

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

CEZAI ŞART

Yüksek Lisans Tezi
UĞUR YILDIRIM

İSTANBUL 2010

T.C.
MARMAMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

CEZAI ŞART

Yüksek Lisans Tezi

UĞUR YILDIRIM

Danışmanı

Yard. Doç. Dr. CANAN YILMAZ

İSTANBUL 2010

Marmara Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

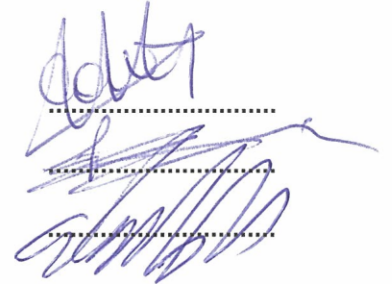
Tez Onay Belgesi

HUKUK Anabilim Dalı ÖZEL HUKUK Bilim Dalı Yüksek Lisans öğrencisi
UĞUR YILDIRIM'ın CEZAI ŞART adlı tez çalışması, Enstitümüz Yönetim
Kurulunun 01.03.2010 tarih ve 2010-3/27 sayılı kararıyla ile oluşturulan jüri tarafından
oy birliği / oy çokluğu ile Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

Tez Savunma Tarihi : 19.07.2010
1) Tez Danışmanı : YRD. DOÇ.DR. CANAN YILMAZ
2) Jüri Üyesi : YRD. DOÇ.DR. İPEK SAĞLAM
3) Jüri Üyesi : YRD. DOÇ.DR. M.DENİZ YENER



İÇİNDEKİLER

	SAYFA
KISALTMALAR	ix
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	
CEZAİ ŞART KAVRAMI, AMACI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE	
UNSURLARI	
I- CEZAİ ŞART KAVRAMI	
A. Genel Olarak	3
1. Terim Sorunu.....	4
2. Kanundaki Düzenleme Yeri Sorunu.....	6
B. Tanım	6
II- CEZAİ ŞARTIN AMACI VE UYGULAMA ALANI	
A. Cezai Şartın Amacı	10
B. Uygulama Alanı	12
III- CEZAİ ŞARTIN HUKUKİ NİTELİĞİ	
A. Cezai Şartın Sırf Ceza Olduğu Görüşü	23
B. Cezai Şartın Sigorta Olduğu Görüşü	25
C. Cezai Şartın Ceza-Tazminat Karışımı Olduğu Görüşü	26
D. Cezai Şartın Götürü Tazminat Olduğu Görüşü	28
IV- CEZAİ ŞARTIN UNSURLARI	
A. Hukuken Geçerli Asıl Borcun Varlığı	30
B. Asıl Borcu Artıran Veya Asıl Borca İlave Edilen Bir Edimin Varlığı	34

C.	Cezai Şartın Asıl Borca Bağlı Ve Ayrı Bir Edim Olarak Kararlaştırılmış Olması.....	36
D.	Cezai Şartın Sağlararası Bir Sözleşme İle Kararlaştırılmış Olması.....	37
V-	CEZAI ŞART ALACAĞININ TEMİNATA BAĞLANMASI	
A.	Asıl Borçtan Bağımsız Olarak Teminata Bağlanması.....	38
B.	Asıl Borçla Birlikte Teminata Bağlanması	39

İKİNCİ BÖLÜM

CEZAI ŞARTIN ÖZELLİKLERİ VE BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

I- CEZAI ŞARTIN ÖZELLİKLERİ

A.	Cezai Şartın Her Türlü Borç İçin Kararlaştırılabilmesi.....	42
	1. Genel Olarak.....	42
	2. Şarta Bağlı, Eksik Veya Yapmama Borçlarında Cezai Şartın Kararlaştırılması.....	43
	3. Para Borçları Bakımından Cezai Şartın Kararlaştırılması.....	44
	4. Kanundan Doğan Borçlar (Sözleşme Dışı) Açısından Cezai Şartın Kararlaştırılması.....	46
B.	Cezai Şartın Fer'i Nitelikte Olması.....	48
C.	Cezai Şartın Sözleşmenin Yapıldığı Şekle Tabi Olması.....	49
D.	Cezai Şartın Ekonomik Nitelikte Her Türlü Edim Olarak Kararlaştırılabilmesi.....	51

II- CEZAI ŞARTIN BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

A.	Temerrüt Faizi – Cezai Şart	52
B.	Gecikme Zammı – Cezai Şart	55
C.	Götürü Tazminat – Cezai Şart	56
D.	Seçimlik Borç – Cezai Şart	58
E.	Seçimlik Yetki – Cezai Şart	61
F.	Kefalet – Cezai Şart	63
G.	Pişmanlık Akçesi – Cezai Şart.....	64
H.	Pey Akçesi – Cezai Şart.....	66
İ.	Ücret Tevkifi – Cezai Şart.....	68

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM CEZAI ŞART TÜRLERİ

I- İFAYA EKLENEN (Kümülatif) CEZAI ŞART

A.	Genel Olarak.....	70
B.	İfaya Eklenen Cezai Şartın Amacı Ve İşlevi	73
C.	İfaya Eklenen Cezai Şartın Hükümleri.....	74
D.	Cezai Şartın Talep Edilebilmesi İçin Gerekli Koşullar.....	76

II- SEÇİMLİK CEZAI ŞART

A.	Genel Olarak.....	80
1.	Seçimlik Cezai Şartın Tanımı.....	80
2.	Seçimlik Cezai Şartın Hukuki Niteliği.....	82
3.	Seçimlik Cezai Şartın Tarafları.....	83
4.	Seçimlik Cezai Şartın Şekli Ve Yapılma Anı.....	86

5. Seçimlik Cezai Şartın Konusu	86
6. Seçimlik Cezai Şartın Yorumu	87
B. Seçimlik Cezai Şartın Amacı Ve İşlevi.....	90
1. Tazminat Miktarı Üzerindeki Uyuşmazlıkları Giderme Amacı..	91
2. Teminat Ya Da Borçluyu İfaya Zorlama Amacı.....	92
C. Seçimlik Cezai Şartın Hükümleri.....	93
1. Seçim Beyanı	93
2. Seçim Beyanının Süresi, Bağlayıcılığı Ve Dönülememesi	94
3. Seçim Beyanının Sonuçları.....	96
A) Asıl Edimin İfasının İstenmesi.....	97
B) Cezai Şartın İstenmesi	97
D. Seçimlik Cezanın Talep Edilebilmesi İçin Gerekli Koşullar.....	99
1. Sözleşmenin Hiç İfa Edilmemesi Veya Eksik İfa Edilmesi.....	99
2. Sözleşmede Aksinin Kararlaştırılmamış Olması.....	100

III – DÖNME CEZASI (İfayı Engelleyen Cezai Şart)

A. Genel Olarak.....	101
B. Dönme Cezasının Amacı Ve İşlevi.....	104
1. Sözleşmeden Kolayca Dönülmesini Sağlama.....	104
2. Borçlunun Sorumluluğunu Sınırlandırma Gayesi.....	105
C. Dönme Cezasının Talep Edilebilmesi İçin Gerekli Koşullar.....	106
1. Sözleşmede Cezai Şartın Ödenerek Dönmenin Mümkün Olduğunun Kararlaştırılması.....	106
2. Borçlunun İspat Yükümlülüğünü Yerine Getirmesi	107

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

CEZAI ŞARTI AŞAN ZARARIN TAZMİNİ VE CEZAI ŞARTIN TENKİSİ

I- CEZAI ŞARTIN BORÇLUNUN KUSURU VE ALACAKLININ ZARARI İLE İLGİSİ

II- CEZAI ŞARTI AŞAN ZARARIN TAZMİNİ

A. Genel Olarak.....	112
B. Cezai Şartı Aşan Zararın Tazmini Koşulları	115
1. Cezai Şartı Aşan Bir Zararın Bulunması	116
2. Asıl Borcun İhlali ve Zarar Arasında İlliyet Bağının Bulunması	118
3. Borçlunun Kusurlu Olması	118
4. Alacaklının Zarar ve Kusuru İspat Etmesi	118

III- CEZAI ŞARTIN TENKİSİ

A. Genel Olarak.....	120
B. Tenkisin Hukuki Niteliği	123
C. Tenkisin Koşulları.....	124
1. Geçerli Bir Cezai Şartın Bulunması.....	125
2. Cezai Şartın Muaccel Olması.....	126
3. Cezai Şartın Fahiş Olması.....	127
a) Alacaklının Menfaatleri.....	131
b) Borçlunun Kusurunun Ağırlık Derecesi.....	131
c) Tarafların Ekonomik Durumu.....	131
d) Aşırılığın Belirlenmesinde Esas Alınacak An...	132
4. Cezai Şartın Ödenmemiş Olması.....	133
5. Borçlunun Talebi.....	134

6. Borçlunun Tacir Olmaması.....	137
D. İndirim Miktarının Belirlenmesi.....	139
1. Genel Olarak.....	140
2. Borçlu ve Alacaklının Menfaat Durumu.....	142
3. Borca Aykırılıktan Doğan Zarar Miktarı.....	143
4. Borçlunun Kusuru.....	144
5. Tarafların Ekonomik Durumu.....	145
E. Cezanın Tamamen Kaldırılması.....	146

BEŞİNCİ BÖLÜM

CEZAI ŞARTIN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ VE SONA ERMESİ

I- CEZAI ŞARTIN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ

A. Asıl Borca Bağlı Olarak Cezai Şartın Hükümsüzlüğü.....	148
B. Asıl Borçtan Ayrı Olarak Cezai Şartın Hükümsüzlüğü.....	153
C. Hükümsüz Kalan Cezai Şartın Asıl Borç Üzerindeki Etkisi..	154

II- CEZAI ŞARTIN SONA ERMESİ

1. Asıl Borca Bağlı Olarak Sona Ermesi.....	155
2. Asıl Alacağa Bağlı Olmaksızın Sona Ermesi.....	156

SONUÇ.....	159
------------	-----

KAYNAKÇA.....	164
---------------	-----

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
age	: adı geçen eser
AD	: Adalet Dergisi
Art.	: Artikel
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGH	: Bundesgerichtshof (Alman Fedaral Mahkemesi)
BK	: Borçlar Kanunu
bkz.	: bakınız
c.	: cümle
C.	: Cilt
CC	: Code Civil (Fransız Medeni Kanunu)
Çev.	: Çeviren
dn.	: dipnot
E.	: Esas
f	: fıkra
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İKİD	: İlmî ve Kazai İçtihatlar Dergisi
İMK	: İsviçre Medeni Kanunu
K.	: Karar
karş.	: karşılaştırınız
krş	: karşı görüş
m.	: madde

TMK	: Türk Medeni Kanunu
Münch Komm:	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
N.	: Note
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	: Nummer
OLG	: Oberlandsgericht
OR.	: Obligationen Recht
RG.	: Resmi Gazete
Rn.	: Randziffer (Kenar Numarası).
s.	: sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TD.	: Ticaret Dergisi
TK.	: Ticaret Kanunu
TKHK.	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
vd.	: ve devamı
vs.	: ve sair
Yarg.	: Yargıtay
YHD.	: Yasa Hukuk Dergisi
YHGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
ZGB	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907

GİRİŞ

Ekonomik ve sosyal yapıdaki değişiklikler hukuki yükümlülüklerin yerine getirileceği hususundaki güvenin daha da azalmasına neden olmaktadır. Bu nedenle sözleşmenin tarafları, haklarını kuvvetlendirmek amacıyla, asıl alacağın yanında bir takım teminatlar elde etmeye çalışırlar. Bu anlamda cezai şart; rehin, kefalet gibi alacaklılara güvence sağlayan ve gün geçtikçe uygulaması yaygınlaşan bir kurumdur.

Cezai şart; her geçen gün önemini artıran, alacaklının olduğu kadar borçlunun yararına da sonuçlar meydana getirebilen, aynı zamanda sözleşmenin uygulanmasını sağlamak gibi bir görevi de yerine getiren, böylelikle mahkemelerin yükünü önemli ölçüde azaltan bir kurumdur. Cezai şart, zararın tazmin edilmesinden ziyade sözleşmeden doğan borcun ifasını sağlama amacı güder. Borcun ihlal edilmesi halinde ise alacaklı bir zarara uğradığını veya zararın kapsamını ispatlamak zorunda kalmadan tazminat elde etme imkanına sahip olur. Yükümlülüğünü yerine getirmeyen borçlu, miktarı belirli olmayan tazminatı ödemekten çekinmemektedir. Ancak borçlu, borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmediğinde, zararın miktarına bağlı olmaksızın, miktarı önceden belirlenmiş bir edim olan cezai şart borcunu ödememek için, asıl edimi ifa etme konusunda daha istekli, dikkatli ve özenli davranmaktadır. Özellikle sözleşmede yüksek tutarda cezai şartın kararlaştırıldığı hallerde bu amacın gerçekleşme ihtimali de daha çok artmış olur.

Cezai şart, uygulamada ekonomik değeri yüksek edimler içeren sözleşmelerde yaygın olarak kullanılmaktadır. Bununla birlikte, Borçlar Kanunu'nda yer alan cezai şarta dair hükümlerin, eser sözleşmeleri, hizmet sözleşmeleri, taşınmaz satış ve satış vaadi sözleşmeleri başta olmak üzere Borçlar Hukuku'nun çeşitli alanlarında ve İş Hukuku, Medeni Hukuk gibi diğer alanlarda da etkin ve yaygın olarak kullanıldığı görülmektedir. Bu kadar yaygın kullanılan ve kullanım alanı her geçen gün gelişmekte ve yaygınlaşmakta olan cezai şart konusunda gün geçtikçe yeni sorunlar ortaya çıkması, bizleri bu konuyu tez olarak incelemeye yöneltmiştir.

İncelememiz beş bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, cezai şart kavramı, tanımı, amacı, hukuki niteliği ve unsurları anlatılarak cezai şart kavramı genel olarak ele alınmıştır.

İkinci bölümde; cezai şartın özellikleri üzerinde durulmuş ve pey akçesi, kefalet, temerrüt faizi vb. cezai şarta yakın kurumlarla karşılaştırılması yapılmıştır.

Üçüncü bölümde cezai şart, ifaya eklenen cezai şart, seçimlik cezai şart ve ifayı engelleyen cezai şart olmak üzere türlerine göre ayrıca incelenmiştir.

Dördüncü bölümünde, cezai şartın kusur ve zarar ile ilişkisi, alacaklı lehine cezai şartı aşan zararın tazmini ve borçlunun lehine olan aşırı olan cezai şartın tenkisi anlatılmıştır.

Beşinci bölümde ise; cezai şartın hükümsüzlüğü ve sona ermesi konularına yer verilmiş ve tezimizin sonunda yer alan sonuç bölümüyle de ulaşılmış olduğumuz sonuçlar özetlenmiştir.

Tezimizde cezai şart konusu, Borçlar Kanunumuzda mevcut olan hükümler çerçevesinde incelenmekle beraber, sadece yasal düzenleme ile yetinilmeyecek, doktrin ve Yargıtay kararlarından, ayrıca Alman Medeni Kanunu başta olmak üzere, yabancı kanun ve kaynaklardan da yararlanılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

CEZAI ŞART KAVRAMI, AMACI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE UNSURLARI

I- CEZAI ŞART KAVRAMI

A. Genel Olarak

Cezai şart, tarihsel geçmişe sahip bir kurum olup, Eski Babil ve Yunan-Mısır hukuk sistemlerinde ve Doğu Roma İmparatoru I. Justinianus'a ait (533-543 yıllarında) Corpus Jurist'te cezai şarta ilişkin hükümlere yer verilmiştir¹. Roma Hukukunda cezai şart, esas borcun ifa edilmemesi halinde genellikle para olan fer'i edimin yükümlenilmesi olarak kabul edilmiştir².

Cezai şart dünya hukuk sistemleri içerisinde kabullenilmiş olmakla birlikte Roma-Cermen Hukuku çevresine dahil ülkelerin düzenlemelerinde yer alan cezai şart ile İngiltere ve Amerika gibi Common Law sistemini benimsemiş olan ülkelerin düzenlemeleri arasında belirgin farklılıklar görmek mümkündür³.

¹ Doğu Roma Hukuk sisteminde, cezai şartın esas itibarıyla stipulatio (sözlü akit) yoluyla kararlaştırılması mümkün görülmüştür. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. KOCAĞA, Köksal, **Türk Özel Hukukunda Cezai Şart** Ankara Yetkin Yayınları 2003, s. 37-38.

² Kural olarak alacaklının uğramış olduğu zararın miktarını tespit etmeksizin cezai şartın götürü bir tazminat olarak talep edilmesi mümkündür. Ancak esas borca dayanarak tarafların kararlaştırmış oldukları cezai şart miktarını aşan bir miktar talep ediliyorsa artık alacaklı aşan bu miktarı ispat ile yükümlüdür. Ayrıntılı bilgi için bkz. AYİTER, Kudret; **Roma Özel Hukukunun Ana Hatları** İzmir 1993, s. 210 atfen YILDIRIM, AKKAYAN, Ayça; **Cezai Şartın İşlevi Türk ve Amerikan Hukukları açısından karşılaştırmalı bir değerlendirme** İÜHFİM, C LXI S 1-2 İstanbul, 2003, s. 357- 414.

³ Roma –Cermen sisteminde cezai şart sözleşmenin taraflarınca özgürce kararlaştırılmaktadır. Borçlu, sözleşmenin gereğince ifada bulunmazsa cezai şartı ödemekte, bazen cezai şart ifaya ayrıca eklenmektedir. Sözleşmenin gereği gibi ifasını sağlamak bakımından cezai şarta böyle bir misyon yüklenilmiş, cezai şart fahiş olmadıkça zararın üzerinde dahi olsa ödenmesi öngörülmüştür. Bu noktada niteliği itibarıyla cezai şart, ceza amaçlı olarak belirlenmiş olsa dahi geçerli iken Common Law sisteminde bu tarz şartların özellikle cezai nitelik taşımaları halinde geçersiz sayıldıkları görülmektedir. Bu sistemde sözleşme ile öngörülen şartlar, cezai nitelikte olmayıp sadece sözleşmeye aykırılık halinde zarar ile ilişkilendirildikleri takdirde geçerli

Borçlusuna güvenmeyen alacaklı, ondan rehin, kefalet gibi hukuki güvenceler isteyebileceği gibi, cezai şart kararlaştırmak suretiyle, sözleşmenin borçlu tarafından ifasının sağlanmasını da temin edebilecektir. Bu noktada bir borç ilişkisinde alacaklının temel beklentisi, borçlunun, borcunu mevcut hukuki ilişkiye uygun olarak yerine getirmesidir. Yukarıda değindiğimiz üzere teminat amaçlı olarak cezai şart kararlaştırılmış olan bir sözleşmede alacaklı, böylelikle borcunu hiç veya gereği gibi ya da zamanında ifa etmeyen borçludan, zararını ispat etme külfeti altında olmaksızın cezai şart tutarını isteyebilecektir⁴.

1. Terim Sorunu

Cezai şart kavramı iki sözcükten oluşmaktadır: “Ceza” kavramı, borçlunun borca aykırı davranışı halinde bir ödemede bulunması yönündeki yaptırımını; “şart” kavramı ise, bu yaptırımın "borçlunun borca aykırı davranışı" durumunda uygulanmasını ifade eder⁵.

Özel hukuk kurumu olan cezai şart kavramının adında yer alan “ceza” kelimesinin Ceza Hukuku ile çağrışım yaptığı gerekçesiyle, bu kavrama eleştiri yöneltmiştir⁶. Buna göre ceza vurgusu, cezai şartın zararları tazmin işlevini göz ardı etmektedir. Nitekim geniş açıdan bakıldığında kavramın uygulama alanını, borç doğurucu sözleşmelerden doğan borçlarla sınırlandırmakta uygun değildir. Ayrıca “şart” ifadesi de kavramın hukuki niteliği bakımından yanıltıcı olabilmektedir. Bu noktada hangi terim kullanılırsa kullanılsın, kavramı tam olarak ifade edememektedir. Ancak “cezai şart” terimi dışında kullanılan

sayılmaktadır. Bu durumda artık cezai şarttan değil belirlenmiş bir tazminat kaydından bahsetmek daha doğru olacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. YILDIRIM, s. 356 vd..

⁴ Ancak burada belirtmek gerekir ki; Borçlar Kanunumuzun cezai şartla ilgili hükümlerinde devamlı olarak "tediye" den söz edilmekte, bu yaklaşımı ile cezai şartın sözleşmede kararlaştırılan "bir miktar para" olabileceği kanısı uyandırmaktadır. Olayların büyük çoğunluğu için bu kanı doğrudur. Ancak, cezai şartın para yerine bir başka verme borcunu içermesine yasal bir engel yoktur. OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, TURGUT, M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Vedat Kitapçılık İstanbul 2009 s. 900. Örneğin: Satıcı A'nın on ton pirinci zamanında teslim etmediği takdirde, yüzde beş fazlasını ceza olarak teslim etmesi öngörülebilir. Bu durumda, A teslimde geciktiği takdirde, fazla beşyüz kilogram pirinç cezai şart niteliğini taşıyabilecektir.

⁵ KILIÇOĞLU, Ahmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4. Bası, Ankara 2004 s. 583; EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, 10. Bası İstanbul 2008 s. 1134.

⁶ TUNÇOMAĞ, Kenan, **Türk Hukukunda Cezai Şart**, İstanbul, Bahar Matbaası 1963 s. 5.

kavramlardan hiç birinin bu kurumu daha iyi ifade edememesi nedeniyle, uzun yıllardan beri, Borçlar Kanunumuzda yer alan bu terim kullanılmamıştır.

Borçlar Kanunu⁷ ve Türk Ticaret Kanununda⁸ “cezai şart” Medeni Kanunda⁹ “ceza şartı” Yargıtay’ın bazı kararlarında “ceza koşulu” terimi zikredilmişse de çoğunlukla “cezai şart” terimi kullanılmıştır¹⁰. Alman Medeni Kanununun¹¹ 339-345. paragraflarında cezai şart, “Vertragsstrafe” yani, “Sözleşme Cezası”, İsviçre Borçlar Kanununun¹² 160. maddesinin Almanca metninde ise, aynı anlama gelen “Konventionalstrafe” terimleri ile ifade edilmiştir. Amerikan Hukukunda “tazminat şartı” “belirlenmiş tazminat kaydı” “ceza kaydı” terimleri kullanılmıştır¹³. Doktrinde ise “cezai şart” terimini kullananlar¹⁴ dışında

⁷ Bkz. BK. m. 104-157-158-160-351

⁸ 1926 tarihli Ticaret Kanunumuzda, doktrinde kullanılanlardan tamamen farklı olarak, cezai şart kavramı yerine “maktu zarar ve ziyan”, “maktuen tesmiye kılınan meblağ” gibi terimlere yer verilmiştir. (Eski TK m. 645, 647). 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 405, 407 ve 529. maddelerinde ise, “cezai şart” terimi kullanılarak Borçlar Kanunumuz ile terim birliği sağlanmıştır.

⁹ Türk Medeni Kanunumuzun 119. Maddesinde, “Nişanlılığın Hükümleri” başlığı altında “cayma tazminatı” veya “ceza şartı”ndan söz edilmiştir.

¹⁰ Yarg. 15.HD. 1976/3167 E. 1977/391 K. 22.02.1977 T. (YKD C.4 S.5 Mayıs 1978 s.777); Yarg. 13. HD. 1980/5002 E. 1980/5454 K. 16.10.1980 T. (YKD. C.7 S.3 Mart 1981,s.328); Yarg. 15. HD. 2008/7818 E. 2009/3871 K. 26.06.2009 T.; Yarg. 18. HD. 2008/10707 E. 2009/511 K. 02.02.2009 T.; Yarg. 9. HD. 2008/9018 E. 2008/12190 K. 12.05.2008 T.; Yarg. 9. HD. 2007/36161 E. 2008/4521 K. 11.03.2008 T.; Yarg. 19. HD. 2007/6734 E. 2008/547 K. 29.01.2008 T.; Yarg. 13. HD. 2007/79545 E. 2007/14953 K. 10.12.2007 T.; Yarg. 15. HD. 2003/808 E. 2003/3457 K. 24.06.2003 T.; Yarg. 19. HD. 2001/5430 E. 2001/6861 K. 26.10.2001 T.; Yarg. 9. HD. 2000/12097 E. 2000/17123 K. 22.11.2000 T.; Yarg. 9. HD. 2000/19600 E. 2000/1490 K. 14.02.2000 T.; Yarg. 9. HD. 2007/22709 E. 2008/16626 K. 20.06.2008 T.; Yarg. 13. HD. 2008/7071 E. 2008/8042 K. 09.06.2008 T.; Yarg. 15. HD. 2007/1505 E. 2008/2936 K. 02.05.2008 T.; Yarg. 15. HD. 2007/7205 E. 2008/1513 K. 10.03.2008 T.; Yarg. 19. HD. 2007/6734 E. 2008/547 K. 29.01.2008 T.; Yarg. 15. HD. 2007/7245 E. 2008/41 K. 14.01.2008 T.; Yarg. 11. HD. 2005/13282 E. 2007/230 K. 15.01.2007 T.; Yarg. 11. HD. 2005/8417 E. 2006/9898 K. 09/10/2006 T.; Yarg. 9. HD. 2005/38853 E. 2006/18418 K. 26.06.2006 T.; Yarg. 9. HD. 2006/8252 E. 2006/9412 K. 11.04.2006 T.; www.dominanthukuk.com 25.04.2010.

¹¹ Reichsgesetzblatt 1896, S. 195, Nr. 21, ausgegeben am 24. 08. 1896, in Kraft seit (yürürlük tarihi) 01. 01. 1900.

¹² AS 2006 2629; Letzte Neufassung vom: 30 März 1911, Inkrafttreten der Neufassung am (yürürlük tarihi): 1. Januar 1912; Inkrafttreten der letzten Änderung: 1. Januar 2008.

¹³ Common Law sisteminde olan İngiliz ve Amerikan iki farklı terim ile kullanılmaktadır. Bu terimlerden ilki, ‘penal clause’ ya da ‘penalty’ yani ‘ceza kaydı’ ikinci ise ‘liquidated damages clause’ olarak kullanılan, hukuk sözlüklerine cezai şart kavramının karşılığı olarak verilmekle birlikte, kelime anlamı olarak ‘belirlenmiş tazminat kaydı’ şeklinde tercüme edilen bir terimdir. YILDIRIM; s. 364 – 389 vd..

¹⁴ TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 3. TEKİNAY/AKMAN /BURCUOĞLU/ALTOP, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, Yeniden gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 7. bası., İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993 s. 341 EREN, s.1133 vd. KILIÇOĞLU, s. 579 vd.

bazı yazarlar “ceza koşulu” ile “sözleşme cezası” terimini birlikte kullanırken bazı yazarlar ise bu terimlerden sadece birini kullanmayı tercih etmişlerdir¹⁵.

2. Kanundaki Düzenleme Yeri Sorunu

Cezai şart, Borçlar Kanunumuzun, “Borçların Nevileri” adlı Dördüncü Babının, “Pey Akçesi, Zamanı Rücu, Ücret Tevkifi ve Cezai Şart” başlıklı Üçüncü Faslında, 158 ila 161. maddeleri arasında düzenlenmiştir¹⁶. Bunun nedeni cezai şartın bağımsız bir sözleşme niteliğinde olmayıp, asıl borcun temini amacına yönelik ferî nitelikte hukuki bir işlem olmasıdır. Bu noktada cezai şarta, pey akçesi, pişmanlık akçesi ve ücret tevkifine ilişkin maddelerden hemen sonra yer verilmiştir¹⁷.

Cezai şartın borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi halinde uygulama alanı bulmaktadır. Doktrinde bazı yazarlar buradan yola çıkarak, cezai şartın kanundaki düzenleme yerinin, “Borcun Nevileri” değil, “Borcun İfa Edilmemesi” bahsi olması gerektiğini savunmuştur¹⁸. Doktrinde bazı yazarlar ise, cezai şartın borç doğurucu bir muamele olması nedeniyle, Borçlar Kanunumuzun “Akdin Muhtelif Nevileri” başlıklı İkinci Kısımında, diğer teminat akitlerinin (Örneğin, kefalet sözleşmesinin) yanında düzenlenmesinin kanunun sistematığına daha uygun olacağını savunmaktadırlar¹⁹.

¹⁵ OĞUZMAN/ÖZ s. 897; VON TUHR, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı**, (Çev. EDEGE, Cevat), Cilt 1-2, Ankara 1983 s.763; SEROZAN, Rona **Sözleşmeden Dönme** İstanbul 1975 s. 233 KARAHASAN, Mustafa Reşit **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C II** İstanbul 2002, s. 577.

¹⁶ Alman ve Fransız Medeni Kanunlarındaki düzenlemelerde de cezai şart, özel borç ilişkilerinin düzenlendiği bölümde değil borcun neveleri içerisinde genel hükümler arasında yer almaktadır. Bkz. BGB 339-345.

¹⁷ Borçlar kanunu tasarısında da bağlanma parası, cayma parası ve ceza koşulu aynı bölüm içinde düzenlenmektedir. BK. tasarısı için bkz. www.tbmm.gov.tr

¹⁸ SAYMEN, HAKKI Ferit /ELBİR, KEMAL Halit; **Türk Borçlar Hukuku**, C. 1-2 İstanbul, 1966, s. 839.

¹⁹ BİLGE, Necip, **Cezai şart**, Ahmet Esat Arsebük’e Armağan’dan ayrı bası, Ankara: Güzel İstanbul Matbaası 1957 s. 40; FEYZİOĞLU, Necmeddin Feyzi, **Borçlar Hukuku, Akdin Muhtelif Nevileri**, Cilt I, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Bası., Fakülteler Matbaası 1980 s. 28 vd. GÖKTÜRK, Hüseyin Avni; **Borçlar Hukuku II. Kısım Akdin Muhtelif Nevileri** Ankara 1951 s. 594 vd. Cezai şartın “teminat borçları” başlığı altında ele alınmasının daha uygun olduğu görüşü için bkz. İNAN, A.Naim, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, II.Kitap Ankara: Sevinç Matbaası 1984 s. 420 vd..

B. Tanım

Cezai şart kavramı, mevzuatta ve uygulamada birbirinden farklı iki anlamda kullanılmaktadır. Öncelikle bu terim, cezai şartı doğuran hukuki muameleyi yani cezai şart anlaşmasını, ikinci olarak da hukuki muamele ile belirlenen asıl borçtan bağımsız olan edimi ifade etmektedir²⁰.

Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu ve Alman Medeni Kanununda cezai şartın tanımı yapılmamıştır. Borçlar Kanunumuzda da tanım yapılmamış olmakla birlikte 158 - 161. maddeler arasında, Alman Medeni Kanunu'nun ise, 339 ila 345. paragrafları arasında cezai şart türleri ve doğurduğu hüküm ve sonuçlar düzenlenmiştir.

Gerek Borçlar Kanunu ve gerekse Alman Medeni Kanunu cezai şartın belirlenmesi ve miktarı konusunda bir sınırlama getirmemiştir. Kural olarak, taraflar sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde cezai şartı ve ceza miktarını serbestçe kararlaştırabilirler. Borçlar Kanunu 161. maddesinde, "Akitler, cezanın miktarını tayinde serbesttirler." Denilmek suretiyle bu durum açıkça vurgulanmıştır. Alman Medeni Kanununun 339. paragrafında da, "Borçlu hiç veya kararlaştırılan şekilde yükümlülüklerini yerine getirmediği takdirde, alacaklı, ceza olarak bir miktar paranın ödenmesini isteyebilir..." hükmü ile cezai şartın miktarı konusunda bir sınırlama getirmemiş, Borçlar Kanunumuzun 161. maddesinin üçüncü fıkrasına benzer bir düzenleme öngörmüştür.

Kanunlarda cezai şartın bir tanımı yapılmamış olsa da, doktrin ve uygulamada gerek kanunda belirtilen özellikleri gerekse hukuki hüküm ve sonuçları değerlendirmek suretiyle cezai şart için birçok tanım ortaya konmuştur. Bu tanımlamaların çoğu, kavramın amacına ve işlevine değinmeksizin, cezai şartı "borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi halinde ödenmesi kararlaştırılan, ekonomik değeri haiz – genellikle bir miktar para – edim' şeklinde açıklamaktadır²¹. Tanımlamalardan bazıları ise şöyledir:

²⁰ KOCAAĞA, s. 34; GÖKTÜRK **Borçlar Hukuku** s. 594 vd. Bu konuda bkz. ERMAN, **Walter, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. Auflage**, 2008, Art. 339, Rn.1-2, (Kısaltma; ERMAN/SCHAUB).

²¹ TUNÇOMAĞ, Kenan; **Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, 1. Cilt 6. Bası, İstanbul Sermet Matbaası 1976. s. 655 VON TUHR, s. 763; ERDEM, Nazif, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi ve Davaları**, C.

Cezai şart, mevcut borcun ifa edilmemesi veya eksik ifası halinde ödenmesi gereken mali değeri haiz ayrı bir edimdir²².

Cezai şart, yaşayanlar arasında yapılan öyle bir hukuki muameledir ki, onunla borçlu borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde bir edada bulunmayı alacaklıya karşı taahhüt eder²³.

Borçlunun, asıl borcunun ilerde, hiç veya gereği gibi ifa etmediği takdirde alacaklıya karşı ifa etmeyi önceden taahhüt ettiği edime cezai şart denir²⁴.

Cezai şart, borçlunun alacaklıya karşı mevcut bir borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde ödemeyi vaat ettiği hukuki işlem ile belirlenmiş ekonomik değeri olan bir edimdir²⁵.

Ceza koşulu öyle bir sözleşmedir ki, bununla borçlu borcunu yerine getiremez veya gereği gibi ödeme yapmazsa, alacaklıya karşı bir edimde bulunmayı yükümlenir²⁶.

Borçlunun borcunu ihlal etmesi durumunda alacaklıya ödemeyi kabul ettiği ceza hususundaki anlaşmaya cezai şart (ceza kaydı) denir²⁷.

Borçlunun yerine getirmeyi taahhüt ettiği borcu, hiç veya gereği gibi ifa etmemesi ya da geç ifa etmesi durumunda, alacaklıya karşı önceden kararlaştırılmış ekonomik değer taşıyan bir edimi yerine getirmeyi taahhüt etmesidir²⁸.

1, Ankara, 1987, s. 1028; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 341; AYBAY, Aydın, **Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm**, 11. Bası İstanbul, 1995, s. 169; GÜNAY, C. İlhan **Cezai Şart**, 1 bası Ankara: Turhan Kitapevi 2002 s.8.

²² TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart** s. 39.

²³ BİLGE, **Cezai Şart** s. 6.

²⁴ TEKİNAY/AKMAN /BURCUOĞLU/ALTOP, s. 341.

²⁵ Kararlaştırılan edimin zararı tazmin amacına değil, borcun ifasını sağlama amacına hizmet ettiği üzerinde durulmuştur. EREN, s. 1133.

²⁶ VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet/ÖZDEMİR, Refet, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel-Özel)**, Yargıtay Yayınları, Ankara 1987 s. 333.

²⁷ Bu tanımda edimin cezai yönüne vurgu yapılması tercih edilmiştir. OĞUZMAN/ÖZ, s. 898. Aynı görüşte TAYLAN, Erbay, **Para Borçlarında Ceza Koşulu**, YHD 1978, sayı 5. s. 48.

Cezai şart, borcun ifa edilmemesi veya hakkıyla ifa edilmemesi halinde ceza veya tazminat olmak üzere borçlu tarafından hak sahibine muayyen bir edada bulunulması mutabakatıdır²⁹.

Cezai şart, borçlunun ifayı veya ifadan bağımsız bir yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde alacaklıya ödemeyi taahhüt ettiği bir miktar para veya diğer bir edimdir³⁰.

“Cezai şart öyle bir edim taahhüdüdür ki; onunla borçlu alacaklıya karşı asıl borcunu tam ve eksiksiz olarak zamanında ve yerinde ifa etmemesi halinde bir edimde bulunmayı yükümlenir ya da borçlu kararlaştırılan bedeli ödeyerek sözleşmeden dönme hakkı kazanır”³¹.

Borçlar Kanunu, İsviçre Borçlar Kanunu ve Alman Medeni Kanunu’nun tanımlamadığı cezai şart konusunda yukarıda yer verilen tanımların tamamında, Kanunlarda yer alan düzenlemeler ve belirtilen özellikler göz önünde tutulmuştur. Bu tanımlarda, ortak olan hususlar, cezai şartın fer’iliği, asıl borca aykırılık halinde söz konusu olması, cezai şartın ekonomik bir değer taşımasıdır. Ayrıca, borcun kaynağı belirtilmeksizin, sadece asıl borçtan bahsedilmiş olması, cezai şartın her türlü borç için kararlaştırılabileceği anlamına gelmektedir.

Yargıtay içtihatlarında ise, cezai şart ; “Geçerli bir borcun yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesi ya da belli yerde belli zamanda yerine getirilmemesi durumunda,

²⁸ OZANOĞLU, Seçkin Hasan, İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlayan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları, GÜHFD, C. III, S. 1-2, Haziran - Aralık, 1999 s. 75.

²⁹ Kaynak kanun olan İsviçre Borçlar Kanunu’nun şerhinde Oser / Schöenberger’in verdiği tanım, edimin ceza veya tazminat olmak üzere kararlaştırılabileceğini ifade etmektedir. Bkz. OSER H. / SCHÖENBERGER W., **İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi**, 2’inci Kısım, C.5, II’inci basımın tercümesi (Çev. SEÇKİN, Recai), Ankara, 1950 s.948.

³⁰ **Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch** (Bearbeiter: Gottwald, Peter), Band. 2, 5. Auflage, 2007, vor Art. 339, Rn. 1. (Kısaltma: MÜNCHKOMM/GOTTWALD); Prütting, Hans/Wegen, Gerard/Weinreich, Gerd, **BGB Kommentar**, 4. Auflage, 2009, Art.339, Rn.1-2 (Kısaltma; PRÜTTING/WEGEN/WEINREICH); **Basler Kommentar Obligationen Recht I** (Bearbeiter: Felix R. Ehrat), 4.Auflage, Art. 160, Rn.1 (Kısaltma: OR I/Ehrat).

³¹ EKİNCİ, Hüseyin; **Cezai Şart, Zarar İlişkisi ve Cezai Şartın Sona Ermesi**, Adalet Dergisi, Ocak 2002, S. 10, s. 100 vd.

borçlunun ödemesi gereken ve malca değeri olup, bir hukuki işlemde belli edilen götürü edimdir”³² Ceza koşulu, bir edimden ya da belli bir yer ya da zamanda edimden kaçınmada, genellikle para olan bir tutarın ceza olarak verilmesinin sözleşilmesidir³³. şekilde tanımlanmıştır. Yargıtay verdiği tanımda cezai şartın sözleşmesel yönünden söz etmemiştir. Doktrinde yapılan ve yukarıda yer verdiğimiz tanımlarda ise, cezai şartın bir türü olan dönme cezası kapsam dışında bırakılmıştır.

Doktrinde ve Yargıtay içtihatlarında yapılan tanımlardan hareketle cezai şart şu şekilde tanımlayabiliriz: Cezai şart, “borçlunun, borcunu hiç veya gereği gibi ya da kararlaştırılan yerde ve zamanında ifa etmemesi hallerinde alacaklıya karşı yerine getirmeyi üstlendiği veya sözleşmenin taraflarından birinin onu ifa ederek, başka bir yükümlülük altına girmeksizin sözleşmeden dönme hakkı kazandığı, ekonomik ve fer’i nitelikte bir edimdir”.

II. CEZAI ŞARTIN AMACI VE UYGULAMA ALANI

A. Cezai Şartın Amacı

Sözleşmelerde tarafların amacı ifadır. Bu bakımdan, gereği gibi ifa hedefine yönelmiş bir sözleşmede kararlaştırılmış olan cezai şartın amacı borçluyu cezalandırmak değildir, ya da en azından bu amaç ilk sırada yer almamaktadır. Ancak cezai şart, BK m. 159 / f. 1 uyarınca, sözleşmeye aykırı hareket edilmesi halinde ortaya çıkacak zararlardan bağımsız olarak tayin edilebilecektir. Bu bağlamda kanun hükümleri çerçevesinde talep edilebilecek tazminat miktarının üzerinde bir cezai şartın kararlaştırılmış olması, borçlu

³² Yarg. 13. HD. E. 1981/7898 K. 1981/8497, T. 25.12.1981. (YHD, C. V, S. 5, Mayıs 1982, s. 704). Aynı tanımın başka yazarlarca da esas alındığı ve başka Yargıtay kararlarında da yer verildiği görülmektedir. Bkz. KARAHASAN, **Özel Borç İlişkileri**, s. 577. Yarg. HGK. 17.2.1971 E. 1505, K. 85 sayılı karar, OLGAÇ, Senai, **Kazai ve İلمي İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Şerhi Genel Hükümler**, 4. bası, C. 1-2, Ankara, 1976, s. 622-623.

³³ 14. HD. E. 1977 /4307 K. 1077 / 5588, T. 08.11.1977 (YKD, C. 4. S. 4, Nisan 1978, s. 597). ‘Cezai şart, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde borçlunun belirli miktar para ödeme taahhüdüdür’. 14. HD. E. 1999 / 2536 K. 1999/3371, T. 05.05.1999 (YKD, C. 25, S. 12 Aralık 1999, s. 1677).

üzerinde bir zorlama vasıtası olmasının yanı sıra, ceza etkisi de yaratacaktır. Bu noktada BK m. 159 / f. 1. cezai şartta ceza amacının ve işlevinin kaynağı sayılmaktadır³⁴.

Cezai şartın başlıca üç amacı vardır. Bunlar; teminatla birlikte ceza amacı, tazminat amacı ve sözleşmeden dönme amacıdır³⁵. Cezai şartın öncelikli amacı ise, borçluyu borca uygun davranmaya sevk etmektir. Cezai şart borçluyu borca uygun edimde bulunmaya yönelten hukuki bir baskı aracı olarak kabul edilir³⁶. Nitekim zarar söz konusu olmasa da cezai şartın talep edilebileceğinin düzenlenmiş olması, cezai şarttaki ceza amacının doğrudan bir sonucudur ve bu baskıyı sağlamaktadır³⁷.

Borçlu borca aykırı davrandığı, yani borcu hiç ya da gereği gibi ifa etmediği takdirde, sözleşmede öngörülen cezai şartı ödemek zorunda kalacağını, bu durumun kendisini maddi olarak bir zorluğa düşüreceğini düşünecek ve borca uygun olarak ifada bulunacaktır. Bu noktada cezai şartın cezalandırma amacı tamamen reddedilmemekle birlikte, bunun bir cezalandırma olarak değil de, borçluyu ifaya zorlamak olduğu genellikle vurgulanmaktadır³⁸. Örneğin: İnşaatı on iki ay içinde teslim edeceğini taahhüt eden

³⁴ VON TUHR, s. 763, TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 22.

³⁵ EREN, 1136; MÜNCHKOMM/GOTTWALD, vor Art. 339, Rn. 6; OR I/Ehrat, Art.160, Rn.4. Yargıtay 14. HD. Cezai şartın amaçlarını, cezai şartın türleri ile ilişkilendirerek şu şekilde tespit etmiştir. “Cezai şart, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde borçlunun belirli miktar para ödeme taahhüdüdür. Cezai şartın üç amacı vardır. Bunlar, teminat ve ceza amacı, tazminat amacı ve sözleşmeden dönme amacıdır. BK m. 158/f. 1 de düzenlenmiş olan seçimlik cezai şart uyarınca alacaklı, sözleşme gereği hiç ya da gereği gibi yerine getirilmediği takdirde ya edimin ifasını ya da cezai şartın ödenmesini ikinci kararında ise, cezai şartın amaçlarını, cezai şartın türleri ile ilişkilendirerek şu şekilde tespit etmiştir. ‘Cezai şart, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde borçlunun belirli miktar para ödeme taahhüdüdür. Cezai şartın üç amacı vardır. Bunlar, teminat ve ceza amacı, tazminat amacı ve sözleşmeden dönme amacıdır. BK m. 158/f. 1 de düzenlenmiş olan seçimlik cezai şart uyarınca alacaklı, sözleşme gereği hiç ya da gereği gibi yerine getirilmediği takdirde ya edimin ifasını ya da cezai şartın ödenmesini isteyebilecektir. Burada teminat ve ceza amacı söz konusudur. (YKD, C. 25, S. 12, Aralık 1999, s. 1677.)”

