunun ticari işletmeyle ilgili bir borç için taahhüt edilmemiş olması halinde, TTK m.22 hükmü uygulanmamalıdır. Nitekim tacir sıfatını haiz borçlunun ceza koşulunun indirilmesi talebine kanunen cevaz verilmemesinin nedeni, tacirin bu sıfatına dayanarak yaptığı işlemlerin sıradan işlemlere göre özellik taşımasıdır.¹³³ Bu sebeple, TTK m.22'nin gerçek kişi tacirin ticari işletmesiyle alakalı olmayan işlemlerinde uygulanması isabetli değildir. Tüzel kişi tacirlerin ise özel alanı (adi sahası) bulunmadığından¹³⁴ bunların borçlu olduğu tüm ceza koşullarında TTK m.22 hükmü uygulama alanı bulabilir.

¹³⁰ Basiretli tacir kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku. Ankara 2017, s.140 vd.

¹³¹ GÜNCAN, s.49.

¹³² GÜNCAN, s.51-52; Ayrıca işverenin tacir olması ihtimalinde iş ilişkisinin ticari iş kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hakkında detaylı açıklamalar için bkz. KARAGÖZ, Veli: "İşverenin Tacir Olması Durumunda Cezai Şartın İndirilmesi" (Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVIII, S.3-4, s.109-132, Erzincan 2014.).

¹³³ GÜLSEVEN, s.74.

¹³⁴ ARKAN, s.66; Ayrıca Yargıtay, yakın tarihte vermiş olduğu bir kararda, kiracı limited şirket olmasına rağmen bir kira sözleşmesinde kiralanın taşınmazın ticari işletmecinin ailesi ile oturmak maksadıyla kullanacağını belirtilmesini, gerçek kişi tacirin adi sahasına ilişkin bir sözleşme gibi yorumlamış ve kiracı aleyhine TBK m.346 uyarınca ceza koşuluna hükmedilemeyeceğini belirtmiştir. İlgili kararda: "...Taraflar arasındaki öncelikli uyumsuzluk; sözleşme ile kararlaştırılan cezai şart koşulunun geçerli kabul edilip edilemeyeceği, geçerli olarak kabul edilmesi halinde öngörülen cezai koşulun fahiş olup olmadığı noktalarında toplanmaktadır... Somut uyumsuzlukta; her ne kadar limited şirket türünde olduğu anlaşılan kiracı- şirket Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre tacir ise de; kira sözleşmesinin özel şartlar bölümünün 9. maddesinde "kiracının mecburu ailesi için kiralamış olduğu ve ailesi ile birlikte kullanacağı belirtilmekle" kiralamanın, mecurun işyeri olarak kullanımı için değil, mesken olarak kullanımı için yapıldığı anlaşılmakta; yukarıda yazılı

Tacir sıfatını haiz olmasa da tacir gibi sorumlu olanların da TTK m.22 hükmü gereğince aşırı ceza koşulunun indirilmesini talep etmeleri yasaktır.¹³⁵ Sözleşmenin tacir olmayan tarafı aleyhine kararlaştırılmış ceza koşulunun ise indirilmesi mümkündür. Zira TTK m.22 hükmü, bu talebi yalnızca tacirler bakımından yasaklamıştır. Dolayısıyla hükmün zıt anlamından, ticari işlemin tacir olmayan tarafının borçlu olduğu aşırı ceza koşulunun indirilmesinin önünde herhangi bir engel yoktur.¹³⁶

Borçlunun tacir sıfatını haiz olup olmadığı araştırılırken esas alınması gereken an ise ceza koşulunun taraflar arasında kararlaştırıldığı andır.¹³⁷

2. Yargıtay'ın Yaklaşımı

Yargıtay istikrar kazanan kararlarında, TTK m.22 hükmüne rağmen tacir borçlu aleyhinde kararlaştırılan ceza koşulunun indirilebileceğini kabul etmiştir.¹³⁸ Yargıtay'ın ceza koşulunun borçlunun ekonomik özgürlüğünü yok edip etmeyeceğinin, bu koşulun borçlunun ekonomik mahvına yol açıp açmayacağına araştırılması gerektiğini belirttiği kararları mevcuttur.¹³⁹ Yüksek Mahkeme, kararlarında bu hususların değerlendirilerek ceza koşulunun borçlunun ekonomik mahvına yol açıp açmayacağına ve ahlak ve adaba aykırılığının da tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Ceza koşulunun ahlaka aykırı olarak kabul edildiği durumlarda ise bu koşulun kısmen veya tamamen kesin hükümsüz sayılabileceğine hükmedilmiştir.

Bu hususta Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 1974 yılında verdiği bir karar,¹⁴⁰ Yüksek Mahkeme'nin yaklaşımı bakımından önem arz eder. İlgili karar-

tacirler için öngörülen sözleşme serbestisine ilişkin istisnanın uygulanma imkânı bulunmadığı açıktır. Bu durumda mahkemece, yukarıda açıklanan hususlar göz önünde bulundurularak kiracı şirket tacir ise de, kiralanan mesken olarak kiralandığından, TBK'nın 346. kiracıyı koruyucu yasa hükmü gereğince sözleşme ile kararlaştırılan cezai şart hükmünün geçersiz olduğu gözetilerek, davacının cezai şart isteminin reddine karar verilmesi gerekirken, yanlışlığı değerlendirilmeyle yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, bu husus bozmayı gerektirmiştir... (Y.3.HD. T.07.11.2018, E.2017/4264, K.2018/11140) (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.15.04.2023).

¹³⁵ GÜLSEVEN, s.70.

¹³⁶ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.177; GÜNAY, s.220; GÜLSEVEN, s.71; KOCAAĞA, s.258.

¹³⁷ KOCAAĞA, s.258; GÜLSEVEN, s.71; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.176-177.

¹³⁸ Bu konuda detaylı çalışmalar için bkz. ERÇİN, Ferhat: "Yargıtay Kararları Işığında Tacirlerin Ahlakı Aykırı Cezai Şartın İptalini veya Tenkisini İsteyebilmeleri", (İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.1, s.89-105. İstanbul 2011); AKKAYA, Hilal: "Yargıtay Kararları Doğrultusunda Ceza Koşulu", Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019, s.96 (E.T.03.08.2022) (https://acikbilim.yok.gov.tr/bits-tream/handle/20.500.12812/702811/yokAcikBilim_10257292.pdf?sequence=-1&isAllowed=y).

¹³⁹ Bu duruma örnek teşkil etmesi açısından yakın tarihli kararlar için bkz. Y.3.HD. T.07.10.2019, E.2019/2319, K.2019/7498; Y.3.HD. T.14.11.2019, E.2019/4267, K.2019/9155. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.11.04.2023).