³⁶ MÜNCHKOMM/GOTTWALD, Art.339, Rn.1-2; PRÜTTİNG/WEGEN/WEINREICH, Art. 339, Rn.3-4. Yarg. 15. HD. 2008/7818 E. 2009/3871 K. 26.06.2009 Tarihli kararında Doktrinde cezanın aşırı olup olmadığının hakkaniyet ölçüsüne göre belirleneceği benimsenmekle birlikte, cezai şartın amacı, **borçluyu ifaya zorlayan bir tazyik vasıtası olduğu**, borcun ifası halindeki menfaat ile cezai şartın ödenmesi halindeki menfaat arasında makul ve adil denge kurulması gerektiği, cezai şart miktarının borçlunun ezilmesini ve ekonomik olarak mahvına neden olacak dereceyi bulması halinde fahiş kabul edilmesi ve uygun bir miktara indirilmesi gerektiği kabul edilmektedir.(dominantthukuk.com 15.04.2010).

³⁷ OSER / SCHÖNENBERGER, s. 954.

³⁸ TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 24; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 358; OĞUZMAN/ÖZ, s. 897 vd.; GÜNAY, s. 31. Yargıtay kararlarına örnek olarak; Yarg. 15. HD. E. 1981/591, K. 1981/1118, T. 19.2.1981; 14. HD. E:1980/4906, K.1980/416, T.29.1.1980. bkz. ‘KARAHASAN, Mustafa Reşit, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 1-2 İstanbul 2004, s. 1276 - 1277.

müteahhit, sözleşmede teslimde gecikeceği her geçen gün için 100 TL cezai şart ödeyeceğini kabul etmişse, inşaatı zamanında bitirmeye gayret edecek, aksi halde kendisi için ağır bir mali yük oluşturan cezayı ödemek zorunda kalacaktır.

Tarafları cezai şart kararlaştırmaya yönelten sebepler çok sayıda olsa da bunların en önemliler şöyle sıralanabilir;

- Borçluyu ifaya zorlamak.
- Ödenmesi gerekli tazminatın miktarını önceden belirlemek.
- Borçluyu doğacak her türlü zarardan sorumlu tutmak.
- Konusu para olmayan alacakların teminata bağlanması.
- Sözleşmeden kolayca dönülebilmesini sağlamak.
- İfayı engelleyen cezai şartta olduğu üzere, borçlunun sorumluluğunu tamamen ya da kısmen ortadan kaldırılması v.b. amaçlarla da cezai şart sözleşmesi yapılabilmektedir³⁹.

B. Uygulama Alanı

Kural olarak bütün geçerli borçlar cezai şartla kuvvetlendirilebilirler. Bu itibarla, cezai şart geniş bir uygulama alanına sahiptir. Bu bağlamda cezai şartta bağlanabilecek olan hukuki işlemlerin tek tek sayılması mümkün olmadığı gibi buna gerek de yoktur. Aynı şekilde, kanunla da cezai şartın düzenlenmesi mümkün değildir. Bunun sebebi, cezai şartın taraf iradelerine dayanmasıdır⁴⁰.

Mevzuatımızda bazı istisnai durumlarda ise, açıkça ya da dolaylı olarak cezai şart kararlaştırılması yasaklanmıştır. Örneğin, TMK'nın nişanlanma ile ilgili 119. maddesinde

³⁹ EREN, s. 1136-1138; KOCAAĞA, s. 42-49; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 48-106.

⁴⁰ EREN, s. 1134.

açıkça cezai şartın talep edilemeyeceği hal düzenlenmiştir. Bu hükme göre, ileride evlenmeden kaçınma hali için öngörülen cayma tazminatı veya cezai şart dava edilemez.

Hukuki ilişkinin sıkı şekil kurallarına bağlanması nedeniyle ya da asıl borcun niteliği gereği, dolaylı olarak bir kısım yükümlülüklerin cezai şarta bağlanması da imkânsızdır. Örneğin sıkı şekil kurallarına bağlı olan poliçede, yasada belirtilenlerin yanında başka bir şart yer alamaz⁴¹.

Öte yandan, kanun bazı konularda kişi iradesini maddi ya da manevi her türlü baskıdan uzak tutmak ve kişilik haklarını korumak amacı ile cezai şart kararlaştırılmasını engellemiştir. Örneğin TMK. 66. m. uyarınca dernekten çıkma her üyeye tanınmış en tabii hak iken, cezai şart vasıtasıyla bunun güçleştirilmesine imkan tanınmamıştır⁴². Cezai şartın kararlaştırılmasının istisnası niteliğindeki diğer örneklere aşağıda ayrıca değinilecektir.

Cezai şartın uygulandığı hukuk alanlarını kısaca inceleyelim:

Cezai şart, özel borç ilişkilerinde özellikle taşınmaz satım sözleşmeleri⁴³, eser sözleşmelerinde⁴⁴, hizmet sözleşmelerinde⁴⁵, rekabet yasağına⁴⁶ ilişkin sözleşmelerde geniş

⁴¹ Poliçede bulunması gereken hususlar TK m. 583'te gösterilmiştir. Bu mecburi unsurlar dışında poliçeye ihtiyari bazı unsurların konulması da mümkündür. Ancak bazı hususların poliçede yer almasına izin verilmemiştir. Caiz olmayan bu kayıtlar poliçede yer alması halinde poliçenin geçersizliğine neden olmaktadır. Poliçede yer alan cezai şartın ise yazılmamış sayılacağı kabul edilir. POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal; Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 13. Bası, İstanbul, 1998 s. 147; Yarg. 12. HD. 1982/7799 E. 1982 8093 K. 08.11.1982 T.'li kararı uyarınca "takip dayanağı bonoda %10 cezai şart öngörülmüş olup bu cihed senedin kambiyo vasfını engellemez ise de yazılmamış sayılacağı düşünülmenden verilen karar" www.dominanthukuk.com 25.04.2010 Karş. TUNÇOMAĞ **Cezai Şart** s. 55.

⁴² TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 56.

⁴³ "... 8 adet bağımsız bölüm teslim edilmesi gerekirken yükümlülüklerini yerine getirmediklerinden cezai şartın ödenmesine" Yarg. 15. HD. 1988/88 E. 1988/3118 K. 04.10.1988 T. Yargıtay 14. HD. 1999/2536 E. 1999/3371 K. 05.05.1999 T.li kararı "Taraflar arasındaki satış vaadi sözleşmesinde, belirlenen tarihe kadar tapu verileceği , tapunun bu tarihe kadar verilmemesi halinde miktarı tespit edilen cezai şartın ödeneceği kararlaştırıldığında, borçlunun edimi yerine getirmemesi nedeniyle alacaklı tarafından açılan davada aynen ifa değil ödenen parayı iadesi ile cezai şartta hükmedilmesi istendiğine ve cezai şartın borçluyu yoksulluğa düşürecek bir miktar olmadığı anlaşıldığına göre;cezai şartta hükmedilmesi için borçlunun kusurlu olması gerekmediği hususunda nazara alınmak suretiyle cezai şart isteminin kabulüne karar vermek gerekirken, ifa imkansızlığından söz edilerek reddedilmiş olması doğru değildir." www.kazanci.com.tr 10.02.2010.

⁴⁴ İş sahibinin müteahhitin süresinde eseri bitirmesi durumunda günün koşullarına göre kira bedeli isteme hakkı olduğuna dair kayıt cezai şart olarak değerlendirilmektedir. Yarg. 15. HD. 1995/3746 E. 1995/5923 K.

bir uygulama alanı bulmaktadır. Taraflar eksik ifa ya da gecikmiş ifadan doğacak olan zararlarını karşılamak için yaptıkları sözleşmelere cezai şarta ilişkin hükümler koymaktadır.

Cezai şart en yaygın olarak borçlar hukuku alanında kullanılmakla birlikte, kanun koyucu bazı sözleşme tiplerinde cezai şartı çeşitli kaygılar yüzünden doğrudan ya da dolaylı olarak yasaklamış ya da kısıtlama yoluna gitmiştir. Şöyle ki;

Borçlar Kanunu, taksitle satışlarda sözleşme özgürlüğüne cezai şart açısından kısıtlama getirmiştir. Borçlar Kanununa göre, taksitli satışta alıcının temerrüdü halinde kalan bütün taksitlerin muaccel olması için, bu hususun sözleşmede kararlaştırılmış olması yanında, ödenmeyen taksit tutarının ard arda iki taksit olması ve toplam satış tutarının en az onda birine karşılık gelmesini aramıştır. Aynı şekilde satıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için de bu hususun sözleşmede saklı tutulmuş olmasını aramıştır. Borçlar Kanununun 223.maddesine ve Türk Medeni Kanununun 764.maddesine göre, satıcının malın mülkiyetini dava etmesi için de usulüne uygun şekilde mülkiyeti muhafaza sözleşmesi yapılmasını aramıştır. Borçlar Kanunu'nun 223. m. f. II'de taksitle satımda, malı geri alma, münasip kira karşılığı ve bozulma tazminatı⁴⁷ isteyebilme hakları sayıldıktan sonra, aynı maddenin üçüncü fıkrasında, “Alıcıya bundan ziyade borç tahmil

30.10.1995 T. www.kazanci.com 10.02.2010. Aynı yönde Yarg. 15. HD. 2005/2010 E. 2005/6853 K. 15.12.2005 T.'li kararı www.dominanthukuk.com 25.04.2010; Yarg. 15. HD. 2007/7205 E. 2008/1513 K. 10.03.2008 T.'li karar; Yarg. 15. HD. 2007/1505 E. 2008/2936 K. 02.05.2008 T.'li karar; Yarg. 15. HD. 2007/7245 E. 2008/41 K. 14.01.2008 T.'li karar www.dominanthukuk.com 25.04.2010.

⁴⁵ Yarg. 9. HD. 2000/12097 E. 2000/17123 K. 22.11.2000 T.'li kararı. “Davacının hizmet akdi davalı belediyece disiplin kurulu kararına dayanılarak fesh edilmiştir. Mahkemece bu fesih TİS'nin 33/C maddesinde öngörülen koşullara aykırı bulunarak beher hizmet yılı için 315.000.000 TL. hizmet süresi göz önünde tutulmak suretiyle 1.260.000.000 TL. olarak tespit edilmiştir. TİS'nin anılan maddesinde öngörülen kötü niyet tazminatı adı verilen tazminat ceza-i şart niteliğinde olup mahkemece Borçlar Kanununun 161/son maddesi göz önünde tutulmak suretiyle mahkemece tenkis cihetine gidilmesi üzerinde durulmamıştır. Bu nedenle kararın bozulması gerekir.” Aynı yönde Yarg. 9. HD. 2007/36161E. 2008/4521 K. 11.03.2008 T. www.dominanthukuk.com 25.04.2010.

⁴⁶ Yarg. 13. HD. 2008/4668 E. 2008/12205 K. 18.12.2008 T.'li kararı “Davalı bayinin, rekabet yasağına aykırı olmayan hükümleri yönünden geçerli bir bayilik sözleşmesi bulunduğu hâlde, gaz almayarak ve fiilen bayilik faaliyetine son vererek bayilik sözleşmesinin hukukî niteliğinden kaynaklanan yükümlülüklerle aykırı davranması nedeniyle sözleşmenin haklı nedenle davacı tarafından fesh edildiği dosya içerisindeki delillerle sabittir. Bu nedenle bayilik sözleşmesi uyarınca bayinin akde muhalefeti dolayısıyla davacının cezai şart talep etmekte haklı olduğu gözetilmesi gerekir.” www.dominanthukuk.com 25.04.2010.

⁴⁷ TANDOĞAN, Haluk; **Borçlar Kanunu Özel Borç İlişkileri Cilt 1** İstanbul: Vedat Kitapçılık 2008 s. 310.

eden mukaveleler batıldır.” denilmektedir. Bu itibarla satıcı söz konusu talepler dışında kalan menfi zararının, kar mahrumiyetinin, alıcının şeyden elde etmeyi ihmal ettiği semerelerin tazminini isteyemez. Akde konulmuş bulunan cezai şart da, ancak kira bedeli ve bozulma tazminatı miktarını aşmamak kaydıyla ve ancak bu oranda geçerli olur. İsviçre Borçlar Kanunu m. 226/ II taksitle satım konusu malın peşin fiyatının %10’unu geçmemek üzere cezai şart talebini mümkün kılmaktadır.

Birçok ülkenin mevzuatı, taksitle satışlarda cezai şartta cevaz vermektedir. Örneğin, Alman, Avusturya ve İskandinav ülkeleri kanunlarının yanı sıra, İsviçre Türk Hukukunda birçok yazar cezai şartın taksitle satımlar açısından da mümkün bulunduğunu kabul etmektedirler⁴⁸. Borçlar Kanunu’nun 160. maddesinde, “cezai şartta müteallik olan hükümler, kısmen vaki olan tediye...” demektedir ve ayrıca “taksitle satışa ait hükümler bakidir.” hükmü ile de, BK. m. 222-224 ve TMK. 765’e atıf yapmaktadır. Bu maddeler ise, borcun ifa edilmemesi ya da eksik ifa edilmesi hâli için cezai şart kararlaştırılmasını men edecek hükümler içermemektedir. Esas itibarıyla, BK. m. 160/II’de de ‘Taksitle satışa ait hükümler bakidir,’ hükmüyle, bu tür satışlarda da cezai şartın mümkün olabileceğini; fakat bunun taksitle satışın gerektirdiği özelliklere uydurulması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁹.

Borçlar Kanunu m. 161/III’ e göre hâkim ağır bulduğu cezai şartları indirmekle yükümlü bulunduğuna göre, alıcının korunması da sağlanmış olur. BK. m. 161/1 hükmü uyarınca, borçlu tarafından yapılmış olan kısmi ödemenin alacaklıya kalacağına dair

⁴⁸ ANSAY, Tuğrul; **Türk Borçlar Kanunu’na göre, Taksitle Satışlar ve Satıcı**, Ankara, 1954, s. 94.

⁴⁹ ANSAY, s. 95. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 6. maddesi uyarınca çıkarılan Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin Eki Listede tüketici aleyhine öngörülen cezai şartın belirli koşullarda haksız şart olduğu düzenlenmiştir. Buna göre, genel işlem koşulları içinde yer alan bu tür cezai şartlar da geçersiz olacaktır. Bu konuda bkz. ÇINAR, Ömer: **Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar**, İstanbul 2009, s.227-229; Borçlar Kanununda genel işlem koşulları ile ilgili bir düzenleme yer almamakla birlikte, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunda görüşülmekte olan Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 20-25.maddeleri arasında, genel işlem koşulları ve denetimi konusunda düzenlemeler öngörülmektedir. Tasarı metni için www.tbmm.gov.tr

anlaşmalara da cezai şarta ilişkin hükümler uygulanacaktır. Bu nedenle sözleşmelerde yer alan bu tür şartlar, aşırı yüksek ise, borçlu indirim isteyebilecektir⁵⁰.

Sanayi alanında meydana gelen hızlı gelişmeler, işverene hizmet akdi ile bağlı olan çok geniş bir topluluğu ortaya çıkarmıştır. İş hukukuna ilişkin mevzuatta cezai şarta dair açık hükümler yer almamaktadır. Bu nedenle, Borçlar Kanunu'nun cezai şarta dair hükümlerinin iş hukuku ilkeleri göz önünde tutularak yorumlanması sonucunda, iş akitlerinde cezai şartın unsurları ve şartları belirlenmiştir⁵¹.

Cezai şartın, hem bireysel, hem de toplu iş hukukunda geniş uygulama alanı bulunmaktadır. Ülkemizde özellikle hizmet sözleşmeleri ve toplu iş akitlerinde sıkça cezai şarta yer verildiği görülmektedir⁵². Cezai şart hükümlerinin özellikle tarafların hizmet

⁵⁰ Yarg. 13. HD. 2002/14411 E. 2003/4378 K. 14/04/2003 T.'li kararı "Taraflar arasında hasılat kira sözleşmesi yapıldığı, yıllık kiranın taksitlere bağlandığı, ilk taksidin 5.1.1998 tarihinde ödeneceği, taksitlerden birinin zamanında ödenmemesi halinde diğer tüm taksitlerin tamamının muacceliyet kesbederek %30 gecikme cezası ile ödeneceği taraflar arasındaki sözleşmeden anlaşılmaktadır. Taraflar arasındaki kira sözleşmesinin 7. maddesinde "mukavele müddeti içinde DSİ., toprak, su ve Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından yapılacak her türlü yatırım faaliyetine kiracı tarafından hiçbir suretle mani olunmayacağı ve bu ameliyeden zarar gördüğünü iddia ederek tazminat talebinde bulunamayacağı kiracı tarafından kabul ve taahhüt edilmiştir." hükmü bulunmaktadır. Bu duruma göre davalı bile bile bu kira sözleşmesini imzalamak suretiyle çalışmalar nedeniyle aleyhine hasıl olacak bütün olumsuz sonuçları üstlenmiş olmaktadır. Öte yandan kiracı tarafından kira bedelinin indirilmesi talebiyle açılan ve bu dava ile birleştirilen dava, kira süresinin bitimine çok az bir süre kala açılmıştır. Bu nedenlerle ve özellikle sözleşmenin 7. maddesi hükmü gereği davalı-karşı davacı kiracının birleştirilen davadaki kira bedelinin indirilmesine ilişkin talebinin reddine karar verilmesi, asıl davada kiralayanın cezai şarta ilişkin talebi konusunda ise, sözleşmenin 1. maddesine göre ödenmeyen ve muacceliyet arzeden tüm kira bedeli üzerinden, BK.'nun 161/son maddesi de dikkate alınarak bir hüküm kurulması gerekmektedir." www.dominanthukuk.com 25.04.2010

⁵¹ Yarg. 9. H.D. 2008/1427 E. 2008/30712 K. 11.11.2008 T.'li kararı : " ...Dairemizce bazı yönlerden İş Hukukuna özgü çözümler üretilmiştir. İş Hukukunda İşçi Yararına Yorum İlkesinin bir sonucu olarak..." (Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası www.meseyazilim.com) 22/10/2009.

⁵² Yarg. 9. HD. 2008/9018 E 2008/12190 K 12.05.2008 T.'li kararı; Toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan cezai şart iş sözleşmesinin feshine bağlı tazminat mahiyetindedir. Davaya konu Toplu İş Sözleşmesinin 19.maddesinde "işyerinin bir bölümünün herhangi bir işverene devir ya da kiraya verilemeyeceği işçilerin bu sebeple işten çıkarılmayacağı aksi halde işçiye tazminat ödeneceği" düzenlemesi yapılmıştır. Yarg. 9. HD. 2007/22709 E. 2008/16626 K. 20.06.2008 T.'li kararı İş hukukunda işçi yararına yorum ilkesinin bir sonucu olarak sadece işçi aleyhine yükümlülük öngören cezai şart hükümleri geçersiz sayılmaktadır. İşçiye verilen eğitim karşılığı belli bir süre çalışması koşuluna bağlı olarak kararlaştırılan cezai şart tek taraflı olarak değerlendirilemez. Yarg. 9. HD. 2005/38853 E. 2006/18418 K. 26.06.2006 T.'li kararı "Toplu İş Sözleşmesinin 32.maddesi uyarınca hüküm altına alınan iş güvencesi tazminatı niteliği itibarıyla cezai şart olup hakkın doğduğu tarihteki değeri fahiştir. BK.nun 161/son maddesi uyarınca fahiş olan cezai şart hakim indirmekle yükümlüdür. Bu nedenle anılan tazminatın indirilmesi için kararın bozulması gerekmiştir." Aynı yönde Yarg. 9. HD. 2005/16291 E. 2005/40489 K. 22.12.2005 T.; Yarg. 9. HD. 2006/8252 E. 2006/9412 K. 11.04.2006 T.'li kararı www.dominanthukuk.com 25.04.2010.

akdine ek olarak yaptıkları rekabet yasağı sözleşmelerinde yer aldığı görülmektedir. Rekabet yasağı yükümlülüğünün ihlâl edilmesi durumunda, uğranılan zararın ispat edilmesi çoğunlukla kolay olmağı için, işveren açısından sözleşmeye cezai şart eklenmesi birçok açıdan yarar sağlamaktadır.

Cezai şartın rekabet yasağına ilişkin hüküm ve sonuçlarını düzenleyen BK' nın m. 351/f. 2 hükmü, bu esastan ayrılarak, cezai şarta borçluya rekabet yasağı ediminden kurtulma imkanı sağlayan bir nitelik tanımıştır. Borçlar Kanununun anılan maddesinde, “Memnuiyete muhalif hareket hakkında cezai şart konulmuş ise, işçi, kaideten meşru ceza miktarını tediye ile memnuiyetten kurtulabilir. Fakat zarar bu miktarı müteceviz ise, fazlasını da tazmin ile mükellef olur.” hükmü yer almaktadır. Buna göre, aksi kararlaştırılmış olmadıkça işçi cezai şartı ödemek suretiyle rekabet yasağından kurtulmakla birlikte, cezayı aşan miktarda zararın varlığı durumunda bu kısmı da tazmin ile hükümlü olacaktır⁵³.

Yargıtay kararlarında cezai şartın sadece işçiye yükümlülük yükleyen nitelikte olması hususunun kabul görmediğı belirtilmiştir⁵⁴. Bu husus ilgili Yargıtay kararında şu şekilde açıklığa kavuşturulmaktadır: “Cezai şartın işçi ve işveren hakkında ve iki taraflı olarak düzenlenmesi gereğı, işçi aleyhine kararlaştırılan cezai şartın işveren aleyhine kararlaştırılandan daha fazla olmaması sonucunu da ortaya koymaktadır. Başka bir anlatımla işçi aleyhine olarak belirlenen cezai şartın, koşulları ve ceza miktarı bakımından işverenin sorumluluğunu aşması düşünülemez. İki taraflı cezai şartta işçi aleyhine bir eşitsizlik durumunda, cezai şart hükmü tümünden geçersiz olmamakla birlikte, işçinin yükümlülüğü işverenin sorumlu olduğu miktarı ve halleri aşamaz.” Ayrıca iş hukuku alanında cezai şart düzenlenmemesine rağmen cezai şart kararlaştırılabileceğı ancak iş hukukunun işçiyi korumaya yönelik genel eğilimine ve amacına aykırı nitelikte bir cezanın

⁵³ Yarg. 9. HD. 2000/19600 E 2000/1490 K 14.02.2000 T’li kararı “Taraflar arasında düzenlenen hizmet sözleşmesinde davalı işçinin işten ayrıldıktan sonra aynı işi yapmaması şeklinde bir yasak getirilmiştir.” www.dominanthukuk.com 25.04.2010.

⁵⁴ Yarg. 9. H.D. 2008/274 E. 2008/26348 K. 15.09.2008 T’li kararı: “...sadece işçi aleyhine yükümlülük öngören cezai şart hükümleri geçersiz sayılmış...” (Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası www.mesevazilim.com) 22.10.2009.

kararlaştırılmayacağı açıkça belirtilmiřtir⁵⁵. Yeni Borçlar Kanunu Tasarısının 419. maddesinde “Hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir” şeklinde kurala yer verilmiştir. Yine haklı neden olmaksızın hizmet akitlerinin feshi halinde kararlaştırılan cezai şart da geçersiz sayılmıřtır⁵⁶.

Medeni Hukuka ilişkin sözleşmeler açasından cezai şart kararlaştırılması mümkündür. Ancak kişilik haklarının korunması söz konusu olduğu durumlarda kararlaştırılan cezai şart hükümsüz sayılmıştır. Yine, Miras Hukuku alanında, nişanlanma, evlenme, boşanma gibi Aile Hukuku sözleşmelerinde cezai şart kararlaştırılması çok sınırlıdır⁵⁷.

TMK. 119. maddesinde, “Nişanlılık, evlenmeye zorlamak için dava hakkı vermez. Evlenmeden kaçınma hali için öngörülen cayma tazminatı veya şartı dava edilemez; ancak yapılan ödemeler de geri istenemez.” hükmüne yer verilmiş bulunmaktadır. Anılan hüküm karşısında, nişanın bozulması ya da evlenmekten kaçınma hâli için cayma tazminatı veya ceza şartın dava edilmeyeceği açıktır.

Öte yandan, cezai şartın daha ziyade alacak haklarını kuvvetlendirmeye yönelik bir teminat vasıtası olması nedeniyle, aynı haklara ilişkin düzenlemeler taşıyan Eşya Hukuku alanında fazla uygulama alanı bulunmamaktadır. Eşya Hukukunda şahsi haklara ilişkin yer alan düzenlemelerde cezai şarta yer verilmesinde bir engel yoktur. Ancak

⁵⁵ Yarg. 9. H.D. 2008/1427 E. 2008/30712 K. 11.11.2008 T’li kararı : “ ...Dairemizce bazı yönlerden İş Hukukuna özgü çözümler üretilmiştir. İş Hukukunda İşçi Yararına Yorum İlkesinin bir sonucu olarak...” (Meşe İtihat ve Mevzuat Bankası www.meseyazilim.com) 22.10.2009.

⁵⁶ Yarg. 9. HD. 2000/2254 E. 2000/633 K. 27.04.2000 T. Diaport Mevzuat ve İtihad Programı www.diaport.com 25.10.2009.

⁵⁷ SAYMEN/ELBİR, s. 838; TAYLAN, Erbay, s. 50. Belirtmek gerekir ki, miras bırakan vasiyetnamesinin ifasını güvence altına almak için, vasiyetnamesinde mirasçılara belirli mükellefiyetler yükleyebilir. Bu durumda cezai şartın ifayı sağlama fonksiyonuna benzer bir durum ortaya çıksa da, vasiyetname bir sözleşme olmadığı için, sözleşmesel mahiyette bir cezai şart söz konusu olamaz. Bu hususta bkz. MÜNCHKOMM/GOTTWALD, Art.339, Rn.4. Yarg. 4. HD. 2602/1802 E. 12.7.1941 T.’li karar www.diaport.com 25.10.2009.

taşınmaz satım sözleşmeleri ve taşınmaz satım vaatlerine bağlanan cezai şart anlaşmalarının resmi şekle uygun olarak yapılması gereklidir⁵⁸.

Dernekler Hukuku ile ilgili alanda ise cezai şart uygulaması çok yaygındır. Tüzüklerinde gerek dernek üyelerinin aidat borçlarındaki ödemelerle ilgili, gerekse diğer mükellefiyetlerini temin için cezai şart hükmü konulmaktadır⁵⁹. Genelde dernek tüzüğüne eklenen madde ile para cezası uygulama hakkı derneğin yönetim kuruluna bırakılmakta olup, uygulanan ceza niteliği itibariyle bir tür cezai şarttır⁶⁰. Ancak TMK. 66. m. uyarınca dernekten çıkma her üyeye tanınmış en tabii hak iken, cezai şart vasıtasıyla bunun güçleştirilmesine imkan tanınmamıştır⁶¹.

Tacirler arasında yapılan birçok sözleşmeye, sözleşme serbestisi içinde cezai şart eklenmektedir. Tacirler arasındaki bayilik sözleşmelerinde bayinin belli miktarda ürün satması, ihraç için satılan malın iç piyasada satılmaması, hammadde satışında sözleşmeye konu malın üretim dışında pazarlanmaması veya sadece belli bir bölgeyle sınırlı pazarlamanın yapılması vs. konularında cezai şart kararlaştırılması mümkündür. Yine anonim şirket ve limited şirket ana sözleşmelerine sermaye koyma borcunu yerine getirmeyenler hakkında cezai şart ödemeye zorlaya hükümler konulabilmektedir⁶².

Cezai şart konusunda, yasa koyucumuz tacirler hakkında, Borçlar Kanunumuzdan farklı bazı hükümler getirmiştir. Borçlar Kanunumuzun 161. maddesinde, cezai şartın fahiş (aşırı yüksek) olması hâlinde, hâkimin fahiş cezai şartı makul bir düzeye indirmesi gerektiği düzenlenmiştir. Türk Ticaret Kanunumuzun 24. maddesinde ise, tacir sıfatını haiz borçlunun hakimden cezai şartın indirilmesini isteyemeyeceği belirtilmiştir. Yargıtay'ın 1940 tarihli ve 7/71 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında da belirtildiği üzere, Borçlar Kanunumuzun 161. maddesinin son fıkrasının ticari işlemlerde uygulanması imkanı

⁵⁸ KOCAAĞA, s. 76.

⁵⁹ TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 54-55.

⁶⁰ TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 55; GÜNAY, s. 41.

⁶¹ TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 56.

⁶² bkz. TK. m. 405-407 ve 529 Ayrıca bkz. GÖLE, Celal; **Anonim Ortaklıklarda Nakdi Sermaye Koyma Borcu ve Bu Borcu İfada Temerrüt**, Ankara 1976 s. 111.

yoktur⁶³. Ancak, Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre, tacir sıfatını haiz borçlu, sözleşmenin içerdiği cezai şart miktarının ekonomik mahvına neden olacak derecede yüksek olduğu durumlarda, bunu ticari kişilik hakkına, adalet ve hakkaniyete aykırı bulunduğu ölçüde tamamen kaldırılmasını veya makul düzeye indirilmesini isteyebilir⁶⁴.

⁶³ Yarg. İBK 16.09.1940 T. 7/71. "Ticaret Kanunu'nun 2. maddesinde ticarî meselelerin kanunen mukaveleler ve böyle mukavele olmadığı suretle Ticaret Kanununun sarahat ve dalaletli ile hâlledileceği yazılı olduğu ve 647. Maddesinde de mukavele sırasında maktu zarar ve ziyan olarak tesmiye olunan meblağı müteahhidünlehin taahhüdünü ifası hâlinde istihsal edeceği, menfaat bedelini tecavüz etse dahi mahkemece miktarının tenzil edilemeyeceği, musarrah bulunduğu ve bu maddede kanunda vazılı tecavüzün nispetini tayin ve tahdide lüzum görmediği cihette bu sarahat ve itlak muvacehesinde münhasıran ticarî olmayan hadiselere tatbik edilmesi icap eden BK. 161/son fıkrasının ticarî muamelelere imkân yoktur." BAŞBUĞOĞLU, Tarık; **Uygulamalı Ticaret Kanunu** Yetkin Yayınları Ankara 1988 s. 58. Yarg. 19. HD. 2007/6734 E. 2008/547 K. 29.01.2008 T.'li kararı; "TTK'nın 24. maddesi uyarınca tacir sıfatına haiz bir borçlu BK'nın 161/3. maddesinde yazılı hallerde fahiş olduğu iddiası ile cezai şarttan indirim yapılmasını mahkemeden isteyemez. Mahkemece anılan yasa hükmü gözetilmeden cezai şarttan indirim yapılması doğru olmadığı gibi hükmedilen miktarlara yürütülmesi kararlaştırılan faizin hangi tarihten itibaren başlayacağını kararda açıklanmamış olması da isabetsizdir." Yarg. 13. HD. 200779545 E. 2007/14953 K. 10.12.2007 Tarihli kararında "Davalı tacir olmadığına göre sözleşmede kararlaştırılan cezai şart fahiş ise, takdir edilecek miktarda indirim yapılması zorunludur. Aynı yönde Yarg. 19. HD. 2007/6734 E. 2008/547 K. 29.01.2008 T.'li karar www.dominanthukuk.com 25.04.2010

⁶⁴ Yarg. HGK. 1970/1053 E. 1974/422 K. 20.3.1974 T. sayılı kararında, "... Cezai şart borçlunun iktisaden mahvına sebep 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." içtihadında bulunmuştur. YKD 1977 sayı 1 s. 11-23 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 357-358 Aynı doğrultuda, Yargıtay 5 Hukuk Dairesi'ne göre de, "Tacir olan bir borçlu... fahiş olduğu iddiasıyla cezanın indirilmesini mahkemeden isteyemez. Öte yandan. Taraflar arasında noterde düzenlenen sözleşmenin 12. maddesinde öngörülen 50.000 lira tutarındaki seçimlik ceza, miktar itibarıyla davalının mahvına yol açacak bir düzeyde değildir. Yarg. 5. HD. 1984/1505 E. 1984/3252 K. 26.10.1984 T. sayılı karar. Diaport Mevzuat ve İctihad www.diaport.com 25.10.2009 Yüksek Daire başka bir kararında da. "...Davalı, Cezai şartın fahiş olduğunu ve iktisaden mahvına neden olacağını savunmuştur. Gerçekten TTK. nun 24 ve BK. nun 161 /son maddeleri uyarınca tacir olan bir şahsın (şirketin) cezanın fahiş olduğundan bahisle tenkisini istemeye hakkı bulunmamakta ise de, kararlaştırılan ceza borçlunun iktisaden mahvını mucip olacak derecede ağır ve yüksek ise adap ve ahlaka aykırı sayılarak tamamen veya kısmen iptali mümkündür. Nitekim bu husus Yargıtayın içtihatları ile de benimsenmiştir (Yarg. HGK. 1970/1053 E. 1974/222 K 20.3.1974 T. Sayılı karar). Ancak mahkemece cezanın bu niteliğine yönelik savunma üzerinde durulmamış ve bu konuda bir araştırma yapılmamış olduğundan yukarıda belirtilen HGK. kararı ışığı altında mahkemece araştırma yapıp gerektiğinde bilirkişiden de mütalaa alınarak cezanın tenkisinin mümkün olup olmadığı tartışılması ..." gerekir demiştir. Yarg. 15. HD. 1992/5216 E. 1992/3281K. 24.6.1992 T.'li karar (Meşe İctihat ve Mevzuat Bankası www.meseyazilim.com) 22.10.2009.

III. CEZAI ŞARTIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Cezai şart, asıl alacağı kuvvetlendirme amacı güder. Bu bakımdan cezai şartın oluşumu, kuvvetlendirilecek asıl borcun mevcut olmasına bağlıdır. Ortada ifası gereken asıl bir borç mevcut olmalıdır ki, bunun yerine getirilmemesi halinde talep edilebilecek cezai şarttan söz edilebilsin. Bu niteliği itibariyle cezai şart aynen para borcunun faizi, kefalet gibi asıl borca bağlı fer'i nitelikte bir borçtur⁶⁵.

Asıl borç, geçerli olarak meydana gelmemişse veya sonradan ifa, ibra, takas veya yenileme yoluyla ortadan kalkmışsa, fer'i nitelikteki cezai şart da meydana gelmez veya ortadan kalkar⁶⁶. Nitekim sözleşmenin hukuka veya ahlaka aykırılık, başlangıçtaki imkansızlık, tarafların fiil ehliyetsizliği veya şekil eksikliği nedeniyle geçersiz olması halinde de böyle bir sözleşmeden doğan borç için öngörülen cezai şart da geçersiz olur⁶⁷.

Borçlar Kanunundaki cezai şartta dair hükümler, m. 160/II, 161/II ve 161/III. maddeleri dışında, emredici hukuk kuralı değil yedek hukuk kuralı niteliğindedir⁶⁸. Borçlar Kanunumuzun 160. maddesinin ikinci fıkrasında, “Taksitle satışa dair olan hükümler bakidir.” ve 161. maddesinin ikinci fıkrasında ise, “Ceza, kanuna veya ahlaka (adaba)

⁶⁵ Tandoğan kefalet, rehin ve cezai şart sözleşmelerini teminat akitleri olarak adlandırmaktadır. TANDOĞAN s.5; TUNÇOMAĞ, **Borçlar Hukuku** s. 859; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 392 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s. 902; İNAN, s. 427. “Ceza koşulu asıl borca yaptırım olarak bağlı ve borca aykırılık durumunda ortaya çıkan fer'i borç niteliğindedir. Ne var ki bu edim (ceza koşulu) asıl borçtan bağımsız, ayrı olmalıdır.” Yarg. 13. HD. 1992/8546 E. 1993/348 K. 25.01.1993 T. www.dominanthukuk.com 25.04.2010

⁶⁶ EREN s.1134; KOCAAĞA s. 83; VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR s. 334; BUCHER, Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988, s.522; OĞUZMAN s. 902. “Ceza koşulu asıl borca yaptırım olarak bağlı ve borca aykırılık durumunda ortaya çıkan fer'i borç niteliğindedir.” Yarg. 13. HD. 1992/8546 E. 1993/348 K. 25.01.1993 T. www.dominanthukuk.com Yarg. 13. HD. 2008/8902 E. 2008/11372 K. 26.06.2008 T.'li kararı”...Zira cezai şart asıl borca ilişkin fer'i haklardandır. Asıl borç hükümsüz olunca, cezai şart da hükümsüzdür.”

⁶⁷ Taraflar cezanın tutarını özgürce tespit edebilirler. Ceza; yasaya ya da genel ahlaka aykırı bir borcu güçlendirmek için konulmuş ya da, tersine bir anlaşma olmadıkça, borcun ödenmesi borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir durum yüzünden olanaksız bulunmuşsa kararlaştırılan cezanın ödenmesi istenemez (BK. m. 19; 117). Yarg. 13. HD. 1992/8546 E. 1993/348 K. 25.01.1993 T. www.dominanthukuk.com 25.04.2010. Baştaki objektif imkansızlık, şekle aykırılık, muvazza, ehliyetsizlik nedenlerine dayanarak batıl olan veya irade beyanı sakatlıkları, gabin gibi sebeplerle iptal edilen bir sözleşmeden kaynaklanan asıl borca ilişkin olarak kararlaştırılan cezai şart geçersiz olacaktır. Bkz. BK. m. 161/II OĞUZMAN/ÖZ s. 902; EREN s. 1134; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP s. 392 vd. VON TUHR, s. 764; TUNÇOMAĞ, **Borçlar Hukuku** s. 859. İNAN, s. 427.

⁶⁸ TUNÇOMAĞ, **Borçlar Hukuku** s. 861.

mugayir bir borcu teyit için şart edilmiş yahut hilafına mukavele olmadığı halde borcun ifası borçlunun mes'uliyetini icap etmeyen bir hal sebebi ile gayri mümkün olmuş ise, şart olunan cezanın tediyesi talep edilemez.” hükümleri yer almaktadır. Bu hükümlerin yanında 161. maddenin üçüncü fıkrasında yer alan “Hakim, fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir.” hükmünün emredici nitelikte olması nedeni ile bu hususlara ilişkin kanunda yer alan düzenlemelerin dışına çıkılamaz. Ancak, diğer hükümlerin emredici değil düzenleyici nitelikte olmaları nedeni ile taraflar, kanundaki düzenlemelerin dışına çıkabilecekleri gibi, bu düzenleyici hükümlerin aksini kararlaştırabilirler.

Cezai şart, borçlunun asıl edimi hiç veya gereği gibi ifa etmemesi hali için kararlaştırılır. Bu bakımdan cezai şart, bir tür geciktirici şarta bağlı edim borcudur⁶⁹. Kaynağını ise daima mevcut bir borç ilişkisine bağlı, bir ek anlaşma oluşturmaktadır⁷⁰. Şart, muaccel bir asli edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesidir. Bu nedenle, asıl edim hiç veya gereği gibi ifa edilmediği takdirde şart gerçekleşir ve kararlaştırılan cezai şart, yani fer'i edim (fer'i borç) muaccel hale gelir ve muaccel olduktan sonra bağımsız bir alacak niteliği kazanır⁷¹.

Cezai şart, esas itibarı ile bir tür geciktirici şarta bağlı borç olmasına rağmen, BK. m. 158-161'de özel hükümlerle düzenlenmiş olması nedeniyle öncelikle bu özel hükümlere tabidir. Bu noktada BK. m. 158 vd. maddelerinde yer alan özel hükümlerde boşluk bulunması durumunda, niteliğe uygun düştüğü ölçüde BK. m. 149 vd.'nda yer alan şarta bağlı borçlara dair hükümler uygulanabilir⁷².

Cezai şartın hukuki niteliği ile ilgili değerlendirmelerde Borçlar Kanununda yer alan hükümler esas alınmıştır. Ancak, Borçlar Kanunumuz dışındaki diğer kanunlarda da

⁶⁹ Yarg. 13. HD. 1995/3746 E. 1996/3964 K. 18.04.1995 T.'li kararı “BK. 158 ve devam eden maddelerinde sözü edilen ceza koşulu geçerli bir borcun yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesi ya da belli bir yerde, belli bir zamanda yerine getirilmemesi durumunda borçlunun ödemesi gereken alacaklıya ispat yükü olmadan zararını alabilme imkânını sağlayan fer'i nitelikte götürü bir edimdir.” www.dominanthukuk.com 25.04.2010

⁷⁰ OĞUZMAN/ÖZ s. 898; VON TUHR s. 278; TUNÇOMAĞ **Cezai Şart** s.12 vd. EREN s. 1134; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP s. 342 vd.

⁷¹ EREN, s.1135; OĞUZMAN/ÖZ s.898; VON TUHR s. 278;

⁷² OĞUZMAN/ÖZ, s, 899.

cezai şartın geçerlilik şartları ve hâkimin müdahalesi hususunda emredici hükümler bulunmaktadır⁷³.

A. Cezai Şartın Sırf Ceza Olduğu Görüşü

BK. m. 159/1'e göre alacaklı zarara uğramasa bile cezai şartın ödenmesi gerekir. Burada cezai şartın ödenmesi için alacaklının zarar görmesi aranmamıştır. Ancak, asıl borç kusursuz olarak sonraki imkânsızlık nedeniyle sona ererse, aksi sözleşmede kararlaştırılmış olmadıkça, cezai şart ödeme borcu da ortadan kalkar⁷⁴. Bu takdirde borçlu kusursuzluğu nedeniyle borçtan kurtulur. Ancak, bu ilke borçlunun kusursuzluğunun değil, cezai şartın asıl borca bağlı fer'i bir borç olmasının sonucudur⁷⁵. Bununla birlikte, bu ilke aksine bir anlaşma yoksa cezai şart geçerli olur. Oysa uygulamada genellikle kusursuz ifa imkânsızlığı halinde de borçlunun cezai şart ödeme yükümlülüğü sözleşmeye konulmaktadır. Doktrinde bazı yazarlar⁷⁶, kanundaki zarar mevcut olmasa dahi cezai şartın ödenmesinin gerekeceği hükümden yola çıkarak cezai şartın hukuki niteliğinin bir tür ceza olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüşteki yazarlara göre; cezai şartın amacı ceza kanunlarına yer alan cezaların önleyici fonksiyonundan yararlanılarak borcun zamanında ve tam olarak ifa edilmesinin sağlanmasıdır. Yargıtay'ın da eski tarihli bazı kararlarında, cezai

⁷³ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 6. maddesi uyarınca çıkarılan Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin Eki Listede tüketici aleyhine öngörülen cezai şartın belirli koşullarda haksız şart olduğu düzenlenmiştir. Buna göre, genel işlem koşulları içinde yer alan bu tür cezai şartlar da geçersiz olacaktır. Bu konuda bkz. ÇINAR, **Tüketici**, s.227-229; Borçlar Kanununda genel işlem koşulları ile ilgili bir düzenleme yer almamakla birlikte, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunda görüşülmekte olan Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 20-25.maddeleri arasında, genel işlem koşulları ve denetimi konusunda düzenlemeler öngörülmektedir. Tasarı metni için www.tbmm.gov.tr

⁷⁴ BİLGE, **Cezai Şart**, s. 68; TUNÇOMAĞ, **Borçlar Hukuku** s.903 vd. OĞUZMAN/ÖZ, s. 909. BK. m. 117 "Borçluya isnat olunamayan haller münasebetiyle borcun ifası mümkün olmazsa, borç sakıt olur." Bu itibarla asıl borca bağlı olan cezai şartta sona erecektir.

⁷⁵ TANDOĞAN, s. 687. HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN Rona / ARPACI Abdülkadir; **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, 1992, s. 519. BOZER, Ali; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**. Ankara, 2002, s. 278 vd. YAVUZ, Cevdet Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, İstanbul 1996 s. 16.; BİLGE Necip. **Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri**, Ankara, 1971, s. 19 ve s. 366. TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 83. Yarg. 13. HD. 2008/8902 E. 2008/11372 K. 26.06.2008 T.'li kararı "...Zira cezai şart asıl borca ilişkin fer'i haklardandır." www.dominanthukuk.com 25.04.2010

⁷⁶ GÖKTÜRK, H. AVNİ: **Cezai Şart Müessesesi**, İzmir Barosu Dergisi, Sayı 1-25. 1942.s. 398. TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 3 vd..

şartı gerçek bir ceza, hatta kamu cezası olarak kabul edip ceza hukukunun ilkelerini uygulama eğiliminde olduğu da ileri sürülmüştür⁷⁷.

Hukukçuların çoğunluğu, cezai şartın bazı yönlerden ceza etkisi yaptığını, zorlayıcı vasfının önemli bir yer tuttuğunu kabul etmekle birlikte, yasal niteliğinin bir tür ceza olmadığını ileri sürmektedirler⁷⁸. Borçlu ve alacaklının bir kusurdan söz etmeden yalnızca ifa etmeme durumunda, borca aykırılık nedeni ile cezai şart ödenmesini kararlaştırdıkları takdirde kusurun önemi yoktur. Bu haliyle cezai şart, hukuk usulünce yerine getirilmesi gereken bir özel hukuk cezasıdır⁷⁹.

Cezai şart, kamu cezalarından, alacaklının çıkarlarını korumak üzere konulması nedeniyle kolayca ayrılabilir. Cezai şart ile para cezaları arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Şöyle ki;

Para cezalarının kamu hukukundan doğmasına karşın, cezai şart özel hukuktan kaynaklanmaktadır. Para cezalarının temel gerekçesi, yasalar çerçevesinde kamu yararını sağlamak olduğu halde, cezai şartta taraflardan birinin çıkarları önde tutulmaktadır. Cezai şart, borçlu tarafından ifa edilmezse de icra vasıtasıyla yerine getirilebilir. Buna karşılık, para cezalarının ödenmemesi halinde ise, para cezasının hapse çevrilmesi mümkündür.

⁷⁷ GÜNAY, s. 31; Yarg. 4. HD.. 2821-2793 E. 20.10.1948 T. , Yarg. 15. HD. 19.10.1982 T.li bir kararında, “Borçlunun verdiği teminatın irat kaydedileceği belirtilmiş fakat bunun borçlunun borcuna mahsup edilemeyeceğine dair bir hüküm konulmamış olduğu hallerde, teminatın kabulünün mümkün olmadığı...” ifade edilmiştir. (YKD. 1993/7, s. 103).

⁷⁸ VON TUHR s. 278; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP s. 342 vd. EREN s. 1134; KELLER/SCHÖBİ, Das Schweizerische Schuldrecht, Band I Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Basel/Frankfurt 3. Aufl. 1988, s. 111; GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R.SCHMID, Jörg, Heinz: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I-II, 7. Aufl.,Zurich 1998 (kısaltma GAUCH/SCHLUEP) N. 3914; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 3 vd.: OĞUZMAN/ÖZ, s. 988. Bu yazarlar cezai şartı, ceza niteliğine vurgu yaparak “sözleşme cezası” olarak adlandırmaktadır.

⁷⁹ GÖKTÜRK, s. 398. Aksi görüş; Amerikan Hukukunda ise sözleşme sisteminin ardında cezalandırmak değil, zararların telafisini sağlamak amacının yatması gerekliliği ifade edilmektedir. Sözleşmeyi ihlal eden tarafı cezalandırmayı amaçlayan kayıtların kabul edilmesi, sözleşmenin taraflarından birine diğer tarafa baskı yapma yönünde bir avantaj sağlayacağından, sözleşme sisteminin belirtilen temel amacına tamamen aykırı olan bu yapının kabul edilemeyeceği öne sürülmektedir. YILDIRIM, s 390 vd.

Ayrıca cezai şarttan kaynaklanan edimin karşı tarafa ifa edilmesi gerekmesine karşılık para cezaları Devlet Hazinesine ödenir⁸⁰.

Tarafların kararlaştırdıkları cezai şarta ceza işlevi yüklemeleri mümkündür. Ancak bunun için; cezai şart miktarının alacaklının uğradığı zararları aşması ve kararlaştırılan cezai şartın fahiş bulunarak zarar miktarına veya daha aşağısına tenkis edilmemiş olması gerekir. Kaldı ki, çoğu durumda sözleşmeye aykırılık halinde alacaklının uğrayacağı zararın önceden tespiti güç olacağından, tarafların cezai şart miktarını belirlerken cezalandırma bilinci ile hareket ettiklerini söylemek de pek kolay olmayacaktır. Tüm bunları birlikte değerlendirdiğimizde cezai şartın bünyesinde yer alan zorlayıcılık, cezai şart kurumun niteliğinin ceza olduğu iddiasını haklı kılmamaktadır⁸¹.

B. Cezai Şartın Sigorta Olduğu Görüşü

Borçlu, hiçbir kusuru bulunmasa bile kararlaştırılan cezai şartı ödemekle yükümlü tutulmuşsa akdin niteliğinin sigorta olduğu kabul edilmelidir. Bu şekilde alacaklı gelecekte doğabilecek her türlü riske karşı alacağını sigortalamış olur görüşü de doktrinde savunulan diğer görüştür⁸².

Borçlunun kusurunun bulunmadığını ispat ederek borçtan kurtulacağını kabul etmek, kusurun ispatı ile ilgili meseleyi güçleştirmektedir. Halbuki, sigorta akdi mahiyetindeki cezai şart çok önemli usulî değeri haizdir. O, borçluyu ifaya zorladığı gibi, edime ilişkin hasarı da borçluya yüklediğinden, borçlunun sadece kusurundan sorumlu tutulduğu haldekinden daha büyük bir ölçüde dikkat ve özeni artırmasını sağlar⁸³.

Cezai şartın yasal niteliğinin sigorta olduğuna dair doktrinde ileri sürülen görüşün yasal dayanağı da bulunmamaktadır⁸⁴. Zira Türk ve İsviçre Borçlar Kanunları⁸⁵ cezai şartın

⁸⁰ GÜNAY, s. 32.

⁸¹ GÜNAY, s. 32; EREN, s. 1134.

⁸² GÜNAY, s.32; BECKER, m.160 N. 16, s.220.

⁸³ İHERİNG, zwel Rechtsgulachten, 6 vd, (TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart** s. 22-23'ten naklen atıf)

⁸⁴ GÜNAY, s. 33.

olağan niteliğini, kusursuz borçlunun sorumluluğu olarak benimsememiştir. Borçlar Kanunu 161. maddesinin 2. fıkrasında, aksine sözleşme olmadığı halde borcun ifası borçlunun mes'uliyetini icap etmeyen bir hal sebebiyle imkansız olmuş ise, kararlaştırılmış cezai şartın istenemeyeceği belirtilmiştir. Bu durum da genel görüş itibariyle de cezai şartı salt bir sigorta olarak değerlendirmek mümkün olmayacaktır.

C. Cezai Şartın Ceza-Tazminat Karışımı Olduğu Görüşü

Sözleşme ilişkisinin tarafları, bu ilişkidenden kaynaklanması muhtemel zararları en iyi tahmin edebilecek kimselerdir. Buna dayanarak, cezai şart ile taraflara tazminat miktarını önceden belirleme imkanı verilmiştir⁸⁶. Cezai şartın iki temel fonksiyonu vardır. Bunlardan biri ceza diğeri ise tazminat fonksiyonudur. HGK kararında cezai şart konularak elde edilmek istenen yararın, cezanın tenkisinde hakimin gözetmek zorunda olduğu prensiplerin başında geleceğini ifade edilerek incelemeye başlanmış, bu bağlamda, eğer olayda cezai şart, borçluyu borcunu yerine getirmeye psikolojik bakımdan zorlamak üzere konulmuş ise; bu amaç gözden uzak tutularak, cezai şartın tenkisi suretiyle tarafların amacını ortadan kaldıracak bir miktarın kabul edilmesinin kanuna uygun olmayacağı sonucuna varılmıştır. Bu şekilde cezai şartın, alacaklıyı borçlu karşısında güçlendirmeye –borçluyu da cezalandırmaya- yönelik işlevi desteklenirken, belirlemelerde borca aykırılık yüzünden doğan zarar tutarının da göz ardı edilmemesi gerektiğine dikkat çekilerek, cezai şartın tazminat işlevi de göz ardı edilmemiştir⁸⁷.

⁸⁵ Alman (BGB 339) ve Fransız (CC. 1230) Medeni kanunları da benzer düzenleme içermektedir. Bkz. GÜNAY, s. 34 dn. 138.

⁸⁶ TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 358.

⁸⁷ “Cezai şart, 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 tespit yükünden kurtarma ve olumsuz edimlerde yaptırım gücünden yararlanmadır. Bu sebeple iki fonksiyonu olup, bunlardan ilki ceza, ikincisi de tazminat fonksiyonudur. Cezai şart, özel bir ceza niteliğindedir. Öyle ki alacaklı zarara uğramasa bile, borçlu cezayı ödemekle yükümlüdür. Karşıt olarak da, borçlunun kusurunu ispat eden alacaklı, cezayı aşan tutarı da isteyebilir. Genel maddi tazminat davalarında kural olarak ispat yükü zarara uğradığını iddia edenin üzerinde iken; cezai şartın tazminat fonksiyonu kapsamında ise, bu ispata gerek olmaksızın sadece edimden kaçınmanın ispatı yeterlidir. Borçlar Kanununda cezai şartın ceza ve tazminat fonksiyonları kaynaştırılarak bileşik sistem kabul edilmiştir. Bu sistemin sonucu ise, aşırı görülen cezai şartın

Cezai şart, bağılı bulunduğu borcun taahhüt edildiği (gereği) gibi ifa edilmemesi nedeniyle doğan zararların tazmin edilmesini sağlamaktadır. Olağan durumda, borcun sözleşmeye uygun olarak ifa edilmemesi halinde, tazminat için alacaklı, zararını ispat ile yükümlü bulunmasına rağmen, cezai şartın kararlaştırılmış olmasında ise, yalnızca borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmiş olmadığını ispat etmekle tazminat niteliğindeki cezai şartı talep edebilir⁸⁸.

Ceza fikrinin içerisinde mutlaka zarardan daha fazla birtakım şeylerin varlığına ihtiyaç vardır, tazminat ise diğer tarafın uğradığı zarar miktarının üzerinde bir miktarı içeremez. Cezai şart miktarının, bile bile doğacak zarardan daha fazla kararlaştırıldığında dahi, meblağın tamamının aynı zamanda ceza ve tazminat niteliği taşıdığını kabul etmek mümkün değildir. Bu durumda zarara karşılık gelen kısım tazminat, diğer kalan kısım ise ceza olarak değerlendirilmelidir. Nitekim Yargıtay da, cezai şart olarak belirlenen edimin zararı karşılayan bölümünün üzerinde kalan kısmın ceza niteliğinde bulunduğunu kabul etmektedir⁸⁹.

indirilmesinde, tazmin ve cezanın dengeli olarak korunmasıdır. Bu nedenlerle, cezai şartın ceza fonksiyonunu hiçe sayarak, yalnızca zarar karşılığı olan tutara kadar indirim yapılması kanuna aykırıdır. İndirim en son sınırı, zarar ve işin gereğine göre belirlenecek cezanın toplamıdır” Yarg. HGK. 4/2 E. 1961/10 K. 8.3.1961T. ve HGK. 1971 /4-391 E. 1973/751 K. 3.10.1973 T. (Karahasan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 1357 vd.

⁸⁸ Tazminat talebinin temel şartı bir zararın varlığı iken BK m. 159 / f. 1 hükmü açıkça alacaklının hiçbir zarara uğramadığı hallerde dahi cezai şart talep edebileceğini düzenlenmiştir. Bu noktada, cezai şartın teknik anlamda bir tazminat olmadığı ileri sürülmüştür. Ancak, cezai şartın tazminat işlevini, tazminat hukukunun genel prensiplerine bir istisna getirerek yerine getirdiği ve bu bağlamda miktarı üzerinde tartışılması imkanı olmayan ‘götürü bir tazminat’ olduğu da ileri sürülmüştür. Tarafların ileri zarar konusunda bir tartışmaya girmek istemedikleri için cezai şart kararlaştırdıkları gerekçesine dayanılarak, bu halin makul bir istisna olarak kabul edildiği görülmektedir. BK m. 159 / f. 2 uyarınca, taraflarca kararlaştırılmış olan cezai şart tutarından fazla bir zarara uğramış olan alacaklının, borçlunun kusurunun varlığını ispat etmesi halinde bu aşan tutarı da tazmin etmesi mümkündür. Kanun koyucu tarafından cezai şart ile karşılanan tutarı aşan bir zararın varlığı ihtimalinin değerlendirilmiş olması, öngörülen cezai şartın da – kararlaştırılan tutar oranında- alacaklının zararını karşılamaya yönelmiş olduğunu göstergesi olarak kabul edilebilir. O halde, bu değerlendirme ışığında da cezai şartın tazminat işlevine sahip olduğunu ifade etmek mümkündür. TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 48-49; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 358; GÜNAY, s. 35.

⁸⁹ TÜKEL, M. Berat, **Sözleşme Cezasının Yan (Fer’i) Niteliği ve Buna Bağlanan Sonuçlar**, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 1989 s. 10.

D. Cezai Şartın Götürü Tazminat Olduğu Görüşü

Cezai şartın götürü tazminat olduğu görüşü, borca aykırı davranılması durumunda alacaklının uğrayacağı zararın önceden ve götürü olarak saptanması olarak açıklamaktadır⁹⁰. Esas itibarıyla götürü tazminat kavramı, tazmin edilmesi gereken olan muhtemel zarar miktarının taraflarca önceden belirlenerek, taraflar arasında somut zararın miktarı konusunda sonradan meydana çıkabilecek uyuşmazlıkların daha başlangıçta çözümlenmesini ifade eder⁹¹. Taraflar, cezai şart anlaşması ile borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi halinde doğacak olan muhtemel zararı tazmine yönelik olmak üzere aralarında bir götürü tazminat miktarı tespit ederler. Taraflar aralarında yaptıkları bu anlaşma ile borcun ifa edilmemesi yüzünden alacaklının uğrayacak olduğu zararı tayin etmiş olurlar⁹².

Borçlar Kanunumuzun ilgili hükümleri incelendiğinde, cezai şartın niteliği itibarıyla bir tür götürü tazminat olduğu savunulabilir. Borçlar Kanunumuzun 158. maddesinin birinci fıkrasında, akdin hiç veya eksik ifa edilmesi hâlinde alacaklıya ifa ya da cezadan birinin seçilebilmesi hakkını vermektedir. Seçimlik cezai şartta, kanun koyucu, ifa ile cezai şartı birbirine denk görmüş olmaktadır⁹³.

Cezai şartın, bir tür götürü tazminat olarak kabul edilmesi nedeniyle kural olarak tayin edilmiş bulunan bu miktarın azaltılması ya da artırılması mümkün değildir. Ancak alacaklı eğer cezai şart miktarından daha fazla zarara uğramışsa bu durumun borçlunun kusurundan doğduğu ispat edilerek fazla zararın tazmini istenilebilir. BK. m. 159/II'de

⁹⁰ ARSEBÜK, **Borçlar Hukuku Cilt. 2**, 3.Bası, Ankara: Güney Matbaası 1950, s. 981; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 23.

⁹¹ Amerikan Hukukunda “belirlenmiş ceza şartı” prensibi kabul edilmekte ve uygulanmaktadır. Bu sistemi kabul eden görüşe göre Taraflar sözleşmeye aykırılık halinde hangi zararların oluşabileceğini öngörüp, sözleşmede bu zararları tazmine yönelik bir düzenlemeye yer verirler ise, bu kez sözleşmedeki bu kayıt geçerli kabul edilecek ve uygulanabilecektir. Sözleşmelerde taraflarca kararlaştırılmış olan ceza niteliğindeki şartlar ise mahkemelerce geçersiz sayılacaktır. YILDIRIM s.390

⁹² ARSEBÜK, s. 981.

⁹³ TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 29.

düzenlenen bu husus, borcun ifa edilmemesi durumunda doğacak olan zararın tam miktarını tespit etmek imkânı bulunmadığından hakkaniyete uygundur⁹⁴.

Halbuki taraflarca götürü tespit edilmiş tazminatın, yani cezai şart olarak belirlenen miktarın, hakimin müdahalesi ile daha sonra değiştirilememesi gerekir⁹⁵. Yine götürü tazminat, niteliği itibarıyla bir cezai şart olmayıp, tazminat niteliğini taşıdığından dolayısıyla zararı aşamayacaktır. Tazminat ise, hiçbir şekilde zarara uğrayanın zenginleşmesine yol açamaz. Bu itibarla, götürü tazminat halinde, alacaklı, zararın oluşup oluşmadığını, oluşmuşsa kapsamını ve zararın miktarını ispat yükünden kurtulur, zararın götürü olarak kararlaştırılan miktarda olmadığı ispat yükü borçluya düşer. O halde götürü tazminatın kararlaştırılması halinde bunun ileri sürülebilmesi, zararın varlığı ön koşuluna bağlı bulunmaktadır⁹⁶.

Cezai şart kararlaştırılmasında amaç, borçluyu cezalandırmaktan çok, alacaklıya emniyet vermek, hakkını kolay yoldan ve emin suretle elde etmesini sağlamak, gerektiği durumda zararını ve karşı durumun kusurunu ispat etmek zorunda kalmadan belirlenen miktardaki tazminata kavuşmasını temin etmektedir⁹⁷.

Kanaatimizce cezai şartı salt bir ceza olarak değerlendirmek doğru olmayacaktır. Aynı şekilde uğranılan zararın telafisi anlamında kaldığı sürece cezai şartın caydırıcılık amacı da gerçekleşmeyecektir. Bu durumda zarara karşılık gelen kısmın tazminat, diğer kalan kısım ise ceza olarak değerlendirildiği ve Yargıtay'ın da benimsediği görüşü kabul etmek yerinde olacaktır.

⁹⁴ GÖKTÜRK, **Cezai Şart**, s. 400, “götürü tazminat, niteliği itibarıyla bir cezai şart olmayıp, tazminat niteliğini taşımaktadır. Dolayısıyla zararı aşamaz. Tazminat hiçbir şekilde zarara uğrayanın zenginleşmesine yol açmamalıdır. Bu itibarla, götürü tazminat halinde, alacaklı, zararın oluşup oluşmadığını, oluşmuşsa kapsamını ve zararın miktarını ispat yükünden kurtulur, zararın götürü olarak kararlaştırılan miktarda olmadığı ispat yükü borçluya düşer. O halde götürü tazminatın kararlaştırılması hâlinde bunun ileri sürülebilmesi, zararın varlığı ön koşuluna bağlı bulunmaktadır.” OZANOĞLU, s. 86.

⁹⁵ TUNÇOMAĞ, **Borçlar Hukuku**, s. 861.

⁹⁶ OZANOĞLU, Hasan, Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi, Ankara, 1999 s. 86.

⁹⁷ FEYZİOĞLU, s. 388.

VI. CEZAI ŞARTIN UNSURLARI

A. Hukuken Geçerli Asıl Borcun Varlığı

Cezai şartın varlığı için, tam olarak ifa edilmesi istenen ve bu istemi kuvvetlendirmek üzere cezai şarta bağlanan asıl borcun var olması gerekmektedir⁹⁸. Bu asıl borcun sözleşmeden, kanundan, sebepsiz zenginleşmeden ya da aile hukukundan doğmuş bulunmasının bir önemi yoktur. Çünkü cezai şart, kural olarak her tür borç için kararlaştırılabilir⁹⁹.

Cezai şart fer'i niteliktedir ve varlığı asıl borca bağlı bulunmaktadır. Bu nedenle geçerliliği asıl sözleşmenin ve o sözleşmeden doğacak taahhütlerin varlığı ile kaimdir¹⁰⁰. Cezai şartın talep edilebilmesi ikinci olarak, asıl borca kaynaklık eden sözleşmenin geçerliliğini sürdürüyor olmasına bağlıdır. Asıl borcun tüm geçersizlik hallerinde cezai şart da geçersiz kabul edilecektir¹⁰¹.

Cezai şart, asıl borcun kuvvetlendirilmesi amacı ile vaat edilir¹⁰². Asıl borcun şarta bağlı olması da cezai şart ile güçlendirilmesine engel değildir. Ancak hukuken geçerli olmayan edimleri kuvvetlendirmek için kararlaştırılan cezai şart geçerli değildir. Örneğin,

⁹⁸ BİLGE, **Cezai Şart**, s. 50; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, S. 342-343; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 7; VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR, s. 334; ERMAN/SCHAUB, Art.339, Rn.3. “ Ceza koşulundan söz edilebilmesi, öncelikle asıl borcun varlığına bağlıdır.” Yarg. 13. HD. 1992/8546 E. 1993/348 K. 25.01.1993 T. www.dominanthukuk.com 25.04.2010.

⁹⁹ Para borçlarında cezai şart kararlaştırılıp kararlaştırılamayacağı bir dönem tartışılmıştır, ancak para borçlarında da cezai şartın kararlaştırılabileceği hususunda günümüzde bir şüphe yoktur. Bkz. ÖCAL, **Akar Para Borçlarındaki Cezai Şart Hakında Yargıtay’ın Görüşleri**, AD, Y. 52, Mayıs 1961, S. 5, s. 523 vd.; KARAHASAN, Mustafa Reşit, **‘Para Borçlarında Cezai Şart’**, IBD 1966 s.469 vd.; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 8 vd.; OĞUZMAN / ÖZ, s. 898 vd.; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 343 vd.; GÜNAY, s. 24 vd..

¹⁰⁰ Fer’ilik özelliği, cezai şartın muaccel olduğu ana kadar devam etmektedir. Yani, asıl borca ilişkin edim hiç ya da gereği gibi yerine getirilmediği, yani geciktirici şart gerçekleştiği taktirde, artık cezai şart bağımsız bir alacak niteliği kazanmaktadır. Bkz. EREN, s.1134; OĞUZMAN / ÖZ, s. 902; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 96 vd.

¹⁰¹ Baştaki objektif imkansızlık, şekle aykırılık, muvazaa, ehliyetsizlik nedenlerine dayanarak batıl olan veya irade beyanı sakatlıkları, gabin gibi sebeplerle iptal edilen bir sözleşmeden kaynaklanan asıl borca ilişkin olarak kararlaştırılan cezai şart geçersiz olacaktır. bkz. BK. m. 161/II OĞUZMAN/ÖZ s. 902; EREN s. 1134; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP s. 342 vd. VON TUHR, s. 764;

¹⁰² BİLGE, **Cezai Şart**, s. 50; OSER/ SCHÖNENBERGER, s. 949.

asıl borç şekil eksikliği, irade fesadı veya kanunun emredici hükümlerine aykırı olması vb. sebeplerden batıl ise cezai şart da batıldır¹⁰³.

Borçlar Kanunu m. 161/II'de “Ceza, kanuna veya ahlaka (adaba), mugayir bir borcu temin için şart edilmiş yahut hilafına mukabele olmadığı halde borcun ifası borçlunun mesuliyetini icap etmeyen bir hal sebebi ile gayri mümkün olmuş ise, şart olunan cezanın tediyesi talep edilemez” şeklinde bir düzenleme öngörülerek, esas borcun batıl olması durumunda cezai şartın da batıl olacağını açıkça ifade etmiştir¹⁰⁴.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 6. maddesi uyarınca çıkarılan Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin Eki Listede tüketici aleyhine öngörülen cezai şartın belirli koşullarda haksız şart olduğu düzenlenmiştir. Buna göre, genel işlem koşulları içinde yer alan bu tür cezai şartlar da geçersiz olacaktır¹⁰⁵.

Doktrinde ve Yargıtay yerleşik kararlarında cezai şartın fer’i niteliğine atıf yapılmış ve cezai şartın geçerliliğini öncelikle asıl borcun şekil ve esas bakımından geçerli bir borcun varlığına bağlanmıştır¹⁰⁶. Resmi şekilde yapılması gereken tapulu taşınmazların satımına ilişkin sözleşmelerde kararlaştırılan cezai şartın, şekle bağlılığı sorunu karşısında

¹⁰³ VON TUHR, A.: **Borçlar** s. 764; Yarg. 15. HD. 1988/4461 E. 1989/2129 K 27.4.1989 T. (YKD. Ekim 1989, s. 1458).

¹⁰⁴ VON TUHR, “Borçlar Kanunu 161/II m. ’deki şart olunan cezanın tediyesi talep edilemez, cümlesi ile, yapılacak cezai şart taahhüdünün batıl olduğu ifade edilmek istenmiştir.” s. 764. Tacir sıfatını haiz bir borçlu, TTK m. 24 uyarınca, fahiş dahi olsa bir cezai şartın tenkisini talep edemezken uygulamada, kararlaştırılan cezai şart miktarının tacir için ekonomik yıkım yarattığı hallerde cezai şartın ahlak ve adaba aykırı olması sebebiyle geçersiz kabul edildiği görülmektedir. bkz. HGK, 1970/1053 E. 1974/222 K. 20.3.1974 T. (YKD, C. 3, S. 1 Ocak 1977, s. 11 vd.) Yargıtayın anılan bu HGK kararına atıf yaparak aynı görüşünü tekrarladığı daha yeni tarihli kararlarına örnek olarak bkz. 13. HD. 1988/2765 E. 1988 / 4383 K. 03.10.1988 T. (YKD, C. 15, S. 11, Kasım 1989, s. 1597 vd.); 15. HD. E.1999 / 2025, K.1999 / 3642, T.14.10.1999 (YHD, C.XIX, S. 224/07, Temmuz 2000, s. 979 vd.)

¹⁰⁵ Alman Medeni Kanununun 309. ve 310.maddelerinde genel işlem koşulları içinde yer alan cezai şartın belirli durumlarda hakimin takdirine göre, belirli hallerde ise, hakimin takdir yetkisi olmaksızın geçersiz olduğu düzenlenmiştir. Bu hususta bkz. ÇINAR, **Tüketici**, s.37; MÜNCHKOMM/GOTTWALD, Art.339, Rn.5.

¹⁰⁶ UÇAR, Salter, **Hukukta Cezai Şart ve Uygulaması**, İstanbul, 1993, s. 34. TUNÇOMAÇ, **Cezai Şart**, s. 61 vd.; VON TUHR, S. 764; EREN , s. 1138 vd; OĞUZMAN / ÖZ, s. 899 vd.; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 344 vd.; GÜNAY, s. 87.

HGK, taşınmaz satımını güçlendiren cezai şartın da, satış sözleşmesinin tabi olduğu resmi şekilde kararlaştırılması gerek gerektiği, aksi halde geçerli olmayacağına karar vermiştir¹⁰⁷.

Yine Yargıtay bir kararında “İmar yasasının 42. maddesine göre inşaat yapılması için yapı izni mümkün değilse sözleşmenin konusunda ifa imkansızlığı ortaya çıkmıştır. Sözleşme konusundaki imkansızlık nedeni ile taraflar arasında borç ilişkisinin kurulduğu kabul edilemez. Verilen şeylerin karşılıklı iadesi olması gerekir.” içtihadıyla borcun imkânsızlık nedeni ile sona ermesi durumunda bu borca eklenen cezai şartın da hüküm

¹⁰⁷ HGK. 1993/13-125 E. 1993/711 K. 9.11.1993 T. (YKD, C. 20, S. 3, Mart 1994, s. 343 vd.) Yarg. 14. HD. 24. 12. 1984 G. ve 1984/6592-8181; Tapulu taşınmaz mülkiyetinin geçirilmesine yönelik işlemler resmi biçimde yapılmalıdır. Sözleşme resmi biçimde düzenlenmediğinden ve şekil şartına uyulmadığından, sözleşme geçersiz olup, yazılı ceza koşulu da, asıl borcun fer'i (ekleni) niteliğinde bir borç olmakla asıl borç gibi o da hüküm ifade etmez. Diaport Mevzuat ve İctihad Programı www.diaport.com 25.10.2009. Yargıtay 13. HD. 1978/4163 E. 1978/4315 K. 23.10.1978 T. (Taraflar arasında davalının kamyonunun satımına ilişkin bir sözleşme yapılmıştır. Sözleşmede, plaka devri yapılmaz ise satıcının belirlenen miktarda tazminat ödeyeceğine ilişkin bir hüküm bulunmaktadır. Davacı, davalının kamyoneti teslim etmediği ve trafik kaydı ile mülkiyeti devretmediğini; kamyoneti bir kez daha para ödeyerek trafik kaydında adına tescilli olan şahıstan satın almak zorunda kaldığını iddia etmiş ve davalıdan satış parası ile kararlaştırılan cezai şartı talep etmiştir. Yerel Mahkeme, hukuki devir yapılmadığından, satış parasının faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar vermiş ancak taraflar arasındaki satış sözleşmesinin geçersizliğini ileri sürerek, cezai şartın da geçersiz olduğu gerekçesi ile buna ilişkin talebi reddetmiştir. Her iki taraf da hükmü temyiz etmiştir. 13. HD. öncelikle, kamyonetin bir taşınır olduğunu ve taşınır malların mülkiyetinin teslim ile geçtiğini, sözlü satışlar ve adı yazılı belge ile yapılan satışların geçersizliğinden söz edilmeyeceğini vurgulamıştır. Bu bağlamda taraflar arasındaki sözleşme geçerli olduğundan cezai şartın da geçerli olduğu sonucuna varmıştır. Trafik kaydı 3. kişi adına da olsa davalının trafik kaydının aktarılması yükümlülüğü kapsamındadır. O halde, davalı cezai şarttan sorumludur, yerel mahkemenin cezai şarta ilişkin talebi reddetmesi bozma sebebidir.) (YKD C. 5, S. 5 Mayıs 1979, s. 681 vd.) (Bu karar 2918 sayılı Karayolları Trafik kanununun 18.10.1983 tarihinde yürürlüğe girmesinden önce verilmiş bir karardır. 2918 satılı Karayolları Trafik Kanunu uyarınca tescil edilmiş araçların her türlü satış ve devrinin noterlerce yapılacağı gözden uzak tutulmamalıdır.); 13. HD. 1988/1091 E. 1988/2331 K. 21.4.1988 T. (Taraflar arasında satış vaadi sözleşmesi vardır. Bu sözleşme noterde yapılmayıp adı yazılı şekilde düzenlenmiş olduğundan geçersizdir. 13. HD, geçersiz olan bu sözleşme ile doğan borca ilişkin olarak kararlaştırılmış olan cezai şartın da hüküm ifade etmeyeceğini vurgulayarak, cezai şarta hükmeden yerel mahkemenin kararını bozmuştur.) (YKD, C. 15, S. 8 Ağustos 1988, s. 1143 vd.); 15. HD. 1977/46. E. 1977/254 K. 7.2.1977 T. (Taraflar arasında eser sözleşmesinde davalıya ait arsanın belirlenen bir payının davacı müteahhide temlik edileceği vaadi yer almaktadır. Bu vaadi içeren sözleşme, noterde değil de adı yazılı şekilde düzenlendiğinden geçersizdir. 15. HD., şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olan bu sözleşmenin fer'i niteliğindeki cezai şartın da hukuken geçersiz olduğunu vurgulayarak yerel mahkemenin bu hususu irdelememiş olan kararı bozulmuştur.) (YKD, C. 5, S. 1 Ocak 1979, s. 101 vd.); 13. HD. 1977/3244 E. 1977/4000 K. 20.9.1977 T. (Taraflar arasında tapulu bir taşınmazın adı senetle satımı söz konusu olmuştur. Davacı alıcı, davalı satıcının tapuda ferağdan kaçındığı iddiası ile açtığı davada, harici senette yazılı olan cezai şartı da talep etmiştir. 13. HD. tapulu yerin haricen satışının geçersiz olduğunu ve resmi şekle uyulmadan yapılan bu sözleşmede yer alan ceza koşulunun da hükümsüz sayılacağını ifade ederek, geçerli olarak kurulmamış olan sözleşmedeki cezaya hükmeden yerel mahkemenin kararını bozmuştur.) (YKD, C. 4, S. 1 Ocak 1978, s. 80 vd.)

ifade etmeyeceği¹⁰⁸, aynı şekilde “Taraflar arasında satış vaadinin belli bir gayrimenkulden ifraz edilecek bir parçaya ilişkin bulunmasına ve imar müdürlüğünden gelen cevaplardan hem binanın durumu ve hem de yerin küçüklüğü bakımından ifraza müsaade edilemeyeceğinin anlaşılmasına göre taraflar arasındaki akdin konusunun imkansız olduğu ortaya çıkmaktadır ki, böyle bir akit BK. m. 20 uyarınca hükümsüzdür. Bu akde dayanarak ceza şartı hükmolunamaz. ...” şeklindeki içtihatlarla akdin imkânsız olması durumunda cezai şartın da hükümsüz kalacağı açıkça belirtilmiştir¹⁰⁹.

Cezai şarta bağlanan asıl borç ilişkisi sona ermiş ise cezai şart da geçersizdir. Sözleşmenin karşılıklı anlaşma ile ortadan kaldırılması veya sözleşmeye uygun ifa ile borcun son bulması hallerinde de artık cezai şart talebinde bulunulamaz. Çünkü cezai şart fer’i nitelikte bir borç olup geçerli bir esas borcun varlığını gerektirir¹¹⁰.

¹⁰⁸ UÇAR, s. 34, Yarg. 15. HD. 1979/970 E. 1979/1468 K. 14.06.1979 G. (Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası www.meseyazilim.com) 22.10.2009.

¹⁰⁹ UÇAR, s. 38, Yarg. 4. HD. 1957/1586 E. 1957/4175 K. 24.06.1957 G. (Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası www.meseyazilim.com) 22.10.2009.

¹¹⁰ EREN, s. 1134; OĞUZMAN / ÖZ, s. 902. Yarg. 15. HD. 2000/2826 E. 2000/4884 K. 8.11.2000 T. (Taraflar arasında eser sözleşmesi bulunmaktadır. Sözleşme ile yapılması kararlaştırılmış işlerin hepsi tamamlanmamıştır. Davacı, 14.7.1997 tarihli ihtarname ile sözleşmeden dönmüş ve yerel mahkemeye başvurarak eksik işler bedeli ile ifaya bağlı cezai şartın tahsilini talep etmiştir. Yerel mahkemeye davayı kabul etmiştir. Davalının temziyi neticesinde 15.HD., cezai şart ile eksik işler bedelinin müspet zarar kapsamında olduğunu vurgulayarak, bunların talep edilebilmesinin sözleşmeden dönülmemiş olunmasına bağlı olduğunu; olayda ise davacı tarafın sözleşmeden dönmüş olması sebebiyle onun sadece menfi zararlarını (davalı ile sözleşme yapmamış olsa idi, o tarihte teklif edilmiş fiyat ile, feshi takiben eksik kalan işleri tamamlattırmak için başka bir yükleniciye ödediği bedel arasındaki fark) talep edebileceğini belirtmiştir. Bu bağlamda, cezai şart talebinin reddedilmesi ve hesaplanarak menfi zarara hükmedilmesi gerektiğinden yerel mahkemenin kararını bozmuştur.) (YKD, C. 27, S. 2 Şubat 2001. S. 232.); Aynı yönde 15. HD. 1996/463 E. 1996/821 K. 14.2.1996 T. (Olayda arsa sahibi, davalı müteahhid ile aralarındaki sözleşmenin feshini ve ruhsatsız inşaat nedeniyle belediye eksik kalan işleri tamamlattırmak için başka bir yükleniciye ödediği bedel arasındaki fark) talep edebileceğini belirtmiştir. Bu bağlamda, cezai şart talebinin reddedilmesi ve hesaplanarak menfi zarara hükmedilmesi gerektiğinden yerel mahkemenin kararını bozmuştur.) (YKD, C. 27, S. 2, Şubat 2001. S. 232.); Yargıtay 15. HD. 1996/463 E. 1996/821 K. 14.2.1996 T. (Olayda arsa sahibi, davalı müteahhid ile aralarındaki sözleşmenin feshini ve ruhsatsız inşaat nedeniyle belediyeye ödemek zorunda kaldıkları miktar ile eser sözleşmesinde gecikme cezası olarak kararlaştırılmış olan tutarı talep etmiştir. Davalı müteahhid davanın reddini istemiş, yerel mahkeme, sözleşmenin feshi ile birlikte, talep edilen her iki bedelin de (belediyeye ödenen miktar ile gecikme cezası olarak kararlaştırılan tutar) tahsiline karar vermiştir. Davalı kararı temyiz etmiştir. 15. HD. Bu kararında, taraflarca eser sözleşmesinde gecikme cezası olarak kararlaştırılan hükmü ifaya ekli cezai şart olarak nitelendirmiş ve bunun olumlu zarar kapsamına girmesi sebebiyle ancak sözleşmenin varlığını sürdürmesi halinde talep edilebileceğini belirtmiştir. Bu bağlamda somut olayda iş sahibi akdin feshini talep ettiğinden, artık var olmayan bir sözleşmeden kaynaklanan cezai şarta ilişkin talebin reddedilmesi gerektiğini ifade ederek yerel mahkemenin kararını bozmuştur.) (YKD, C.

B. Asıl Borcu Artıran Veya Asıl Borca İlave Edilen Bir Edimin Varlığı

Cezai şarttan söz edebilmek için, esas borca eklenen veya onu artıran yeni ve bağımsız bir borcun varlığı gerekir¹¹¹. Uygulamada bu edimin genellikle bir miktar para olarak kararlaştırıldığı görülmektedir¹¹².

Borçlar Kanunu m. 161/f. 1’de taraflar, “cezanın miktarını tayinde serbesttirler” denilmektedir. Kanun hükmünde yer alan, “miktarını tayin” ifadesi cezai şartın konusunun sadece para olabileceği değil para dışındaki malvarlığı edimlerinin de cezai şartın konusu olabileceği şeklinde yorumlanmalıdır. Nitekim doktrin, tarafların cezai şartın miktarının yanı sıra, cezai şartın konusunu oluşturan edimi de serbestçe seçebilecekleri konusunda ittifak halindedir¹¹³. Alman Medeni Kanununun 342. paragrafında cezai şartın para dışında başka bir edim olabileceği ve bu durumda para cezasına ilişkin (339-341) hükümlerinin uygulanacağı açıkça düzenlenmiştir¹¹⁴.

22, S. 8 ağustos 1996, s. 1268.); 15. HD. 1995/2482 E. 1995/4550 K. 13.9.1995 T. (Olayda bu durumu göz ardı eden yerel mahkemenin sözleşmenin feshedilmiş olmasına rağmen cezai şarta hükmetmesi sebebiyle 15. HD. yerel mahkemenin kararını bozmuştur.) (YKD, C. 22. S. 2, Şubat 1996, s. 242.) ; 15. HD. 1975/2837 E. 1975/3917 K. 1.10.1975 T. (Taraflar arasındaki inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin edimini gecikme ile yerine getirmesi halinde belirlenen miktarda cezai şart ödeyeceği kararlaştırılmıştır. Yüklenicinin taahhüdünü yerine getirmemesi nedeniyle sözleşmenin feshi halinde, sözleşmeye dayanarak cezai şart talep edilmesi mümkün değildir.) (YKD, C. 4, S. 2, Şubat 1978, s. 254.).

¹¹¹ ARSEBÜK, s. 983; BİLGE **Cezai Şart**, s. 77; FUNK FRITZ (Çev. H. Veldet Velidedeoğlu/Cemal Hakkı Selek), **Borçlar Kanunu Şerhi, C. I, Umumi Hükümler**, İstanbul, 1938, s. 230; GÖKTÜRK, **Cezai Şart**, s. 398; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 12.

¹¹² Bu çalışmada atıf yaptığımız Yargıtay Kararlarında da görüleceği üzere cezai şarta ilişkin hemen hemen tüm olaylarda, tarafların cezai şartı, bir miktar paranın ödenmesi şeklinde kararlaştırdıkları görülmektedir.

¹¹³ EREN, s. 366; GÖKTÜRK, **Cezai Şart**, s. 399; OĞUZMAN/ÖZ, s. 899 vd.; OSER/SCHÖNENBERGER, m. 160-163, N. 3, s. 949; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, “Cezai şartın ekonomik değeri haiz bir edim olması halinde borçlu ifa için daha çok gayret sarf edecektir”. s. 14; VON TUHR, s. 764. Yargıtay 15. HD’nin bir kararında yapmış olduğu niteleme bu duruma örnek teşkil etmektedir. 15. HD. 1999/1619 E. 1999/2729 K. 5.10.1999 T. Taraflar arasında kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapılmıştır. Sözleşmeye göre, inşaat belirlenen süre içinde bitirilmezse, müteahhit (yüklenici) inşaatı terk edecek, arsa sahibi inşaata el koyacak ve müteahhid yapmış olduğu harcamalardan hak talep edemeyecektir. 15. HD bu düzenlemeyi bir cezai şart olarak nitelendirmiştir. (Yasa Hukuk Dergisi, C. XIX, S. 219 / 02 Şubat 2000, s. 269).

¹¹⁴ MÜNCHKOMM/GOTTWALD, Art.342, Rn.1-2; Alman Medeni Kanunu m.339-341 hükümlerine atıf yapmakla birlikte, cezai şartın tenkisine ilişkin m.343 hükmüne atıf yapmamıştır. Bu durumda, para cezası dışındaki sözleşme cezalarının tenkisinin istenemeyeceği gibi bir anlam ortaya çıkmışsa da doktrinde, Kanunda öngörülme dahi para cezası dışındaki cezai şartların da koşulları varsa tenkisinin istenebileceği kabul edilmektedir. Ancak, bu tür durumlarda, cezai şartın tenkisi para cezası kadar kolay yapılamayacaktır.

Çoğunlukla cezai şart, borcun yerine getirilmemesi halinde ödenecek bir miktar para olarak kararlaştırılmakla birlikte cezai şartın mutlaka bir miktar paradan ibaret olacağına dair zorunluluk bulunmamaktadır. Para dışındaki verme, yapma hatta mali bir değer taşıması durumunda bir yapmama borcunun dahi cezai şartta konu olmasına engel bulunmamaktadır. Ancak mali bir ifa yükünü oluşturmayan edimler cezai şartta konu olamazlar¹¹⁵.

Uygulama ve doktrinde borcun ihlali halinde borçlunun bir edimi yerine getirmesi değil de bir hak mahrumiyeti ceza olarak kararlaştırılmışsa, bunun BK 158-161 anlamında cezai şart kabul edilemeyeceği belirtilmektedir¹¹⁶. Örnek olarak, müteahhidin işi geciktirdiği her ay için bedel alacağına bir kısmını kaybedeceği veya satıcının malı zamanında teslim etmemesi halinde satım sözleşmesindeki bir hakkını kaybedeceği gösterilebilir.

Malvarlığı değeri taşımayan manevi değerler cezai şart olarak kararlaştırılamaz. Bu tür manevi değerler, cebri icra yolu ile takip edilemezler, bu nedenle de cezai şart olarak yarar sağlamaları mümkün değildir¹¹⁷.

Cezai şart olarak kararlaştırılan edimin maddi bir değer taşıması yanında, cezai şart olarak kararlaştırılan husus, kanuna, ahlaka ve kişilik haklarına aykırı ya da imkansız bulunmamalı ve cezai şart olarak kararlaştırılan edim asıl borçtan ayrı ve bağımsız olmalıdır. Cezai şart, anlaşmanın kapsamına göre önceden kararlaştırılan sabit bir tutar

Bu hususta bkz. PRÜTTING, Hans/WEGEN, Gerard/WEINREICH Gerd, **BGB Kommentar**, 4. Auflage, 2009 Art.342, Rn.1-2.

¹¹⁵ KOCAAĞA s. 107; OĞUZMAN/ÖZ, s. 901; Fransız Medeni Kanunu m. 1226, herhangi bir şeyin cezai şart olarak kararlaştırılabileceğini hükme bağlamıştır. Alman Hukuku açısından sigara içmeme, alkol kullanmama gibi davranış yükümlülüklerinin ihlali halinde cezai şartın kararlaştırılabileceği, ancak arkadaşlık etmeme, sevmeme gibi duygusal davranışlar için cezai şart kararlaştırılamayacağı savunulmuştur. Bu hususta bkz. MÜNCHKOMM/GOTTWALD, Art.339, Rn.18.

¹¹⁶ TEKİNAY /AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.343 Not. 1a ;OĞUZMAN/ÖZ s. 901; Alman hukuku açısından aksi görüşte ERMAN/SCHAUB, Art.342, Rn.2.