¹⁴⁰ YHGK. T.20.03.1974, E.1970/1053, K.1974/222 sayılı kararı. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.11.04.2023).

da: “... cezai şart borçlunun iktisaden mahvını mucip olacak derecede ağır ve yüksek ise adap ve ahlaka aykırı sayılarak tamamen veya kısmen iptal edilmesi gerekir. Borçlu, tacir olsa dahi böyle bir durumda ceza iptal edilebilir. Çünkü ahlak ve adaba aykırılık dolayısıyla cezai şartın butlanı genel bir hükümdür... Bidayet mahkemesi, cezai şartın fahiş olması ile ahlak ve adaba aykırı bulunmasını ayırmak yoluna gitmemiştir. Ticaret Kanunu'nun 24. maddesi (TTK m.22) Borçlar Kanunu'nun 161. maddesinin son fıkrasına (TBK m.182/III) yaptığı yollamadan da anlaşılacağı gibi, yalnız “fahiş olsa dahi cezai şartın indirilemeyeceği” esasını kabul etmiştir. Yoksa ahlak ve adaba ve emredici hükümlerin koyduğu kurallara aykırı olan cezai şartın geçerli olmasını kabul etmemiştir, maddede bu sonucu veren bir hüküm yoktur. Fahiş cezai şartın tenkisini önleyen bir hüküm ister bulunsun isterse bulunmasın cezai şartın ahlaka ve adaba aykırılığı sebebiyle iptal edilmesine bu durumun bir etkisi olmaz... Bu meblağın kabulünün, o tarihteki durumu itibarıyla borçlu müteahhidin iktisadi hürriyetini kabul edilemez derecede tazyik edip etmediği, iktisadi mevcudiyetinin büyük bir tehlike altına girmesini veya yıkılmasını mucip olup olmadığı tayin ve takdir edilmelidir... Ahlak ve adaba aykırılığı tayin ve takdir edebilmek için taahhüt olunan işin değerini, tarafların ve özellikle borçlunun cezai şartın kabul edildiği tarihteki iktisadi durumu bilirkişiler aracılığıyla tespit edilmeli...” ifadeleri kullanılmıştır.

Yargıtay'ın vermiş olduğu karar, kanaatimizce isabetli; ancak eksiktir. Yargıtay'ın isabetli olarak belirttiği üzere TTK m.22 hükmünün getirmiş olduğu yasak, ahlaka aykırı bir edimin ifasına cevaz vermez. Bu durumda dahi TBK m.27 hükmü uygulanarak ahlaka aykırı olarak değerlendirilen ceza koşulunun kısmen de olsa kesin hükümsüz sayılması gerekir. Borçlunun ekonomik özgürlüğü ve geleceğinin değerlendirilmesi de kanaatimizce isabetlidir. Nitekim aşırı ceza koşulunun tacir borçlu lehine indirilebilmesi incelenirken en önemli unsur, borçlunun ekonomik özgürlüğü ve geleceği olmalıdır. Ancak Yargıtay kararında, ceza koşuluna yönelik verilecek kararın gerekçesi, yalnızca borçlunun ekonomik özgürlüğü ve geleceğine hasredilmiştir. Borçlunun ekonomik özgürlüğü ve geleceği önemli bir unsur olmakla beraber tek ölçüt değildir. Hâkimin ceza koşulunun indirilmesine karar verirken değerlendirmesi gereken başka hususlar da vardır. Hâkim, bir ceza koşulunun indirilmesine karar verirken borçlunun kusuru, borca aykırılığın derecesi ve alacaklının menfaatleri gibi hususları da değerlendirerek bir sonuca varmalıdır. Ayrıca Yargıtay'ın bu kararı, hâkimin indirim kararı verirken kullanacağı vasıtalar konusunda yol gösterici değildir. Kararda yalnızca taahhüt olunan işin değeri ve borçlunun ekonomik durumunun değerlendirilmesi önerisinde bulunulmuştur.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 1999 yılında verdiği bir karar¹⁴¹ bu bakımdan önemlidir. İlgili karar: "... Kuşku yok ki Ticaret Kanunu'nun 24. maddesi (TTK m.22) gereğince, borçlu tacir ise, kararlaştırılan cezai şartın indirilmesi istenemez. Bu durumda mahkemeye öncelikle Ticaret Kanunu'nun 14 ve 17. maddelerindeki tacir ve esnaf tanımlamalarına göre davalının tacir ya da esnaf olup olmadığı toplanacak deliller ve yaptırılacak bilirkişi incelemesi ile saptanmalı, davalı iktisadi faaliyetini daha çok bedeni çalışması ile sürdürüyorsa, alacaklının asıl borcu ifası halindeki çıkarı ile cezai şartın tediyesi halindeki çıkarı arasında makul ve adil ölçüde kurulacak denge gözetilerek, cezada hakkaniyet ölçüsünde indirim yapılmalıdır. Öte yandan, davalının tacir olduğu saptansa bile, Ticaret Kanunu'nun 24. madde hükmünün, her sözleşme için uygulama imkânı bulunan BK'nın 20. madde hükmü ile sınırlı olduğu düşünülerek, ticaret sicil dosyası getirtilip, toplam sermaye tutarı tespit edilerek söz konusu cezanın tahsili halinde, davalının eskiden olduğu gibi ticari hayatını sürdürüp sürdüremeyeceği, şayet mümkün olmazsa bu durum onun iktisaden mahvına neden olup olmayacağı, yine bilirkişiye iletirilmeli, bu durum davalının ekonomik mahvına neden olacaksa BK'nın 20. maddesine göre, bu seviyedeki cezai şart ahlaka ve adaba aykırı olacağından, yine cezai şartta indirim gerekeceğini düşünülmelidir..." şeklindedir.

Yargıtay'ın bu kararı daha isabetlidir. Nitekim kararda ticaret sicil dosyasının getirilerek sermaye tespiti yapılması ve böylece ceza koşulunun borçlunun ekonomik özgürlüğü ve geleceğine etkisinin araştırılması gerekliliğinin belirtilmesi, uygulamaya yönelik somut bir ölçüt getirmesi bakımından önemlidir.