¹¹⁷ EREN, s. 86; KOCAAĞA s.106 vd.; BECKER, Art 160 OR N. 6;

olarak belirlenebileceği gibi, gecikme süresine bağlı olarak gecikilen her bir zaman dilimi bakımında, örneğin her ay ya da her gün için belirli bir tutar olarak da kararlaştırılabilir¹¹⁸.

C. Cezai Şartın Asıl Borca Bağlı Ve Ayrı Bir Edim Olarak Kararlaştırılmış Olması

Cezai şartın borçtan ayrı ve bağımsız nitelikte olması gereklidir. Ceza olarak kararlaştırılan edim, asıl borcun içeriğinde bulunmayan bağımsız bir edim olmalıdır. Asıl borç ilişkisinde kendiliğinden bulunan bir takım mahrumiyetlerin, cezai şart olarak kararlaştırılması da mümkün değildir. Örneğin, faiz borcunun ödenmemesi durumunda, faiz oranının artacağına ilişkin bir anlaşma cezai şart iken, borcun zamanında ödenmemesi halinde temerrüt faizi ödeneceğine ilişkin anlaşma cezai şart değildir. Çünkü bu durumda zaten asıl borcun içinde kanun gereği temerrüt faizi ödeme yükümlülüğü mevcuttur¹¹⁹.

Bir hakkın kaldırılması ve sona erdirilmesi, ücret ya da satış bedelinin tenzili sureti ile azaltılması veya değiştirilmesine ilişkin olan anlaşmalar, diğer tarafın temerrüdü halinde akdin feshi, faizlerin zamanında ödenmemesi durumunda verilen ödünç paranın muacceliyet kazanacağına, sigortalının rizikonun gerçekleşmesi durumunda ödenecek tazminatın düşeceği konusundaki anlaşmalar ayrı ve bağımsız nitelik taşımadığından cezai şart olarak değerlendirilemez¹²⁰.

Buna karşılık Borçlar Kanunumuzun 160. maddesinin birinci fıkrasında, cezai şartı düzenleyen hükümlerin, bu tür anlaşmalara da uygulanacağını ifade etmiştir. Kanun maddesinin lafzından bu tür anlaşmaları cezai şart olarak kabul etmediği, ancak aralarındaki benzerlikler nedeniyle aynı hükümlere tabi tuttuğu anlaşılmaktadır.

¹¹⁸ MÜNCHKOMM/GOTTWALD, Art.339, Rn.10; OZANOĞLU, s. 81.

¹¹⁹ BİLGE, **Cezai Şart**, s. 77; TUNÇOMAĞ, **Borçlar Hukuku** s. 858; MÜNCHKOMM/GOTTWALD, Art.339, Rn.14.

¹²⁰ GÖKTÜRK, **Cezai Şart**, s. 398; OSER/SCHÖNENBERGER, m. 160-163, N. 3, s. 948 VON TUHR, s. 765 Krş. BECKER, Herman **Borçlar Hukuku**, Kısım 1, C. VI, Ankara 1968, (Çev. Kemal Reisoğlu).” Cezai şart bakımından edanın nevi önemli değildir. Bu bir kesinti şeklinde, mesela, bir ücretin tenzili şeklinde, satış fiyatının indirilmesi gibi, ek bir eda şeklinde, mesela nizami faizlerin yanında ek bir faiz ödenmesi veya hizmet edası mükellefiyeti tarzında mevcut olabilir.” m. 160, N. 6, s. 212.

Asıl borç ile cezai şart borcunun konusu birbirinden farklı olmalıdır¹²¹. Örneğin, işçinin işvereni ile yaptığı rekabet yasağına ilişkin sözleşmeye, cezai şart olarak rekabet yapılmayacağı şeklinde bir hüküm getirilemez. Ancak, rekabet yapılırsa, belli miktar ceza ödeneceği veya elde edilen menfaatlerin işverene devredileceği, şeklindeki taahhütlerin niteliği asıl borçtan farklı olduğundan ceza olarak kararlaştırılması mümkündür. Bu nedenle cezai şartla asıl borçta mevcut bulunmayan yeni bir edanın taahhüt edilmiş olması gerekir¹²².

D. Cezai Şartın Sağlararası Bir Akit İle Kararlaştırılmış Olması

Cezai şart bir hukuki işlemde doğar. Cezai şart taahhüdünde bulunan tarafın bu yönde bağlanma niyetini içeren bir irade açıklamasına gereksinim vardır. Cezai şartı içeren sözleşmenin tek taraflı¹²³ ya da iki taraflı¹²⁴ olması mümkündür. Ancak cezai şart sadece sağlar arası hüküm doğuran hukuki işlemlerde söz konusu olur¹²⁵. Ölümüne bağlı işlemlerin şarta bağlı olarak yapılması mümkün olmakla birlikte bu tür işlemde cezai şart kararlaştırılmaz¹²⁶. Bu işlemler şekil, konu ve hükümleri açısından, Medeni Kanunumuzun şart ve mükellefiyete ilişkin hükümlerine tabidirler. Bu tasarruflar vasiyetname ya da miras

¹²¹ “Ceza koşulundan söz edilebilmesi, öncelikle asıl borcun varlığına bağlıdır. Eş deyişle ortada ceza koşulunun kuvvetlendirdiği bir asıl borcun bulunması gerekir. Öyle ki ceza koşulu asıl borca yaptırım olarak bağlı ve borca aykırılık durumunda ortaya çıkan fer’i borç niteliğindedir. Ne var ki bu edim (ceza koşulu) asıl borçtan bağımsız, ayrı olmalıdır.” Yarg. 13. HD. 1992/8546 E. 1993/348 K. 25/01/1993 T. www.dominanthukuk.com 25.04.2010

¹²² BİRSEN, Kemalettin: **Borçlar Hukuku Dersleri, Borçların Genel Hükümleri**, 4. Bası, İstanbul : İstanbul Fakülteler Matbaası 1967. s. 433; BİLGE, **Cezai Şart**, s. 79.

¹²³ Sözleşmelerde, dernek tüzüklerinde cezai şart tesisi, bu hale örnek olarak gösterilebilir. Bkz. TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 59.

¹²⁴ TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 61.

¹²⁵ Tarafların taahhütlerinin yorumlanmasının çoğu kez çok güç olması sebebiyle, ancak bu şekilde tarafların amacının isabetli biçimde tespit edilebileceğini ileri sürülmektedir. Tunçomağ’ın bu hususu somutlaştırdığı örnekler için bkz. TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 18 vd.

¹²⁶ EREN, s.1134; FEYZİOĞLU, s.391; BİLGE, s.49; BECKER, Art 160 OR N. 1.; SAYMEN/ELBİR, s. 838; “Miras bırakan vasiyetnamesinin ifasını güvence altına almak için, vasiyetnamesinde mirasçılara belirli mükellefiyetler yükleyebilir. Bu durumda cezai şartın ifayı sağlamlaştırma fonksiyonuna benzer bir durum ortaya çıksa da, vasiyetname bir sözleşme olmadığı için, sözleşmesel mahiyette bir cezai şart söz konusu olamaz.” Yarg. 4. HD. 2602/1802 YHD 12.7.1941 T. 1978, S. 5. s. 50. Karşı görüş; Ölümüne bağlı bir tasarruf işlemi olan vasiyetnameyle de cezai şart konabileceği kanaatindedir. ARSEBÜK s. 980.

mukavelesi yoluyla yapılabilir. Konusu itibariyle de ancak şart ve mükellefiyetin yapısına uyduğu ölçüde TMK. m. 545 vd. hükümleri çerçevesinde kararlaştırılabilir¹²⁷. Şarta bağlı bu tür tasarrufun fahiş olması nedeniyle indirilmesi açısından da yine BK. değil, TMK.'da yer alan mahfuz hisse kurallarının uygulanması gerekir¹²⁸.

V- CEZAI ŞART ALACAĞININ TEMİNATA BAĞLANMASI

Cezai şartın amacı asıl borcu kuvvetlendirmektir. Fakat borçlunun mali durumu elverişli değilse, alacaklının borçludan hiçbir şey alamama riski ortaya çıkacaktır. Yani cezai şartın her türlü koşulda alacaklıya alacağı temin hususunda tam bir güvence sağlaması mümkün değildir. Bu bağlamda cezai şart alacağının da teminata bağlanması gündeme gelir. Cezai şartın asıl alacakla birlikte ya da yalnız başına teminata bağlanabilmesi mümkündür¹²⁹.

A. Asıl Borçtan Bağımsız Olarak Teminata Bağlanması

Cezai şart alacaklıya her hal ve durumda teminat sağlayamaz. Borçlunun mali durumunun daha sonradan bozulması durumunda, ceza alacağının elde edilmesi imkansızlaşabilir. Bu durum bizzat ceza alacağının da teminat altına alınmasının gerekliliğini ortaya çıkarmaktadır. Ceza alacağının ayrıca teminat altına alınması, borçlu

¹²⁷ TUNÇOMAĞ, *Cezai Şart*, s. 7 vd.; OĞUZMAN / ÖZ, s. 899 vd.; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s.342 vd.; EREN, s. 1134 vd.; TAYLAN, s. 48.

¹²⁸ BECKER, m. 160, N. 1, s. 216; TUNÇOMAĞ, *Cezai Şart*, s. 18; Krş. OSER/SCHÖNENBERGER, m. 160-163, N. 16, s. 950, “Bir edanın hakim tarafından veya muris tarafından tahmil edilmesi (halinde) burada mukavele yoktur. Bununla beraber cezai şarta ait hükümler, kıyas yolu ile icap eden değişiklikler yapılarak tatbik edilebilir.” demek sureti ile bu tür muamelelere de cezai şarta ilişkin hükümlerin uygulanmasının gerektiğini ileri sürmektedir.

¹²⁹ EREN s. 1134; KILIÇOĞLU s. 533; İNAN s.427; BUCHER s.522; KELLER/SCHÖBİ s. 109; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 342.Cezai şartın teminata bağlanması bakımından bkz. KOCAAĞA s. 139-142.

üzerinde borcun ifasını zorlayıcı psikolojik baskının daha da artmasına neden olur. Böylelikle asıl borcun ifası güvence altına alınmış olacaktır¹³⁰.

Cezai şart asıl borcun akıbetine bağlı fer'i bir borç niteliğinde olmakla birlikte bu borcun aynı zamanda kendine özgü bir varlığa sahip olduğu ve ekonomik bir değer taşıdığı da inkar edilemez. Bu nedenle ceza alacağının da asıl borçtan bağımsız olarak teminat altına alınabileceğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Kendisi esas itibari ile bir teminat vasıtası olan seçimlik cezai şartın kefalet ya da rehin gibi diğer bir teminat sözleşmesi ile kuvvetlendirilmesi mümkündür¹³¹.

B. Asıl Borçla Birlikte Teminata Bağlanması

Taraflar sözleşmeyle hem cezai şarttan doğan alacağı hem de asıl alacağı teminata bağlayabilir. Kural olarak asıl borç için elde edilen teminatın fer'i borcun asli borca katılması dolayısıyla, cezai şartı da kapsayacağı savunulmaktadır¹³². Ancak doktrinde asıl borç için temin edilen kefalet, rehin gibi teminat sözleşmelerinin aksine anlaşma olmadıkça, cezai şartta şamil olmadığı yönünde karşı görüşler de mevcuttur¹³³. Bu noktada çeşitli teminat şekillerinin bu konu bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi daha uygun olacaktır.

Taşınmaz rehni açısından TMK. 875. maddelerinde ipotek kapsamına giren borçlar içerisinde cezai şart borcu yer almamaktadır. Dolayısıyla, ayrı bir anlaşma yoksa

¹³⁰ BİLGE, **Cezai şart**, s. 75; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 73.

¹³¹ BUCHER s.522; KOCAAĞA s. 139“Düzenlenen taahhütnamede giderlere yapıldığı tarihten itibaren %10 faiz yürütüleceği kararlaştırılmıştır. Bunun dışında, yapılan giderlerin %50’ si kadar cezai şart ödemeyi öğrenci üstlenmiştir. Öte yandan taahhütnamenin beşinci sayfasında kefillerin sorumluluk bedeli 5 milyon TL ve bunun faizi ile sınırlandırılmış, her üç kefilin bu miktardan asıl borçlu ile müteselsilen sorumlu oldukları kabul edilmiş iken, 5 milyon TL’lik sorumluluğu ortadan kaldırır biçimde... bilirkişinin yaptığı isabetsiz yoruma bağlı kalınması... doğru olmamıştır.” Yarg. 15. HD. 1995-7102 E./1996-161 K. (Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası www.meseyazilim.com) 30/09/2009.

¹³² BECKER, m. 160, N. 27, s. 223; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 70.

¹³³ BİLGE, **Cezai Şart**, s. 76.

cezai şart alacağıının ipotek kapsamında korunamayacağı kabul edilmiştir¹³⁴. Ayrıca asıl borca ilişkin ipoteğin cezai şartı da temin edebilmesi, cezai şartın teminat kapsamı içine alındığının tapu sicilinde (akit tablosu) gösterilmesine bağlıdır¹³⁵.

Türk Medeni Kanunu'nda taşınmaz rehni kapsamında cezai şart sayılmamışsa da cezai şartın menkul rehni kapsamına dahil olduğu kabul edilmektedir¹³⁶. Öte yandan, tarafların cezai şartı bir tazminat olarak değil, sırf ceza olarak kararlaştırmaları durumu menkul rehni kapsamında değerlendirilemez¹³⁷.

Türk hukukunda kefalet bakımından cezai şartta ilişkin açık bir düzenleme bulunmamasına karşılık, BK. m. 499/II kefilin açık bir taahhüdünün bulunmadığı durumda ceza borcundan sorumlu tutulamayacağı hükmü yer almaktadır. Ancak seçimlik cezai şart yönünden alacaklının seçim hakkını, cezadan yana kullanması durumunda kefilin de cezadan sorumlu tutulması gerekmektedir. Ancak bu durumda kefilin cezai şarttan sorumluluğu kefalet sözleşmesinde kararlaştırılmış olan miktarı aşamaz¹³⁸. Diğer taraftan,

¹³⁴ BİLGE, **Cezai Şart**, s. 76; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 71; TÜKEL, s. 78.

¹³⁵ TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 71; TÜKEL, s. 79.

¹³⁶ TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 71-72; TÜKEL, s. 79; Nitekim Alman Medeni Kanunu § 1210 menkul rehlinin temin ettiği haklar içinde açıkça cezai şartta yer verilmiştir. Karşı BİLGE, **Cezai Şart**, s. 76.

¹³⁷ TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 72; TÜKEL, s. 79.

¹³⁸ TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 72; TÜKEL, s. 79. Yarg. HGK 1991/9-247 E. 1991/381 K. 19/06/1991 T.'li kararında; "...Bundan başka diğer davalılar sözleşmeye yurtdışında sarf edilen meblağın ve sözleşmede öngörülen cezai şartın her ikisinden toplam olarak 20.000.000 liraya kadar olan kısmı için kefil olmuşlardır. Daha açık bir ifade ile 20.000.000 TL.nin içinde hem sarf edilen para, hem de cezai şart vardır. Mahkemece adı geçen davalılar cezai şarttan sorumlu tutulmamış olduklarına göre, diğer davalı için hüküm altına alınan cezai şart miktarının 20.000.000 TL.den tenzili gerekir..) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnmiştir. Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

KARAR: Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır."

Yarg. 15. HD. 1977/670 E. 1977/798 K. 04.04.1977 T'li kararı "Davacılar vekili, 10 Aralık 1974 günlü dava arzuhali ile "15.08.1974 günü muaccel olan inşaat mukavelesinin temerrüt sebebiyle feshi ve hükümsüzlüğü, fesihten doğan her türlü zararlarına karşılık olmak üzere ve fazlaya mütedair talepleri baki kalmak şartıyla 50.000 lira zarar ziyanın ve akde müstenit rücu sebebiyle 50.000 lira tazminatı her iki davalıdan müştereken ve müteselsilen tahsilini ve dava mevzuu gayrimenkul üzerine davalılardan (Y) lehine konulmuş olan ipoteğin kaldırılmasını" talep ve dava etmiş, davalılardan (A) kefaletin aslında geçersiz ve adi kefalet hükmü mahiyetinde olduğundan davanın reddini istemiş, diğer davalı (Y) ise tafsilatı 30/12/1974 günlü cevap layihasında yazılı olduğu üzere (1434 metrekairelik için 300 liradan tutarı 430.200 liralık iş yapıldığını, bu

kefilin sorumluluğu asıl borçla sınırlı olduğu için ifaya eklenecek cezai şarttan sorumlu tutulabilmesi için bu hususta ayrı bir anlaşmanın varlığı gerekir. Şayet taraflar arasında böyle bir anlaşma yoksa kefil cezayı ödemekle yükümlü tutulamaz¹³⁹.

işlerin karşılığı tamamen yapılan ihtara rağmen tediye edilmediği için inşaatı durdurmak mecburiyetinde kaldığından" mesnetsiz olarak açılan davanın reddini savunmuştur... Akitlerin tefsirinde, akdın şekil ve şartlarını tayinde, iki tarafın gerek sehven, gerekse akitteki hakiki maksatlarını gizlemek için kullandıkları tarihlere ve isimlere bakılmaksızın onların hakiki ve müşterek maksatlarını aramak lazımdır. Borçlar Kanununun 18. maddesinde hakim, tarafların bilmeyerek ve hataen kullandıkları tabir ve isimlere değil, birleşmiş maksatlarını göz önünde tutmak zorundadır. Davalılardan (A), 14.05.1974 günlü inşaat yapım sözleşmesinde taşeron (Y)'nin taahhüt etmiş olduğu inşaatı (fiili) mal sahibine karşı taahhüt etmiştir. Bir üçüncü şahsın fiilini başkasına taahhüt eden kimse bu üçüncü şahıs tarafından taahhüdün ifa edilmemesi halinde zarar ve ziyan tediyesine mecburdur ve hakikatte öbür şahsın kefil mesabesinde. Davalı (A)'nin durumu, Borçlar Kanunu'nun 110. maddesinde yazılı (başkasının fiilini taahhüt) eden bir kimse olup kefil (kefalet) olarak kabulü ve hakkındaki davanın (belli bir miktara kefil olmadığından) söz edilerek reddedilmesi doğru değildir." www.dominanthukuk.com 25.04.2010

¹³⁹ BİLGE, **Cezai Şart**, s. 76; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 72; TÜKEL, s. 80.

İKİNCİ BÖLÜM

CEZAI ŞARTIN ÖZELLİKLERİ VE BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

I- CEZAI ŞARTIN ÖZELLİKLERİ

A. Cezai Şartın Her Türü Borç İçin Kararlaşdırılabilirliği

1. Genel Olarak

Cezai Şartın varlığı için, ortada kuvvetlendirilmek istenen bir asıl borcun var olması gerekmektedir¹⁴⁰. İlke olarak her türlü borç cezai şarta bağlanabilir. Buna göre asıl borcun sözleşmeden, kanundan, sebepsiz zenginleşmeden, haksız fiilden doğmuş bulunmasının bir önemi yoktur¹⁴¹.

Cezai şarta bağlanan borcun konusu her türlü edim olabilir¹⁴². Cezai şarta kaynak olan asıl borcun mutlaka mali bir değer taşımaya gerek yoktur¹⁴³. BK. m. 159/1' deki

¹⁴⁰ BİLGE, *Cezai Şart*, s. 50; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 342-343; TUNÇOMAĞ, *Cezai Şart*, s. 7; VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR, s. 334;

¹⁴¹ Doktrinde hakim görüş bu yöndedir. OSER/SCHÖNENBERGER, Vorbem. Zu Art. 160-163 OR; N.9; BECKER, Art. 160 OR, N.3; VON TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, Zürich 1974 s. 278; TUNÇOMAĞ, *Cezai Şart*, s. 11; BİLGE, s. 60-61; EREN, s. 1134; İNAN, s. 426; KOCAĞA, s. 89; Buna karşın kanunen belirtilen konularda asıl alacak cezai şarta bağlanamaz. Aişe Hukukunda evlenme sözleşmesinin cezai şartla yapılması mümkün değildir. Nişanlanma sırasında kararlaştırılan cezanın talep ve dava edilemeyeceği, ancak yapılan ödemenin geri istenebileceği TMK. m. 119/II'de açıkça ifade edilmiştir. (OĞUZMAN/ÖZ, s. 899. dn. 379 naklen) Karşı Görüş; SECRETAN sözleşmeden doğmayan herhangi bir borcun cezai şarta bağlanmasını mümkün olmadığını savunmaktadır. SECRETAN, Roger, Etude sur la clause penale en droit suisse, these Lausanne 1917, s.67-68 (TUNÇOMAĞ, *Cezai Şart*, s. 9-10' dan naklen).

¹⁴² OĞUZMAN/ÖZ, s. 901; BECKER, m. 160, N. 3, s. 217; EREN, s.1134. Yarg. 13. HD. 1995/3746 E. 1996/3964 K. 18.04.1995 T. "BK. 158 ve devam eden maddelerinde sözü edilen ceza koşulu geçerli bir borcun yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesi ya da belli bir yerde, belli bir zamanda yerine getirilmemesi durumunda borçlunun ödemesi gereken alacaklıya ispat yükü olmadan zararını alabilme

“Alacaklı zarara d u ar olmasa bile ceza lazım olur.” h k m  sayesinde mali nitelikte olmayan ve parayla ifade edilemeyen menfaatlerin de cezai şart yoluyla korunması mümkün hale gelmiŐtir. Verme borçları yanı sıra, yapma (müspet) ve yapmama (menfi) borçları için de konulabilmesi m mk nd r¹⁴⁴.

2. Şarta Bağlı, Eksik veya Yapmama Borçlarında Cezai  artın Kararlaştırılması

Geciktirici veya bozucu şarta bağlı borç içeren sözleşmeler içinde cezai şart kararlaştırılabilir. Geciktirici  arta bağlı borçlarda şartın gerçekleşmesi anına kadar cezai şartın işlevi bulunmaz. Bozucu  arta bağlı borçlarda ise, bozucu şartın gerçekleŐmesiyle cezai şart da asıl borçla birlikte ortadan kalkacağından hüküm ifade etmeyecektir¹⁴⁵.

Eksik borçlar teminata bağlanabildikleri  l de, cezai  artla kuvvetlendirilebilirler. Tüm eksik borçlar bakımından genel bir kural koymak mümkün değildir. Bir tür eksik borç olan ahlaki görevin ifası niteliğinde bir borç için de cezai şart kararlaştırılabilir. Diğer eksik borçlardan olan kumar ve bahisten doğan borçlar ile evlenme tellallığından doğan borçlar için ise cezai şart kararlaştırılmaz. Kararlaştırılmışsa bu cezai şarttan da eksik borç doğacağı ve böylece cezai şarttan beklenen yararın burada söz konusu olamayacağı belirtilmektedir¹⁴⁶.

imkanını sağlayan fer'i nitelikte götürü bir edimdir. Bu tanımlamada da belirtildiği üzere geçerli olan her sözleşmede ceza koşulu kararlaştırılabilir. Bu kural Borçlar Yasası'nda tanımlanan sözleşmelerin serbestliği ilkesine dayanmaktadır.” www.dominanthukuk.com 25.04.2010.

¹⁴³ BECKER, m. 160. n. 9, s. 218; OSER/ SCHÖNENBERGER, m. 161, N. 2, s. 459; TUNCOMAğ, **Cezai  art** s. 7.

¹⁴⁴ BECKER, m. 160, N. 9, s. 218; TUNCOMAğ, **Cezai  art**, s. 7.

¹⁴⁵ OğUZMAN/ Z, s. 901; GÜNAY, s. 16.

¹⁴⁶ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOğLU/ALTOP, s. 344; EREN, 1135.

Zamanaşımına uğramış borçlar da eksik borçlardandır. Bu tür borçlar dava edildiğinde borçlunun zamanaşımı def'ini ileri sürme hakkı bulunmaktadır¹⁴⁷. Borç zamanaşımına uğramışsa, bu borca ilişkin düzenlenen cezai şartında artık istenilmesine karşı çıkılabilir. Fakat zamanaşımına uğramış bir borcun ifa edileceği hususunda cezai şart kararlaştırılmışsa, ifa etmeme halinde bu ceza istenebilir¹⁴⁸.

Yapmama borçları bakımından da her aykırılık için cezanın ödeneceği kararlaştırılabileceği gibi, ihlal edilecek olan yapmama borçlarının tamamı için de kararlaştırılması mümkündür¹⁴⁹.

3. Para Borçları Bakımından Cezai Şartın Kararlaştırılması

Hukukça yasaklanmamış ve geçerli olan borçlara ilişkin olduğu gibi verme borçları, özellikle para borçları bakımından da cezai şart kararlaştırılması mümkündür¹⁵⁰. Yargıtay, 1960 yılına kadar para borçları bakımından, zarar ve ziyanın tazmininin ancak faizle olduğu¹⁵¹, faizin karşılamadığı zararlar açısından ise tazminata hükmedilebileceği, bu borçlar için BK. m. 158'e dayanarak cezai şart kararlaştırılmasının mümkün olmadığı, görüşü benimsemiştir¹⁵². Bu görüş oldukça eleştirilmiştir. Çünkü, cezai şart da esas itibarıyla bir tazminattır. Kural olarak para borçlarında cezai şart kararlaştırıldığı durumda

¹⁴⁷ EREN, s. 85, s. 106, s. 1135; OĞUZMAN/ÖZ, s. 17 – 479 - 904; TUNÇOMAĞ **Borçlar Hukuku** s. 43. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 27; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Vedat Kitapçılık İstanbul 2001 s.60.

¹⁴⁸ BİLGE, s. 72; KOCAAĞA, s.102.

¹⁴⁹ TÜKEL, s. 54. OĞUZMAN/ÖZ, s. 901; BECKER, m. 160, N. 3, s. 217. Yarg. 13. HD. 1995/3746 E. 1996/3964 K. 18.04.1995 T. "...belirtildiği üzere geçerli olan her sözleşmede ceza koşulu kararlaştırılabilir. Bu kural Borçlar Yasası'nda tanımlanan sözleşmelerin serbestliği ilkesine dayanmaktadır." www.dominanthukuk.com 25.04.2010.

¹⁵⁰ TAYLAN, s. 789; OĞUZMAN/ÖZ, s. 899; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 344.

¹⁵¹ Yarg. 3. HD. 16. 1. 1938 T.'li karar, ÖCAL, Akar, s. 526; Aynı yönde Yarg. 4 HD. 22.12.1947 T.'li karar ; (BİLGE, **Cezai Şart**, s. 64).

¹⁵² Yargıtay HGK. 16. 8. 1936 G. Karar, aynı doğrultuda Yarg. 4. HD. 22.12. 1947 G. ve 7284/5387 Sayılı kararı (ÖCAL, Para Borçlarında s. 524).

ayrıca temerrüt faizi istenilmez¹⁵³. Ancak taraflar tabi olarak, hem cezai şartın, hem de temerrüt faizinin istenebileceğini kararlaştırmış olabilirler¹⁵⁴.

Nitekim, Yargıtay da daha sonraki bir kararında¹⁵⁵, “Borçlar Kanununun 105. maddesinin açık hükmünden anlaşılacağı üzere para borçlarının ödenmemesindeki temerrüt halinde dahi bundan doğacak zararın tazmini istenebilir. O halde para borcunun ödenmesindeki gecikme tazminatının faizden ibaret olacağı yolundaki görüşün doğru olmadığı kanun koyucu tarafından da belirtilmiş olmaktadır. Bu itibarla para borçları için cezai şartın kabul edilmesi için hiç bir engel yoktur. ...”demek sureti ile eski kararından dönmüş ve Borçlar Kanunu 19. maddesinde yer alan sözleşme serbestisi ilkesi gereğince tarafların para borçlarına ilişkin olarak da cezai şart kararlaştırmalarına engel bulunmadığını kabul etmiştir¹⁵⁶.

Tüm bu tartışmaların neticesinde, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da kararında özet olarak, “...Cezai şart bir müeyyide olarak borçluyu, diğer tür borçlarda olduğu gibi, para borcunda da, borcunu sözleşmeyle yükümlendiği günde yerine getirmesi çabasına itmesi sonunda iş hayatında ve hukuk ilişkilerinde güvence ve dürüstlük sağlar. Bu nedenle para borçlarının cezai şartta bağlanmasından doğacak yarar ortadadır. Birikmiş servetle iş hayatında sermayesiz ve müteşebbis ruhlu kişiler arasındaki ilişkilerin daha güvenceli olmasını sonuçlandıracağından, Borçlar Kanunu 161. maddesinde hakime tanınan aşırı

¹⁵³ EREN, s. 1136 vd; OĞUZMAN/ÖZ, s. 900; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 343-344.

¹⁵⁴ OĞUZMAN/ÖZ, s. 900. Yarg. 13. HD. 1995/3746 E. 1996/3964 K. 18/04/1995 T. li kararı “...geçerli olan her sözleşmede ceza koşulu kararlaştırılabilir. Para borçlarının ödenmesine ilişkin sözleşmelerde de ceza koşulu kararlaştırılabileceği gibi, para borcunun ödenmemesi, eksik ya da geç ödenmesi halleri için de ceza koşulunun yanısıra ayrıca temerrüt faizi ödenmesi de öngörülebilir.”

¹⁵⁵ Yarg. 4. HD. 1959/3257 E. 1960/2107 K. 22.2.1960 T.; KARAHASAN, **Para Borçlarında** s. 474.

¹⁵⁶ Ancak, Yarg. 4. HD. 1964/1042 E. 1965/85 K. 12.1.1965 T. sayılı ilamıyla para borçlarında cezai şartın mümkün olduğu yönündeki önceki kararından uzaklaşmıştır. Kararda, “... Para borçlarına ilişkin uyuşmazlıkların çözümlenmesinde ana paraya ve istenildiğinde faize ve Borçlar kanununun 105. maddesi gereğince ek zarara hükmedilmesi gerekli olup, başkaca istenen ceza şartı, murabaha nizamnamesine aykırı ve kanuni yukarı faiz isteme niteliğinde olduğundan kabulüne imkan yoktur. Bu itibarla para borçlarına ilişkin olarak, taraflarca ceza şartı olarak kabul edilen miktar, BK. m. 158. maddesi kapsamı dışında düşünülmemek gerekir. Kanun himayesinden yoksundur” denilmiştir (KARAHASAN, **Cezai Şart** s. 474). Yarg. 15. HD. 2002/1769 E. 2002/3223 K. 13/06/2002 T.’li kararı “...sözleşmede aksine hüküm olmamakla mahkemece, gecikme tutarı cezai şarttan az ise sadece cezai şart tutarına, gecikme tutarı cezai şarttan daha fazla olduğu takdirde cezai şart tutarı ile aşan kısmına hükmedilmesi gerekir. 2- gecikme tazminatı ve cezai şart yabancı para üzerinden kararlaştırıldığından alacağın, fiili ödeme tarihindeki Türk lirası karşılığı da talep edilebilir.”

cezai şartı indirme yükümlülüğü de borçlunun menfaatlerini koruyucu nitelikte olduğuna göre, sakıncalardan en büyüğü de böylelikle ortadan kalkmaktadır” denilmesi de para borçlarındaki cezai şartın kabulünü göstermektedir¹⁵⁷.

Sonuç olarak, kanunda cezai şartın geçerliliği açısından asıl borcun muteber olması aranmış, bu borcun içeriğinin ne olması gerektiği konusunda ise bir sınırlama getirilmemiştir. Kaynak İsviçre doktrin ve uygulamasında da para borçlarının cezai şartla teminat altına alınmasını caiz kabul etmekte, hatta bu husus tartışma konusu bile edilmemektedir¹⁵⁸. Bu noktada para borçlarında cezai şart doktrin ve uygulamada kabul görmüş durumdadır.

4. Kanundan Doğan Borçlar (Sözleşme Dışı) Açısından Cezai Şartın Kararlaştırılması

Borçlar Kanunu 158. maddenin 1. fıkrasında “...akdin icra edilmemesi veya natamam olarak icrası halinde tediye olunmak üzere cezai şart...” kararlaştırılabileceği ifade edilse de, cezai şart, kanundan ya da haksız fiilden doğan borçları kuvvetlendirmek ve teminat altına almak amacıyla da kararlaştırılabilir¹⁵⁹.

Borçlar Kanununun 158. maddesi bir akdin ifa edilmemesi veya eksik ifa edilmesi hallerinde cezai şartın kararlaştırılabileceğini belirtmiş, ancak sözleşme dışında kanundan doğan borçlar açısından cezai şart kararlaştırılıp kararlaştırılmayacağı konusuna ilişkin açık bir hükme yer vermemiştir. Doktrinde, bu tür borçların da cezai şarta bağlanmasının

¹⁵⁷ Yarg. HGK. 1971/405 E. 1971/85 K. 17.2.1971 T.; ŞİRİN, Şerafettin, **Ticaret Hukukunda Faiz ve Uygulaması**, Evrim Yayınevi İstanbul, 1994, s. 194.

¹⁵⁸ BECKER, m. 160, N. 6, s. 218; VON TUHR, s. 765.

¹⁵⁹ ARSEBÜK, s. 981; BİLGE, **Cezai Şart**, s. 81; GÖKTÜRK, **Cezai Şart**, s. 399; KANIK, Tahir, **Cezai Şart**, Adalet Dergisi 1941 s. 1075; OSER/SCHÜNENBERGER, m. 160-163, N. 12, s. 950; TEKİNAY/AKMAN/BUCUOĞLU/ALTOP; s. 42; TÜKEL, s. 37.

mümkün olduğu konusunda görüş birliği mevcut değildir¹⁶⁰. Ancak bu hususta iki farklı görüş mevcuttur.

Bu husustaki ilk görüş kanun ya da haksız fiil gibi sözleşmeden kaynaklanmayan borcun ödeneceği hususunda borçlu tarafından verilmiş bir ifa vaadinin, yani bir hukuki muamelenin varlığının gerektiğini ileri sürmektedir¹⁶¹.

Cezai şartın niteliğine uygun olması savıyla kabul edilen diğer görüşe göre ise, sözleşmeden kaynaklanmayan herhangi bir borcun, başka bir sözleşme ilişkisi aranmaksızın doğrudan cezai şartta bağlanmasının mümkün olduğunu kabul etmektedir¹⁶².

Cezai şartın amacının borçlunun sorumluluğunu azaltmak olmayıp, borca teminat sağlamak olması ve borçluluğun sorumluluğunu artıran bu tür anlaşmaların ise hukuken geçerli bulunması nedeniyle belirtildiği üzere yasal borçların cezai şart ile güçlendirilmesi mümkündür. Zaten BK. 43/1 maddesinde yer alan “...hakim tazminatın suretini ve şümulünün derecesini tayin eder.” şeklindeki hükmün, yalnızca haksız fiillere değil, sözleşmeye aykırılık hallerinde de uygulanması gerekmektedir. Sözleşmede tazminatın miktarı ve şekli hususunda BK. m. 43/1 maddesine aykırı düzenleme yapılması elbette mümkündür. Cezai şart bu hususta örnek teşkil eder. Bu nedenle sözleşmeden kaynaklanmayan herhangi bir borcun cezai şart ile kuvvetlendirilmesinde engel bulunmamaktadır¹⁶³.

Örneğin, ceza hukuku yönünden yasaklanmış bir eylemin; örneğin, hakaretin tekrarlanması hali için dahi cezai şart kararlaştırılabilir. Dar anlamda kanundan doğan, örneğin nafaka borcunun kuvvetlendirilmesi amacıyla da cezai şart kararlaştırılabilir¹⁶⁴.

¹⁶⁰ REİSOĞLU, Safa, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, 17. bası İstanbul: Beta Yayınları, 2005, s. 355; ARSEBÜK, s. 982; BECKER, M. 160, N. 3, s. 217; GÖKTÜRK, **Cezai Şart**, s. 399, OSER/SCHÖNENBERGER, m. 160 s. 949; TONÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 10; VON TUHR, s. 764.

¹⁶¹ OSER/SCHÖNENBERGER, m. 160-163, N. 9. s. 949.

¹⁶² TUNCOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 10; GÜNAY, s. 10.

¹⁶³ TUNCOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 10-11.

¹⁶⁴ ARSEBÜK, s. 981; BİLGE, **Cezai Şart**, s. 81; GÖKTÜRK, **Cezai Şart**, s. 399; TÜKEL, s. 37.

B. Cezai Şartın Fer'i Nitelikte Olması

Fer'i borç; varlığı, geçerliliği ve sona ermesi asıl borcun varlığına gereksinim gösteren ve asıl borca bağlı olarak hüküm doğuran yükümlülük olarak tanımlanabilir¹⁶⁵. Asıl borca bağlı olarak geçerlilik kazanan ve hükümlerini doğuran cezai şart, asıl borcun kuvvetlendirilmesi ve hukuki sonuçlarının genişletilmesini sağlamaktadır¹⁶⁶.

Cezai şart, asıl borca ilişkin fer'i nitelikte bir borçtur¹⁶⁷. Cezai şart, rehin, kefalet, hak düşürücü şartlar gibi geçerli bir borca dayanır. Bu nedenle, asıl borç hukuken var olmadığı takdirde, cezai şartın hukuken geçerli olarak doğması düşünülemez¹⁶⁸.

Asıl borç mevcut ve geçerli ise, cezai şart da borç doğurur. Cezai şartın bağlandığı asıl borç son bulmuşsa, geçersizse veya borçlunun kusuru olmaksızın imkansız hale gelmişse cezai şart da fer'i olma niteliği gereği buna bağlı olarak son bulur. Asıl borç ifa ya da zamanaşımı nedeniyle son bulduğunda da, alacaklı, borçludan artık cezai şart talep edemez¹⁶⁹. Örneğin: Asıl borç ifa ya da zamanaşımı nedeniyle son bulduğunda, alacaklı,

¹⁶⁵ TÜKEL, s. 43; OĞUZMAN/ÖZ, s.430-438; EREN, s.29.

¹⁶⁶ TANDOĞAN, s. 686; TÜKEL, s. 42. BİLGE **Cezai Şart**, s. 67; BECKER, m. 160, n. 9, s. 218.

¹⁶⁷ Doktrin ve Yargıtay'ın cezai şartın fer'i niteliği noktasında birleştikleri söylenebilir. TANDOĞAN, s. 687.; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 519; BOZER, Ali. s. 278 vd.; YAVUZ, s. 16.; BİLGE, **Borçlar Hukuku** s. 19 ve s. 366; EREN, s. 1134; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP s. 342 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s. 902; VON TUHR, s. 764; TUNÇOMAĞ, **Borçlar Hukuku** s. 859; OĞUZMAN/ÖZ, s. 902; İNAN s. 427; KILIÇ, s. 584; Yarg. 13 HD. 1983/7823 E. 1983/8211 K. 22. 11. 1983 T. "...Çünkü ceza koşulu fer'i (ikincil) nitelikte bir borçtur ve geçerli bir borcun varlığına gerek gösterir" (YKD. Haziran 1984, s. 913); Aynı yönde Yarg. HGK 1993/13-125 E. 1993/711 K. 10. 11. 1993 T. (YKD. Mart, 1994, s. 343). Yarg. 13. HD. 1992/8546 E. 1993/348 K. 25.01.1993 T. "Öyle ki ceza koşulu asıl borca yaptırım olarak bağlı ve borca aykırılık durumunda ortaya çıkan fer'i borç niteliğindedir." www.dominanthukuk.com 25.04.2010. Yarg. 13. HD. 1992/8546 E. 1993/348 K. 25.01.1993 T. "Ceza koşulu asıl borca yaptırım olarak bağlı ve borca aykırılık durumunda ortaya çıkan fer'i borç niteliğindedir." www.dominanthukuk.com

¹⁶⁸ ARSEBÜK, **Borçlar Hukuku**, s. 983; OĞUZMAN/ÖZ s. 902; EREN s. 1134; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP s. 342 vd. VON TUHR, s. 764; TUNÇOMAĞ, **Borçlar Hukuku** s. 859. Yarg. 13. HD. 2008/8902 E. 2008/11372 K. 26.06.2008 tarihli kararı"...Zira cezai şart asıl borca ilişkin fer'i haklardandır. Asıl borç hükümsüz olunca, cezai şart da hükümsüzdür. Taraflar ancak verdiklerini haksız iktisap kuralları uyarınca geri isteyebilirler..."

¹⁶⁹ KOCAAĞA s. 83; VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR s. 334; BUCHER s. 522; OĞUZMAN/ÖZ s. 902; EREN s. 1134; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP s. 342 vd. VON TUHR, s. 764; TUNÇOMAĞ, **Borçlar Hukuku** s. 859; İNAN, s. 427. Yarg. 13. HD. 2008/8902 E. 2008/11372 K. 26.06.2008 T.'li kararı"...Zira cezai şart asıl borca ilişkin fer'i haklardandır. Asıl borç hükümsüz olunca, cezai şart da hükümsüzdür." www.dominanthukuk.com 25.04.2010 Yarg. 13. HD. 1992/8546 E. 1993/348 K. 25.01.1993 T.. Baştaki objektif imkansızlık, şekle aykırılık, muvazza, ehliyetsizlik nedenlerine dayanarak batıl olan veya irade beyanı sakatlıkları, gabin gibi sebeplerle iptal edilen bir sözleşmeden kaynaklanan asıl borca ilişkin

borçludan artık cezai şart talep edemez. Aynı şekilde, asıl borç geçersiz ise, cezai şart da borç doğurmaz.

Asıl borcun mevcut ve geçerli olması halinde cezai şartın da borç doğuracak olması özellikle ifaya eklenen cezai şart açısından, sözleşmenin feshinde ya da sözleşmeden dönmede karşımıza çıkmaktadır. Sözleşme geçerli olarak kurulmuş fakat sonradan dönme ya da fesih nedeniyle son bulmuşsa, artık ifaya eklenen cezai şart talep edilemez. Zira artık sözleşme fesih ya da dönme nedeniyle ortadan kalktığına göre onun fer'i olan cezai şarttan da söz edilemez. Bununla birlikte, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde sözleşmeden dönme halinde dahi cezai şartın istenmesi kararlaştırılabilir. Eğer sözleşmeden dönme halinde bile cezai şartın isteneceği kararlaştırılmışsa, alacaklı cezai şartı dava edebilecektir.

Cezai şartın fer'ilik niteliği asıl borca bağlı olduğu sürece devam eder. Borçlu borca aykırı davrandığında cezai şart muaccel hale geldiğinden, artık fer'i değil, asli borç niteliğini kazanır¹⁷⁰.

C. Cezai Şartın Sözleşmenin Yapıldığı Şekle Tabi Olması

Modern hukuk sistemleri, bütün hukuki işlemlerin geçerliliğinin şekle bağlanmasının sakıncalarını dikkate alarak, esas itibarıyla “şekil serbestisi” prensibini benimsemişlerdir¹⁷¹.

Cezai şartın geçerliliği şekle bağlı olmamakla birlikte, asıl borç şekle bağlı bir işlemde doğmuş ise, bu borcun fer'i olan cezai şartın da asıl borcun bağlı olduğu şekil şartına uyulmak suretiyle yapılması zorunluluğu vardır ve bu zorunluluk Yargıtay

olarak kararlaştırılan cezai şart geçersiz olacaktır. Yarg. 13. HD. 1983/7823 E. 1983/8211 K. 22.11.1983 T. “Adi senetle gayrürüenkul satımında öngörülen ceza koşulu olarak nazara almak ve geçersiz saymak gerekir. Çünkü ceza koşulu fer'i (ikincil) nitelikte bir borçtur ve geçerli bir borcun varlığına gerek gösterir” (YKD. Haziran 1984, s. 913); Aynı yönde Yarg. HGK. 1993/13-125 E. 1993/711 K. 10. 11. 1993 T (YKD. Mart, 1994, d. 343)

¹⁷⁰ EREN, s.1135; FUNK, s.229; İNAN, s.427; KILIÇOĞLU, s.534;GÜNAY, s.111.

¹⁷¹ MÜNCHKOMM/GOTTWALD, Art.339, Rn.22;ERMAN/SCHAUB, Art.344, Rn.2: Ancak, Alman Hukuku açısından bağımsız kararlaştırılan cezai şartlar BGB m.780'e uygun yapılmaz ise, geçersizdir.

kararlarında da açıkça yer almıştır¹⁷². Örneğin, gayrimenkul satımlarına eklenen cezai şartın resmi şekilde, işçi ile işveren arasındaki rekabet yasağı sözleşmesine eklenen cezai şartın ise yazılı şekilde yapılması zorunluluğu bulunmaktadır. Çünkü gayrimenkul satımlarının resmi şekilde, rekabet yasağı sözleşmelerinin de adi yazılı şekilde (BK. m. 351) yapılması zorunluluğu bulunmaktadır¹⁷³.

Örnek olarak: A ile B arasında adi yazılı şekilde bir satış vaadi sözleşmesi akdedilmiş, bu sözleşmede A'nın satıcı sıfatıyla vaadinde durmayıp, taşınmazı B'ye devretmediği takdirde satış bedelinin yarısı kadar ceza ödeyeceğini taahhüt edilmişse, bu taahhüt geçersizdir. Zira, taşınmaz satış vaadi resmi yazılı geçerlilik koşuluna tabi olup (BK. m. 213), örneğimizde taraflar bu şekle uygun olmadan adi yazılı şekilde anlaşma yaptıklarından geçersizdir. Bunun sonucu olarak, A taşınmazı B'ye devretmediği takdirde, B ondan cezai şartı da talep edemeyecektir.

¹⁷² OĞUZMAN/ÖZ s. 902; EREN s. 1134; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP s. 342 vd. VON TUHR, s. 764; TUNÇOMAĞ **Cezai Şart** s. 9 vd- 81 vd.; TUNÇOMAĞ, **Borçlar Hukuku** s. 859; KILIÇ, s. 584 Yarg. 13. HD. 2008/8902 K. 26.06.2008 tarihli kararı"... Bir taşınmaz malın veya payının mülkiyetinin başkasına devri ya da devir vaadini öngören sözleşmelerin geçerli sayılması BK 213, Tapu Kanunu 26. madde ve TMK 706. madde uyarınca resmi şekilde yapılmasına bağlıdır. Burada öngörülen şekil, sözleşmenin geçerlik koşulu olup, kamu düzenine ilişkindir ve doğrudan göz önünde tutulur. Taraflar arasındaki 27.09.2006 tarihli sözleşme resmi şekilde düzenlenmemiş bulunduğu hukuken geçerli değildir. Geçerli olmayan taşınmaz satış sözleşmesine dayanılarak cezai şart da istenemez..." Diaport Mevzuat ve İçtihad Programı www.diaport.com 25/10/2009.; Yarg. 13. HD. 2005/10775 E. 2005/16782 K. 14.11.2005 T.'li kararında; "Davacı, bu davada satış bedelinin zamanında ödenmemesi nedeniyle sözleşmenin 3. maddesine göre cezai şart tazminatının tahsilini istemiştir. Eğer sonradan resmi satış yapılmamış ise, taraflar arasında haricen düzenlenen 16.5.2002 tarihli araç satım sözleşmesi; Karayolları Trafik Kanununun 20/d maddesi gereğince resmi biçimde düzenlenmediğinden geçersizdir. Geçersiz sözleşme ile taraflar aldıklarını aynı anda ve karşılıklı olarak sebepsiz iktisap kurallarına göre birbirlerine iade ile yükümlüdürler. Geçersiz sözleşmede öngörülen cezai şart da geçersiz olup, davacının araç bedelinin iadesi konusunda da bir istemi bulunmadığından bu durumda davanın reddine karar verilmesi gerekir. O halde mahkemece taraflar arasında sonradan resmi satış sözleşmesi yapılıp yapılmadığı araştırılarak, resmi satışın yapılmış olması halinde şimdiki gibi, aksi halde ise az yukarda açıklandığı üzere davanın reddine karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir." Denilmek suretiyle şekil şartını ortaya koymuştur. Aynı şekilde trafikte tescilli olmayan araç için ise şekil şartı aranmamış ve cezai şart geçerli sayılmıştır. Yarg. 13. HD. 2003/1201 E. 2003/3834 K. 01.04.2003 T.'li kararı "Alım satım konu olan araç trafikte tescilli olmadığından 24.1.2001 tarihli akit geçerlidir." www.dominanthukuk.com 25.04.2010.

¹⁷³ Yarg. 13. HD. 1983/7823 E. 1983/8211 K. 22.11.1983 T. "Adi senetle gayrimenkul satımında öngörülen ceza koşulu olarak nazara almak ve geçersiz saymak gerekir. Çünkü ceza koşulu fer'i (ikincil) nitelikte bir borçtur ve geçerli bir borcun varlığına gerek gösterir" (YKD. Haziran 1984, s. 913); Aynı yönde Yarg. HGK. 1993/13-125 E. 1993/711 K. 10. 11. 1993 T (YKD. Mart, 1994, d. 343).

Ancak geçerlilik şekline bağlı olan bir sözleşme bu şekle uygun olarak yapılmadığı halde, şekle aykırılığı ileri sürmenin dürüstlük kurallarıyla bağdaşmaması nedeniyle dinlenmediği hallerde, sözleşme geçerli sayıldığından, onun fer'i nitelikte olan kararlaştırılan cezai şart da geçerli sayılacaktır¹⁷⁴.

Cezai şartın kuvvetlendirdiği asıl borçla ilgili sözleşme herhangi bir geçerlilik şekline tabi değilse, cezai şartın geçerliliği için de bir şekil aranmayacaktır. Bu durumda, cezai şartla ilgili anlaşma bir hukuksal işlem olduğundan, varlığı ile ilgili bir uyuşmazlık doğduğunda, HUMK. m. 287 vd. gereğince belgeyle ispat kuralı aranacaktır.

D. Cezai Şartın Ekonomik Nitelikte Her Türlü Edim Olarak Kararlaştırılabilmesi

Cezai şart olarak kararlaştırılan edimin müstakil bir mali değer taşımaması halinde, kararlaştırılan edim cezai şart olarak kabul edilemez¹⁷⁵. Cezai şart ile borçlunun, alacaklıya asıl borçta henüz var olmayan belli bir edimi taahhüt etmiş olması gerekmektedir¹⁷⁶. Taraflar taahhüt edilen bu edimi özgürce tespit edebilirler. Çoğu zaman cezai şart alacaklıya ödenecek para olarak kararlaştırılır. Fakat cezai şartın para olarak kararlaştırılması da zorunlu değildir. Ekonomik değer ifade etmek kaydıyla yapma, yapmama veya bir şey verme edimi cezai şart olarak kararlaştırılabilir¹⁷⁷.

Cezai şartın ekonomik değeri olmakla beraber her türlü edim olarak kararlaştırılabilirliğinin sınırları da mevcuttur. Ceza olarak kararlaştırılan husus; kanuna,

¹⁷⁴ Yarg. 13. HD. 1981/2310 E. 1981/3109 K. 27.4.1981 T.; Yarg. 13. HD. 1983/3192 E. 1983/4548 K. 30.05.1983 T. İfadan sonra şekil bozukluğunun ileri sürülmesi TMK. m. 2 ile bağdaşmayan bir savunma, fer' i nitelikteki hususlar hakkında dahi ileri sürülemez. Ödeme için öngörülen aylık tazminatın ödetilmesine karar verilmelidir. UYGUR, Turgut: **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku**, Cilt 1, Seçkin Yayıncılık Ankara 2003 s. 654-655.

¹⁷⁵ UÇAR, s. 15.

¹⁷⁶ KANIK, s. 1072; OSER/SCHÖNENBERGER, m. 160-163, N. 3, s. 948; GÖKTÜRK, **Cezai Şart**, s. 398.

¹⁷⁷ Taraflar cezanın tutarını özgürce tespit edebilirler. Ceza; yasaya ya da genel ahlaka aykırı bir borcu güçlendirmek için konulmuş ya da, tersine bir anlaşma olmadıkça, borcun ödenmesi borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir durum yüzünden olanaksız bulunmuşsa kararlaştırılan cezanın ödenmesi istenemez (BK. m. 19; 117). Yarg. 13. HD. 1992/8546 E. 1993/348 K. 25.01.1993 T. www.dominanthukuk.com 25.04.2010.

ahlaka veya kişilik haklarına aykırı nitelikteyse veya imkânsızsa, cezai şart geçersiz olacaktır. Örneğin nişandan caymayı zorlaştırma¹⁷⁸, aile hukukunda evlenme, boşanma veya evlat edinme¹⁷⁹, kişi iradesini maddi manevi her türlü baskı altında tutan her türlü şartın ceza olarak tayini geçersizdir¹⁸⁰.

II. CEZAI ŞARTIN BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

A. Temerrüt Faizi – Cezai Şart

Genel özelliklerinden hareketle doktrinde faiz; “alacaklının nakdinden bir süre için yoksun kalması nedeniyle, nakdin kullanılmasını borçluya bırakması karşısında elde ettiği, miktarı kanun ya da hukuki işlem ile belirlenmiş, para borçları bakımından özel olarak düzenlenen, tahsili için zararın ve kusurun varlığı şart olmayan bir tür tazminat, bir nev’i medeni semeredir”¹⁸¹ şeklinde tanımlanmaktadır.

Temerrüt faizi ise; İfası mümkün, muaccel olan ve dava edilebilir bir para borcunun, sözleşmeye uygun olarak zamanında ifa edilmemesi nedeniyle taraflarca belirlenen ya da yasaca belirlenmiş, ihbar, ihtar veya takip tarihi gibi bir zamandan, borcun ödendiği tarihe kadar işleyen faiz türüne denilmektedir¹⁸².

¹⁷⁸ Eski Medeni Kanunu m. 83. KOCAAĞA, s. 78; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP s. 346.

¹⁷⁹ İNAN, s. 429; OĞUZMAN/ÖZ s. 899 vd.

¹⁸⁰ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart s.56; İNAN, s. 429; OĞUZMAN/ÖZ, s. 899vd.; BECKER, Art. 160 OR, N. 18; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP s. 346.

¹⁸¹ HELVACI, Mehmet, **Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından, Para Borçlarında Faiz Kavramı**, 1. Bası, İstanbul: Beta Yayınları I, 2000, s. 64 vd. Bazı yazarlar faizi “bir miktar paranın kullanılmasının kullanılmama ile geçen zamana göre hesaplanan karşılığı” olarak tarif etmektedir. TUNÇOMAĞ, **Borçlar Hukuku** s. 61; SEROZAN s. 6; bu tarifte yer alan parayı kullanmış olma şartına katılmayan görüş için bkz. VON TUHR, s. 68; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP s. 786 vd. EREN s.1134; SAYMAN/ELBİR s. 637.

¹⁸² ŞİRİN, s. 62. VON TUHR s.144; BECKER Art 103N 12; GAUCH/SCHLUEP II.N.1760 vd. TUNÇOMAĞ, **Borçlar Hukuku** s.923; EREN s.1134 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP s. 924 vd. OĞUZMAN/ÖZ s.898 vd.

Temerrüt faizi ile cezai şart kavramları esas itibarıyla, alacaklıya sağladıkları yarar ve gördükleri işlevler açısından birbirine benzerdir. Öncelikle her iki kurum da uygulama bakımından alacaklıya usul ve takip kolaylığı sağlar. Alacaklının cezai şarta hak kazanması zarara uğraması şartına bağlı değildir. Ceza miktarı zararla sınırlandırılmamıştır. Bu yönden bakıldığında benzer işlevi para borçlarında temerrüt faizi de yerine getirmektedir. Bütün bu benzerliklerden yola çıkarak temerrüt faizinin cezai şarta ve özellikle de ifaya eklenen cezai şarta yaklaştığı söylenebilir. Bir kısım yazar ise temerrüt faizini bir nevi cezai şart olarak kabul etmektedir¹⁸³.

Tüm bu benzerliklerine rağmen, cezai şart ve temerrüt faizini niteliği ve amaçları itibarıyla birbirinden ayıran farklılıklar vardır. Bu farklılıklardan en önemlisi; cezai şart, ancak taraflar arasında yapılan bir sözleşmede kararlaştırılabilirken, temerrüt faizinin, para borcunun zamanında ödenmemesinden dolayı temerrüde düşülmesi halinde talep hakkı yasadan kaynaklanan bir borç olmasıdır¹⁸⁴. Temerrüt faizi ile cezai şartın gayeleri arasında da farklılıklar vardır. Temerrüt faizinin gayesi, ifanın gecikmesinin alacaklıya verdiği zararın önceden maktu surette tespiti olduğu halde, cezai şartta bu gayeden başka teminat ve akitten rucu gayeleri de mevcuttur¹⁸⁵.

Cezai şart, asıl edime ek olarak cezanın da ödeneceği kararlaştırılmak sureti ile tüm ifa etmeme ve eksik ifa hallerinde uygulanabilir. Temerrüt faizi ise, yalnızca para borçları bakımından ve sadece zamanında ifa edilmeme durumunda doğar. Bunun dışında

¹⁸³ “Temerrüt faizini bir nevi cezai şart olarak kabul etmektedir.” KARAYALÇIN, Yaşar, Ticaret hukuku, C. I, Giriş-Ticari İşletme, 3. bası, Ankara 1968. s.568; BARLAS, s.129; Buna karşılık ÖCAL temerrüt faizinin kanundan doğması halinde borçluyu ifaya zorlayıcı vasıf taşımasının mümkün olmayacağı, sözleşmeyle kararlaştırılması durumunda bu işleve sahip olabileceğini savunmaktadır. S. 129. Yarg. 3. HD. 2006/1236 E. 2006/11838 K. 28.09.2006 T.li kararı “Dava konusu site birden fazla parsel üzerinde bulunduğundan uyumsuzluğun, Kat Mülkiyeti Kanunu'na göre değil, Medeni Kanunun paylı mülkiyete ilişkin maddeleri ile sözleşme niteliğindeki yönetim planına göre çözümlenmesi gerekir. yönetim planında aidatların gecikmesi halinde öngörülen ödeme, gecikme faizi olmanın yanında cezai şart olduğundan fahişse hakim tarafından tenkise tabi tutulmalıdır.” www.dominanthukuk.com 25.04.2010.

¹⁸⁴ BK. m. 103 uyarınca para borçlarında temerrütte, gecikme tazminatını karşılamak ve tazminatın alt sınırını teşkil üzere temerrüt faizi ödenmesi gerektiği kabul edilmiştir. OĞUZMAN, s.391; ÖCAL, **Türk Husus Hukukunda Gecikme Faizi**, Sulhi İstanbul: Baran matbaası s. 32; ŞİRİN, s. 193.

¹⁸⁵ ÖCAL, **Para Borçlarında**. s. 302.

kalan diğ er ifa etmeme ya da eksik ifa veya taahhüt edilen yer dışında ifa hallerinde istenemez¹⁸⁶.

Alacaklı, borcun eksik ifası durumunda cezanın tamamının yerine getirilmesi talep hakkına sahiptir. Temerrüt faizi bakımından ise; sadece ifa edilmeyen bölüm bakımından istemde bulunulması mümkündür¹⁸⁷. Temerrüt faizinin istenebilmesi için borçlunun temerrüde düşürülmüş olması zorunludur¹⁸⁸. Cezai şartın talep edilebilmesi için borcun ifası gereken zaman ve yerde ifa yapılmamış olması yeterli olup ayrıca borçlunun temerrüde düşürülmesi şart değildir¹⁸⁹.

Temerrüt faizini aşan zararlarda, alacaklının borçlunun kusurlu olduğunu ispat yükümlülüğü bulunmamaktadır¹⁹⁰. Buna karşılık, cezai şart miktarını aşan munzam zararın tazmininin talep edilebilmesi için borçlunun kusurlu olduğunun ayrıca alacaklı tarafından ispat edilmesi gerekir¹⁹¹. Cezai şart ve temerrüt faizi, zararın varlığına bağlı olmadan talep edilebilen farklı birer kurumdur. Bu nedenle, sözleşmenin aynen ifası ile birlikte cezai

¹⁸⁶ Para borçlarına özgü bir fer'i borç olan faiz ile ilgili bkz. OĞUZMAN s.242. ÖCAL, **Gecikme Faizi**, s. 32; ŞİRİN, s. 193; BARLAS, Nami, **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar** s.153 vd.;

¹⁸⁷ İNAN, s. 553; ŞİRİN, s. 193; ÖCAL, **Gecikme Faizi**, s. 32.

¹⁸⁸ Yarg. 13 HD. 1983/8532 E. 1984/400 K. 25.1.1984 T. "Davacı yararına temerrüt faizine hükmedilebilmesi için davalının BK. m. 101 gereğince ihtarname ile temerrüde düşürülmesi şarttır." (Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası www.meseyazilim.com) 22.10.2009. Yarg. 3. HD. 2003/6978 E. 2003/7091 K. 02.06.2003 T'li kararı "Borçlar Kanunu'nun 158/2. maddesi hükmüne göre; "akdin muayyen zamanda veya meşrut mahalde icra edilmemesi halinde tediye olunmak üzere cezai şart kabul edilmiş ise, alacaklı hem akdin icrasını hem meşrut cezanın tediyesini talep edebilir..." yine BK.nun 159/1. maddesine göre alacaklı zarara uğramasına bile cezai şartın ödenmesi gerekir. Temerrüt faizinin istenebilmesi için bir para borcunun bulunması ve borçlunun temerrüdünün gerçekleşmesi gerekir. Mahkemece, sözleşmede taraflarca kararlaştırılan hükümler nazara alınmak suretiyle borçlunun temerrüdü nedeniyle sorumlu olacağı faiz ve cezai şart miktarı saptanmak suretiyle sonucuna göre hüküm kurulması gerekirdi." www.dominanthukuk.com 25.04.2010.

¹⁸⁹ FEYZİOĞLU, s. 399-400; KANIK, s. 1074; OSER/SCHÖNENBERGER, m. 160-163, n. 20, s. 951; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, . 94; Yarg. İBK. 1994/2 E. 1995/2 K. 24.11.1995 G. S'lı kararında, "kira tespit farklarından dolayı temerrüt faizi işleyebilmesi için kiracının temerrüde düşürülmüş olmasına gerek yoktur. Temerrüt faizi kira tespit kararının kesinleşmesinden itibaren yürürlüğe girer." Yarg. 13 HD. Kira tespit ilamının kesinleşmesi yanı sıra kiracının temerrüde de düşürülmesi gerektiği yönündeki eski kararlarından (23.1.1996 G. 1995/138 E. 1995/359 K. S'lı ilam) dönerek Yarg. İBK Hukuk Bölümü Genel Kurulu İçtihadı yönünde karar vermiştir. (Yarg. 13 HD. 1329 E. 1455 K. 27.2.1996 T.) (Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası www.meseyazilim.com) 22.10.2009.

¹⁹⁰ BK. 105. madde uyarınca "Alacaklının düçar olduğu zarar geçmiş günler faizinden fazla olduğu surette borçlu kendisine hiç bir kusur isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bu zararı dahi tazmin ile mükelleftir."

¹⁹¹ HELVACI, s. 90; KOCAOĞLU s. 210; VON TUHR/ESCHER s.283; EREN s. 1134; BECKER Art 161 OR N 3; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP s. 359

şartın talep edilebileceği durumlarda, temerrüt söz konusu ise temerrüt faizi de talep edilebilir¹⁹².

B. Gecikme Zammı – Cezai Şart

Gecikme zammı, kamu alacaklarının, zamanında ödenmesini temin amacıyla, zamanında ifa edilmeyen asıl borca ek olarak konulmuş bir yaptırım hükmüdür, şeklinde tanımlanabilir¹⁹³.

Kanunlarımızdaki gecikme zammıyla ilgili düzenlemelerden sigorta prim alacaklarıyla ilgili olanı, 506 sayılı SSK. Kanununda,¹⁹⁴ vergi alacaklarıyla ilgili gecikme zammı ise, 6183 S.'lı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Kanununda¹⁹⁵ yer almıştır.

¹⁹² HELVACI s. 91. Hatta alacaklının, cezai şarttan açıkça feragat etmesi (vazgeçme) ve cezai şart talep hakkını saklı tutulmaksızın ifayı kabul etmesi durumunda, cezai şartın ödenmesini talep etme imkanı kalmadığı durumda dahi temerrütten kaynaklanan tazminat talep haklarının olduğu kabul edilmektedir. OSER/SCHÖNENBERGER, m. 16, N. 3, s. 952; Yarg. 13. HD. 1995/3746 E. 1996/3964 K. 18.04.1995 T.'li kararı örnek olayda hem cezai şartın hem de temerrüt faizinin istenebileceğine dair bir örnektir. "BK. 158 ve devam eden maddelerinde sözü edilen ceza koşulu geçerli bir borcun yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesi ya da belli bir yerde, belli bir zamanda yerine getirilmemesi durumunda borçlunun ödemesi gereken alacaklıya ispat yükü olmadan zararını alabilme imkânını sağlayan fer'i nitelikte götürü bir edimdir. Bu tanımlamada da belirtildiği üzere geçerli olan her sözleşmede ceza koşulu kararlaştırılabilir. Bu kural Borçlar Yasası'nda tanımlanan sözleşmelerin serbestliği ilkesine dayanmaktadır. O nedenle para borçlarının ödenmesine ilişkin sözleşmelerde de ceza koşulu kararlaştırılabilir. Dahası para borcunun ödenmemesi veya eksik veya geç ödenmesi halleri için ceza koşulu yanında ayrıca temerrüt faizi ödenmesi de öngörülebilir. Bu nitelikte bir sözleşmenin yapılmasına engel bir hüküm de yasalarımızda bulunmamaktadır. Somut olayda tarafların kabulünde bulunan 1.8.1993 günlü sözleşmenin imzalı ön sayfasında borcun taksitler halinde, sözleşmenin arka sayfasında da "sözleşme koşulları" uyarınca ödeneceği yazılıdır. Aynı matbu sözleşmenin arka sayfasında yine matbu olarak "sözleşme koşulları 6. maddesinde arka arkaya iki taksidin ödenmemesi halinde borcun tamamının muacceliyet kazanacağı, icra takip yoluna başvurulduğunda ise, muacceliyet kazanan asıl alacağın yanısıra icra takip tarihi itibarıyla vadesi geçmiş her taksit için aylık % 9 gecikme faizi, muaccel olan alacak miktarı üzerinden % 30 cezai şart ödeneceği açıklanmıştır. Sözleşmenin ön yüzü davalı borçlular tarafından imzalanmış olmakla birlikte bu kısımdaki açık yollama nedeniyle arka sayfadaki "sözleşme koşulları davalıları bağlar. Davalılar matbu "sözleşme koşulları"nın sonradan değiştirilerek yapıldığını iddia ve ispat da etmemişlerdir. Öyle ise davadaki uyumsuzluğun bu sözleşme ve arka sayfasındaki sözleşme koşullarına göre çözüme kavuşturulması, ceza koşuluna hükmedilmesi kaçınılmazdır." www.dominanthukuk.com 25.04.2010

¹⁹³ ÖCAL, **Gecikme Faizi**, s. 35; ŞİRİN, s. 201.

¹⁹⁴ 506 S'lı kanunda yürürlükten kaldırılmış olan 4772 S'lı İş Kazaları ve Meslek Hastalıkları ve Analık Sigortaları Hakkındaki Kanun, m. 47/2'de "... zamanında ödenmeyen primler %30 fazlasıyla alınır."

Gecikme zammıyla, özellikle ifaya eklenen cezai şart arasındaki benzerlik temerrüt faizine oranla daha fazladır. Her ikisi de asıl edimin zamanında ifasının sağlanması ve alacaklının muhtemel zararlarının tazmin edilmesi amacıyla yöneliktir.

İfaya eklenen cezai şartta olduğu gibi, gecikme zammı açısından da zamanında ifa etmeme durumunda daha önceden belirlenmiş miktarın asıl borca ek olarak ödenmesi gerekir. Aynı şekilde gecikme süresinin ve bu gecikme dolayısıyla alacaklının herhangi bir zararın doğup doğmamış olmasının bir önemi yoktur. İfanın zamanında yapılmadığı anda cezai şart gibi, gecikme zammı da muaccel hale gelir¹⁹⁶.

Tüm bu benzerliklere rağmen cezai şart ve gecikme zammı bazı özellikleri yönünden ayrılır. Her şeyden önce cezai şart taraflar arasındaki bir sözleşme ile düzenlendiği halde, gecikme zammı bir yasal düzenlemeyle konulur. Bu noktada gecikme zammı devlete olan borçlar (primler, kamu borçları) açısından söz konusu olmakla aslında kamu hukuku alanındadır. Cezai şart ise özel hukuk kurumudur. Gecikme zammında asıl borç her zaman bir para borcu olduğu halde, cezai şartta asıl borcun konusu, para borcunun yanı sıra verme, yapma ya da kaçınma v.s her tür borç olabilir¹⁹⁷. Yine gecikme zammı miktarının indirilmesi talep edilemediği gibi, asıl edimin ifası sırasında gecikme cezasının talep hakkının saklı tutulması zorunluluğu da bulunmamaktadır.

C. Götürü Tazminat – Cezai Şart

Götürü tazminat, tazmin edilmesi gereken muhtemel zarar miktarının taraflarca önceden ve götürü olarak belirlenmesidir, şeklinde tanımlanabilir¹⁹⁸. Cezai şart, hukuki

Denilmekteydi. 506 S'lı Kanun m. 80/4 prim borçlarına ilişkin gecikme zammını gecikme süresine bağlamıştır.

¹⁹⁵ ŞİRİN, s. 202; 6183 S'lı Kanun gecikme zammını bir “yaptırım kurumu” olarak düzenlemiştir. Şartların varlığı durumunda tüm kamu alacaklarına uygulanır.

¹⁹⁶ ÖCAL, **Gecikme Faizi**, s. 35.

¹⁹⁷ OĞUZMAN s.242. ÖCAL, **Gecikme Faizi**, s. 32; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP s. 930; ŞİRİN, s. 193;BARLAS, s.153 vd.

¹⁹⁸ KOCAAĞA, s. 49.

niteliği itibarıyla götürü tazminata oldukça yakındır. BK da cezai şart ile götürü tazminat arasındaki farkı ortaya koyan açık bir düzenleme de bulunmamaktadır. Hatta bazı yazarlar cezai şartı, götürü tazminat olarak değerlendirmektedir¹⁹⁹. Bu nedenle cezai şartın götürü tazminattan ayrılması, cezai şartla ilgili olarak üzerinde durulan konulardan biridir²⁰⁰.

Sözleşmeye konulan kaydın cezai şart mı yoksa götürü tazminat mı olduğu konusu özellikle ifanın kabulü sırasında alacaklının cezai şartı veya götürü tazminat hakkını saklı tutmuş olup olmaması bakımından önem taşır. Cezai şart alacağına ilişkin talebini saklı tutmaksızın yapılan ifa kabul edilmişse, bu durum cezai şart isteminden zımni vazgeçme olarak kabul edilirken²⁰¹, götürü tazminat talebi saklı tutulmamış olsa dahi, sonradan götürü tazminat talebinde bulunulması mümkündür²⁰². Borçlar Kanununun 158.maddesinin ikinci fıkrasında ihtirazi kayıt koyulmaksızın ifanın kabulü halinde cezai şartın istenemeyeceği, “*Meğer ki alacaklı bu hakkından sarahaten feragat etmiş veya kayıt dermeyan etmeksizin edayı kabul etmiş olsun*” şeklinde belirtilmiştir. Örneğin, sözleşmede, (S)’nin (A)’ya kararlaştırılan vadede 10 ton buğday teslim etmemesi halinde 5.000 lira ödeyeceği öngörülmüşse, (S)’nin kararlaştırılan vadeden daha sonra buğdayları teslim etmesi halinde (A), 5.000 lira tutarındaki cezai şart alacağını saklı tutmaz ise, bir daha bu alacağı isteyemeyecektir.

Fahiş olan ifaya ekli cezai şart bakımından hakimin sözleşmeye müdahale ederek indirim yapabilme yetkisinin, götürü tazminat açısından mümkün olup olmayacağı konusu ise tartışmalı olmakla birlikte, götürü tazminatın aşırı derecede yüksek olması durumunda,

¹⁹⁹ UYGUR, Tanju, **Cezai Şartın Tenkisi**, ABD. 1975, s. 816.TUNÇOMAĞ **Cezai Şart**, s. 29-30; Alman Hukukunda birlik görüşünü savunan yazarlarda bu düşünce vardır. KOCAAĞA s. 52.

²⁰⁰ Özellikle Alman Hukukunda cezai şartın götürü tazminatla olan ilişkisi üzerinde sıkça durulmuş ve bu konuda değişik görüşler ileri sürülmüştür. KOCAAĞA bu görüşleri üç ana grupta toplayarak izah etmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. KOCAAĞA s.49 dn.93.

²⁰¹ Yarg. HGK 1973/11-74 E. 1973/820 K. 24.10.1973 T.’li karar “Asıl alacağın alınması sırasında ihtirazi kayıt (çekince) ileri sürülmemişse cezai şart isteme hakkı düşer.

²⁰² KOCAAĞA, s. 51.

cezai şarta ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanmak suretiyle hâkimin indirim yapabileceği de ileri sürülmektedir²⁰³.

Borçlar Kanunu m. 159/T'e göre, alacaklı zarara uğramasa dahi, borçlu kararlaştırılan cezai şartı ödemekle yükümlüdür. Burada taraflar cezai şartın miktarını önceden iradeleriyle tespit ettikleri gibi cezai şartın ödenmesi için zararın oluşması ve kusurun ispatlamasına da gerek kalmaz²⁰⁴. Oysa kararlaştırılan götürü tazminatın ileri sürülebilmesi alacaklının zarara uğraması koşuluna bağlıdır. Bu noktada götürü tazminat niteliği itibariyle bir tazminattır ve bu nedenle zarar miktarını aşması da mümkün değildir. Nitekim tazminat, zarara uğrayanın haksız zenginleşmesine neden olamaz²⁰⁵.

Hukuki niteliği ve sonuçları bakımından cezai şartla, ona çok yakın hükümler doğuran götürü tazminatın birbirinden ayrılması kolay değildir. Tarafların sözleşmeye koydukları kaydın cezai şart mı, yoksa götürü tazminat mı olduğunun belirlenmesinde yalnızca sözleşmede yer verdikleri nitelendirme tarafların gerçek amacını yansıtmayabilir. Bu nedenle tarafların gerçek amaçlarının araştırılması ve güven ilkesi çerçevesinde sözleşmenin içeriği başta olmak üzere diğer durum ve şartlar dikkate alınarak tarafların gerçek iradesi ortaya konulmalıdır²⁰⁶.

D. Seçimlik Borç – Cezai Şart

Borcun konusunu oluşturan birden fazla edim varsa ve borçlunun, bu edimler arasında yapılacak seçim sonucunda belirlenen birini yerine getirdiğinde borçtan

²⁰³ bkz. KOCAAĞA, s. 51.

²⁰⁴ TUNÇOMAĞ **Cezai Şart**, s.48; İNAN s. 428.

²⁰⁵ Zararın miktarı hükmedilecek tazminatın üst sınırını teşkil eder. Zarar miktarını aşan tazminata hükmedilemez. OĞUZMAN, s. 551; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP s. 930. KOCAAĞA, s. 49. Yarg. 4. HD. 1981/13393 E. 1982/272 K. 12.01.1982 T. (YKD 1982/5, s.545 vd.)

²⁰⁶ İsviçre Federal Mahkemesi tarafların sözleşmede yaptıkları nitelendirmeyi tek başına yeterli görmemektedir. Federal Mahkeme kararı ve bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. KOCAAĞA, s. 53

kurtulacağı öngörülmekte ise seçimlik borç²⁰⁷ söz konusudur²⁰⁸. Bu durumda sözleşmenin konusunu birden fazla edim değil, akde göre seçim yetkisine sahip olan kişinin seçim hakkını kullanması sonucunda belirlenen bir edim oluşturur. Seçimlik borç içeren sözleşmede edimi seçme hakkı kural olarak borçluya ait olsa da²⁰⁹, seçim hakkının kime ait olduğu sözleşme ile ya da kanunla veya zımnen belirlenebilir. Bu doğrultuda sözleşmenin tarafları, seçim hakkının alacaklıya ya da üçüncü bir şahsa ait olduğunu kararlaştırabilir²¹⁰.

Burada seçimlik borç ile seçimlik edimi karıştırmamak gereklidir. Şayet borcun konusu bir edim olup ta ifade bunun yerine başka bir edimin ikamesi imkanı tanınmışsa, seçimlik borç değil edimi değiştirme yetkisi söz konudur²¹¹.

Seçimlik cezai şart ve seçimlik borç içeren sözleşmeler, birden fazla edim içermeleri ve seçimlik edimlerden birinin ifa edilmesi ile borcun ifa edilmiş sayılarak sona ermesi açısından birbirine benzerler. Seçimlik borç ilişkisinde seçim hakkına sahip olanın ya da seçimlik cezai şart bakımından da alacaklının sahip olduğu seçme hakkı, aynı nitelikte yenilik doğuran haklardandır²¹². Beyanın karşı tarafa yöneltilmiş ve ona ulaşılmış olması gerekmektedir. Seçim beyanı, diğer tarafa ulaşması ile birlikte hükümlerini doğurmaya başlar²¹³. Seçim beyanının kullanılması kural olarak şekle bağlı değildir.

²⁰⁷ Borçlar Kanunu seçimlik borcu düzenleyen 71. maddesinin başlığında seçimlik borç için “birden ziyade şeylere taalluk eden borç” ifadesi kullanılmıştır. BK m. 71 uyarınca “Borç birden ziyade şeylerin yapılmasını veya verilmesini şamil olup da borçlu bunlardan yalnız biriyle mükellef tutulabilirse işin mahiyetinden hilafı anlaşılmadıkça intihap, borçluya aittir.”

²⁰⁸ VON TUHR s. 77, EREN, s.140 vd., TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 811; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.73; TUNÇOMAĞ, **Borçlar Hukuku** s. 74 OĞUZMAN/ÖZ s.8 ve 217; EREN s. 109.

²⁰⁹ Seçimlik cezai şartta alacaklı seçimlik bir yetkiye sahiptir. Buna göre o, şartın gerçekleşmesi, yani borçlunun asıl edimi hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde ya asıl edimin ifasını ister ya da bundan vazgeçerek cezai şartın ödenmesini talep eder. EREN, s. 1136; OĞUZMAN/ÖZ, s. 225 ve s. 904. OSER/SCHÖNENBERGER, II. kısım, m. 72, N. 7, s. 611.

²¹⁰ ARSEBÜK, s. 103; OSER/SCHÖNENBERGER, (C. 5), m. 72, N. 1, s. 607-608.

²¹¹ Edimi değiştirme yetkisi kanundan doğabileceği gibi (BK m. 83) sözleşmeden de doğabilir. Alacaklının tek taraflı beyanıyla dahi bu yetkinin kullanılabilmesi kabul edilmiştir. Edimi değiştirme yetkisi edimlerden birinin asıl edim olması bakımından seçimlik borçlardan ayrıldığı gibi, edimin yerini tutacak şeyin önceden kararlaştırılmış olması bakımından da “ifa yerini tutan eda’dan ayrılır.” Ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN/ÖZ s.217

²¹² EREN s.1137;

²¹³ TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 32; OSER/SCÖNENBERGER, C. IV, m. 72, N. 8, s. 611.

Ancak, seçimlik borcu içeren hukuki ilişkinin geçerlilik şekline bağlı bulunduğu durumlarda, seçim beyanının da şekil kurallarına uygun olarak yapılması gerekmektedir.

Seçimlik borçlarda birden fazla olan borç konusu edimlerden her birisi, asli borçtur ve birbirinden tamamen bağımsız niteliktedir²¹⁴. Oysa cezai şartın muaccel olmasından sonra asıl borçtan bağımsız duruma gelmesi nedeniyle, borçlu seçim beyanı üzerine belirli hale gelen edimi ifa eder. Seçimlik borçlarda ise borcun konusu, birbirine eşit çeşitli ifalardan ibarettir²¹⁵. Buna karşılık seçimlik ceza borcu muaccel olmadan önce asıl borcun yanında, ona bağlı fer'i bir borç niteliğindedir. Ceza borcunun hükümlerini doğurması, asıl borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi üzerine alacaklının seçimlik cezayı talep etmesi ihtimaline bağlıdır²¹⁶.

Seçimlik borç ilişkisinde edimlerden birinin borçlunun kusuru olmaksızın imkansızlaşması durumunda borçlunun yükümlülüğü sona ermeyip, borcun konusu diğer edime dönüşürken²¹⁷, cezai şartta asıl borcun ifasının sonradan imkansızlaşması sonucu borç tamamı ile sona erer²¹⁸. İmkansızlığın başlangıçta olduğu durumda ise cezai şartın fer'i niteliği gereği ceza borcu da zaten doğmaz²¹⁹.

Kusurlu imkansızlık durumunda ise; seçim hakkının alacaklıya ait olmasına rağmen, edimlerden birisi borçlunun kusurlu hareketi sonucu imkansız hale getirilmiş ise, alacaklının seçim hakkını imkansızlaşan edim yönünde kullanması durumunda, borçlunun

²¹⁴BİLGE, **Cezai Şart**, s. 92-93; EREN s. 960; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 816 vd. OĞUZMAN/ÖZ s. 219;

²¹⁵GÜNAY, s. 56.

²¹⁶TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, 32-33; BİLGE, **Cezai Şart**, s. 55.

²¹⁷ Edimlerden biri sonradan imkansızlaşırsa veya baştaki imkansızlık sübjektif ise; her iki tarafında imkansızlıktan sorumlu tutulmadığı durumlarda seçim hakkı ister alacaklıya ister borçluya ait olsun diğer edim kendiliğinden borcun konusunu oluşturur. OĞUZMAN/SELİCİ s.227; Von TUHR s. 81

²¹⁸ TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s 93; UÇAR, s. 30; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 33; Von TUHR, s. 766.

²¹⁹ Doktrin ve Yargıtay'ın cezai şartın fer'i niteliği noktasında birleştikleri söylenebilir. TANDOĞAN, s. 687. HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 519. BOZER, s. 278 vd. YAVUZ, s. 16.; BİLGE, **Borçlar Hukuku** s. 19 ve s. 366. Yarg.13. HD. 2008/8902 E. 2008/11372 K. 26.06.2008 tarihli kararı"...Zira cezai şart asıl borca ilişkin fer'i haklardanır. Asıl borç hükümsüz olunca, cezai şart da hükümsüzdür. Taraflar ancak verdiklerini haksız iktisap kuralları uyarınca geri isteyebilirler..." Yarg. 13 HD. 1983/7823 E. 1983/8211 K. 22. 11. 1983 T. "...Çünkü ceza koşulu fer'i (ikincil) nitelikte bir borçtur ve geçerli bir borcun varlığına gerek gösterir" (YKD. Haziran 1984, s. 913)

tazminat ödeme yükümlülüğü doğar (BK. m. 96). Diğer edimi seçmesi ihtimalinde ise borcun konusunu, ifası mümkün olan edim oluşturur²²⁰.

E. Seçimlik Yetki - Cezai Şart

Seçimlik yetki²²¹, borçlunun kararlaştırılan edimin yerine, diğer bir edimi ifa ederek borçtan kurtulmasını sağlayan yetkidir²²². Seçimlik cezai şart ilişkisinde olduğu gibi seçimlik yetkide de, biri esas diğeri fer'i nitelikte iki borç vardır. Bu borçlardan ilki, borçlunun esas itibarıyla sorumlu olduğu asıl edimdir. Bunun yanında seçim hakkına sahip olanın talebi ya da asıl borcun kusur nedeniyle imkansızlaşması durumunda onun yerini alabilen ikinci bir edim daha bulunmaktadır²²³. Seçimlik cezai şartta olduğu gibi, seçimlik yetki bakımından da asıl edim borçlunun kusuru olmaksızın imkansızlaştığında fer'i nitelikteki diğer borçta sona erer²²⁴.

Özellikle seçimlik cezai şart ile seçimlik yetki oldukça benzer olmalarına rağmen ayrıldıkları noktalar da mevcuttur²²⁵. Seçimlik yetkinin borçluya ait olduğu durumda, borçlu yedek edimi ifa etmek suretiyle borcundan kurtulabilir. Buna karşılık seçimlik cezai şartta seçim yetkisi, esas itibarıyla alacaklıya aittir. Bu nedenle ifa etmeme ya da eksik ifa etme nedeniyle borca aykırılık durumlarında, alacaklının cezai şartı seçtiğini beyan

²²⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.816-818; DURAL, Mustafa, **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık**, İstanbul 1976 s.147; EREN s.1136; OĞUZMAN/ÖZ s.909 vd.; BİLGE s.54-55. TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 106 - 107; TUNÇOMAĞ, **Borçlar Hukuku** s. 874.

²²¹ EREN, s. 1137; UÇAR, s. 54;. VON TUHR, s. 82; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 817-818; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 63 TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 106-108

²²² SAYMEN/ELBİR, s. 44-45; TEKİNA/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP s. 1087.

²²³ TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 33; OĞUZMAN/ÖZ s.227 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 64 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 818

²²⁴ TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 33;

²²⁵ TUNÇOMAĞ, Seçimlik cezai şartta muacceliyetten sonra bir asli diğeri tali nitelikte iki borç değil, her biri diğerinden bağımsız iki ayrı borç bulunduğunu ve bu iki borçtan birinin ifanın konusu nu oluşturduğunu ileri sürerek seçimli cezai şartta seçimlik yetkiden söz edilemeyeceğini belirtmiştir. Cezai Şart, s.106 vd.

etmediği takdirde borçlunun cezayı ödeyerek borçtan kurtulma yetkisi yoktur. Alacaklının cezayı talep edeceği ana kadar borçlu asıl borçtan sorumlu olmaya devam eder²²⁶.

Yukarıda seçimlik borç ile seçimlik cezai şart arasındaki fark açıklanırken belirtildiği üzere seçimlik borçlarda olduğu gibi, seçimlik cezai şartta da seçim beyanı ya da seçim hakkı değiştirici yenilik doğuran haklardandır. Bu hak, niteliği gereği karşı tarafa yöneltilmesi gerekli, tek taraflı bir irade beyanı ile kullanılır ve karşı tarafa ulaşması ile hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlar²²⁷. Ancak seçimlik yetkiye dayanarak asıl edimin yerine yedek edimin borçlu tarafından teklif edilmesi ya da alacaklı tarafından talep edilmesi yenilik doğurucu haklardan değildir. Bu nedenle yedek edimi teklif eden borçlu, bu teklifin, karşı tarafça kabul edilmesi ana kadar teklifinden vazgeçip geri alabilir. Bu durum yedek edimin ifasını talep etmiş olan alacaklının seçim önerisini geri alması bakımından da geçerlidir²²⁸. Aynı şekilde, seçimlik yetkinin alacaklıya ait olması halinde alacaklı, asıl edim yerine yedek edimi talep etmişse, bunun borçlu tarafından kabulüne kadar, talebinden rücu ederek, asıl edimi isteyebilir²²⁹. Karşı tarafın yapılan teklifi (talebi) kabul etmesi durumunda yapılan bu öneri sözleşmeyi değiştirici nitelik taşır. Bundan dolayı kabulden itibaren seçim beyanının geri alınması mümkün değildir. Kaldı ki yapılan tekliften vazgeçilmesi TMK. m. 2'deki hüsünîyet kuralına aykırı olduğu durumlarda da kabul edilemez²³⁰.

²²⁶ BK. m. 158/II; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 33. KOCAAĞA s.65.

²²⁷ BİLGE, **Cezai Şart**, s. 9; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 107-108; TÜKEL, s. 85.

²²⁸ Von TUHR, s. 767.

²²⁹ EREN, s. 1138;

²³⁰ VON TUHR/ESCHER, s. 281; ENGEL, P. **Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu**, Ankara 2002 s. 864 - 865; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 44 vd.; İNAN, s. 430; KILIÇOĞLU, s. 535; BGE 63 II 84 vd. EREN s.1136.

F. Kefalet - Cezai Şart

Kefalet sözleşmesi²³¹; bir kimsenin (kefil), asıl borçlunun ifadan kaçınması durumunda, bu borçtan şahsen sorumlu olmayı alacaklıya karşı taahhüt etmesidir, şeklinde tanımlanabilir²³².