Yüksek Mahkeme'nin verdiği bazı kararlarda ise, taraflar arasındaki ceza koşuluna doğrudan kesin hükümsüzlük yaptırımı uygulanarak borçlunun ifa taahhüdünden kurtarıldığı görülmektedir. Bu kararlarda Anayasa'da yer alan angarya yasağına, çalışma ve sözleşme hürriyetine aykırılık sebepleriyle¹⁴² ceza koşulunun kesin hükümsüz olduğu belirtilmiştir.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 2000 yılında verdiği bir kararda¹⁴³ sözleşme bedelinin iki katı olarak belirlenen ifaya eklenen ceza koşulunun angarya yasağına aykırı olduğundan kesin hükümsüz sayılması gerektiği belirtilmiştir. Karara göre: "... yüklenici ceza olarak hem aldığı veya alacağı bedeli ve hem de bu bedelin bir mislini ödeyecek, iş sahibi de durduğu yerde hem imalatı bedavaya getirecek hem

¹⁴¹ Y.15.HD. T.05.10.1999, E.1999/1865, K.1999/3481 sayılı kararı. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.11.04.2023).

¹⁴² Yargıtay'ın Anayasa'nın çalışma ve sözleşme hürriyetine ilişkin hükümlerine aykırılık teşkil eden ceza koşulunun kesin hükümsüz sayılması hakkındaki kararı için bkz. YHGK. T.22.05.2013, E.2012/11-1601, K.2013/752 sayılı kararı. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.11.04.2023).

¹⁴³ Y.15.HD. T.11.05.2000, E.1999/4655, K.2000/2324 sayılı kararı. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.11.04.2023).

de iş bedeli kadar para alacaktır. Gerçi, geciken ifa sebebiyle iş sahibinin bir zararı söz konusu ise de, sözleşmedeki bu ceza hükmü, muhtemel zararın çok ötesinde, onu aşan, etik yönden toplumu rahatsız eden, adeta angaryayı meşrulaştıran bir hükümdür. Yüklenicinin iktisaden mahvına neden olmasa da taşıdığı bu sakıncalardan dolayı Anayasa'nın 18. ve BK'nın 19. (TBK m.18) maddelerine aykırı olup, BK m.20/2 (TBK m.27/2) maddesi gereğince butlan ile batıldır. Bu itibarla reddi gereken cezai şart isteminin kabulü haklı bulunmamıştır..." Yargıtay'ın somut olayda angarya yasağı ile ilgili yaptığı değerlendirmeler kanaatimizce isabetlidir.

Yargıtay'ın güncel kararlarında da, tacir sıfatını haiz borçlunun kural olarak aşırı ceza koşulunun indirilmesini talep edemeyeceği belirtilmiş ve fakat ceza tutarının borçlunun ekonomik olarak mahvına yol açacağına bilirkişi raporuyla tespit edilmesi halinde ceza koşulunun indirilebileceği belirtilmiştir.¹⁴⁴

3. Tacirlerin Aşırı Ceza Koşulunun İndirilmesini Talep Edememesinin Değerlendirilmesi

Borçlu tacir, ticari işletmesiyle ilgili olarak üstlendiği bir borçtan ötürü tahhüt ettiği ceza koşulunun aşırı olduğu iddiasıyla TTK m.22 hükmü gereğince hâkimden kural olarak indirim talep edemez. İşbu kural, tacir sıfatını haiz borçlunun, sözleşmeyle ceza koşulu borcu altına girerken basiretli bir iş adamı gibi davranması gerekliliğinden doğmaktadır.¹⁴⁵ Ancak bu hükmün mutlak anlamda uygulanması, hakkaniyete aykırı bazı sonuçlara sebebiyet verir. İlk olarak, her tacir ekonomik anlamda eşit değildir. Bir ticari sözleşmenin her iki tarafının da tacir sıfatını haiz olması, bu iki tarafı ekonomik anlamda mutlaka eşit yapmaz. Örneğin küçük çaplı bir ticari işletmesi olan borçlu gerçek kişi tacir ile ticari işletmeler zincirine sahip anonim şirket biçiminde örgütlenmiş alacaklı tüzel kişi tacir, bu bakımdan eşit konumda görülemez. Dolayısıyla kararlaştırılan ceza koşulu, borçlu tacirin ekonomik anlamda mahvına yol açacak derecede yüksek olabilir. Bu gibi durumlarda TTK m.22'nin mutlak olarak uygulanması, ticari hayatı olumsuz etkilediği gibi adalet duygularını zedeler. Anılan sebeplerle kanaatimizce, bu maddenin mutlak surette uygulanmaması; somut olayın özellikleri göz önünde bulundurularak değerlendirme yapılması gerekir.¹⁴⁶

¹⁴⁴ YHGK. T.30.03.2016, E.2014/19-743, K.2016/437; Y.3.HD. T.05.12.2017, E.2017/15056, K.2017/17040; Y.3.HD. T.07.10.2019, E.2019/2319, K.2019/7498; Y.3.HD. T.01.07.2021, E.2020/9069, K.2021/7657; Y.11.HD. T.30.11.2017, E.2016/6257, K.2017/6784; Y.11.HD. T.27.02.2020, E.2018/4961, K.2020/2156; Y.19.HD. T.21.12.2016, E.2016/6702, K.2016/16086; Y.19.HD. T.31.10.2017, E.2016/11562, K.2017/7463; Y.19.HD. T.19.12.2017, E.2016/12322, K.2017/8065; Y.19.HD. T.11.04.2019, E.2018/2661, K.2019/2508; Y.19.HD. T.03.02.2020, E.2018/4132, K.2020/208. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.07.06.2023).

¹⁴⁵ AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, Ankara, 2021, s.175; TAMER, Ahmet: "Tacirler Bakımından Cezai Şart (Ceza Koşulu)", (Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y.2013, S.14, s.731-770), s.742 vd.; ARKAN, s.152 vd.

¹⁴⁶ Aynı görüşte bkz. TAMER, s.754; ARKAN, s.160; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s.212.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, tarafların tacir olması, sözleşme özgürlüğü ile belirlenmiş sınırlar dışında sözleşme yapabilecekleri anlamına gelmez. Sözleşme özgürlüğünü düzenleyen TBK m.26 hükmü uyarınca: “*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.*” Sözleşme özgürlüğünün sınırlarından biri de sözleşme içeriğinin ahlaka aykırı olmamasıdır. Nitekim sözleşmenin içeriği ahlaka aykırı olarak değerlendirilirse, TBK m.27 hükmü uyarınca bazı hukuki yaptırımlar gündeme gelir. Ahlaka aykırılık sınırlamasının tacirler bakımından da uygulanacağı açıktır.¹⁴⁷ Zira TTK, TMK’nın ayrılmaz bir parçasıdır (TTK m.1/I). TBK ise, TMK’nın beşinci kitabı ve tamamlayıcısıdır (TBK m.646). Dolayısıyla TMK ve TBK’da yer alan genel nitelikteki tüm hükümler, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerinde uygulanır. Sözleşme özgürlüğüne ve bu özgürlüğün sınırlarının aşılması halinde öngörülen yaptırımlara ilişkin hükümler, genel nitelikte hükümler olduğundan bu hükümlerin ticari sözleşmelerde de uygulanacağı şüphesizdir. Bir sözleşmenin ahlaka aykırılığının kabulü halinde uygulanacak olan yaptırım, TBK m.27 hükmü uyarınca kesin hükümsüzlüktür. Kesin hükümsüzlük yaptırımının uygulanmasıyla birlikte, borçlu tacirin taahhüt ettiği aşırı ceza koşulu, ahlaka aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz sayılır. Bu ceza koşulunun kesin hükümsüz sayılması, onu baştan itibaren geçersiz hale getirir. Böylelikle borçlu, ceza koşulu taahhüdünden kurtulmuş olur.