Kefalet sözleşmesi üçüncü şahıs ile asıl borcun taraflarından biri (alacaklı) arasında, alacaklıya teminat sağlamak maksadı ile yapılmaktadır. Kefalet borcun ifa edilmemesi durumunda borçtan şahsen sorumlu olmayı gerektirir yoksa kefilin sorumluluğu borcun ifasını sağlamak değildir²³³.

Kefalet de cezai şart gibi alacaklıya güvence sağlayan sözleşmelerdendir²³⁴. Kefalet sözleşmesi, asıl sözleşmenin taraflarından başka üçüncü bir kişinin (kefil) varlığının zorunlu bulunması yönüyle cezai şarttan ayrılır. Cezai şart ile güvence altına alınan asıl edimin borçlusu aynı zamanda cezai şart sözleşmesinin de borçlusu iken, kefalet sözleşmesinin borçlusu sözleşmenin taraflarının dışında üçüncü bir kişidir. Oysa cezai şart sözleşmesinde borçlu, bizzat kendi borcuna güvence veren kişidir, hiç olmazsa şahsen teminat vermek imkanı vardır²³⁵.

Öte yandan, kefalet sözleşmesi kefilin borcu her zaman bir para borcu²³⁶ olduğu halde, seçimlik cezai şartın konusu diğer cezai şart türlerinde de olduğu gibi belli bir miktarda paranın yanı sıra, verme, yapma ya da yapmama borcu olabilir²³⁷.

²³¹ BK. m. 483 “Kefalet, bir akittir ki onunla bir kimse, borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeği alacaklıya karşı taahhüt eder.”

²³² YAVUZ, s. 316; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI; s. 52; BİLGE, s. 316; REİSOĞLU, Seza, **Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet**, Ankara: Evrim Yayınevi 1992 s. 2; TANDOĞAN s. 316.

²³³ BİLGE, s. 316; TANDOĞAN s. 316-687.

²³⁴ Karşı TANDOĞAN, s. 687, TANDOĞAN, cezai şartı teminat sözleşmeleri kapsamında görmemektedir. “Cezai şartta borcun gereği gibi yerine getirilmemesi tehlikesinden doğan borcu karşılamayı taahhüt eden borçlunun bizzat kendisidir. Asıl sözleşmeye ek borçlunun fer’i bir teminat borcu borçlunun yükümlülüğünü genişletse bile sorumluluk kapsamını genişletemez”.

²³⁵ BİLGE, **Özel Borç Münasebetleri**, s. 266-267.

²³⁶ TANDOĞAN, s. 687; YAVUZ, s. 374.

²³⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s. 901; BECKER, m. 160, N. 3, s. 217 – 218; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 7.

G. Pişmanlık Akçesi – Cezai Şart

Pişmanlık akçesi, sözleşmenin yapıldığı sırada verilen, sözleşmeden dönülebilmesi için peşinen kararlaştırılmış tazminattır²³⁸. Özellikle cezai şartın bir türü olan dönme cezası, diğer hukuki kurumlarla karşılaştırıldığında, pişmanlık akçesi²³⁹ ile yakın bir ilişki veya benzerlik taşır. Prensipleri itibariyle iki kurum birbirlerine yakın dursalar da iki ayrı kavramı ifade ederler. Şöyle ki; Sözleşme kurulurken taraflardan biri diğer tarafa bir miktar para verir ve bu paranın kendisinde kalması şartıyla dilediği zaman sözleşmeden dönme hususunda onunla anlaşır, BK. m. 156/III'e göre pişmanlık akçesi söz konusu olur²⁴⁰.

Yargıtay HGK'nun tanımına göre; “Cayma yahut pişmanlık akçesi, kendisi için akitten cayma salahiyeti kabul edilmiş olan tarafın, akdin yapılmış olduğu sırada diğer tarafa ödediği bir paradır ki, akitten caydığı takdirde bu para alan tarafa kalır”²⁴¹.

Pişmanlık akçesine ilişkin BK. m. 156/III gereğince, pişmanlık akçesi olarak diğerine para ya da başka şeyi veren, verdiğini terk ederek, alan taraf ise aldığı için iki mislini iade ederek akitten dönme hakkına sahiptir²⁴². Sözleşmeden dönülmesinin her iki taraf açısından da başkaca bir yaptırımını bulunmamaktadır. Pişmanlık akçesi, asıl edimin fer'i olduğundan, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı durumda hüküm doğurması beklenemez.

Borçlunun sözleşmeden dönmemesi halinde, pişmanlık akçesi olarak alacaklıya verdiği paranın asıl borca mahsup edilip edilmeyeceği hususunda kanunda herhangi bir

²³⁸ EREN, s. 1144.; REİSOĞLU, Safa, s. 352-353; VON TUHR, s. 774; UÇAR, s. 28; OĞUZMAN/ÖZ, s. 916.

²³⁹ Halk arasında “kaporu” BK. m.156/3'de “zamanı rücü” doktrininde ise “cayma akçesi” veya “pişmanlık akçesi”olarak adlandırılan bu hukuki müessese; sözleşmeden serbestçe dönülmesi karşılığı diğer tarafa kalmak üzere yapılan ödemeyi ifade eder. OĞUZMAN/ÖZ, s.916

²⁴⁰ TUNÇOMAĞ, **Borçlar Hukuku** s. 898; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 340 - 341; KILIÇOĞLU, s. 531; EREN, s. 1144; REİSOĞLU, Safa, s. 352-353; VON TUHR, s. 774; UÇAR, s. 28; OĞUZMAN/ÖZ, s.916

²⁴¹ Yarg. HGK. 20.2.1957 T. ve 3/24 sayılı karar Diaport Mevzuat ve İçtihad Programı www.diaport.com 12/10/2009.

²⁴² Cayma akçesinin hukuki sonuçları BK. m.156/3'de düzenlenmiştir. “Zamanı rücü şart edildiği halde, akitlerden her biri akitten rücu salahiyetini haiz addolunur. Pey akçesi vermiş olan rücu ederse, verdiğini terk eder ve pey akçesini almış olan rücu ederse, aldığı için iki mislini iade eder. REİSOĞLU, Safa, s. 353; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 31; TÜKEL, s. 28. OĞUZMAN/ÖZ, s. 916; EREN, s.1143.

hüküm mevcut değildir. Pey akçesi hakkındaki hüküm, istisnai nitelikte olduğundan ve istisnaların dar yorumlanması gerektiğinden, kıyas yoluyla da olsa pişmanlık akçesine uygulanamaz²⁴³. Buna göre; pişmanlık akçesi olarak verilmiş olan şey asıl edim ile aynı cinsten ise akdin ifası durumunda, asıl borca mahsup edilir, aksi takdirde iadesi gerekir²⁴⁴. Ancak, taraflar isterlerse aksi yönde bir sözleşme de yapabilirler. Keza pişmanlık akçesi veren taraf sözleşmeden dönmezse, bunu alandan geri vermesini isteyebilir. Burada da sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanır.

İfayı engelleyen cezai şart (dönme cezası) ile pişmanlık akçesi amaç itibarıyla birbirine benzemekle birlikte aralarındaki fark, pişmanlık akçesinde para daha sözleşme kurulurken ödendiği ve parayı verenin borcu ifa etmeyerek sözleşmeden dönmesi halinde bu para diğer tarafta kaldığı halde, dönme cezasında cezai şart ancak sözleşmeden dönüldüğü zaman ödenir²⁴⁵. Diğer yandan karşı tarafın pişmanlık akçesi ödeyerek sözleşmeden dönmesi halinde onun ödeyeceği miktar normal pişmanlık akçesinin iki katı iken, dönme cezasında böyle bir artış söz konusu olmaz. Ayrıca seçimlik ve cezai şartın aşırılığı nedeniyle indirilmesi hakimden istenebildiği halde, pişmanlık akçesinin aşın derecede yüksek olması nedeniyle indirilmesi talep edilemez²⁴⁶.

Yargıtay HGK bir kararında da pişmanlık akçesinin özelliklerinden yola çıkılarak dönme cezai şartı ile karşılaştırması şu şekilde yapılmıştır. “Cayma akçesinin, kendisi için sözleşmeden cayma yetkisi kabul edilen tarafın akdin yapıldığı sırada, diğer tarafa ödediği bir paradır ve sözleşmeden caydığı takdirde bu para diğer tarafa kalacaktır. Oysaki sözleşmenin yerine getirilmemesi halinde, ödenmesi gereken para hukuki nitelikçe cezai

²⁴³ Aksi görüş için bak. BUCHER, s. 517 - 518.

²⁴⁴ OĞUZMAN/ÖZ, s.916; EREN, s.1143.

²⁴⁵ KELLER/SCHÖBİ, I, s. 115; VON TUHR/ESCHER, s. 288; BUCHER, s. 518; OR-EHRAT, Art. 158, N. 14; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 31 - 32; TUNÇOMAĞ, **Borçlar Hukuku** s. 902; OĞUZMAN/ÖZ s. 887; BGE 110 II 145 vd.

²⁴⁶ TUNÇOMAĞ, **Borçlar Hukuku** s. 899; YHGK. 24.1.1970 tarih ve 966/4 E, 1348/50 sayılı kararında, haklı olarak aynen şu içtihatla bulunmuştur; "... cayma akçasının, aşın olduğundan söz edilerek indirme yapılması isabetsizdir." Bu karar için bak. TUNÇOMAĞ, **Borçlar Hukuku** s. 89 - 901, N. 8. Aksi görüş için bak. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 341.

şart teşkil eder. Cayma tazminatı kararlaştırıldığı hallerde bu tazminatı ödeyerek akdi bozmak serbestisi mevcuttur...²⁴⁷.

Sözleşmede kararlaştırılan tazminatın pişmanlık akçesi mi, yoksa ifayı engelleyen cezai şart mı olduğu hususunda tereddüt doğduğunda, cezai şart lehine yorum yapılması gerektiği kabul edilmektedir²⁴⁸.

H. Pey Akçesi – Cezai Şart

BK. m. 156/I'e göre sözleşme kurulurken borçlunun alacaklıya bir sözleşmenin kurulduğuna delil olsun diye vermiş olduğu bir miktar paraya pey akçesi denilir²⁴⁹.

YHGK. 20.5.1964 tarih ve 31751 /383 sayılı bir kararında isabetle pey akçesinin de feri bir hak olduğunu, asıl sözleşme geçerli olmadığı takdirde pey akçesinin de geçerli olamayacağını, bu nedenle pey akçesi olarak alınan paranın sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri istenebileceğini hükme bağlamıştır²⁵⁰.

BK. m. 156/II'ye göre aksine bir sözleşme veya yerel âdet yoksa, pey akçesini alan, bunu alacağına mahsup etmek zorunda değildir. Bu takdirde pey akçesi, bunu alan kimsede kalır. Buna karşılık sözleşmede aksine bir hüküm bulunur veya yerel âdet o yolda olur ise, pey akçesini alan taraf, bunu alacağına mahsup etmek zorundadır. Görülüyor ki, Kanunun bu hükmü, borçlu tarafından sözleşmenin kurulduğu sırada alacaklıya verilen pa-

²⁴⁷ Yarg. HGK. 28.2.1962 T. Ve 1962/1-20 E. 26 K. (Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası www.meseyazilim.com) 30/09/2009.

²⁴⁸ BK. 158/3 uyarınca ihtilaf halinde, borçlu kararlaştırılan miktarın cezai şart değil dönme cezası olduğunu ispatlamak zorundadır. OĞUZMAN/ÖZ, s. 908; EREN, s.1144; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 471; KILIÇOĞLU, s. 539; KOCAĞA, s. 158. Sözleşme kurulurken verilen bir miktar paranın pey akçesi olarak mı, yoksa pişmanlık akçesi olarak mı verildiği taraflar arasında uyumsuzluk konusu olursa, BK. m. 156/1, verilen paranın pey akçesi olarak verildiği ve dolayısıyla sözleşmenin kurulmuş olduğu yolunda aksi her zaman ispat edilebilir bir karine koymuştur. VON TUHR/ESCHER, s. 288; TUNÇOMAĞ, **Borçlar Hukuku**, s. 898; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 339.

²⁴⁹ VON TUHR/ESCHER, s. 287; BUCHER, s. 515 vd.; OR-Ehrat, Art. 158, N. 6; GAUCH/SCHLUEP, II, N. 3979; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart** s. 295; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 339; OĞUZMAN/ÖZ, s. 914; İNAN, s. 421; KILIÇOĞLU, s. 530.

²⁵⁰ Bu karar için bak. TUNÇOMAĞ, **Borçlar Hukuku** s. 896 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 339.

ranın asıl borca mahsup edilmeyeceği yolunda bir karine koymuş bulunmaktadır. Ancak, bu aksi her zaman ispat edilebilir adi bir karineden ibarettir. Kaldı ki, Kanunun öngördüğü bu karinenin modern iş dünyasının geleneklerine uygun düştüğünü iddia etmek de oldukça zordur. Aslında pey akçesi olarak verilen bu paranın avans olarak ödendiğini kabul edip, asıl borca mahsup etmek somut adalet duygusuna daha uygun düşerdi. Özellikle pey akçesi olarak ödenen meblağın asıl borca oranla küçümsenemeyecek bir miktar olması halinde bunun avans olarak ödendiği ve asıl borca mahsup edilmesi gerektiği kabul edilmelidir. Nitekim Alman Medeni Kanunu (BGB) § 337, BK. m. 156/II'nin tam aksi yönünde bir düzenleme öngörülmüştür. Sözü geçen maddeye göre borçlunun alacaklıya sözleşmenin kurulması sırasında verdiği paranın şüphe halinde asıl borca mahsup edilmek üzere verildiği kabul edilmektedir. Bu hüküm modern iş hayatındaki görüş ve anlayışa daha uygun düşmektedir. Esasen pey akçesinin en çok ödendiği satış ve kira sözleşmelerinde de yerel âdetin bu yönde olduğu gözden uzak tutulmamalıdır.

Sözleşmenin butlan veya iptal gibi sebeplerle geçersiz olması halinde pey akçesini alan alacaklı bunu borçluya sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade etmek, geri vermek zorundadır. Sözleşme hiç veya gereği gibi ifa edilmediği takdirde, alacaklı borçludan bu yüzden uğradığı zararın tazminini talep edebilir. Pey akçesi veren taraf tazminat ödemek zorunda kalırsa, parayı alan taraf, yani alacaklı da pey akçesini mahsupla yükümlü ise, bunu tazminat alacağına mahsup etmek zorundadır²⁵¹.

Buna karşılık alacaklının pey akçesini mahsup yükümlülüğü yoksa, bir yandan pey akçesini muhafaza ederken, diğer yandan da borçludan tazminatın tamamını talep yetkisi vardır. Bu konuda aksine bir sözleşme veya yerel âdetin bulunduğunu ispat yükü bunu iddia edene, yani borçluya düşer

Pey akçesini alan taraf sözleşmeyi ifa etmez veya taraflar anlaşarak sözleşmeyi ortadan kaldırırlarsa, pey akçesi veren taraf bunun iadesini talep edebilir²⁵². Pey akçesi ile cezai şart birbirinden farklıdır. Gerçekten pey akçesinde bir miktar para borçlu tarafından

²⁵¹ VON TUHR/ESCHER, s. 288; BUCHER, s. 517; KELLER/SCHÖBİ, I, s. 115; TUNÇOMAĞ, **Borçlar Hukuku** s. 896.

²⁵² OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 158, N. 4; VON TUHR/ESCHER, s. 287 - 288; TUNÇOMAĞ, **Borçlar Hukuku** s. 896.

alacaklıya daha sözleşme kurulurken verildiği halde, cezai şartta böyle bir para sadece vaad olunmaktadır.

İ. Ücret Tevkifi – Cezai Şart

BK. m. 157'de²⁵³ yer alan bu düzenlemeyle hizmet sözleşmesine işçinin ücretinden belirli bir miktarın kesileceği kaydı konulmuşsa, bunun cezai şart değil işçinin yol açacağı muhtemel zararlara karşı bir ücret kesintisi olduğu kabul edilir²⁵⁴. BK. m. 157'ye göre bir hizmet sözleşmesinde ücretin bir kısmı tevkif edildiği takdirde, aksine sözleşme veya adet yok ise, bu para cezai şart olarak değil, işverenin zararını karşılamak için alıkonulmuş tazminat parası sayılır. buna göre, tarafların sözleşmede belirtmesi ve ticari bir teamül var ise ücret tevkifi cezai şart olarak da kararlaştırılabilecektir²⁵⁵.

BK. m. 157/II'ye göre alıkonulacak işçi ücreti, ücretin tazminat ile mahsubunun caiz olduğu miktarı aşamaz. Bu miktar İcra ve İflâs Kanunu mad. 83'e göre belirlenir²⁵⁶.

Ücret tevkifi ile cezai şart arasında önemli farklılar mevcuttur. Örneğin cezai şart, ilke olarak her türlü sözleşmede kararlaştırılabilmesine karşılık, BK. m. 157'deki anlamda ücret kesintisi yalnız hizmet sözleşmesinde söz konusu olur²⁵⁷. Diğer taraftan cezai şart sözleşmenin her iki taraf hakkında da kararlaştırılabildiği halde ücret kesintisi sadece işçinin sorumluluğunu düzenleyen bir kurumdur. Ücret kesintisinde, işveren bir zarara uğramışsa, kestiği ücretlere hak kazanır. Cezai şartta ise BK. m. 159/I gereği zararın

²⁵³ BK. m. 157 - Hizmet akdinde mukavele mucibince ücretin bir kısmı tevkif edildiği halde, hilafına şart veya adet bulunmadıkça tevkif olunan ücret cezai şart olarak değil belki istihdam eden kimsenin zararına karşılık olmak üzere tutulmuş addolunur. Bu tevkif, ancak amele ücretinin tazminat ile mahsubu caiz olduğu nispette muteber olur.

²⁵⁴ 1475 sayılı İş Kanunu'na ve 854 sayılı Deniz İş Kanunu'na tâbi işlerde bu maddenin uygulama alanı yoktur. Zira konu İş Kanunu m. 31 ve Deniz İş Kanunu m. 39'da özel olarak düzenlenmiştir. Borçlar hukuku yönünden uygulama alanı son derece sınırlanmış olan bu konuda daha fazla bilgi için bak. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 360 - 361; OĞUZMAN/ÖZ, s. 911; İNAN, s. 424 – 425; TUNÇOMAĞ, **Borçlar Hukuku** s. 895 vd.

²⁵⁵ EREN, s.1145; KILIÇOĞLU, s. 532; OĞUZMAN/ÖZ, s. 917; İNAN, s. 424; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.360-361

²⁵⁶ EREN, s.1145; KOCAAĞA, s.61.

²⁵⁷ KOCAAĞA, s. 61.

oluşumu cezanın istenmesi için şart değildir. Ücret kesintisi ilke olarak peşin ödenmekte iken BK. m.158 gereği cezai şart ancak ifa etmeme veya gereği gibi ifa etmeme sonucu istenebilir²⁵⁸.

²⁵⁸ KOCAAĞA s. 62. BİLGE, s. 54.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

CEZAI ŞART TÜRLERİ

Cezai şart, ifaya eklenen cezai şart, seçimlik cezai şart ve ifayı engelleyen cezai şart olmak üzere üçe ayrılır.

I- İFAYA EKLENEN (KÜMÜLÂTİF) CEZAI ŞART

A. Genel Olarak

BK. m. 158/II'ye göre borç belirlenen yer ve zamanda ifa edilmemişse alacaklı seçimlik cezai şarttan farklı olarak hem asıl edimin hem de cezai şartın ödenmesini istemek hakkına sahiptir²⁵⁹.

İfaya eklenen cezai şart içeren sözleşmede, şart gerçekleştiği takdirde alacaklı hem asıl edimin hem de cezai şartın ifasını isteyebileceğinden, burada taleplerin birleşmesi söz konusu olmaktadır²⁶⁰.

Cezai şartın bu türünü ifade için Kanunda bir terim bulunmamaktadır. Doktrin ve uygulamada ise bu türün ifadesi için değişik terimler kullanılmaktadır. Kullanılan

²⁵⁹ MÜNCHKOMM/GOTTWALD, Art.341, Rn.1; ERMAN/SCHAUB, Art.341, Rn.1.Yarg. 13 HD. 1987/6836 E. 1988/188 K. 21.8.1988 T. S'lı ilamı "Sözleşmenin belli yerde yerine getirilmemesi durumunda ödenmek üzere ceza koşulu kabul edilmişse, alacaklı hem sözleşmenin yerine getirilmesini ve hem de belirli cezanın ödenmesini isteyebilir." (YKD. Mart, 1989, s. 377). Yarg. 15. HD. 2004/1465 E. 2004/5468 K.'li kararı "...sözleşmede yer alan bu ceza seçimlik ceza olmayıp, ifaya eklenen ceza niteliğindedir. BK 158/II. maddesine göre taraflar akdin muayyen (belirli)zamanda veya meşrut(kararlaştırılan) mahalde icra edilmesi dahilinde tediye olunmak üzere ceza ödenmesini kararlaştırılmışsa, ifaya eklenen cezai şart söz konusudur." www.kazanci.com 30.04.2010.

²⁶⁰ GÜNAY, s. 83.

terimlerden en önemlileri “ifaya eklenen cezai şart”²⁶¹ (Kumulativkonventionalstrafe) ya da “inzimamı cezai şart”²⁶², “müçtemi ceza” (clause penale cumulative)²⁶³, “toplu veya ekli ceza” (pine cumulative)²⁶⁴, “ifayla birlikte istenebilecek sözleşme cezası”²⁶⁵, “ifayla beraber cezai şart”²⁶⁶, “çifte ceza”²⁶⁷ olarak sıralanabilir. Yargıtay kararlarında da “ifaya eklenen cezai şart” teriminin kullanıldığı görülmektedir²⁶⁸.

Kanaatimizce doktrindeki genel ifadelerden yola çıkarak bir tanım vermek gerekirse; “ifaya eklenen cezai şart öyle bir edim taahhüdüdür ki, bununla borçlunun edimini belirlenen yer ve zamanda ifa etmemesi üzerine, alacaklı hem asıl edimin ifasını, hem de cezai şartı talep hakkı kazanır” denilebilir.

Bunun yanında edanın ihtirazı kayıt dermeyan edilmeksizin kabulü halinde, cezai şart da istenemeyecektir²⁶⁹. Çünkü cezai şartın türü ne olursa olsun cezai şartın feriliği

²⁶¹ EREN, s. 1137; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 45; Bu terimi, “ifaya eklenen ceza koşulu” şeklinde kullanan yazarlar, KARAHASAN, M. Reşit: **Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Öğreti Yargıtay Kararları ilgili mevzuat**, C 1 -2 İstanbul: Beta Yayınları 2003 s. 1315; UÇAR, s. 17; Aynı terimi “İfaya eklenen sözleşme cezası şeklinde kullanan ; TÜKEL, s. 23.

²⁶² TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 45.

²⁶³ BERKİ, Osman Fazıl, **Pey Akçesi, Rücu Tazminatı ve Cezai Şart Etrafında Tetkikler** İBD, 1943, Cilt s. 293.

²⁶⁴ BİLGE; **Cezai Şart**, s. 104.

²⁶⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s. 905; İNAN, s. 551.

²⁶⁶ OSER/SCHÖNENBERGER, m. 160, N. 6, s. 953.

²⁶⁷ GÖKTÜRK, **Borçlar Hukuku**, s. 597.

²⁶⁸ Yarg. 15. HD. 2005/101 K. 12.01.2005 tarihli kararı, “...Taraflar arasındaki 26.10.2001 tarihli sözleşmenin cezai şart başlıklı 4. maddesinde “...taşeron sözleşmeyi süresinde bitirmez ise, işverenin uğradığı tüm zararı tazmin etmekle beraber teslim etmediği her gün için 100.000.000 da tazminat olarak işverene öder” hükmüne yer verilmiş olup, bu hüküm Borçlar Kanununun 158/11. maddesi gereğince ifaya eklenen cezai şart niteliğindedir...” Diaport Mevzuat ve İctihad Programı www.diaport.com 12.10.2009.

²⁶⁹ TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 31; OĞUZMAN / ÖZ, s. 905; EREN. s. 1137; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 353; GÜNAY, s. 85. Yarg. 15. HD. 2005/101 K. 12.01.2005 tarihli kararı: “...(sözleşmedeki)bu hüküm Borçlar Kanununun 158/11. maddesi gereğince ifaya eklenen cezai şart niteliğindedir. Anılan maddeye göre, edanın ihtirazı kayıt dermeyan edilmeksizin kabulü halinde bu ceza istenemez...” Diaport Mevzuat ve İctihad Programı www.diaport.com 12.10.2009. Yarg. 15. HD. 1976/2953 E. 1877/113 K. 26.1.1977 T. (YKD, C. 5, S. 1 Ocak 1979, s. 98.); Yarg. 15. HD. 1977/247 E. 1977/353 K. 17.02.1977 T. (YKD, C. 4, S. 5 Mayıs 1978, s. 774.) Aynı içerikli diğer örnek kararlar; 15. HD. E.1977/515, K.1977/629, T.14.3.1977 (YKD, C. 4, S. 7, Temmuz 1978, s. 1176.); 15. HD. 1976/1829 E. 1976/2778 K. 05.06.1976 T. (YKD, C. 3, S. 11, Kasım 1977, s. 1598.); 15. HD. 1977/1035 E. 1977/1139 K., 16.5.1977 T. (YKD, C. 3, S. 11, Kasım 1977, s. 1596.); 15. HD. 1998/308 E. 1998/1227 K. 26.3.1998 T. (YHD, C. XVIII, S. 210/5 Mayıs 1999, s. 633.); 15. HD. 1979/1071 E. 1979/1228 K. 23.5.1979 T. (Taraflar arasındaki sözleşme uyarınca, müteahhidin inşaatı teslim edeceği tarih belirlenmiş, ancak ifa zamanında gerçekleştirilmemiştir. Davacı arsa sahibi, müteahhide önce bir ihtarname göndererek haklarını saklı

niteliği gereği, asıl borca bağlı olma özelliği devam etmektedir. Bu ise asıl borcun sona ermesiyle, kural olarak cezai şartında sona ereceği anlamına gelir²⁷⁰.

Ceza miktarının çok az bulunmasına rağmen ifadan beklenen yararın cezaya oranla çok yüksek olduğu durumlarda, taraf iradelerinin hakkaniyete uygun yorumundan cezai şartın ifaya ekli olarak ödenmesi gerektiği ortaya çıkar²⁷¹. Böyle durumlarda, tarafların açık iradelerinin bulunmamasından hareketle alacaklının asıl edim ya da cezai şarttan ancak seçtiği birini talep edebileceği sonucuna varıldığında cezai şartın işlevini yerine getirmesi beklenemez²⁷².

Öte yandan, cezai şart miktarının borcun belirlenen yer ve zamanda ifa edilmemesinden doğan gecikme tazminatından açıkça fazla olduğu ve de karşılaştırılan cezanın akdin ifa edilmemesinden doğan müspet zararı tazmine yönelik olduğu

tuttuğunu bildirmiş, daha sonra daireleri teslim almıştır. Davacının haklarını saklı tuttuğu gözardı edilerek, daireleri teslim aldıktan sonra artık cezai şart talep edemeyeceğine hükmedilmesi bozmayı gerektirmiştir.) (YKD, C. 6, S. 7, Temmuz 1980, s. 1011.); 15. HD. 1980/943 E. 1980/973 K. 14.4.1980 T. (Taraflar arasındaki eser sözleşmesi bulunmaktadır. Alacaklı bu sözleşmede belirlenen tarihte gerçekleştirilmeyen ifayı –inşaatın teslimi- gecikmiş olarak kabul etmiş ve bu esnada cezai şarta ilişkin talep haklarını saklı tutulmamıştır. 15.HD., yerel mahkemenin bu hususu göz ardı ederek cezai şarta hükmettiği kararını bozmuştur) (YKD,C. 7, S. 1, Ocak 1981, s. 78.); 15. HD. 1992/5923 E. 1993/4091 K. 19.10.1993 T. (Taraflar arasında kat karşılığı inşaat sözleşmesi kurulmuş ve sözleşmede, inşaatın belirlenen tarihten geç teslim edilmesi halinde belirlenen miktarda cezai şart ödeneceği kararlaştırılmıştır. Geç teslim gerekçesi ile cezai şart talep eden davacı, inşaatı teslim almış, ancak cezai şartı talep hakkını saklı tutmamıştır. Buna rağmen yerel mahkeme, davacının cezai şart talebini hükme bağlamıştır. Yargıtay, karşılaştırılmış olan cezayı şartı ifaya eklenen cezai şart olarak nitelendirmiş ve BK m. 158 / f.2 uyarınca, cezai şart talep hakkını saklı tutmadan ifanın kabulü halinde cezai şartı talep hakkının düşeceğini vurgulayarak yerel mahkemenin kararını bozmuştur.) (YKD, C. 20, S. 9, Eylül 1994, s. 1466.); 15. HD. 1998/308 E. 1998/1227 K. 26.3.1998 T. (Taraflar arasında kat karşılığı inşaat sözleşmesi vardır. Sözleşmede, arsa sahibinin yükleniciye karşılaştırılan zamanda satış yetkisi vermemesi halinde belirlenen miktarda para ödenmesi kararlaştırılmıştır. Yüklenici arsa tapularını alırken cezai şartı talep hakkını saklı tutmamıştır. 15. HD., sözleşmedeki hükmün BK m. 158 anlamında cezai şart olduğunu, ancak 158/2 gereğince yüklenicinin arsa tapularını alırken cezai şart hakkını saklı tuttuğuna dair kayıt dermeyer etmemesi halinde, bu hakkını yitireceğini ifade etmiştir. Yerel mahkemenin davacının cezai şart ile ilgili taleplerini reddetmesi gerekirken, kabul etmiş olması bozmayı gerektirmiştir.) (Yasa Hukuk Dergisi, C. XVIII, S. 210/ 5 Mayıs 1999, s. 633).

²⁷⁰ Alman Medeni Kanununun 341. şının son fıkrasında, alacaklının alacağını kabul ederken hakkını saklı tutması halinde, cezai şartı da isteyebileceği belirtilmiştir. Bkz. MÜNCHKOMM/GOTTWALD, Art.341, Rn.2-3; ERMAN/SCHAUB; Art.341, Rn.1-3; PRÜTTING/WEGEN/WEINREICH; Art.341, Rn.9-11.

²⁷¹ BİLGE, **Cezai Şart**, s. 103; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 47; TÜKEL, s. 87. Karşı BECKER, m. 160, N. 33, s. 334.

²⁷² BİLGE, **Cezai Şart**, s. 103.

anlaşıyorsa, bu durumda borçlu lehine olarak seçimlik cezai şartın kararlaştırılmış bulunduğunu kabul etmek gerekir²⁷³.

B. İfaya Eklenen Cezai Şartın Amacı ve İşlevi

İfaya eklenen cezai şartın en önemli ve esaslı gayelerinden biri, asıl borcu güçlendirmek ve teminat altına almaktır. Öncelikle borçlunun, ifayı gerektiği gibi yapmaması durumunda asıl borcun aynen ifasına ek olarak kararlaştırılan cezayı da ödemek zorunda kalacağı korkusu, kendi üzerine manevi baskı yapmakta ve ceza vasfını almaktadır. Bu durum cezai şartın ifanın gerçekleşmesini sağlama işlevini göstermektedir.

Cezai şartın talep edilebilmesi için zararın meydana gelmesi aranmadığından; cezai şart, borca aykırılık nedeniyle zarar ve tazminat miktarının belirlenmesinde kolaylık sağlamaktadır. İfaya eklenen şartın bu fonksiyonu, tazminatın götürü olarak tespitidir. Seçimlik cezai şart bakımından bu husus gayet açık olduğu gibi, ifaya eklenen cezai şartlar bakımından da durum farklı değildir²⁷⁴.

Cezai şartın varlığı, asıl borcun yerine getirilmesi için borçluya güçlü bir destek olmaktadır. Ancak cezai şartın götürü tazminat niteliği taşıması nedeni ile tazminat miktarı ve kusur sorunu üzerindeki tüm sorunları çözdüğü söylenemez. Nitekim BK. m. 159/II'ye göre²⁷⁵, borçlunun kusurunu ispatı koşuluyla cezai şart miktarını aşan zararın da borçludan istenebilmesi mümkündür²⁷⁶.

²⁷³ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 350, TÜKEL, s. 88.

²⁷⁴ Karşı GÖKTÜRK, **Cezai Şart**, s. 399; OSER/SCHÖNENBERGER, m. 160-163, N. 12, s. 950.

²⁷⁵ Aynı doğrultuda; Alman Medeni Kanununun 341.şının 2.fikrasına göre, alacaklının, ifadan bağımsız olarak tazminat talep etmeye hakkı vardır. Bu durumda, 340/f.2 hükümleri tatbik alanı bulur. Alman Medeni Kanununun 340/II maddesine göre ise, alacaklı, borcun ifa edilmemesi nedeniyle tazminat talebinde bulunabilir. O, zararlarının minimum tutarı olarak, hak kazanılan ceza tutarını talep edebilir. Fazlaya ilişkin zararlar cezai şarta dahil değildir.

²⁷⁶ Yarg. 15. HD. 2006/4613 K. 19.07.2006 tarihli kararı :”...Bu nedenle mahkemece gecikmeden dolayı davacı kooperatifin uğradığı kira kaybı tutarı 05.03.1998 - 05.09.1998 tarihleri arasındaki dönem için bilirkişiye hesap ettirilip cezai şart alacağını aşan kira alacağı varsa, davacı ve karşı davalı kooperatifin

C. İfaya Eklenen Cezai Şartın Hükümleri

BK. m. 158/II ifaya eklenen cezai şartı düzenlemiştir. Buna göre madde "Akdin muayyen zamanda veya meşrut mahalde icra edilmemesi halinde tediye olunmak üzere cezai şart kabul edilmiş ise, alacaklı hem akdin icrasını, hem meşrut cezanın tediyesini talep edebilir. Meğerki alacaklı bu hakkından sarahaten feragat etmiş veya ihtirazı kayıt dermeyan etmeksizin edayı kabul eylemiş olsun" hükmünü içermektedir.

Bu hükme göre, alacaklı iki halde cezai şart talep edebilme hakkını kaybetmektedir²⁷⁷:

- Alacaklı, borçlunun zamanında ve yerinde ifada bulunmamasına rağmen, borçludan cezai şart talep etmeyeceğini açıkça belirtmişse;

Alacaklının bu hakkından vazgeçtiğini kanıtlama yükümlülüğü borçluya aittir. Alacaklının cezai şarttan vazgeçmesi bir haktan feragat niteliğinde olup, borçlunun bu borcu nedeniyle ibra edilmesi olarak değerlendirilebilir. Bu durumda, borçlunun bunu HUMK. m. 287 anlamında belgeyle kanıtlaması gerekir²⁷⁸.

- Alacaklı borçlunun ifasını ihtirazı kayıt dermeyan etmeksizin kabul etmişse;

Borçlu zamanında ve yerinde ifada bulunmadığı takdirde, alacaklı lehine cezai şart talep etme hakkı doğar. Alacaklı, borçlunun borca aykırı ya da sonradan borca uygun ifasını

talebini geçmemek üzere cezai şart tutarını aşan kira alacağının hüküm altına alınması gerekir..." Diaport Mevzuat ve İçtihad Programı www.diaport.com 12.10.2009.

²⁷⁷ Türk İsviçre Hukukunun aksine, Alman Hukuku, ifaya eklenen cezai şartı bütün gereği gibi ifa etmeme halleri için kabul etmiştir. BGB 341. § uyarınca; borçlunun taahhüdünü gereği gibi ifa etmemesi halinde ödenmek üzere cezai şart kararlaştırılmışsa, alacaklı hem asıl borcu hem de cezai şartı isteyebilir. Fransız Hukuku ise daha da farklı bir yol izleyerek, yalnız borcun zamanında ifa edilmemesi için cezai şart kararlaştırılması halinde asıl alacak ve cezai şartın birlikte istenebileceğini öngörmüştür. (CC. m.1231/II) KOCAAĞA, s.152.

²⁷⁸ EREN, 1137-1138; VON TUHR/ESCHER, s. 282; KEUER/SCHÖBİ, I, s. 113; GAUCH/SCHLUEP, II, N. 3932;

cezai şart alacağını saklı tutmadan kabul ederse, bu hakkını kaybedecektir²⁷⁹. Alacaklının bu hakkını saklı tutmasının herhangi bir şekli mevcut değildir. Devlet ve Kamu İhalelerine tabi işlerde Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi bu konuda şekil koşulları getirmiştir. Bu iki halin aksi kanıtlanabilir bir karine değil, kesin bir delil olduğu kabul edilmektedir²⁸⁰.

Yukarıda sayılan hallerden biri gerçekleşmediyse, hüküm gereği borçlunun borca aykırı davranışı halinde, alacaklı hem aynen ifayı, hem de kararlaştırılan cezanın ödenmesini talep edebilecektir. Burada cezai şartın aynen ifaya ilave olarak (kümülatif) talep edilebilmesi mümkündür. Seçimlik cezai şarttan farklı olarak, alacaklı ya aynen ifayı ya da cezayı talep etmek zorunda bırakılmamıştır. Alacaklı burada her ikisini de talep yetkisine sahiptir. Örneğin²⁸¹: Müteahhidin inşaatı zamanında yapıp teslim etmediği takdirde, geciktiği her gün için 100 TL. cezai şart ödeyeceği kararlaştırılmışsa, alacaklı yükleniciden hem inşaatı devam edilip bitirilmesini, hem de gecikilen her gün için kararlaştırılan cezanın ödenmesini talep edebilir. Bu örnekte, taraflar "müteahhit inşaatı zamanında bitirip teslim etmezse, alacaklının ona işten el çektireceğini, bunun yerine 100 TL. cezai şart talep edebileceğini" kararlaştırmışlarsa, bu durumda seçimlik cezai şart söz konusu olacaktır.

²⁷⁹ EREN s. 1138; PRÜTTING/WEGEN/WEINREICH, Art. 341, Rn.11; ERMAN/SCHAUB, Art.341, Rn.3. Yarg. HGK. 1973/11-74 E. 1973/820 K. 24.10.1973 T.'li karar "Asıl alacağın alınması sırasında ihtirazi kayıt (çekince) ileri sürülmemişse cezai şart isteme hakkı düşer. Yarg. 15. HD. 2002/1288 E. 2002/3576 K. 01.07.2002 T. li kararı "Sözleşmenin esaslı şekilde tadili niteliğinde olan ve ifaya ekli cezai şartı içeren taahhütname noterde düzenlenen sözleşme haricinde adi biçimde yapıldığından bk m. 12' ye aykırı ve geçersizdir. Ayrıca, ihtirazi kayıt dermeyer edilmeden eser teslim alındığından, cezai şart istenemez."

Yarg. 15. HD. 2007/1524 E. 2008/3068 K. 08.05.2008 T'li kararı "Dava, fazla iş bedelinin, birleşen dava ise cezai şart ile ayıpların giderilme bedellerinin tahsili istemiyle açılmıştır. Kararlaştırılan cezai şart BK.'nun 158/II. maddesinde düzenlenen ifaya ekli cezadır. Bu cezanın istenebilmesi için teslimde ceza hakkının saklı tutulduğunun belirtilmesi, diğer bir ifadeyle bu konuda ihtirazi kayıt konulmuş olması gerekir. Aksi takdirde ceza isteme hakkı düşer." www.dominanthukuk.com 25.04.2010

²⁸⁰ OĞUZMAN-ÖZ, s. 907, EREN, s. 1138 dip not 18 (VON TUHR/ESCHER, s. 282; KELLER/SCHÖBI, I, s. 113; GAUCH/SCHLUEP, II, N. 3932).

²⁸¹ Yarg. 15. HD. 2008/522 E. 2009/526 K. 02.02.2009 T'li kararı "Dava, eser sözleşmesine dayalı olarak sipariş edilen malların uçağa geç yüklenmesi nedeniyle kararlaştırılan cezai şart alacağının tahsiline ilişkindir. Sözleşmede eksik yükleme başına cezai şart ödeneceği kabul edilmiştir. Taraflar arasında kararlaştırılan cezai şart, ifaya ekli cezai şart niteliğindedir." Aynı yönde: Yarg. HGK. 1973/11-74 E. 1973/820 K. 24.10.1973 T.; Yarg. 15. HD. 2004/1465 E. 2004/5468 K. 28.10.2004 T.; Yarg. 15. HD. 2007/1524 E. 2008/3068 K. 08.05.2008 T www.dominanthukuk.com 25.04.2010.

BK. m. 158/ II, ifaya eklenen cezai şartı, borca aykırılığın iki haliyle sınırlı olarak öngörmektedir²⁸². Ancak tarafların sözleşmeyle bunun dışındaki borca aykırılık hallerinde de cezai şart kararlaştırmaları mümkündür. Çünkü ifaya eklenen cezai şart, tarafların özel bir anlaşmasına da dayanabilir²⁸³. Bu durumda, ifaya eklenen cezai şart taraflarca yapılan özel bir anlaşmaya dayanıyorsa, ispat külfeti alacaklının üstündedir. Örneğin: Taraflar aralarında yaptıkları bir sözleşme ile satıcının teslim ettiği malın ayıplı çıkması halinde, alacaklıya ayıpsız olan malın teslim edilmesini ve ayrıca bu arada geçen süre için cezai şart ödenmesini kararlaştırabilirler.

D. Cezai Şartın Talep Edilebilmesi İçin Gerekli Koşullar

Cezai şartın talep edilebilmesi için asıl borcun ifa zamanı veya ifa yeri belirlenmiş olmalı, ancak borçlu borcu bu zamanda veya belirlenen yerde hiç veya gereği gibi ifa etmemiş olmalıdır²⁸⁴. Bu durumda cezai şartın ileri sürülebilmesi için öncelikle muaccel olması gerekir²⁸⁵. Cezai şart doğuran borç ihlali gerçekleşikten sonra alacaklı, açıkça

²⁸² Yarg. 15. HD. 2004/1465 E. 2004/5468 K. 28.10.2004 T.'li kararı "BK.158/II. maddesine göre taraflar akdin muayyen (belirli) zamanda veya meşrut (kararlaştırılan) mahalde icra edilmemesi halinde tediye olunmak üzere ceza ödenmesini kararlaştırmışsa, ifaya eklenen cezai şart söz konusudur." www.dominanthukuk.com 25.04.2010.

²⁸³ Yarg. 15. HD. 2005/2647 E. 2005/3147 K. 25.05.2005 T.'li kararı " Dava, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi ile tazminat alacaklarının ödetilmesi istemiyle açılmıştır. Taraflar BK'nun 158. maddesinin aksine ifaya ekli cezai şartın ve seçimlik cezanın fesih halinde dahi ödeneceğini kararlaştırmışlardır. Sözleşme feshedilse dahi her iki cezai şartın da ayrıca ödeneceği kabul edildiğinden davacı aylık ... tl ceza isteminde de haklıdır. O halde davadaki taleple bağlı kalınarak dava tarihine kadar gerçekleşen aylık ... tl gecikme tazminatı isteminin de kabulüne karar verilmesi gerekir." www.dominanthukuk.com 25.04.2010.

²⁸⁴ Yarg. 13. HD. 1992/8546 E. 1993/348 K. 25.01.1993 T. "Ceza koşulunun istenebilmesi için, asıl borcun muaccel olması gerekir. Hem seçimlik ceza koşulunda, hem de ifaya eklenen ceza koşulunda, alacaklının cezanın ödenmesi için istemde bulunabilmesi, borçlunun borca aykırı davranmış olmasına bağlıdır. Asıl borcun hiç yerine getirilmemesi, ya da eksik yerine getirilmesi seçimlik ceza koşulunun; belirli zamanda ya da yerine getirilmemiş bulunması da ifaya eklenen ceza koşulunun ödenmesini gerektirir ki, her iki durumda da borca aykırılık söz konusudur." www.dominanthukuk.com 25.04.2010.