Bu noktada, ceza koşulunun kesin hükümsüz sayılması ile indirilmesi arasındaki farka da kısaca değinmek gerekir. Ceza koşulunun kesin hükümsüz sayılması ile indirilmesi farklı hususlardır. Ceza koşulunun kesin hükümsüz sayılmasıyla borçlu, artık ceza koşulunu ifayla yükümlü olmaktan kurtulur. Ancak ceza koşulunun indirilmesi halinde borçlunun sorumlu olduğu miktar ortadan kalkmaz; yalnızca azalır. Aşırı ceza koşulunun indirilmesini düzenleyen TBK m.182/III hükmü uyarınca hâkim, aşırı ceza koşulunu yalnızca indirebilir, tamamen ortadan kaldıramaz. Bu sebeple, tacir borçlular bakımından ahlaka aykırılık iddiası ile tamamen ortadan kaldırılabilen ceza koşulunun tacir olmayan borçlular için kabul edilmemesi gibi bir sonuç ortaya çıkar. Bu sonuç ise hakkaniyete uygun değildir.

Tacir olmayan borçlular bakımından taahhüt edilen ceza koşulunun da ahlaka aykırılığı iddia edilebilir. Zira ahlaka aykırılık iddiası, yalnızca ticari borçlar bakımından değil, tüm borçlar bakımından söz konusu olabilir. Dolayısıyla tacir olmayan bir borçlunun taahhüt ettiği ceza koşulunun ahlaka aykırı olarak değerlendirilmesi halinde de bu koşulun kesin hükümsüz sayılması mümkündür. Öte yandan, ceza koşulunun alacaklının menfaatlerini de koruyan baskın bir yönü vardır. Bu bakımdan, taraflar arasındaki menfaat dengesinin korunması gerekir. Anılan sebeplerle, tacir olmayan borçlunun taahhüt ettiği ahlaka aykırı olmayan

¹⁴⁷ GÜLSEVEN, s.71; KOCAAĞA, s.261; GÜNCAN, s.53.

ancak aşırı olan ceza koşulunun, TBK m.182/III hükmüne göre, şartlar oluştuyorsa hâkim tarafından yalnızca indirilmesiyle yetinilmelidir. Fakat ahlaka aykırı olarak değerlendirilen bir ceza koşulu varsa, bu koşulun tamamen hükümsüz sayılması yerine TBK m.27/II hükmüne göre kısmen kesin hükümsüz sayılması gerekir. Nitekim kısmi butlan, bölünebilir sözleşmelerde olduğu gibi miktarı bakımından bölünebilir edimlerde de mümkündür.¹⁴⁸ Böylelikle ahlaka aykırılık teşkil eden kısım, kesin hükümsüz sayılırken kalan kısım, geçerliliğini korur. Bu durum, alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesine daha uygundur.

Tacir olan borçluların durumunu inceleyecek olursak, bu borçlular bakımından da değiştirilmiş kısmi butlan yaptırımını uygulanması isabetli olur. Zira TTK m.22 hükmü ile getirilen yasağın mutlak anlamda uygulanması adalet ve nesafet duygularına aykırı olduğu gibi ekonomik ve ticari hayatın gerçekleriyle uyuşmaz. Tacir borçlu aleyhine kararlaştırılan ceza koşulunun ifasının borçlunun ekonomik mahvına yol açması muhtemelse, bu ceza koşulu kural olarak ahlaka aykırı kabul edilmelidir.¹⁴⁹ Ancak bu ceza koşulunun ahlaka aykırı olduğundan bahisle tamamen kesin hükümsüz sayılması, hem alacaklının menfaatini zedeler hem de tacir borçlulara tacir olmayan borçlular karşısında bir avantaj sağlamış olur. Bu sebeple ahlaka aykırı derecede aşırı görülen ceza koşulunun ahlaka aykırılık teşkil eden kısmının kesin hükümsüz sayılması, kalan kısmın geçerliliğini koruması, kanaatimizce en doğru yoldur. Hâkim bu hususu değerlendirirken aynı zamanda TMK m.2 hükmü uyarınca dürüstlük kurallarını da gözetenek her bir somut olayda titiz bir inceleme yapmalıdır.

E. Ceza Koşulunun Aşırılığının Tespit Edilmesi

1. Aşırılığın Tespitinde Göz Önünde Bulundurulacak An

Ceza koşulunun aşırılığının tespitinde göz önünde bulundurulacak anın belirlenmesi büyük bir önemi haizdir. Zira ceza koşulunun kararlaştırdığı tarih ile muaccel olduğu tarih arasında veya dava açıldığı tarih ile kararın verildiği tarih arasında “aşırılık” kavramı değişkenlik gösterebilir. Tarafların ceza koşulunu kararlaştırdıkları anda aşırı olarak değerlendirilemeyecek bir ceza koşulu, muaccel hale geldiğinde değişen ekonomik şartlar sebebiyle aşırı olarak değerlendirilebilir. Yine aşırı ceza koşulunun indirilmesine yönelik bir dava açıldığı takdirde davanın açıldığı tarih ile kararın verildiği tarih arasında da ceza koşulunun “aşırılık” unsuru değişebilir.

¹⁴⁸ GÜNAY, s.223; von TUHR, s.770. *Oğuzman/Öz'e* göre, kısmi geçersizliğe ilişkin TBK m.27/II hükmü aslında ceza tutarının indirilmesine yönelik değil, sadece tüm ceza koşulunun hem de bütün işlemin geçersiz sayılması sonuçlarından birine izin verir. Bununla birlikte, böyle durumlarda ceza tutarının indirilmesi şeklindeki çözüm TTK m.1530/I kıyasen uygulanması olarak onaylanabilir. Bu çözüm, TBK m.27/II hükmünün burada dürüstlük kuralı yardımıyla kısmen uygulanmasına da dayandırılabilir. (OĞUZMAN/ÖZ, s.555).

¹⁴⁹ GÜNCAN, s.54.

Öğretide ceza koşulunun aşırılığı tespit edilirken göz önünde bulundurulacak ana ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Bu görüşlerden ilki, ceza koşulunun kararlaştırıldığı anın esas alınması görüşüdür ve bu görüş genellikle reddedilmektedir.¹⁵⁰ Nitekim kararlaştırıldığı anda aşırı olan bir ceza koşulu, sonrasında aşırılığını kaybetmiş olabilir. Böyle bir durumda ceza koşulunun indirilebileceğini savunmak, alacaklının menfaatleriyle örtüşmez.¹⁵¹ Özellikle uzun vadeli sözleşmelerde bu duruma rastlanması daha muhtemeldir. Bu durumun tam tersi olarak kararlaştırıldığı anda aşırı olmayan bir ceza koşulu da, süreç içerisinde aşırı hale gelebilir. Bu da borçlunun menfaatlerini zedeleyen bir sonuca yol açar.

Başka bir görüşe göre, ceza koşulunun aşırılığının tespit edilmesinde bu borcun muaccel hale geldiği an esas alınmalıdır.¹⁵² Bu görüşün kabulü de bazı sakıncaları beraberinde getirir. Zira her ne kadar aşırı ceza koşulunun indirilmesinin talep edilmesi için bu borcun muaccel olması gerekiyorsa da, muacceliyet tarihi ile indirme kararı verilen tarih arasında uzunca bir süre geçebilir. Bu sürede de yine belirttiğimiz sakıncaların doğması muhtemeldir.

Bir diğer görüşe göre,¹⁵³ aşırılığın tespitinde göz önünde bulundurulacak anın belirlenmesinde her bir somut olayın özelliklerine göre hâkim takdir hakkını kullanarak inceleme yapmalıdır. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Nitekim bu durumun kabulü halinde hâkim, aşırılığın tespitinde taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin tüm önemli tarihlerine ilişkin bir inceleme yapmak zorunda bırakılmaktadır. Hâkime verilen bu yükümlülük, davanın gereksiz yere uzamasına ve daha masraflı olmasına yol açar. Ayrıca bu durumda hâkimin menfaatler dengesini gözetmesi de daha zor hale gelir.

Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre,¹⁵⁴ ceza koşulunun aşırılığının tespitinde, mahkeme kararının verildiği anın esas alınması gerekir. Zira tarafların ekonomik durumları ve menfaatlerinin belirlenmesi için en önemli tarih, karar tarihidir. Hâkim bir ceza koşulunun aşırılığını tespit ederken karar tarihinde diğer ölçütlerle beraber tarafların ekonomik durumlarını ve taraflar arasındaki menfaat dengesini esas almalıdır. Nitekim borçlu, verilen mahkeme kararının akabinde ceza koşulunu ifaya zorlanır. Bu bakımdan en isabetli tarih, kararın verildiği tarihtir. İlk derece mahkemesi kararının istinaf edilmesi halinde de istinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak kendisi bir karar veri-

¹⁵⁰ KOCAAĞA, s.238.

¹⁵¹ GÜLSEVEN, s.121.

¹⁵² Bu görüş hakkında detaylı açıklamalar için bkz. TUNÇOMAÇ, Cezai Şart, s.151 vd.; KOCAAĞA, s.238.

¹⁵³ TUNÇOMAÇ, Cezai Şart, s.150 vd.

¹⁵⁴ TUNÇOMAÇ, Cezai Şart, s.151; KOCAAĞA, s.238; GÜLSEVEN, s.122.

yorsa, kendi karar verdiği tarih itibarıyla aşırılığı değerlendirmelidir. Eğer istinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesi kararını onayacak ise de, ilk derece mahkemesinin karar verdiği tarihi göz önünde bulundurarak onama kararı vermemelidir.

2. Aşırılığı Tespite Görevli ve Yetkili Makam

Aşırı ceza koşulunun indirilmesi yetkisi kural olarak hâkime aittir. Yetki hâkime ait olmakla birlikte kanun koyucu, ceza koşulunun indirilmesi için belli bir mahkemeyi görevli veya yetkili kılmamıştır. Dolayısıyla görevli ve yetkili mahkeme, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerine göre belirlenmelidir.

Görevli mahkeme, HMK m.2 hükmüne göre, dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın aksine bir düzenleme yoksa asliye hukuk mahkemelelidir. Özel kanunlarda belirlenen göreve ilişkin kurallar saklı olduğundan, örneğin ceza koşulu ticari bir sözleşmeye ilişkinse, görevli mahkeme Asliye Ticaret Mahkemeleri veya iş sözleşmesine ilişkinse İş Mahkemeleridir. Bu durum göreve ilişkin düzenlemelerin tümü için geçerlidir. Her bir somut olayda yer alan hukuki ilişki incelenerek görevli mahkemeye karar verilmelidir.

Yetkiye ilişkin kurallar bakımından da aynı şekilde genel yetki kuralını düzenleyen HMK m.6 göz önüne alınmalıdır. Buna göre yetkili mahkeme, gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir. Görevli mahkeme belirlenirken izlenen yol gibi, yetkili mahkeme belirlenirken de her bir somut olay özelinde özel yetki kuralları da mutlaka dikkate alınmalıdır.

3. Aşırı Ceza Koşulunun İndirilmesi Kararı

Hâkim, TBK m.182/III hükmüne göre aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirebilir. Hâkime ceza koşulunu indirme konusunda re'sen inceleme yetkisi verilmesi, ceza koşulunun borçlu tarafından indirilmesini talep etme hakkını elbette engellemez. Hatta çoğunlukla borçlu, ceza koşulunun aşırılığı iddiasıyla mahkemeye başvurur. Getirilen hüküm, bu başvurunun yapılmasını engellemez, bu konuyu inceleyecek hâkimi taleple bağlı olmaktan kurtarır.

Aşırı ceza koşulunun indirilmesine ilişkin davada, borçlunun dava dilekçesinde indirilmesi gereken miktarı belirtmesi gerektiği öğretide savunulmuştur.¹⁵⁵ Bu durumda hâkim, ceza koşulunu borçlu tarafından belirlenen miktarın altına indiremez.¹⁵⁶ Ancak kendisine karşı açılan davada aşırı ceza koşulunun indirilmesini itiraz yoluyla isteyen borçlu, herhangi bir miktar göstermek zorunda değildir.¹⁵⁷

¹⁵⁵ KOCAĞA, s.246; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.164.