²⁸⁵ Cezai şartın muaccel olması için borçlunun asıl borcun ifasında temerrüde düşürülmesine gerek yoktur. Türk/İsviçre Borçlar Hukuku temerrüdünden hiç söz etmemekte "akdin icra edilmemesi veya natamam olarak icrası " ifadesini kullanmaktadır. Aynı görüşte; VON TUHR s.766; FUNK s. 229; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart** s.95; BİLGE, s.89;FEYZİOĞLU s.399 vd. Aksi görüş; Alman ve Fransız Medeni Kanunlarında cezai şartın muaccel olması için borçlun temerrüdünü açıkça şart koşmaktadır. Bkz BGB 339 CC. m.1230

vazgeçmiş veya ifayı kayıtsız şartsız kabul etmiş olmadıkça, hem sözleşmenin ifasını hem de kararlaştırılan cezanın ödenmesini talep edebilir²⁸⁶.

BK. m. 158/II'de ifaya eklenen cezai şarttan vazgeçilmiş sayılmaya ilişkin bir kural konulmuştur. Maddede, "Meğer ki alacaklı bu hakkından sarahaten feragat etmiş veya ihtirazi kayıt dermeyan etmeksizin edayı kabul eylemiş olsun" hükmü yer almıştır. Bu hükme göre, alacaklı iki halde cezai şart talep edebilme hakkını kaybetmektedir.

Alacaklı ifayı kabul ederken cezayı talep konusundaki haklarını saklı tutmamışsa²⁸⁷, cezai şarttan vazgeçmiş sayılır²⁸⁸. Nitekim bu davranışında feragat niyeti taşımasa bile, cezai şartı talep hakkı ortadan kalkar²⁸⁹. BK. m. 158/II'de yer alan düzenlemede böyle bir kabulün vazgeçme hakkında kesin karine teşkil ettiği kabul edilmiş ve alacaklıya bu yasal karinenin aksini ispat etme hakkı tanınmamıştır²⁹⁰. Bu çözüm tarzı BK'nın fer'i hakların sona ermesini düzenleyen 113. maddesiyle de tutarlılık göstermektedir²⁹¹. Yargıtay da müstekar kararlarında aynı görüştedir²⁹².

²⁸⁶ MÜNCHKOMM/GOTTWALD, Art.341, Rn.7-8; ERMAN/ SCHAUB, Art.341, Rn.3. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP s.348 ve s. 818

Yargıtay da "davada açıkca sözleşmenin aynen yerine getirilmesine ilişkin olarak istemde bulunulmuştur. Böylece davacı BK'nun 158/1 ile kendisine tanınan seçimlik hakkının bu yolda kullanmıştır. Öyleyse davalının borca aykırı davranması nedeniyle edinilen edinimin tüm olarak yerine getirilmesine yönelik istemin ileri sürülmesi karşısında, artık ceza koşulunun ödetilmesi söz konusu olamaz." şeklindeki ifadesiyle burada seçimlik bir hak olduğu görüşüne yer vermiştir. Yarg. 15. HD. 1976/1371 E. 1976/2314 K. 30.06.1976 T.li kararı için bkz KOCAĞA s.179.

²⁸⁷ Yargıtay 13. HD. 19937/221 E. 1993/1322 K. 18.02.1993 tarih sayılı kararı uyarınca; Yargıtay saklı tutmanın ileri sürülmesini, bir hakkın korunmasına yönelik yenilik doğuran hak olarak kabul etmektedir: "ön koşulu ileri sürme hakkı, bir hakkın korunmasına yarayan yenilik doğuran haklardandır" www.kazanci.com.tr 30.04.2010.

²⁸⁸ "Mahkemece ayıpların giderilmesi süresince cezai şart alacağının tahakkuk ettiği kabul edilerek 25.000,00 YTL'nin davalıdan tahsiline karar verilmiş ise de 23.02.2000 tarihli sözleşmede kararlaştırılan cezai şart BK'nun 158/II. maddesinde düzenlenen ifaya ekli cezai şart niteliğinde olup için kesin kabulünün 01.03.2002 tarihinde yapıldığı ve imalatın teslim alınması sırasında ihtirazi kayıt ileri sürülmediği anlaşılmaktadır....Bu durumda mahkemece cezai şart alacağının reddi yerine kabulüne karar verilmesi doğru olmamıştır." Yarg 15. HD. 2007/1505 E. 2008/2936 K. 02.05.2008 T.'li karar www.dominanthukuk.com 25.04.2010

²⁸⁹ ARSEBÜK, s. 986; BECKER, m. 160, N. 31, s. 224; ER, s. 370; EREN, s. 1137; OĞUZMAN/ÖZ, s. 907; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 115.

²⁹⁰ BİLGE, **Cezai Şart**, s. 105; EREN, s.1137; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 3351; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 114; TÜKEL, s. 88. OĞUZMAN-ÖZ, s. 907.

²⁹¹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 351.

²⁹² Yarg. HGK 1973/11-74 E. 1973/820 K. 24.10.1973 T.'li karar "Asıl alacağın alınması sırasında ihtirazi kayıt (çekince) ileri sürülmemişse cezai şart isteme hakkı düşer. Yarg. 15. HD. 2002/1288 E. 2002/3576 K.

Alman Hukuku'nda da, alacaklı aleyhinde bu şekilde ifayı kabul etmenin cezai şart isteminden feragat niteliğinde olacağı aksi ispat edilemeyen kesin bir karine olarak kabul edilmekte; alacaklıya bu nedenle ifayı kabul etmekle cezai şarttan feragat niyeti bulunmadığını ispat hakkı tanınmamaktadır²⁹³.

Alacaklı, borçlunun zamanında ve yerinde ifada bulunmamasına rağmen, borçludan cezai şart talep etmeyeceğini açıkça belirtmişse cezai şartı talep hakkı ortadan kalkar. Alacaklının bu hakkından vazgeçtiğini kanıtlama yükümlülüğü borçluya aittir. Alacaklının cezai şarttan vazgeçmesi bir haktan feragat niteliğinde olup, borçlunun bu borcu nedeniyle ibra edilmesi olarak değerlendirilebilir. Bu durumda, borçlunun bunu HUMK m. 287 anlamında belgeyle kanıtlaması gerekir. Alacaklının vazgeçmeye ilişkin tek taraflı beyanı, alacaklıya ulaştığı andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurur²⁹⁴. Alacaklı hukuki bir sakıncayla karşılaşma korkusu bulunmaksızın asıl edimin ifa edilmesine kadar ifaya ek olarak ceza talebini bekletebilir²⁹⁵.

Kanundaki “edayı kabul” kavramı, zilyetliğin geçirilmesi fiili işleminden ibarettir. Edimin akde uygun ve zamanında yerine getirildiği hususunda taraflar arasında bir uzlaşmayı ifade eder. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, şayet bir sözleşmede kesin kabul

01.07.2002 T. li kararı “Sözleşmenin esaslı şekilde tadili niteliğinde olan ve ifaya ekli cezai şartı içeren taahhütname noterde düzenlenen sözleşme haricinde adi biçimde yapıldığından bk m. 12' ye aykırı ve geçersizdir. Ayrıca, ihtirazi kayıt dermeyeran edilmeden eser teslim alındığından, cezai şart istenemez.” Yarg. 15. HD. 2007/1524 E. 2008/3068 K. 08.05.2008 T’li kararı “Dava, fazla iş bedelinin, birleşen dava ise cezai şart ile ayıpların giderilme bedellerinin tahsili istemiyle açılmıştır. Kararlaştırılan cezai şart BK.’nun 158/II. maddesinde düzenlenen ifaya ekli cezadır. Bu cezanın istenebilmesi için teslimde ceza hakkının saklı tutulduğunun belirtilmesi, diğer bir ifadeyle bu konuda ihtirazi kayıt konulmuş olması gerekir. Aksi takdirde ceza isteme hakkı düşer.” www.dominanthukuk.com 25.04.2010.; Yarg. 15. HD. 76/3167 E. 77/391 K. 22.2.1977 T. S’lı ilanı, “Eseri teslim alırken ceza koşuluna ilişkin hakkını saklı tutmayan iş sahibi daha sonra ceza isteyemez.” (YKD. Mayıs, 1987, s. 777); Yarg. 15. HD. 1992/5923 E. 199/4091 K. 14.10.1993 T. (YKD. Eylül 1994, s. 1466).

²⁹³ ENECCERUS/LEHMANN, II, 37, III, 16; STAUNDINGER/WERNER II, 341, III, 2 (TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 114. dn. 37.); MÜNCHKOMM/GOTTWALD, Art.341, Rn.10; ERMAN/SCHAUB, Art.341, Rn.3.

²⁹⁴ TANDOĞAN, s. C. II, 138; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 114-115.

²⁹⁵ BECKER, m. 160, N. 31, s. 224; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 114-115.

tarihi olarak ayrı bir tarih belirlenmemişse, bu durumda teslim ile eserin kabulü birleşmiş olur²⁹⁶.

Alacaklının çekince koyma yetkisi, cezai şartın ödenmesini isteme hakkını saklı tutması demektir. Bu itibarla alacaklının asıl edimin ifasını bir çekince koyarak kabul etmesi halinde, cezai şartın ödenmesini talep hakkı da devam eder. Alacaklı, sözleşmede kararlaştırılan cezai şart talebinden açıkça vazgeçebileceği gibi, hiçbir ihtirazı kayıt dermeyan etmeksizin asıl borcun ifasını kabul edebilir. Bu durumda alacaklı, borçludan cezai şart talep etme hakkını kaybetmiş olur. Alacaklının asıl edimin ifasını cezai şart hakkını saklı tutmaksızın kabul etmesi durumunda, alacaklının cezai şart talebinden açıkça feragat etmeyi isteyip istememesinin bir önemi yoktur²⁹⁷. Cezai şart alacağı fer'i nitelikte bir alacak olduğundan, ifa ile birlikte BK. m.113 gereğince son bulur²⁹⁸.

Cezai şart alacağını saklı tutma beyanı herhangi bir şekle tabi tutulmamıştır. Kural olarak alacaklı yazılı ya da sözlü olarak ihtirazi kayıta bulunabilir. Fakat Devlet ve Kamu İhalelerine tabi bazı işlerde şekil koşulları getirilmiştir.

Saklı tutma beyanı, bir hakkın korunmasına yarayan yenilik doğurucu haklardan olup alacaklının borçluya yönelttiği ve ulaşması gereken bir irade beyanı ile ileri sürülür²⁹⁹. Çoğunlukla geciken edimin kabul edilmesi ile ifanın yapılması aynı zamanda olur. Alacaklının; ifayı teslim aldığı veya zilyetliğini elde ettiği zaman, teslim borçlunun bir bildirimine dayanıyorsa bu bildirim alacaklıya ulaştığı an, ceza talebine dair hakkını saklı tutması gerekmektedir.

²⁹⁶ TANDOĞAN, C. II, s. 137; Ancak, alacaklının cezai şartı talep edebilmesi için, ön kabul veya kesin kabul sırasında ihtirazi kayıt koyması yeterlidir. Alacaklı, ön kabul sırasında bu hakkını saklı tutmasa dahi, ifayı son kabulü sırasında bu hakkını saklı tutarsa cezai şartı isteyebilmelidir. Bu hususta bkz. MÜNCHKOMM/GOTTWALD, Art.341, Rn.7.

²⁹⁷ OZANOĞLU, s. 111.

²⁹⁸ Yargıtay HGK. 1964 Tarihli bir kararında, “Alacağın tamamını tasrih ederek, bundan başka alacağı olmadığını beyan eden kimse, işvereni ibra etmiş sayılacağından tutanakta yer alan bu beyana aykırı olarak, sonradan fazla çıkan alacağını talep edemez”²⁹⁸. Şeklinde karar vermek suretiyle alacaklının başka alacağı bulunmadığı şeklindeki beyanını cezai şarttan feragat olarak değerlendirmiştir. Yarg. 13. HD. 2001/11969 E. 2002/865 K. 29.01.2002 T. (Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası www.meseyazılım.com) 22.10.2009.

²⁹⁹ KARAHASAN, **İnşaat, İmar, İhale Hukuku**, C. 1, Ankara, 1979, s. 287; VON TUHR, s. 768, dn. 42.

Taraflar aralarında teslim ve kabul sayılacak zamanı açık olarak kararlaştırmışlarsa, bu süre, saklı tutma beyanının yapılabileceği en son zamanı oluşturur³⁰⁰. Özellikle, ifanın alacaklının bulunmadığı bir zamanda, sözleşmenin içeriğinde yer alan cezai şartta dair bilgi sahibi olmayan ya da ihtirazı kayıt dermeyan etmek konusunda yetkisi bulunmayan müstahdemine yapılması durumunda, alacaklının konuyu öğrenmesinin ardından bu hakkı kullanabileceğinin kabul edilmesi gerekmektedir³⁰¹.

Burada önemle belirtmek gerekir ki; alacaklının, cezai şarttan açıkça feragat etmesi (vazgeçme) ve cezai şart talep hakkını saklı tutulmaksızın ifayı kabul etmesi durumunda, cezai şartın ödenmesini talep etme imkanı kalmamaktadır ancak bu durum temerrütten kaynaklanan tazminat talep haklarını ortadan kaldırmaz³⁰².

II. SEÇİMLİK CEZAI ŞART

A. Genel Olarak

1. Seçimlik Cezai Şartın Tanımı

BK. m. 158/T'de seçimlik cezai şart düzenlenmiştir. Buna göre sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde ödenmek üzere cezai şart vaad edilmiş ve aksi de sözleşmede öngörülmemiş ise, alacaklı ya sözleşmenin ifasını ya da cezai şartın ödenmesini isteyebilir³⁰³.

³⁰⁰ TANDOĞAN, C. II, s. 137, dn. 51g.BGE 97 II 354'te bu husus açık bırakılmıştır.

³⁰¹ OZANOĞLU, s. 111-112.

³⁰² OSER/SCHÖNENBERGER, m. 16, N. 3, s. 952; VON TUHR s. 768, ‘‘Buna mukabil alacaklı gecikmeden doğan zarar ve ziyan talebine müteallik hakkımı, ancak gecikmiş ifanın ihtirazı kayıt yapılmaksızın kabulü zararın tazmini talebinden zımni feragati tazammum ettiği surette kaybeder’’.

³⁰³ TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 44; VON TUHR, s. 767; OĞUZMAN/ÖZ, s. 904; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 348; GÜNAY, s. 78 vd. Akdin icra edilmemesi veya natamam olarak icrası halinde tediye edilmek üzere cezai şart kabul edilmiş ise hilafına mukavele olmadıkça alacaklı ancak ya akdin icrasını veya cezanın tediyesini isteyebilir. Yarg. 15. HD. 1977/670 E. 1977/798 K. 04.04.1977 T. www.dominanthukuk.com 25.04.2010; Yarg. 13. HD1992/8546. E. 1993/348 K. 25.1.1993 T. (YKD, C.19, S. 4, Nisan 1993, s. 548 vd). Ayrıca BK / f. 2 uyarınca ihtiraz kayıt dermeyan etmeksizin ifanın

Seçimlik cezai şartta alacaklı seçimlik bir yetkiye sahiptir. Buna göre o, şartın gerçekleşmesi, yani borçlunun asıl edimi hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde ya asıl edimin ifasını ister ya da bundan vazgeçerek cezai şartın ödenmesini talep eder³⁰⁴. Seçimlik cezai şartta alacaklı, hem asıl edimin ifasını hem de cezai şartın ödenmesini isteyemez³⁰⁵. Taraflar cezai şartın ifaya ekleneceğini ayrıca kararlaştırmamışlarsa bu durumda cezai şart seçimlik cezai şarttır³⁰⁶.

Borçlu, borca uygun hareketle yükümlüdür. Borçlu borca uygun hareket etmediği takdirde, sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın ödenmesi yaptırımıyla karşılaşır. Bu hüküm, borçluya borca aykırı davranarak ve böylece ifası gereken edim yerine kararlaştırılan cezai şartı ödeyerek borçtan kurtulma olanağını vermemektedir. Borçlu borca aykırı davrandığı takdirde, sözleşmede cezai şart kararlaştırılmasına rağmen, alacaklı borçludan aynen ifayı talep edebilir. Bu nedenle, BK. m. 158/f. I'de borçluya borca aykırı davranarak bunun yerine cezai şartı ödeyip borçtan kurtulma yetkisini değil, buna karar verme yetkisini alacaklıya vermiştir.

Alacaklı, borçlunun borca aykırı davranışı halinde, aynen ifayı talep edebileceği gibi, bundan vazgeçerek cezai şartın ödenmesini talep edebilir. Burada, alacaklıya tanınmış bir seçimlik hak söz konusudur³⁰⁷. Bu nedendir ki, cezai şartın bu türüne "seçimlik cezai

kabul edilmesi halinde artık cezanın talep edilemeyeceği hususunun hakim tarafından resen dikkate alınacak kanuni bir varsayım olduğu hakkında bkz. Yarg. 13. HD. 1988/6836 E. 1988/188 K. 21.1.1988 T. (UYGUR, Turgut; s. 769 vd.); OĞUZMAN / ÖZ, s. 904.

³⁰⁴ Yarg. 15. HD. 1981/1253 E. 1981/1623 K. 09.07.1981 T. (Bir sözleşmenin yerine getirilmemesi veya eksik olarak yerine getirilmesi halinde tediye edilmek üzere cezai şart kararlaştırılmış ise, bu seçimlik cezai şart olup, aksine sözleşme olmadıkça alacaklı, ya sözleşmenin yerine getirilmesini ya da cezanın tediyesini isteyebilir.) (YKD, C. 8, S. 2, Şubat 1982, s. 236) ; Yarg. 15. HD. 1978/2172 E. 1978/2518 K. 28.12.1978 T. (Sözleşme hiç yerine getirilmediğinde veya eksik olarak yerine getirildiğinde ceza koşulu kararlaştırılmışsa, aksine sözleşme bulunmadıkça alacaklı, ya sözleşmenin yerine getirilmesini ya da cezanın ödenmesini isteyebilir.) (YKD, C. 5, S. 5, Mayıs 1979, s.699); Yarg. 15. HD. 1976/2314 E. 30.6.1976 T. (Edimle birlikte ceza koşulunun da istenebileceği taraflarca kararlaştırılmamış olduğundan, borca aykırı davranılması nedeniyle edimin tüm olarak yerine getirilmesine yönelik istem ileri sürüldüğünde, artık ceza koşulunun ödetilmesi söz konusu olamaz.) (YKD, C. 3, S. 2, Şubat 1977, s. 553).

³⁰⁵ VON TUHR/ESCHER s.281; EREN 1136; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 348; OĞUZMAN / ÖZ, s. 904.

³⁰⁶ EREN s.1136; OĞUZMAN/ÖZ s.904.

³⁰⁷ Yarg. 15. HD. 2006/2961 E. 2006/4723 K, 24.07.2006 tarihli kararı: "...Somut olayda davacı arsa sahibi eksik ve kusurlu işler bedelini istemekle sözleşmenin ifasını istemiş olduğundan, ayrıca seçimlik cezayı davalıdan talep edemez..."(Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası www.meseyazilim.com) 22.10.2009.

şart" adı verilmektedir. Bu hak niteliği itibariyle değiştirici yenilik doğuran bir haktır. Her yenilik doğuran hak gibi kullanıldıktan sonra bundan dönülemez. Bu itibarla, alacaklı seçim hakkını kullandığı zaman, seçmiş olduğu borç kesin borç haline dönüşür³⁰⁸.

Doktrinde “seçimlik cezai şart”³⁰⁹ terimi dışında “ifa yerine istenilebilecek sözleşme cezası”³¹⁰, “seçimlik ceza koşulu”³¹¹, “seçimlik ceza”³¹² “seçmenlik şart”³¹³, terimlerini tercih etmişlerdir. Yargıtay kararlarında ise cezai şartın bu türünü ifade etmek için “seçimlik ceza” terimi tercih edilmektedir³¹⁴. Alman Medeni Kanununun 340. paragrafında ise, “İfa edilmeme halinde cezai şart” ifadesine yer verilmiştir³¹⁵.

2. Seçimlik Cezai Şartın Hukuki Niteliği

BK. m. 158/I hükmüne göre: "Akdin icra edilmemesi veya natamam olarak icrası halinde tediye edilmek üzere cezai şart kabul edilmiş ise hilafına mukavele olmadıkça, alacaklı ancak ya akdin icrasını veya cezanın tediyesini isteyebilir." Bu hüküm uyarınca, taraflar, sözleşmede borçlunun ya borcunu sözleşmeye uygun olarak ifa etmesini ya da cezai şartın ödenmesini kararlaştırmış olabilirler. Bu noktada seçimlik cezai şartın hukuki niteliğinin bir ceza olmayıp, önceden tarafların beraberce kararlaştırdıkları götürü tazminat

³⁰⁸ VON TUHR/ESCHER s.281; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart** s. 44 vd. EREN, s.1136; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 348; OĞUZMAN/ÖZ, s. 905.

³⁰⁹ EREN, s. 1136; REİSOĞLU, s. 355. FEYZİOĞLU, s. 393; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 44; TUNÇOMAĞ, **Borçlar Hukuku**, s. 862.

³¹⁰ OĞUZMAN/ÖZ, s. 904.

³¹¹ UÇAR, s. 17.

³¹² KOSTAKOĞLU, Cengiz, **İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, İstanbul: Beta Yayınları 2006 s. 331.

³¹³ FUNK, **Borçlar Kanunu Şerhi**, (Çev. H. Veldet VELİDEDEOĞLU/Cemal Hakkı SELEK), İstanbul: Üniversite Kitabevi 1938 s. 230.

³¹⁴ Yarg. 15. HD. 1990/4187 E. 1990/1594 K. 05.04.1990 T.; 13. HD. 1989/4858 E. 1989/7486 K. 20.12.1989 T. (KARAHASAN, **Türk Borçlar Hukuku**, 2003 s. 1310.).

³¹⁵ Borçlunun borcunu zamanında ifa etmemesi üzerine alacaklının önce ifayı isteyip borçlu bundan kaçınırsa cezanın istenebileceği görüşünde. OSER/SCHÖNENBERGER Art 560 N.5

olduğu kabul edilmektedir³¹⁶. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir kararında cezai şartın, sözleşmenin ihlali anında doğan bir tazminat niteliği taşıdığını ifade etmiştir³¹⁷.

BK. m. 158/f. 1 de öngörülen seçimlik cezai şartla ilgili hüküm emredici bir hüküm değil, düzenleyici bir kuraldır. Bu nedenle, taraflar bunun aksini kararlaştırabilirler³¹⁸. Seçimlik cezai şartın, borcun ifa edilmemesi ya da eksik ifa edilmesi hallerine ilişkin olarak alacaklıya teminat sağlayan fer'i bir hukuki işlem olduğu söylenebilir. Alacaklı böyle bir kişisel teminat elde ettiği durumda ileride geniş olarak inceleyeceği üzere, ispatla ilgili birçok külfetten kurtulabileceği gibi, borçluyu ifaya zorlayıcı nitelikte eline önemli bir teminat vasıtası geçirmiş olmaktadır.

3. Seçimlik Cezai Şartın Tarafları

Öncelikle cezai şartı doğuran sözleşmenin sağlar arası bir hukuki işlem olması gerekmektedir. Bu nedenle cezai şartın ölüme bağlı tasarruflarla yapılması mümkün deđildir³¹⁹. Asıl borç ilişkisinin tarafları, ilke olarak cezai şartında taraflarını oluşturur.

³¹⁶ TUNÇOMAĞ, *Cezai Şart*, s. 30; UYGUR, s. 816.

³¹⁷ Yarg. HGK. 966/1583 E. 1970/695 K. 23.12.1970 T. ; Karşı Göktürk, H. Avni; Cezai Şart Müessesesi, İzmir Barosu Dergisi, Sayı 1-25. 1942. cezai şartı bir tür özel hukuk cezası olarak görmekte, cezai şartın tazminat olarak kabul edilmesinin hukuken imkansız olduğunu ifade etmektedir.

³¹⁸ TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP s. 350; EREN s. 1137; OĞUZMAN, s. 905. Yarg. 15. HD. 1999/2125 E. 26.5.1999 T. (Taraflar arasında imzalanan sözleşmede P... A.ş. nin taahhüdün belirlenen tarihe kadar yerine getirmemesi halinde 30.000 Alman Markı cezai şart ödeyeceği ve bu miktarın asıl alaktan ayrı olduğu kabul edilmiştir. Taahhüdün anılan tarihte yerine getirilmemesi üzerine taahhüdün yerine getirilmesi ve cezai şartın ödenmesi talepleri ile yerel mahkemeye başvuran davacının cezai şarta ilişkin talebi, ifanın istenen hallerde seçimlik cezai şartın istenemeyeceği gerekçesi ile reddedilmiştir. Davacının temyizi üzerine 15. HD. ilk olarak sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın seçimlik cezai şart olmayıp ifaya ekli cezai şart olduğunu, bu sebeple de ifa ile birlikte talep edilebileceğini belirlemiştir. Bunun yanı sıra, kural olarak seçimlik cezai şartın kararlaştırılmış olduğu hallerde, ifa ile cezai şartın da istenmesinin mümkün olmadığını, ancak BK m. 158 / f. 1 uyarınca taraflarca bunun aksinin kararlaştırılabileceğini de vurgulamıştır. 15. HD bu gerekçelerle, yerel mahkemenin cezai şart talebini reddeden hükmünü bozmuştur.) (YKD, C. 26, S. 1, Ocak 2000, s. 69).

³¹⁹ FEYZİOĞLU, s. 391; EREN, s.1134; FEYZİOĞLU, s.391; BİLGE, s.49; BECKER, Art 160 OR N. 1.;SAYMEN/ELBİR, s. 838; “Miras bırakan vasiyetnamesinin ifasını güvence altına almak için, vasiyetnamesinde mirasçılara belirli mükellefiyetler yükleyebilir. Bu durumda cezai şartın ifayı sağlamlaştırma fonksiyonuna benzer bir durum ortaya çıksa da, vasiyetname bir sözleşme olmadığı için, sözleşmesel mahiyette bir cezai şart söz konusu olamaz.” Yarg. 4. HD. 2602/1802, 12.7.1941 T. YHD 1978, Sayı 5 s. 50.

Taraflar yaptıkları sözleşme ile üçüncü şahısların cezai şart alacaklısı veya borçlusu olmasını kararlaştırabilirler³²⁰.

İfanın üçüncü şahsa, örneğin bir hayır kurumuna yapılacağı kararlaştırıldığı durumda, cezai şartın işlevinin alacaklının uğradığı zararın götürü olarak tespiti olmadığı, borçluyu taahhüdünü yerine getirmeye zorlayan tazyik unsurunun belirginleştiği kabul edilmektedir³²¹.

Borçlar Kanunu m. 111/1 kendi lehine akit yapan kimsenin üçüncü şahıs lehine borç şart etmiş olduğu durumda, o borcun ifasını talep etme hakkına sahip bulunduğunu ifade etmektedir. Kanunun bu açık hükmüne göre seçimlik cezai şartın alacaklısının üçüncü kişi olduğu durumda yine kural olarak kararlaştırılan cezai şartın ödenmesini istemek yetkisi asıl borcun alacaklısına aittir³²².

Akdin tek taraflı ya da çok taraflı olması arasında sözleşmenin sıhhati açısından bir fark yoktur. Tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradelerini açıklamış olmaları³²³ ve cezai şart yüklenen kişinin bu taahhüdünü serbest iradesi ile yapmış olması ya da BK. m. 8'e uygun olarak yapılmış ilan suretiyle vaadin bulunması yeterlidir³²⁴. Bu nedenle sözleşmeden doğmayan örneğin geçici teminatın belli şekilde davranılmadığı takdirde idareye kalacağı hükmü kanundan doğuyorsa ortada bir cezai şart yoktur³²⁵.

Seçimlik cezai şart esas itibarıyla bir sözleşme olduğundan, sözleşmelerin kuruluşu hakkındaki Borçlar Kanunu (m. 1-20) ve medeni hakları kullanma ehliyeti konusundaki Medeni Kanun (m. 9-16) hükümlerinin cezai şarta da uygulanacağı açıktır. Bu nedenle seçimlik cezai şartı içeren sözleşmelerin geçerli olarak yapılabilmesi için, tarafların

³²⁰ VON TUHR/ESCHER s.280; TUNÇOMAĞ , **Cezai Şart** s.62 vd.;TÜKEL, s.54; KOCAAĞA s.131 vd. ARSEBÜK, **Borçlar Hukuku**, s. 984; GÖKTÜRK, **Cezai Şart**, s. 399; OSER/SCHÖNENBERGER, m. 160-163, N. 7, s. 949.

³²¹ ARSEBÜK, **Borçlar Hukuku**, s. 984; KANIK, s. 1072; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 63; TÜKEL, s. 53.

³²² ARSEBÜK, s. 984; BİLGE **Cezai Şart**, s. 95; TÜKEL, s. 53.

³²³ BİLGE, **Cezai Şart**, s. 49.

³²⁴ BİLGE, **Cezai Şart**, s. 49.

³²⁵ FEYZİOĞLU, s. 391.

sözleşme yapmaya ve borç altına girmeye ehil olmaları, eğer cezai şart taahhüdü altına giren kişi sınırlı ehliyetsiz ise veli veya vasisinin izin veya onayını alması gerekir³²⁶.

Yargıtay kararlarında da³²⁷ ifade edildiği gibi sözleşmenin şirket adına yapılması durumunda yetkili organların şirket adına açıkladıkları irade beyanına ihtiyaç vardır. Şayet bu taahhüt temsilci vasıtasıyla yapılıyorsa temsilciye cezai şart yükümü altına girme hususunda yetki verilmiş olması gerekir³²⁸.

Cezanın asıl borçtan bağımsız olarak ödenmesi gerektiği ana kadar, esas borca sıkı sıkıya bağlıdır. Asıl borçla birlikte sağlar arası ya da ölüme bağlı tasarruflarla veya miras yolu ile intikal edebilir. Seçimlik ceza, fer'i niteliği dolayısı ile asıl borçtan bağımsız olarak

³²⁶ ERDEM, s. 1029; BİLGE, **Cezai Şart**, s. 49; YAVUZ, s. 316; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI; s. 52; BİLGE, s. 316; REİSOĞLU, Seza, **Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet**, Ankara: Evrim Yayınevi 1992 s. 2; TANDOĞAN s. 316.

³²⁷ Yarg. 13 HD. Kararında "...sözleşmenin 9. maddesinde kararlaştırılmış bulunan 72.000.000 TL tutarındaki cezai şartın ödetilmesine karar (verilebilmesi için)... taraflar arasında düzenlediği söylenen 1.6.1994 tarihinde başlayan ve 31.12.1994 tarihinde sona eren Sarıgazi Hava Lojmanları Yönetim Kurulu bünyesinde bulunan bütün bina, tesis ve çevre temizliklerinin yapılması ile ilgili sözleşme davalı tarafça kabul edilmemiştir. Sözleşmede şirket kaşesi mevcut ise de imzanın şirket yetkilisine ait olmadığı savunulmuştur. Gerçekten imza şirket yetkilisine ait değilse bu sözleşme davayı bağlamaz. O hâlde öncelikle sözleşmedeki imzanın şirket yetkilisine ait olup olmadığı, şirkete ait imza sirküleri getirilmek sureti ile inceleme yapılmalıdır. Eğer imza şirket yetkilisine ya da şirketin yetkili kıldığı kişiye ait değilse sözleşmedeki hükümlerin olaya uygulanması mümkün değildir" 1995/9011 E. 1995/10582 K. 30.11.1995 T. S.'lı İlamı. (Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası www.meseyazilim.com) 22.10.2009.

³²⁸ BİLGE **Cezai Şart**, s. 49; BECKER, m. 160, N. 1, s. 216; ERDEM, s. 1029. Yarg. 11. HD. 2005/13282 E. 2007/230 K. 15.01.2007 T'li kararında "Mahkemece, iddia, savunma ve dosyadaki belgelere göre, 657 s. K.nun 527 s. KHK. ile değişik 164. maddesi ile aylıkların bankacılık sistemi ile gerçekleşmesi için gerekli düzenlemeyi yapmaya Maliye Bakanlığının yetkili kıldığı, bu konuda çıkarılan tebliğlerin kurumlar ve bankalar için bağlayıcı olduğu,bakanlığı borçlandıracak taahhütname imzalanacağı, bağış alınacağı konusunda hüküm bulunmadığı, okul müdürlüğüne valilikçe de davacı banka ile dava konusu sözleşmeyi yapma konusunda yetki verilmemiş olduğu, tahakkuk dairesinin sadece maaşın ödenmesi konusunda sözleşme yapabileceği, bu durumda davacı ile okul arasında yapılan ve bağış kabul etmeye ilişkin hükümler taşıyan sözleşmenin geçerliliğinin olmadığı, imzalayan kişilerin kişisel sorumluluğunu gerektirdiği, bakanlığı bağlamayacağı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir." Aynı yönde Yarg. 11. HD. 2005/8417 E. 2006/9898 K. 09.10.2006 T'li kararı "Okul'un devleti yükümlülük altına sokacak sözleşmeye yapmaya yetkili olmadığı, tahakkuk dairesi olarak Okul'un sadece maaşın ödenmesi konusunda sözleşme yapabileceği, cezai şarta ve bağış kabulüne ilişkin hükümler taşıyan sözleşmenin geçerli olmadığı, sözleşmenin sadece imzalayanların kişisel sorumluluğunu gerektirip, davalıyı bağlamayacağı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir". www.dominanthukuk.com 25.04.2010

devredilemez. Cezanın ödenmesi gerektiği zaman bağımsız bir edim niteliği kazanacağından asıl borçtan bağımsız olarak devir ve tasarrufu mümkün hale gelir³²⁹.

4. Seçimlik Cezai Şartın Şekli ve Yapılma Anı

Seçimlik cezai şart asıl sözleşme içinde yer alabileceği gibi, daha sonraki bir zamanda ondan ayrı olarak bağımsız bir sözleşmeyle de kararlaştırılabilir³³⁰. Burada önemli olan cezai şartın öngörüldüğü sözleşmenin yapıldığı an, asıl borcun da varlığını sürdürüyor olmasıdır.

Seçimlik cezai şartı içeren sözleşme gerek sözlü, gerekse yazılı olarak yapılabilir. Bu noktada şekil şartını içeren bir hüküm yoktur. Bu durum asıl borcu doğuran anlaşmanın bir şekle tabi olmadığı hallerde kural olarak geçerliliğini korur. Asıl sözleşmenin şekle bağlı olması durumunda, fer'i nitelikteki cezai şartın da aynı şekle bağlı olarak yapılması gerekmektedir³³¹.

5. Seçimlik Cezai Şartın Konusu

Seçimlik cezai şartın konusu da, asıl borcun konusunda olduğu gibi verme, yapma ya da bir şey yapmaktan kaçınma/yapmama borcu olabilir³³². Bu edimin ekonomik değer

³²⁹ BERKİ, s. 289.

³³⁰ EREN, s. 1135; TAYLAN, **Ceza Koşulu**, s. 48; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 62.

³³¹ EREN, s. 1135; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 61.

³³² TÜKEL, s. 54. OĞUZMAN/ÖZ, s. 901; BECKER, m. 160, N. 3, s. 217. Yarg. 13. HD. 1995/3746 E. 1996/3964 K. 18.04.1995 T. “BK. 158 ve devam eden maddelerinde sözü edilen ceza koşulu geçerli bir borcun yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesi ya da belli bir yerde, belli bir zamanda yerine getirilmemesi durumunda borçlunun ödemesi gereken alacaklıya ispat yükü olmadan zararını alabilme imkanını sağlayan fer'i nitelikte götürü bir edimdir. Bu tanımlamada da belirtildiği üzere geçerli olan her sözleşmede ceza koşulu kararlaştırılabilir. Bu kural Borçlar Yasası'nda tanımlanan sözleşmelerin serbestliği ilkesine dayanmaktadır.” www.dominanthukuk.com 25.04.2010.

taşıyan nitelikte olması yeterlidir³³³. Ayrıca edimin belirlenmiş olması şart olmayıp, belirlenebilir nitelikte olması da yeterlidir. Eğer taraflar bu konuda anlaşamazlar ise hakim hal ve durumu incelemek sureti ile edimi tespit edecektir³³⁴.

Para ile ifade edilemeyen şeylerin ceza olarak kararlaştırılması durumunda, bu edimin genel ahlak kurallarına aykırı olmaması gerekmektedir. Para dışında bir şey verme veya yapma da ceza borcu olarak kararlaştırılabilir. Hatta ekonomik değer ifade etmek şartı ile bir yapmama edimi de bu borca konu olabilir. Ancak, mali değeri olmayan edimler ceza olarak kararlaştırılmaz. Çünkü bu tür edimlerin cebri icra yolu ile takibi mümkün değildir. Ayrıca mali değeri olmayan edimlerin borçlu üzerinde ifaya zorlayıcı etki oluşturup oluşturmayacağı da bilinemez³³⁵.

Sözleşmenin konusunun ahlaka ve adaba aykırılık teşkil etmesi durumunda, genel müeyyide sözleşmenin butlanıdır. Taraflar arasında yapılan bir sözleşme veya cezai belirlenen cezai şart, konusu itibariyle borçlunun iktisadi açıdan mahvına yönelik ise BK m.20 gereğince ahlaka ve adaba aykırı sayılarak kesin hükümsüz sayılır³³⁶. Bu noktada baştan beri butlan nedenlerinden biri nedeniyle batıl olan bir sözleşmenin geçerli hale gelmesi düşünülemez. Ancak ceza miktarının çok yüksek olması ile borçlunun iktisadi

³³³ KANIK, s. 1072; OSER/SCHÖNENBERGER, m. 160-163, N. 3, s. 948; GÖKTÜRK, **Cezai Şart**, s. 398 TÜKEL, s. 55. Kanunumuz cezai şartın konusunun çoğu halde bir miktar paranın ödenmesinden ibaret olması dolayısı ile bu yönde hükümler koymuştur. Paranın ülke parası olabileceği gibi yabancı para olması da mümkündür. Taraflar ödenecek olan para miktarını aralarında kararlaştırabilecekleri gibi, bunu bir üçüncü şahsa da bırakabilirler. TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 65

³³⁴ TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 65.

³³⁵ Yarg. 15 HD. 1989/486 E. 1989/4564 K. 31.10.1989 T. “ Taraflar arasındaki düzenleme ile kat karşılığı inşaat sözleşmesinde, müteahhidin kendisine devredilmiş bulunan hisselerdeki ipotek, arsa sahibi tarafından kaldırılmadıkça, bu hisseler üzerinde satış, temlik, hibe, haciz, teminat vs. şekillerinde anlaşma yapılamayacağına, yaparsa cezai şart ödeneceğine dair sözleşme geçerlidir.” (İKİD. 31 Ocak 1990, Sayı. 361, s. 8104. Taraflar cezanın tutarını özgürce tespit edebilirler. Yarg. 13. HD. 1992/8546 E. 1993/348 K. 25.01.1993 T. www.dominanthukuk.com 25.04.2010.

³³⁶ BECKER, m. 163, N. 1, s. 230. KILIÇOĞLU, s.541-542. BİLGE, **Cezai Şart**, s. 68; OĞUZMAN/ÖZ, s. 909; Krş. OSER/SCHÖNENBERGER, “mümkün olmayan bir edanın cezai şartla takviyesi imkânsız değildir. Yalnız bu suretle girilen taahhüdün ciddi olması şartıyla müstakil bir taahhüt bahis mevzuu olur.” (m. 163, N. 3, s. 957-968); TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 83. VON TUHR/ESCHER. s. 284; Yarg. HGK. 20.3.1974 tarih, E. 1970/T- 1053, K. 1974/422 sayılı kararında, “... Cezai şart borçlunun iktisaden mahvına sebep 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.” içtihadında bulunmuştur. www.dominanthukuk.com 25.04.2010.

açından mahvedilmesi amacına yönelik olmasını birbirinden ayırmak gerekir. Cezanın yüksek olması tek başına sözleşmeyi geçersiz kılmamacayaktır. Bu durumda cezai şartın tenkisinde olduğu üzere³³⁷, sözleşmenin değişen şartlara göre hakimin müdahalesi ile düzenlenmesi imkanı vardır³³⁸.

6. Seçimlik Cezai Şartın Yorumu

Kural olarak sözleşmenin hiç ifa edilmemesi veya noksan olarak ifası halinde Borçlar Kanunu 158/1 maddesine göre alacaklı ya “akdin ifasını”, ya da “cezanın ödenmesini” isteyebilir. Hem akdin ifası, hem de kararlaştırılan cezai şart ediminin yerine getirilmesi istenemez. Alacaklı asıl edim veya cezai şarttan birini seçmek durumundadır. Borçlunun ise kural olarak alacaklının seçimine itiraz edebilme hakkı bulunmamaktadır³³⁹.

Bununla birlikte, yukarıda ifade edilen genel ilkenin aksine anlaşma yapılabilmesi mümkündür. Zira, BK. m. 158/1 maddesinde “hilafına mukavele olmadıkça” denilmek suretiyle, tarafların bu kuralın aksine anlaşma yapabilecekleri açıkça ifade edilmiştir. Aralarındaki anlaşmayla sözleşmeye aykırılık durumunda hem asıl edimin hem de cezai şartın ifa edileceği kararlaştırılabilir³⁴⁰. Bu tarz bir anlaşmanın varlığını, durumun özellikleri incelenip tarafların iradesini yorumlayarak anlamak mümkündür.

³³⁷ bkz. cezai şartın tenkisi konusu

³³⁸ VON TUHR, s. 773; karşı TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart** s. 67.

³³⁹ FEYZİOĞLU, s. 393;ERMAN/SCHAUB, Art.339, Rn.8-9; MÜNCHKOMM/GOTTWALD, Art.340, Rn.5-7.

³⁴⁰ MÜNCHKOMM/GOTTWALD, Art.341, Rn.1; ERMAN/SCHAUB, Art.341, Rn.1.Yarg. 13 HD. 1987/6836 E. 1988/188 K. 21.8.1988 T. S’lı ilamı “Sözleşmenin belli yerde yerine getirilmemesi durumunda ödenmek üzere ceza koşulu kabul edilmişse, alacaklı hem sözleşmenin yerine getirilmesini ve hem de belirli cezanın ödenmesini isteyebilir.” (YKD. Mart, 1989, s. 377). Yarg. 15. HD. 2004/1465 E. 2004/5468 K. ‘li kararı“...sözleşmede yer alan bu ceza seçimlik ceza olmayıp, ifaya eklenen ceza niteliğindedir. BK 158/II. maddesine göre taraflar akdin muayyen (belirli)zamanda veya meşrut(kararlaştırılan) mahalde icra edilmesi dahilinde tediye olunmak üzere ceza ödenmesini kararlaştırılmışsa, ifaya eklenen cezai şart söz konusudur.” www.kazanci.com 30.04.2010.

Cezai şart sadece kararlaştırılmış olduğu durum için istenebilir. Cezai şarta ilişkin hükümlerin yorumunda kıyas yoluna gidilemez³⁴¹. Sözleşmede yorumun konusunu tarafların irade beyanları teşkil eder. Akdin kuruluşu sırasında tarafların irade beyanlarına ilişkin tüm gelişmeler yorum sırasında hakim tarafından değerlendirilir. Tarafların irade beyanları; yazılı, sözlü, olumlu bir hareket ya da davranış, olabileceği gibi; sadece susmadan ibaret de olabilir³⁴².

İrade beyanının oluşumuna ilişkin gelişmeler, yorumun yapıldığı zamana göre, yazılı bir metinden oluşmuş bile olsa geçmişte kalmış olaylardır³⁴³. Hakim, taraflardan birinin ileri sürmüş olduğu yorum karşısında diğer tarafın makul şartlar altında böyle bir sözleşmeye razı olup olmayacağını veya tarafların bu muamelelerden hangisini yapmak istediğini belirlemelidir³⁴⁴.

Sözleşmenin yorumlanmasında hakim, TMK. m. 2-4 ve BK. m. 18 vd. yer alan hükümlere uygun hareket etmeli, borçlu zararına genişletici yorumlardan kaçınmalı, tarafların sözleşmeyi yapmalarında güttükleri amaç nazara alınmalıdır³⁴⁵.

³⁴¹ OLGAÇ, s. 1092.

³⁴² KAPLAN, İbrahim; **Borçlar Hukuku Dersleri** 2. Bası, Ankara: İmaj Yayıncılık 2003 s. 15.

³⁴³ KAPLAN, s. 16.