¹⁵⁶ GÜLSEVEN, s.128.

¹⁵⁷ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.164; KOCAĞA, s.246.

Usul hukuku açısından durum incelendiğinde borçlu konumunda olan davacının, dava dilekçesinde yer alması mecburi olan bazı hususlar vardır. Bu hususlar HMK m.119'da belirtilmiştir. Buna göre, HMK m.119/I-ğ bendine göre, dava dilekçesinde açık bir şekilde talep sonucunun belirtilmesi gerekir. Davacı borçlunun dava dilekçesinde kararlaştırılan ceza koşulunun yalnızca aşırı olduğunu belirterek indirimini talep etmesi, kanaatimizce talep sonucunun açık bir şekilde belirtilmesi olarak değerlendirilemez. Davacının, dava dilekçesinde bu ceza koşulunun neden aşırı sayılması gerektiğine ilişkin delilleri göstermesi ve sonuç kısmında da, kendi açısından ne kadar bir miktarın aşırılık teşkil etmeyeceğini belirtmesi gerekir.

Maddi hukuk açısından incelendiğinde, özel hukuk, kural olarak hâkimin tarafların talepleriyle bağlı olduğu ve re'sen araştırmanın kamu hukukuna nazaran daha geri planda olduğu bir alandır. Her ne kadar aşırı ceza koşulunun değerlendirilmesi TBK m.182/III hükmü ile hâkimin kendiliğinden inceleyebileceği bir husus olarak kanunda yer almış olsa da, borçlunun belli bir miktar ceza koşulunu ifa edeceğini beyan etmesi, hâkimi asgari tutar olarak bu miktarla bağlamalıdır. Zira hâkimin borçlunun ifa edeceğini söylediği ceza koşulundan daha az bir tutara hükmetmesi, alacaklının menfaatine uygun düşmez. Ancak hâkimin borçlunun ifa edebileceğini belirttiği tutarın üstünde bir meblağa hükmetmesi, yani ceza koşulunu borçlunun talep ettiğinden daha az indirmesi ise mümkündür.

Hâkimin aşırı ceza koşulunda incelemesi gereken bir husus da, ceza koşulunun konusunun bölünebilir bir edim içerip içermediğidir. Konusu bölünebilir bir edim içeren ceza koşulunun indirilmesi hususunda bir ihtilaf yoktur. Hâkim, bölünebilir bir edim içeren ceza koşulunun aşırı bulunduğu kısmını indirerek hüküm kurar. Aşırı ceza koşulunun bölünebilir olmayan bir edim içermesi halinde ise bu husus tartışmalıdır. Bu durumda hâkim, iki şekilde indirim yapabilir. İlk indirim şekli, hâkimin bölünmez eşya niteliğine sahip ceza koşulu edimi yerine, borçlunun belirli bir miktar para ödemesine karar vermesi halidir.¹⁵⁸ İkinci olarak ise hâkim, alacaklının kendi isteğiyle bir miktar parayı karşılıklı ve aynı anda borçluya vermesi kaydıyla, borçluyu ceza koşulunu ödemeye mahkûm edebilir.¹⁵⁹ Fakat bu indirim şekli kanun koyucu tarafından hâkime verilen indirim hakkının aşırı derecede aşılması olarak görüldüğünden eleştirilmektedir.¹⁶⁰ Hâkimin her bir somut olayda aşırı ceza koşulunu değerlendirirken belirttiğimiz ölçütler uyarınca alacaklının menfaatlerini ön planda tutarak indirimin şekline karar vermesi gerekir.

¹⁵⁸ KOCAAĞA, s.248; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.171; GÜNAY, s.209; GÜLSEVEN, s.129; UÇAR, s.115.

¹⁵⁹ GÜLSEVEN, s.130.

¹⁶⁰ KOCAAĞA, s.248; UÇAR, s.115.

Ceza koşulunun indirilmesine ilişkin hâkim tarafından verilen karar, inşai nitelikte bir karardır.¹⁶¹ Nitekim bu kararla beraber hâkim, ceza koşulu miktarı üzerinde değişiklik yapmaktadır. Böylece dava sonunda verilen hüküm ile yeni bir hukuki durum yaratılır.

Dava yönünden incelenmesi gereken bir diğer husus da vekalet ücreti ve yargılama giderleridir. Yargıtay, indirilen ceza koşulu nedeniyle davacı aleyhine vekalet ücreti ve yargılama giderine hükmedilmemesi gerektiği yönünde bir karar vermiştir. Karar:¹⁶² “... *cezai şarttan indirim yapılması hususunda hâkimin takdir hakkını kullanıp kullanmayacağına davacı tarafından dava açılırken bilinmesinin mümkün olmaması nedeniyle indirilen kısım yönünden karşı taraf yararına vekâlet ücretine ve yargılama giderine hükmedilmemesi gerekmektedir...*” şeklindedir. Kararda isabetle belirtildiği üzere, hâkimin ceza koşulunu indirmeye yönelik takdir hakkını kullanıp kullanmayacağı, davacı tarafından önceden kestirilmesi mümkün olmadığından, sırf hâkimin takdir hakkının kullanılması sebebiyle davacı aleyhine vekâlet ücreti ve yargılama giderine hükmedilmemesi gerekir.

IV. Sonuç

Ceza koşulu, borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi ihtimaline karşı alacaklının alacağını kuvvetlendirme amacı güden, borçlunun borcu ifa etmesinde teşvik edici bir rol oynayan ve hukuki niteliği itibarıyla bir özel hukuk cezasıdır. Ceza koşulu, borçlunun ifa etmesi gereken edim yerine seçimlik olarak kararlaştırılabileceği gibi borçlunun borcunu belirtilen yer ve zamanda ödememesi ihtimaline karşı ifayla birlikte talep edilebilir şekilde de kararlaştırılabilir. Öğretide dönme cezası da adı verilen ifayı engelleyen ceza koşulu ise hukuki olarak ceza koşulu niteliğinde olmayıp ceza koşuluyla borçlunun baskı altında bırakılması fonksiyonunu yerine getirmediğinden cayma parasının hukuki niteliğine daha yakındır.

Aşırı ceza koşulunun hâkim tarafından re’sen indirilebileceğini düzenleyen TBK m.182/III hükmü, borçluyu koruma amacı güder. Ancak bu hüküm, aşırı ceza koşulu kavramını tanımlamamış veya hâkime bu tespiti yaparken kullanacağı ölçütlerin ne olacağını belirtmemiştir. Bu sebeple, kavramın tanımı ve hâkimin aşırılık tespiti yaparken kullanacağı ölçütlerin belirlenmesi, öğretide ve uygulamaya bırakılmıştır.

Aşırı ceza koşulu, hâkim tarafından her bir somut olayın bağımsız özelliklerine göre tespit edilecek olmakla beraber ceza koşulu ile getirilmek istenen menfaat dengesini borçlu aleyhine fazlasıyla bozan ve ifasının istenmesi dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil edebilecek derecedeki ceza koşuludur. Hâkim, bir

¹⁶¹ GÜLSEVEN, s.134-135; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.165; UÇAR, s.113-114.

¹⁶² Y.19.HD. T.27.06.2013, E.2013/5697, K.2013/12129 sayılı kararı. Aynı yönde: Y.11.HD. T.10.11.2020, E.2020/1227, K.2020/4875 sayılı kararı. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.11.04.2023).

ceza koşulunun aşırılığını tespit ederken alacaklının menfaati başta olmak üzere, borçlunun borca aykırılığının derecesi, borçlunun kusurunun ağırlığı ve borçlunun ekonomik durumu gibi ölçütlerden faydalanmalıdır. Bu ölçütler neticesinde, ceza koşulunun aşırılığının tespit edilmesi halinde, aşırı ceza koşulunun indirilmesi kararı verilebilir. Bu kararın verilebilmesi için ayrıca, geçerli bir ceza koşulunun bulunması, bu ceza koşulunun muaccel olması, borçlunun kararlaştırılan asıl borca aykırılıkta kusurlu olması ve ceza koşulunun ifa edilmemiş olması gerekir.

Hâkim, her aşırı ceza koşulunu indiremez. Nitekim tacirlerin aşırı ceza koşulunu indirmesini engelleyen TTK m.22 hükmü uyarınca, tacirler, ticari işletmelerini ilgilendiren işlemlerle alakalı taahhüt ettikleri ceza koşulunun aşırılığı iddiasıyla bu koşulun indirilmesini talep edemezler. Tacirler bakımından getirilen bu hükmün mutlak anlamda uygulanması, her durumda hak ve nesafet kurallarıyla örtüşmeyebilir. Dolayısıyla, tacirin ekonomik varlığı ve geleceğini tehlike altına atan, ekonomik mahvına yol açabilecek veya ahlaka aykırılık ve kişilik haklarına saldırı teşkil eden aşırı ceza koşulunun hâkim tarafından indirilebilmesi gerekir. Aksinin kabulü, hem ticari hayatı sekteye uğratar, hem de sermayesi daha az olan tacirlerin ekonomik bakımdan daha güçlü tacirler tarafından ezilmesine yasal bir dayanak oluşturur. Bu da toplum ahlakıyla bağdaşmayan bir durum yaratır. Yargıtay da, kararlarında bu noktalara vurgu yapmış, tacir borçlunun ekonomik mahvına yol açacak derecedeki ceza koşullarının indirilebileceğine karar vermiştir.

Hâkim, tacir olmayan borçlunun aşırı ceza koşulunun indirilmesi yönündeki talebi hakkında karar verirken, ceza koşulunun tamamını da geçersiz sayabilir. Her ne kadar TBK m.182/III hükmü, hâkimin ceza koşulunu sadece indirebileceğini düzenlese de hâkim tarafından ahlaka aykırılığı tespit edilen bir ceza koşulunun kesin hükümsüz sayılması mümkündür. Bunun önünde herhangi bir hukuki engel yoktur. Öte yandan, ceza koşulunun alacaklının menfaatini gözetken baskın yönü de göz önünde bulundurularak hâkim, ceza koşulunun sadece indirilmesiyle yetinmelidir. Hâkim, koşulun ahlaka aykırı olduğu kanısında ise de TBK m.27/II hükmü uyarınca bu koşulun kısmen hükümsüz sayılmasına karar vererek ceza koşulunun yalnızca bir bölümüne kesin hükümsüzlük yaptırımını uygulamalıdır. Aynı hüküm, tacir borçlular hakkındaki ceza koşullarında da uygulanmalıdır. Tacir borçlunun taahhüt ettiği ceza koşulunun ahlaka aykırı olduğu saptandığında hâkim, koşulun tümünü kesin hükümsüz saymak yerine TBK m.27/II uyarınca yalnızca ahlaka aykırılık teşkil eden kısmı kesin hükümsüz sayarak ceza koşulunu belli bir oranda korumalı ve taraflar arasındaki menfaat dengesini gözeterek karar vermelidir.

Aşırı ceza koşulunun indirilmesine yönelik hâkim kararı, inşai bir hak niteliğinde olup bu kararlar beraber hâkim, ceza koşulu miktarı üzerinde değişiklik yapmaktadır. Böylece dava sonunda verilen hüküm ile yeni bir hukuki durum yaratılır.

Kaynakça

- AKKAYA, Hilal: “Yargıtay Kararları Doğrultusunda Ceza Koşulu”, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2019.
- AKKAYAN YILDIRIM, Ayça: “Cezai Şartın İşlevi, Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.61, S.1-2, s.357-414. İstanbul, 2003.
- AKKOYUN, Melike: “Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulunun İndirilmesi”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2021.
- AKSOY, Hüseyin Can: “Ceza Koşulunun Borçlunun Borca Aykırı Davranıştaki Kusuru ile İlişkisi Nedir?”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.24, S.2, s.999-1018. İstanbul, 2018.
- ARICI, Kadir: “Hizmet Akitlerine Cezai Şart Konulması”. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi) C.1, S.1, s.31-44. Ankara, 1997.
- ARKAN, Sabih: “Ticari İşletme Hukuku”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2017.
- ARSEBÜK, Ahmet Esat: “Borçlar Hukuku”, C.2, Ankara, 1950. (*Borçlar*).
- ARSEBÜK, Ahmet Esat: “Cezai Şart Mefhumu Etrafında Tahliller”, Adliye Ceridesi, S.16, s.987-996, Ankara, 1936.
- AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan: “Tüketici Hukuku”, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet: “Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar”, 14. Basım, Ankara, 2021.
- BAŞAR, Didem: “İfaya Eklenen Cezai Şart”, Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi, C.2, S.4, s.49-77. Diyarbakır, 2018.
- BERKİ, Osman Fazlı: “Pey Akçesi, Rücu Tazminatı ve Cezai Şart Etrafında Tetkikler”, İstanbul Barosu Dergisi, S.5, İstanbul, 1943.
- BİLGE, Necip: “Cezai Şart”, Ahmet Esat ARSEBÜK’ün Anısına Armağan, s.37-128. Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1958.
- BİRİNCİ UZUN, Tuba, Götürü Tazminat, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.
- CANSEL, Erol/ÖZEL, Çağlar: “Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu”, Yaşar Üniversitesi Dergisi, C.8, Özel Sayı, s.713-733. İzmir, 2013.
- ÇINAR, Ömer: “Türk Borçlar Kanunu ve Alman Medeni Kanununa Göre Cezai Şartın İndirilmesi”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 8, S.16, s.91-115. İstanbul, 2009.
- DEMİRTAŞ, Sebla: “Cezai Şart”, İstanbul Barosu Dergisi, S.2010/2, s.849-873. İstanbul, 2010.
- EKİNCİ, Hüseyin: “Cezai Şart İlişkisinde Kusur Sorunu”, Terazi Hukuk Dergisi, S.8, s.21-28. Ankara, 2007. (*Kusur*).

- EKİNCİ, Hüseyin: “Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu”, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015. (*Ceza Koşulu*).
- ERÇİN, Ferhat: “Yargıtay Kararları Işığında Tacirlerin Ahlaka Aykırı Cezai Şartın İptalini veya Tenkisini İsteyebilmeleri”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.1, s.89-105. İstanbul, 2011.
- ERDEM, Mehmet, “Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi”, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, 2009.
- EREN, Fikret: “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin: “Borçlar Hukuku Umumi Hükümler”, C.2, s.327. Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1969.
- GÖKÇEOĞLU, Kâmil Haluk: “Cezai Şart ve Güncel İçtihatlar”, Kazancı Hukuk Yayınevi, İstanbul, 2007.
- GÖKTÜRK, Hüseyin Avni: “Cezai Şart Müessesesi”, İzmir Barosu Dergisi, S.2-26. İzmir, 1942.
- GÜLSEVEN, Hilal: “Türk Özel Hukukunda Cezai Şartın İndirilmesi”, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: “Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri”, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- GÜNAY, Cevdet İlhan: “Cezai Şart (BK m.158-161)”, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.
- GÜNCAN, Mehmet: “Borçlar ve Ticaret Hukukunda Cezai Şartın İndirilmesi”, Yayılanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1998.
- HONSELL, Heinrich/VOGT, N. Peter/WIEGAND, Wolfgang: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Obligationenrecht I (Art.1 - 529 OR.), 2. Auflage, Helbing & Lichtenhahn, Zürich 2002.
- KAPANCI, Kadir Berk, Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, s.655-683, İstanbul 2013.
- KARAGÖZ, Veli: “İşverenin Tacir Olması Durumunda Cezai Şartın İndirilmesi” Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVIII, S.3-4, s.109-132. Erzincan, 2014.
- KARSLIOĞLU, Hasan: “Karşılaştırmalı Hukukta Hâkimin Ceza Hukukunu İndirme Yetkisi”, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2022, C.7, S.12, s.109-138.
- KELLER, Max/SCHÖBI, Christian: Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Auflage, Basel/Frankfurt 1988.
- KILIÇOĞLU, Ahmet: “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.
- KOCAĞA, Köksal: “Türk Özel Hukukunda Cezai Şart (BK m.158-161)”, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.

- KOCAMAN, Arif Burhanettin: “BK m.158/II c.2 Hükmü Gereğince İfaya Ekli Cezai Şart Talep Etme Hakkının Düşmesi (Sona Ermesi) ve BK m.158/II c.2’de Hakkın Korunması İçin Öngörülen İhtirazi Kayıt İleri Sürme Şartının Sözleşme ile Bertaraf Edilip Edilemeyeceği Hususu”. Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan, s.567-582. Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011.
- KUNTER, Nurullah: “Ödendikten Sonra Azaltılabilmeleri Bakımından Cezai Şartlar”, Adliye Ceridesi, Ankara, 1940.
- OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut: “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, C.2, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- OZANOĞLU, Hasan Seçkin: “İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları”. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S.2, Ankara, 1999.
- ÖCAL APAYDIN, Bahar/İNCE AKMAN, Nurten, “Götürü Tazminatın Hâkim Tarafından İndirilmesi Meselesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Haziran 2019, C.25, S.1, s.220-261.
- PARLAK BÖRÜ, Şafak, “Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Mart-Nisan 2017, S.129, s.195-228.
- SARI, Suat, “Götürü Tazminat Kavramı Üzerine”, Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu, 26-27 Haziran 2008, İstanbul 2011.
- SAYMEN, Ferit/ELBİR, Halid: “Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler”, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1958.
- SCHWENZER, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2012, s.497.
- SOMER, Zeynep: “Cezai Şart Kararlaştırılmayacak Haller”, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.11, s.119-137. İstanbul, 2020.
- TAMER, Ahmet: “Tacriler Bakımından Cezai Şart (Ceza Koşulu)” TAAD, Y.4, S.14, s.731-770, Ankara, 2013.
- TİRYAKİ, Murat: “Özel Hukuk Alanında Cezai Şart”, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2005.
- TUNÇOMAĞ, Kenan: “Cezai Şartın Hukuki Mahiyeti”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.1, S.4, s.558-568. Ankara, 1962. (*Hukuki Mahiyet*).
- TUNÇOMAĞ, Kenan: “Türk Hukukunda Cezai Şart” Baha Matbaası, İstanbul, 1963. (*Cezai Şart*).
- TUTAR, Elce: “Cezai Şartın Hukuki Niteliğini Açıklayan Görüşlerin Dönme Cezası Bakımından Değerlendirilmesi ve Dönme Cezasının Benzer Kurumlardan Farkı”, Terazi Hukuk Dergisi, Ocak 2017, C.12, S.125.

TUTAR, Elce: “Dönme Cezası”, Turhan Kitapevi, Ankara 2016.

UÇAR, Salter: “Hukukta Cezai Şart ve Uygulaması”, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1993.

UYGUR, Tanju: “Cezai Şartın Tenkisi”, Ankara Barosu Dergisi, S.6, s.816-819. Ankara, 1975.

von TUHR, Andreas: “Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı”, C.1-2, s.763. (Çev. Cevat Edege), Olgaç Matbaası, Ankara, 1983.

YAĞCIOĞLU, Burcu: “Türk ve İsviçre Hukukunda Ceza Koşulu (Cezai Şart)”, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.

YAYVAK Namlı, İrem: “İş Hukuku’nda Cezai Şart”, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

YILDIRIM, Uğur, Cezai Şart (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul 2010).