³⁴⁴ TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 19; Yarg. HGK 2. 7. 1957 Tarihli kararında “Akdin zamanında ifa edilmemesi hâlini karşılamak için mukavelenameye derç edilen maktu tazminat ödenmesi hâlini, akdin ifa edilmemesi hâline teşmil eylemek caiz değildir.” OLGAÇ, Senai; Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Şerhi Genel Hükümler, 4. bası, C. 1-2, Olgaç Matbaası Ankara, 1976 s. 1093.

³⁴⁵ Yarg. 14 HD. 28.9.1993 T. 1992/10778 E. 7097 K. S’lı ilamında “Satış vaadi sözleşmesine dayalı tescil davalarında; tescile karar verildikten başka bir de sözleşmeye konan ve ifaya zorlayıcı nitelikte bulunan cezai şartın tahsiline karar verilemez” (YKD. Mart, 1994, s. 418). Yarg. 9. HD. 2007/22709 E. 2008/16626 K. 20/06/2008 T. İş hukukunda işçi yararına yorum ilkesinin bir sonucu olarak sadece işçi aleyhine yükümlülük öngören cezai şart hükümleri geçersiz sayılmaktadır. İşçiye verilen eğitim karşılığı belli bir süre çalışması koşuluna bağlı olarak kararlaştırılan cezai şart tek taraflı olarak değerlendirilemez. Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce feshi koşuluna bağlı cezai şartın sonuç doğurabilmesi için öncelikle taraflar arasındaki iş sözleşmesinin belirli süreli olup olmadığının tespiti gerekir. Yarg. 14. HD. 2007/16592 E. 2008/2471 K. 29/02/2008 T.’kararında “Gerek taraflar arasındaki sözleşme, gerekse davacıların taahhünamelerindeki beyanlarına bakılırsa sözleşme hükmündeki " ... sahadan kaldırılmayan stoklar bedelsiz olarak e. .. bank'a intikal eder ... " sözleri BK. 158. maddesinin 2. fıkrasındaki ifa'ya eklenen cezai şarta ilişkindir. Burada taraflar asıl borcun (stok sahadarındaki maden cevherinin kaldırılmasının) belirli zamanda veya yerde yerine getirilmesini kuvvetlendirmek amacıyla ceza ödenmesini kabul etmiştir. davacı ortaklığın, başvurusu üzerine davalı kiralayanın "taahhüt" karşılığı ek süreler vermesi bu kabul şeklini değiştirmez. Basiretli bir tacir olması gereken borçlu ek süreler sonunda da temerrüde düşmüştür. Taraflar arasındaki sözleşme hükmü hiçbir yorumu gerektirmeyecek biçimde açık olduğundan, artık akitlerin tefsiri başlıklı

Sözleşmenin yorumu, objektif hüsnüniyet kurallarına uygun olarak, anlaşma metni yanında tarafların amacı, işin mahiyeti ve gerekleri nazara alınarak yapılmalıdır³⁴⁶. Bu kayıtlar altında cezai şart hakkındaki hükümlerin yorumu borçlu aleyhinde genişletici yorumlardan kaçınılması, borçlu lehine dar yorumlanması doğru olur³⁴⁷.

BK. m. 18/I'e göre, sözleşmenin yorumunda, bir sözleşmede gerek şekil gerekse içerik itibarıyla kullanılan kelimeler değil, tarafların birbirine uyan gerçek iradeleri esas alınması gerekir. Yorumun konusu sözleşmenin kendisi olmayıp, sözleşmeyi oluşturan irade beyanlarıdır. Sözleşmenin yorumlanması her şeyden önce, sözleşmenin içeriğiyle ilgili uyuşmazlığın giderilmesi sorunudur³⁴⁸.

B. Seçimlik Cezai Şartın Amacı Ve İşlevi

Hukuki işlemlerin özellikleri ile sözleşmenin konusu, tarafların amaçlarının tespitine yardımcı olur. Seçimlik cezai şartın iki temel fonksiyonu vardır: Bunlardan birincisi tazminat miktarının götürü olarak tespiti, ikincisi ise ifanın gerçekleşmesinin

Borçlar Kanunu'nun 18. maddesinden yararlanılarak tarafların sözleşmedeki gerçek amaçlarının yorum yoluyla ortaya çıkarılmasını gerektiren bir neden de bulunmamaktadır. www.dominanthukuk.com 25.04.2010

³⁴⁶ BECKER, m. 160, N. 39, s. 223; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 18.

³⁴⁷ BECKER, m. 160, N. 39, s. 223; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 18; OLGAC, s. 1093. Yargıtay HGK. 7. 7. 1959 Tarih 4-3,E. 1.K sayılı kararında “Akdin cezai şart borçlusunun lehine tefsir edilmesi, tefsire ait hukuk esaslarındandır. Çünkü, bir insanın borçsuz olması esas kaide, borç altına girmesi ise istisnadır.” (OLGAÇ, s. 1093). Yarg. 18. HD. 2008/10707 E. 2009/511 K. 02/02/2009 Tarihli kararı “Ayrıca, Sayıştay Genel Kurulu'nun 17.9.2001 gün ve 4995/4 sayılı kararında, 657 sayılı Devlet Memurları Yasasının 79. maddesinin dördüncü fıkrasındaki geri ödenmesi öngörülen "aylık" kavramından yurt dışı aylıkların anlaşılması icabettiği şeklinde yorumlandığından davacı Üniversitenin davalıya ödenen yurt içi aylıkları isteyemeyecektir.” Yarg. 9. HD. 2007/22709 E. 2008/16626 K. 20/06/2008 T. www.dominanthukuk.com 25.04.2010

³⁴⁸ EREN, s. 1137. Yarg. 14. HD. 2007/16592 E. 2008/2471 K. 29/02/2008 T.'kararında “Gerek taraflar arasındaki sözleşme, gerekse davacıların taahhünamelerindeki beyanlarına bakılırsa sözleşme hükmündeki " ... sahadan kaldırılmayan stoklar bedelsiz olarak e. .. bank'a intikal eder ... " sözleri BK. 158. maddesinin 2. fıkrasındaki ifa'ya eklenen cezai şarta ilişkindir. Burada taraflar asıl borcun (stok sahalarındaki maden cevherinin kaldırılmasının) belirli zamanda veya yerde yerine getirilmesini kuvvetlendirmek amacıyla ceza ödenmesini kabul etmiştir. davacı ortaklığın, başvurusu üzerine davalı kiralayanın "taahhüt" karşılığı ek süreler vermesi bu kabul şeklini değiştirmez. Basiretli bir tacir olması gereken borçlu ek süreler sonunda da temerrüde düşmüştür. Taraflar arasındaki sözleşme hükmü hiçbir yorumu gerektirmeyecek biçimde açık olduğundan, artık akitlerin tefsiri başlıklı Borçlar Kanunu'nun 18. maddesinden yararlanılarak tarafların sözleşmedeki gerçek amaçlarının yorum yoluyla ortaya çıkarılmasını gerektiren bir neden de bulunmamaktadır. www.dominanthukuk.com 25.04.2010

sağlanmasıdır³⁴⁹. Seçimlik cezai şart, alacaklıya borcun takibinde de büyük kolaylık sağlamaktadır. Gerçekten de, borçlunun temerrüde düşürülmesinin şart olmaması, ispat bakımından alacaklının sahip bulunduğu kanuni kolaylıklar, cezanın talep edilebilmesi için zararın miktarının ve hatta varlığının bile şart olmayışı alacaklıya teminat sağlarken, borçluyu ödemede bulunmaya zorlayıcı rol oynamaktadır³⁵⁰.

1. Tazminat Miktarı Üzerindeki Uyuşmazlıkları Giderme Amacı

Seçimlik cezai şartın en önemli amacı, asıl borcun zamanında ifa edilmesi durumunda ödenmesi gereken tazminat miktarının önceden tespit edilmesinin sağlanmasıdır³⁵¹. Alacaklının borçlu temerrüdüne dayanarak olağan yollardan tazminat elde edebilmesi için, borçluyu temerrüde düşürdükten sonra, zararının varlığı ile bunun miktarını ve akdin gereği gibi ifa edilmediğini ispat etmesi gerekir. Genel olarak ispat

³⁴⁹ ERMAN/SCHAUB, Art.340, Rn.2-3; MÜNCHKOMM/GOTTWALD, Art.340, Rn.1: Belirtmek gerekir ki, seçimlik cezai şartın her ne kadar borçluyu ifaya zorlama amacı olsa da, borçlu ya cezayı ya da ifayı gerçekleştirmek zorunda olduğu için, bu tür cezai şart aynı zamanda borçluyu koruyucu nitelikte taşımaktadır. EREN, 1136; MÜNCHKOMM/GOTTWALD, vor Art.339, Rn. 6; OR I/Ehrat, Art.160, Rn.4. Yargıtay 14. HD. Cezai şartın amaçlarını, cezai şartın türleri ile ilişkilendirerek şu şekilde tespit etmiştir. “Cezai şart, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde borçlunun belirli miktar para ödeme taahhüdüdür. Cezai şartın üç amacı vardır. Bunlar, teminat ve ceza amacı, tazminat amacı ve sözleşmeden dönme amacıdır. BK m. 158/f. 1 de düzenlenmiş olan seçimlik cezai şart uyarınca alacaklı, sözleşme gereği hiç ya da gereği gibi yerine getirilmediği takdirde ya edimin ifasını ya da cezai şartın ödenmesini ikinci kararında ise, cezai şartın amaçlarını, cezai şartın türleri ile ilişkilendirerek şu şekilde tespit etmiştir. ‘Cezai şart, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde borçlunun belirli miktar para ödeme taahhüdüdür. BK m. 158/f. 1 de düzenlenmiş olan seçimlik cezai şart uyarınca alacaklı, sözleşme gereği hiç ya da gereği gibi yerine getirilmediği takdirde ya edimin ifasını ya da cezai şartın ödenmesini isteyebilecektir. Burada teminat ve ceza amacı söz konusudur. (YKD, C. 25, S. 12, Aralık 1999, s. 1677.)

³⁵⁰ TÜKEL, s. 38. MÜNCHKOMM/GOTTWALD, Art.339, Rn.1-2; PRÜTTING/WEGEN/WEINREICH, Art.339, Rn.3-4. Yarg. 15. HD. 2008/7818 E. 2009/3871 K. 26.06.2009 Tarihli kararında; Doktrinde cezanın aşırı olup olmadığını hakkaniyet ölçüsüne göre belirleneceği benimsenmekle birlikte, cezai şartın amacı, borçluyu ifaya zorlayan bir tazyik vasıtası olduğu, borcun ifası halindeki menfaat ile cezai şartın ödenmesi halindeki menfaat arasında makul ve adil denge kurulması gerektiği, cezai şart miktarının borçlunun ezilmesini ve ekonomik olarak mahvına neden olacak dereceyi bulması halinde fahiş kabul edilmesi ve uygun bir miktara indirilmesi gerektiği kabul edilmektedir. www.dominanthukuk.com 15.04.2010

³⁵¹ ARSEBÜK, **Borçlar Hukuku**, s. 961; BİLGE, **Cezai Şart**, s. 84; İNAN, s. 548; OSER/SCHÖNENBERGER, m. 160-163, N. 2, s. 948; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 48.

yükü, zarara uğradığını iddia eden tarafa aittir. Seçimlik cezai şart alacaklıyı bu külfetten kurtarmaktadır. Esas itibarıyla bu durumda sadece ifadan kaçınmayı ispat yeterlidir³⁵².

2. Teminat ya da Borçluyu İfaya Zorlama Amacı

Seçimlik cezai şartın önemli bir gayesi de, asıl borcu kuvvetlendirmek ve teminat altına almak ve borcun sözleşmeye uygun olarak ifasını sağlamaktır³⁵³. Tarafların yükümlülüklerin sözleşmeye uygun ifasının sağlanması amacı ve bunun güvencenin sağlanması, asıl edimin yerine yeni bir borcun konulması sureti ile mümkün olmaktadır³⁵⁴.

Borçlunun daha şiddetli ve ağır yükümlülük altına girme korkusu asıl borcu gereği gibi ifa ederek, fer'i nitelikteki cezadan kurtulmak için daha fazla gayret sarf etmesini sağlayacaktır³⁵⁵.

Yargıtay Hukuk Dairesi bir kararının gerekçesinde seçimlik cezai şartın amacını ortaya koymuştur. "...Ceza koşulu amacı borçluyu edime zorlama, alacaklıyı zararını ispatlama yükümünden kurtarma ve olumsuz edimlerde, yaptırım gücünden yararlanmadır. O nedenle iki fonksiyonu vardır. İlki ceza, ikincisi ise tazminat fonksiyonudur³⁵⁶. Ceza koşulu, özel bir ceza niteliğindedir. Öyle ki, alacaklı zarara uğramamış olsa bile borçlu cezayı ödemekle yükümlüdür. Karşıt olarak da, borçlunun kusurunu ispat eden alacaklı,

³⁵² Yarg. 13. HD. 4495 E. 1977/5010 K. 14. 11. 1977 T. (Y.K.D. 1978, C. 4, s. 597).

³⁵³ ARSEBÜK, s. 981; BİLGE, **Cezai Şart**, s. 81; GÖKTÜRK, **Cezai Şart**, s. 399; KANIK, s. 1075; TEKİNAY/AKMAN/BUCUOĞLU/ALTOP; s. 42; OSER/SCHÜNENBERGER, m. 160-163, N. 12, s. 950; TÜKEL, s. 37. Bu yönde bir örnek olarak şu olay gösterilebilir. "Kooperatif veya arsa sahiplerinden herhangi birisi anlaşma hükümlerine aykırı hareket edecek ve anlaşmanın yerine getirilmesini imkansız kılacak olur veya tek taraflı olarak fesih edecek olursa, karşılıklı olarak birbirlerine 40.000 Mark tazminat ödemeyi kabul ve taahhüt ederler" hükmü yazılıdır. Görülüyor ki, bu sözleşmede hüküm altına alınan 40.000 Mark tutarındaki ceza tazminatı, seçimlik ceza niteliğindedir. BK.nun 158/1. maddesi gereğince aksine sözleşmede hüküm bulunmadığından alacaklı ya akdin icrasını veya cezanın ödetilmesini isteyebilir" Yarg. 15. H.D. ,E.No: 1996/2702,K.No: 1996/3402,T: 17/06/1996 (Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası www.meseyazilim.com) 30/09/2009.

³⁵⁴ BİLGE, **Cezai Şart**, s. 83; GÖKTÜRK, **Cezai Şart**, s. 399; OĞUZMAN/ÖZ, s.908; OSER/SCHÜNENBERGER, m. 160-163, N. 12, s. 950; ERMAN/SCHAUB, art.340, Rn.2.

³⁵⁵ BİLGE, **Cezai Şart**, s. 83; OĞUZMAN/ÖZ, s. 908; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 49; TÜKEL, s. 38.

³⁵⁶ TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 24; OĞUZMAN/ÖZ, s. 904 ; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 358, GÜNAY, s. 31.

cezayı aşan tutarı da isteyebilir. Ceza koşulunun tazminat fonksiyonuna gelince, maddi tazminat davalarında kural olarak, ispat yükü, zarara uğradığını iddia edenindir. Ceza koşulunda buna gerek yoktur. Esas itibari ile edimden kaçınmanın ispatı yeterli olmaktadır³⁵⁷.

C. Seçimlik Cezai Şartın Hükümleri

Asıl borcun ifa edilmemesi veya eksik ifa edilmesine ilişkin olarak ceza kararlaştırıldığı durumda, BK. m. 158/1' de düzenlenmiş olan seçimlik cezai şart söz konusu olur. Asıl edimin ifasına dair yükümlülüklerin ihlal edilmesi halinde kanunun bu hükmü gereğince alacaklı, asıl borç ya da cezai şarttan birisinin ifasını talep edebilir.

1. Seçim Beyanı

Seçimlik cezai şart, dolayısıyla alacaklıya tanınmış bulunan seçme hakkı, değiştirici yenilik doğuran bir haktır³⁵⁸. Seçim beyanı diğer tarafa ulaşmakla birlikte sonuçlarını doğurur. Alacaklının cezayı seçtiği varsayımında, bu beyanın karşı tarafa ulaştığı anda borçlu asıl borçtan kurtulur ve bu seçim doğrultusunda borcun konusu ceza borcuna dönüşür³⁵⁹.

BK. m. 158/1, emredici bir kural değildir. Bu nedenle, taraflar bunun aksini kararlaştırabilirler. Nitekim, maddede "hilâfına mukavele olmadıkça" ifadesi bunu ortaya koymaktadır. Bunun sonucu olarak, taraflar sözleşmede borçlunun borca aykırı davranışı halinde, alacaklının sadece cezai şart talep edebileceğini öngörebilirler³⁶⁰.

³⁵⁷ Yarg. 13. HD'nin 1977/4495 E. 1977/5010 K. 14. 11. 1977 T. (Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası www.meseyazilim.com) 30.09.2009.

³⁵⁸ BİLGE, **Cezai Şart**, s. 98-99; EREN, s. 1137; UÇAR, s. 54; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 107-108; TUNÇOMAĞ, **Borçlar Hukuku** s. 874.

³⁵⁹ Borçlu borca aykırı davrandığı takdirde, sözleşmede cezai şart kararlaştırılmasına rağmen, alacaklı borçludan aynen ifayı talep edebilir. Bu nedenle, BK. md. 158/f. 1'de borçluya borca aykırı davranarak bunun yerine cezai şartı ödeyip borçtan kurtulma yetkisini değil, buna karar verme yetkisini alacaklıya vermiştir. KILIÇ, s. 576; EREN, s.1136; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 351; KILIÇOĞLU, s. 536.

³⁶⁰ EREN, s.1137; OĞUZMAN/ÖZ s. 905, KILIÇ, s. 587;KOCAAĞA, s.149.

Kanunda seçim beyanının nasıl ve ne zamana kadar yapılması gerektiği hususu özel olarak düzenlenmiş değildir. Genel kanaat bu gibi konularda seçimlik borçlara ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği yönündedir³⁶¹. Buna göre kanun, seçimlik cezai şarttan doğan seçimlik hakların kullanılmasını herhangi bir şekil şartına bağlı tutmamıştır. Alacaklının bu yöndeki bildirim yazılı ya da sözlü olabileceği gibi, örtülü de olabilir³⁶². İspat açısından yazılı ya da resmi şekilde yapılmış olması hak sahibine kolaylık sağlar. Ancak, seçimlik borcu içeren hukuki ilişkinin geçerlilik şekline bağlı bulunduğu durumlarda, seçim beyanının da cezai şartın fer'i niteliği dolayısıyla şekil kurallarına uygun olarak yapılması gerekmektedir³⁶³.

2. Seçim Beyanının Süresi, Bağlayıcılığı ve Dönülememesi

Borçlu alacaklıya ifa ya da cezadan birini seçmesi hususunda ihtar ile birlikte münasip bir mehil verir³⁶⁴. Alacaklı bu süre içinde seçim hakkını kullanmamışsa, borçlu, alacaklı temerrüdüne ilişkin BK. m. 94'e³⁶⁵ dayanarak akdi feshedebilir³⁶⁶. Buna göre,

³⁶¹ BECKER, m. 160, N. 29, s. 223; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 106-108; TÜKEL, s. 86. EREN, s.1137; OĞUZMAN/ÖZ s. 905, TUNÇOMAĞ, **Borçlar Hukuku** s. 874;

³⁶² TÜKEL, s. 86; Taraflar seçim beyanını belli bir zamanda ve belli şartlarla yapacağını da kararlaştırmış olabilir. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s.905.

³⁶³ TANDOĞAN, s. 687 OĞUZMAN/ÖZ s. 902; EREN s. 1134; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP s. 342 vd. VON TUHR, s. 764; TUNÇOMAĞ, **Borçlar Hukuku** s. 859; KILIÇ, s. 584 EREN s. 1134; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP s. 342 vd. VON TUHR, s. 764; TUNÇOMAĞ **Cezai Şart** s. 9 vd- 81 vd.; TUNÇOMAĞ, **Borçlar Hukuku** s. 859; KILIÇ, s. 584; Yarg. 13. H.D, 2008/8902 K. 26.06.2008 tarihli kararı www.diaport.com 25.10.2009.; Yarg. 13. HD. 2005/10775 E. 2005/16782 K. 14.11.2005 T.'li;

Yarg. 13. HD. 2003/1201E. 2003/3834 K. 01.04.2003 T'li kararı www.dominanthukuk.com 25.04.2010

³⁶⁴ Yarg. 13. HD. 1995/6285 E. 1995/6630 K. 03.07.1995 T.'li kararı "Eser sözleşmesinin bitimi ve işin teslimi belli süreye bağlandığına göre; bu sürenin dolmasıyla, davalı yüklenicinin borcunu yerine getirmekte direndiği (mütemerrit olduğu) ve bu olgusunun hukuksal sonuçlar doğurduğu kabul olunmalıdır. (BK. 101/1) 2. Alacaklı, borcun yerine getirilmemesi halinde (borcun yerine getirilmesinde direnme halinde "gecikmiş ifa") alacaklı BK. 106/1-1 deki hakkını her zaman kullanabilir. Alacaklı BK. 106/1-1 deki seçimlik hakkını kullandığını karşı tarafa bildirmek zorunda değildir. 10 yıllık zamanaşımı içinde her zaman gecikme tazminatı isteyebilir. 3. Teslim borcunun yerine getirilmesinde gecikme halinde gecikme tazminatının indirimsiz olarak tam ödenmesi, (kusur, iyi niyet, yüklenicinin özen borcu ve ticari ilişki sebepleri ile) gerekir." www.dominanthukuk.com 25.04.2010.

³⁶⁵ BK. m. 94 - Borcun mevzuu bir aynın teslimini tazammun etmediği surette eğer alacaklı mütemerrit ise borçlunun temerrüdüne müteallik hükümlere tevfi kan, borçlu akdi feshedebilir.

sözleşmenin konusu bir malın teslimi değil de, yapma edimi ise, alacaklı, cezai şart ya da yapma ediminin ifası konusunda seçim hakkını kullanmaz ise, borçlu, Borçlar Kanununun 106-108 hükümleri uyarınca, sözleşmeden dönebilecektir.

Seçim beyanı karşı tarafa ulaştığı andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlar. Her yenilik doğuran hak gibi bu beyandan da karşı tarafa ulaştığı andan itibaren dönülmesi mümkün değildir. Seçim beyanının her durumda bağlayıcı olduğu konusunda uygulama ve doktrin arasında mutabakat vardır³⁶⁷. Seçim hakkının, yenilik doğuran hak olduğunun kabul edilmesi durumunda, seçim beyanının yapılmasıyla yenilik doğurucu haklara ilişkin tüm sonuçlar meydana gelmelidir. Bu durumda alacaklının sahip olduğu ceza ya da ifadan birini seçme hakkının değiştirici yenilik doğuran hak olması nedeniyle, seçim beyanının borçluya ulaşmasıyla borçlu asıl borçtan kurtulmuş, alacaklı da asıl borcun ifasını talepten vazgeçmiş sayılacaktır³⁶⁸. Alacaklının bu beyanını, seçim bildirimini

³⁶⁶ Bu hakkın ne kadar süre içinde kullanılacağına ilişkin BK da düzenleme yoktur. Alman hukuku açısından, borçlunun alacaklıya seçim hakkını kullanması için süre vermesi görüşü kabul edilmemektedir. Alman hukuk doktrinine göre, bu durumda seçimlik borçlarda seçim hakkının kullanılmasına ilişkin BGB'nin 264.maddesi cezai şart açısından uygulanamaz. Doktrine göre, burada bir seçim borcu değil, yarışan haklar söz konusudur. Ancak, alacaklının herhalde dürüstlük ilkesi uyarınca bu hakkını kullanması gerekir. Bu hususta bkz. MÜNCHKOMM/GOTTWALD, Art.340, Rn.9; ERMAN/SCHAUB, Art.340, Rn.3. TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 108; VON TUHR, s. 766; TUNÇOMAĞ, **Borçlar Hukuku** s. 874.

³⁶⁷ Bu hak niteliği itibariyle değiştirici yenilik doğuran bir haktır. Her yenilik doğuran hak gibi kullanıldıktan sonra bundan da dönülemez. Bu itibarla, alacaklı seçim hakkını kullandığı zaman, seçmiş olduğu borç kesin borç haline dönüşür ve artık bundan dönemez, bunu geri alamaz. EREN, s. 1136; aynı görüşte ARSEBÜK, s. 985; BİLGE, **Cezai Şart**, s. 101; OĞUZMAN/ÖZ, s. 904; OSER/SCHÖNENBERGER, m. 160, N. 5, s. 993; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 349; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 109; UÇAR, s 55; VON TUHR, s. 767. BGB. 340/1'de de bu husus açıkça ifade edilmiştir.

³⁶⁸ VON TUHR, s. 766. EREN, s. 1136; BİLGE, **Cezai Şart**, s. 101; OĞUZMAN/ÖZ, s. 904; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 349; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 109 Yarg. 15. HD. 1988/1984 E. 1988/569 K. 15.2.1988 T. "Seçimlik cezai şartta, sözleşmenin yerine getirilmesi isteğiyle dava açan ve bu yönde karar alan taraf, isteğinden dönerek, cezanın ödetilmesini isteyemez." Yarg. 15. HD. 2003/2979 E. 2003/6061 K. 17.12.2003 T.'li kararı "Sözleşmenin ifa edilmemesi veya eksik ifa edilmesi halinde ödenmek üzere kararlaştırılmış cezai şartlarda, aksine bir hüküm yoksa, alacaklı sözleşmenin ifasını veya cezai şartın ödenmesini istemek yetkisine sahiptir. Seçimlik cezai şartlarda alacaklı ifa veya cezai şarttan birisini seçmek zorundadır. Alacaklıya tanınmış bulunan bu seçim hakkı yenilik doğuran bir hak mahiyetindedir. Alacaklı bu hakkını borçluya yöneltilmesi gerekli bir taraflı bir beyan ile kullanmak zorundadır." Aynı doğrultuda Yarg. 15. HD. 2003/1716 E. 2003/4880 K. 20.10.2003 T.'li karar, Yarg. 15. HD. 1997/2958 E. 1997/3247 K. 24/06/1997 T.li kararı

yapmadan önce kendisi için yararlı bulduğu seçeneği seçtiği ve diğerlerinden vazgeçtiği şeklinde yorumlamak uygun olur³⁶⁹.

Seçim beyanının bağlayıcılığı kural olarak kabul edilse³⁷⁰ de doktrinde değişik koşullarda bu durumu istisna kabul eden görüşe göre³⁷¹ seçim beyanı yenilik doğuran bir hak olmadığı gibi seçim konusunun asıl borç veya cezai şart olması bakımından ayırım yapmak gereklidir. Bu görüşe göre, cezayı seçen alacaklının seçiminden vazgeçip ifayı isteyebilmesi mümkün değildir. Bu olasılığın seçimi bakımından beyanının kurucu niteliği aynen muhafaza edilmektedir. Ancak alacaklı ifayı seçmiş ve beyanı borçluya ulaşmasına rağmen, borçlu ifa etmemede ısrar etmişse veya asıl edimin ifası imkansızlaşır, bu durumda alacaklıya asıl edimin talebinden vazgeçip cezayı talep hakkının tanınması gerektiği savunulmaktadır.

Cezai şartın bir amacı da ifa edilmemeden doğacak olan zararın maktu olarak tespit edilmesi olduğuna göre, alacaklının ifayı talep etmesine rağmen borçlunun ifadan kaçınması durumunda BK. m. 106'daki tazminatın yerine cezanın talebi mümkün sayılmalıdır. Asıl edimin talep edilmesine karşılık, ifanın yapılmadığı durumda bu yöndeki çözüm adalet ve hakkaniyete daha uygun düşmektedir³⁷².

3. Seçim Beyanının Sonuçları

Kanun, seçimlik cezai şartta ilişkin olarak alacaklıya asıl borcun ifası ya da cezanın talebi hususunda bir seçme hakkı tanımıştır. Alacaklının hakları BK. m. 158/1'de sayılanlarla sınırlandırılmış değildir. BK. m. 96 vd. hükümlerince borçlunun temerrüdü dolayısıyla alacaklının sahip bulunduğu diğer haklara da bir zarar gelmez.

³⁶⁹ BİLGE, **Cezai Şart**, s. 99; KARAHASAN, **Borçlar Hukuku** s. 1313. Yarg. 15. HD. 15.2.1988 T. 1984 E./569 K..seçimlik cezai şartta, sözleşmenin yerine getirilmesi isteğiyle dava açan ve bu yönde karar alan taraf, isteğinden dönerek, cezanın ödetilmesini isteyemez.”

³⁷⁰ BECKER, Art. 160 or n.29; EREN s.1136; KILIÇOĞLU, s.535 vd. İsviçre Federal Mahkemeside buradaki seçimin yenilik doğuran hak olduğu ve değiştirilemeyeceğine hükmetmiştir. KOCAĞA, s.182 dn.97.

³⁷¹ Bkz. Von TUHR/ESCHER s.281; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.349

³⁷² BİLGE, **Cezai Şart**, s. 101; SEROZAN, s.67; KOCAĞA, s. 185 vd.

1. Asıl Edimin İfasının İstenmesi

Alacaklının asıl edimin ifasını talep ettiği durumda borçlu temerrüdüne ilişkin BK. m. 106/2’de yer alan aynen ifayı seçmiş gibi hüküm ve sonuçlar doğar³⁷³. Şöyle ki;

Alacaklı asıl borcun ifasını istemişse, borçlu ifa ile yükümlü olacaktır. Asıl edimin ifası borçlunun kusuruyla imkansızlaşmışsa, sorumluluk tazminat borcuna dönüşür. Borçlu, alacaklının uğradığı müspet zararları tazmin etmekle yükümlüdür. Bu durumda asıl edimin ifa edilmemiş olması dolayısıyla talep edilecek tazminat miktarı kararlaştırılmış bulunan cezai şart miktarıyla sınırlandırılmış değildir. Alacaklı ispat etmiş olması şartıyla uğradığı bütün zararların tazminini talep edebilir³⁷⁴.

Aynen ifayı seçen alacaklı yetkili hakime müracaat etmek suretiyle, masrafi borçluya ait olmak üzere edimin kendisi tarafından yerine getirilmesine (BK. m. 97/I) izin verilmesini talep edebilir³⁷⁵. Böyle bir uygulama cebri icra niteliğinde olduğundan borçlu aleyhinde verilmiş bir mahkeme ilamına gerek vardır³⁷⁶.

2. Cezai Şartın İstenmesi

Alacaklının seçim hakkını cezai şarttan yana kullandığı yönündeki beyanın borçluya ulaşmasıyla borçlu derhal asıl borçtan kurtulur. Cezai şart, borcun tek ve kesin

³⁷³ BK. m.106/2 maddesi uyarınca; “ Bu mehil zarfında borç ifa edilmemiş bulunduğu surette alacaklı her zaman onun ifasını talep ve teahhür sebebi ile zarar ve ziyan davası ikame eylemek hakkını haizdir; birde aktin icrasından ve teahhürü sebebiyle zarar ve ziyan talebinden vaz geçtiğini derhal beyan ederek borcun ifa edilmemesinden mütevellit zarar ve ziyanı talep veya akdi fesh edebilir.” TUNÇOMAĞ, **Borçlar Hukuku**, s. 875; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart** s.110; OĞUZMAN/ÖZ, s. 295 vd.

³⁷⁴ EREN,s. 1137; OĞUZMAN/ÖZ, s. 904; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 108 vd.; UÇAR, s. 55. TUNÇOMAĞ, **Borçlar Hukuku**, s. 875; BİLGE, **Cezai Şart**, s.

³⁷⁵ TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 111-112; UÇAR, s. 55.

³⁷⁶ VON TUHR, s. 770 vd..

konusu haline gelir. Şayet asıl borç bir kaçınma borcuysa borçlu bu andan itibaren hareket serbestisi kazanır³⁷⁷.

Kural olarak, borçlunun edimini kısmen yerine getirmiş ve alacaklının bu tediyeyi kabul etmiş bulunması, cezai şart talebinden vazgeçtiği anlamında değerlendirilemez. Fakat alacaklının, asıl edimin eksik ifası nedenine dayanarak cezai şart talep ettiği durumda borçludan aldıklarını iade etmesi zorunludur. Cezai şartın talep edilmesiyle birlikte asıl edimin ifasına ilişkin borç ortadan kalkmış bulunduğu için, bu borca yönelik yapılan ifa da sebepsiz iktisap niteliği kazanır³⁷⁸.

Cezai şartın bir miktar paradan ibaret olduğu durumda, borçlunun cezai şart borcunu ödemede temerrüde düşmesiyle cezaya ek olarak temerrüt faizi (BK. m. 103/I) ödemesi de gerekebilir³⁷⁹. Ceza alacağına faiz yürümesi için borçlunun direngen bulunması zorunludur. Bir miktar paradan ibaret olan bu alacak için borçlunun ihtar ile temerrüde düşürülmesi sağlanmalıdır. Şayet iharda borçluya bir süre de verilmişse bildirim izleyen tarihten itibaren temerrüt oluşacağından, alacaklı aynı zamanda temerrüt faizine de hak kazanır³⁸⁰.

Cezai şartın teminata bağlanmasıyla ilgili bahiste daha önce de ifade ettiğimiz üzere, ifa yerine cezanın talep edildiği durumda, asıl edimin talep edilmemiş bulunmasına rağmen, bunu temin için verilmiş rehin ya da kefalet ceza alacağı içinde geçerliliğini sürdürür³⁸¹.

³⁷⁷ BİLGE, **Cezai Şart**, s. 99; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 111. TUNÇOMAĞ, **Borçlar Hukuku**, s. 875; KOCAAĞA, s. 185 vd.

³⁷⁸ BİLGE, **Cezai Şart**, s. 101-102; ER, s. 370; KANIK, s. 1075; OSER/SCHÖNENBERGER, m. 160, N. 4, s. 953; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 111; UÇAR, s. 56.

³⁷⁹ BK. m.103 – “Bir miktar paranın tediyesinden temerrüt eden borçlu mukavele ile daha az bir faiz tayin edilmiş olsa bile geçmiş günler için senevi yüzde beş hesabıyla faiz tediyesine mecburdur.” TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 112; UÇAR, s. 56.

³⁸⁰ Yarg. 13 HD. 25.1.1984 T.’li 83/8532 E 84/400 K. kararında, “Borçlu daha önce ihbar ile temerrüde düşürülmüş değil ise, alacaklının icra takibi ya da dava açması sonucu müttemerrit olur. Bu durumda temerrüt faizi bu günden itibaren işlemeye başlar.” Yasa Hukuk Dergisi Ekim, 1984 s. 1266.

³⁸¹ Cezai şartın teminata bağlanması bakımından bkz. KOCAAĞA s. 139-142. OĞUZMAN/ÖZ, s. 905; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart** s. 71.EREN s. 1134; KILIÇOĞLU s. 533; İNAN s.427; BUCHER s.522; KELLER/SCHÖBİ s. 109; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 342.

D. Seçimlik Cezanın Talep Edilebilmesi İçin Gerekli Koşullar

1. Sözleşmenin Hiç İfa Edilmemesi veya Eksik İfa Edilmesi

Alacaklı lehine cezai şartı talep etme yetkisinin doğması, borçlunun borca aykırı davranmış olması geciktirici şartına bağlıdır. Alacaklı, borçlunun borca aykırı davranışı halinde seçimlik hakkını kullandığında, artık bundan dönüp diğerini talep edemez³⁸². Seçim hakkının kullanımı yenilik doğuran hakların bütün özellikleri aynen geçerlidir³⁸³. Alacaklı seçimlik hakkını tek taraflı, varması gerekli bir irade beyanıyla kullanır. Bu beyan borçlunun hakimiyet alanına vardığı anda hüküm ve sonuçlarını doğurur³⁸⁴.

Alacaklı, seçimini borçlunun aynen ifada bulunması yönünde kullandığında, artık cezai şartı talep edemez. Borçlu, buna rağmen aynen ifada bulunmazsa, alacaklı, borçlu aleyhine borca aykırılıkla ilgili hükümleri uygulayabilir. Bu durumda alacaklı, borçlu aleyhine BK. m. 96 hükmünden yararlanabileceği gibi, temerrüt hükümlerini de işletebilir³⁸⁵.

Alacaklı, seçimini borçlunun cezai şart ödemesi yönünde kullanırsa, alacaklı daha önceden yapılan kısmi ifa varsa bunları iade etmekle yükümlüdür. Alacaklının seçimini cezai

³⁸² EREN, s. 1136; ARSEBÜK, s. 985; BİLGE, **Cezai Şart**, s. 101; OĞUZMAN/ÖZ, s. 904; OSER/SCHÖNENBERGER, m. 160, N. 5, s. 993; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 349; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 109; UÇAR, s. 55; Alman Hukukunda da alacaklı yargı içi veya yargı dışı bir yolla cezai şartın ödenmesini talep etmişse, artık asıl edimin ifasını isteyemez; bundan kesin olarak vazgeçmiş sayılır. bkz. VON TUHR, s. 767.

³⁸³ Yarg. 15. HD. 2003/2979 E. 2003/6061 K. 17.12.2003 tarihli kararı “BK.nun 158/1 maddesinde sözü edilen seçimlik cezadır. Buna göre sözleşmenin ifa edilmemesi veya eksik ifa edilmesi halinde ödenmek üzere kararlaştırılmış cezai şartlarda, aksine bir hüküm yoksa alacaklı sözleşmenin ifasını veya cezai şartın ödenmesini istemek yetkisine sahiptir. Seçimlik cezai şartlarda alacaklı ifa veya cezai şarttan birisini seçmek zorundadır. Alacaklıya tanınmış bulunan bu seçim hakkı yenilik doğuran bir hak mahiyetindedir. Alacaklı bu hakkını borçluya yöneltilmesi gerekli bir taraflı bir beyan ile kullanmak zorundadır. Birleştirilen dava dosyasında davacı arsa sahibi sözleşmeyi feshetmemiş aksine gecikme nedeniyle rayiç kira isteyerek seçimini akdin ifası doğrultusunda kullanmıştır. Açıklanan olgular gözetildiğinde arsa sahibi davacı yönünden hüküm altına alınan ceza ile ilgili yasal koşulların oluşmadığı bu kalemle ilgili istemin reddine karar verilmesi gerekirken kabulü doğru görülmemiştir ...”(Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası www.meseyazilim.com) 30/09/2009

³⁸⁴ KOCAAĞA, s.188 vd.; EREN, s.1137; TUNÇOMAĞ **Borçlar Hukuku** s. 874

³⁸⁵ BK. m. 96 – “Alacaklı hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde borçlu kendisine hiç bir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bundan mütevellit zararı tazmine mecburdur.” OĞUZMAN/ÖZ, s.1136 vd.; TUNÇOMAĞ, **Borçlar Hukuku** s. 874.

şart yönünde kullanması, borçlunun borca aykırı davranışı sonucu bir zarara uğradığını ispat etmesi koşuluna bağlı değildir. Zira, cezai şart, tazminattan farklı olarak alacaklının zarara uğraması koşulunu gerektirmez. Ancak, bu durumda alacaklının, cezai şartı talep ettiği takdirde bununla yetinmek zorunda kaldığı, ayrıca borçlunun borca aykırı davranışı nedeniyle uğradığı zararlarının tazmin edilmesini talep yetkisine sahip olmadığı sonucu çıkartılmamalıdır. Aksinin kabulü, sözleşmede cezai şartın öngörülmesinin bir anlamı olmadığı sonucunu doğuracaktır³⁸⁶.

Nitekim, borçlu, borca aykırı davrandığında alacaklının uğradığı zararlarının tazmin edilmesini isteyebileceği, borç ilişkisinin doğal sonucudur. Cezai şartın kararlaştırılması, borçluyu, bunun kararlaştırılmadığı sözleşmeden daha iyi bir konuma getirme amacını taşıyamaz. Bu nedenle, alacaklı, cezai şartı seçmiş olsa bile, borçlunun borca aykırı davranışı nedeniyle uğradığı zararlarının da tazmin edilmesini talep yetkisine (BK. m. 159/f. II) sahiptir³⁸⁷.

2. Sözleşmede Aksinin Kararlaştırılmamış Olması

BK. m. 158/f. I hükmüne göre: "Akdin icra edilmemesi veya natamam olarak icrası halinde tediye edilmek üzere cezai şart kabul edilmiş ise hilafına mukavele olmadıkça, alacaklı ancak ya akdin icrasını veya cezanın tediyesini isteyebilir". "Hilafına mukavele olmadıkça" ifadesi tarafların aksine anlaşma yapabileceklerini ifade etmektedir³⁸⁸.

Bunun sonucu olarak, taraflar sözleşmede borçlunun borca aykırı davranışı halinde, alacaklının sadece cezai şart talep edebileceğini öngörebilirler. Taraflar

³⁸⁶ KOCAAĞA, s.190-191; EREN, s.1137;

³⁸⁷ BK. m. 159 - Alacaklı zarara düşer olmasa bile ceza lazım olur. Şart olunan ceza miktarından fazla zarara düşer olan alacaklı, borçlunun bir kusuru olduğunu ispat etmedikçe fazlasını isteyemez. KOCAAĞA, s.190-191. EREN, s.1137; KELLER/SCHÖBL, I, s. 112.

³⁸⁸ BK. m. 160/II; 161/II; 161/III bir yana bırakılırsa, ceza koşuluna ilişkin hükümler buyurucu nitelikte değildir. Taraflar bunların tersini kararlaştırabilirler. Bkz. TUNÇOMAĞ, **Borçlar Hukuku** 861; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 468; EREN, 1137; TUNÇOMAĞ, s. 875; Yarg. 13. HD. 1992/8546 E. 1993/348 K. 25.01.1993 T. www.dominanthukuk.com 25.04.2010.

sözleşmede önce asıl edimin ifasının talep edilebileceğini, borçlunun bunu yerine getirmemesi halinde, alacaklının sonradan cezai şartın ödenmesini isteyebileceğini veya hem cezai şartın hem de asıl borcun ifasının birlikte istenebileceğini kararlaştırabilirler³⁸⁹.

III - DÖNME CEZASI (İfayı Engelleyen Cezai Şart)

A. Genel Olarak

Borçlar Kanunu m. 158 f. 3'te düzenlenmiş olan cezai şartın bu türüne ilişkin olarak kanunda “borçlunun cezai şartı tediye ile akitten rücu edebilmek salahiyeti mahfuzdur.” denilmektedir. Bu maddeye göre, borçlunun cezai şartı ödemek suretiyle tek taraflı olarak sözleşmeden dönme hakkına sahip olduğunu ispat yetkisi saklı tutulmuştur. Bu suretle borçlu alacaklı ile yaptığı anlaşmada dilerse sözleşmeden dönmeyi ve alacaklıya sadece cezai şart ödemeyi kararlaştırabilir. Buna "ifayı engelleyen cezai şart" veya "dönme cezası (*Wandelpöri*)³⁹⁰ " da denilmektedir. Dönme cezasının bu özelliği nedeniyle gerçek anlamda bir cezai şart olmadığı savunulmaktadır³⁹¹. Kısaca tanımlamak gerekirse “Dönme cezası öyle bir edimdir ki, onunla borçlu, kararlaştırılan bedeli ödeyerek sözleşmeden dönme hakkını kazanır”³⁹².

İfayı engelleyen cezai şart aslında gerçek anlamda bir cezai şart değildir³⁹³. Zira burada asıl alacak ve borcun kuvvetlendirilmesi, teminat altına alınmak suretiyle ifasının sağlanması ve böylece alacaklının hukuki durumunun sağlamlaştırılması değil, tam aksine

³⁸⁹ TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 106 - 107; TUNÇOMAĞ, **Borçlar Hukuku** s. 874. EREN, s.1137; OĞUZMAN/ÖZ s. 905, KILIÇ, s. 587;KOCAĞA, s.149.

³⁹⁰ bkz. EREN, s. 1138; OZANOĞLU, s. 97 **VON TUHR/ESCHER**, s. 282; **BUCHER**, s. 518, 529 vd.; **KELLER/SCHÖBI**, I, s. 113; **GAUCH/SCHLUEP**, II, N. 3934; **TUNÇOMAĞ**, s. 863, vd.; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 904; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 352. BİLGE; Bertaraf edici cezai şart terimini kullanmıştır. s. 105.

³⁹¹ OZANOĞLU, s. 97. SEROZAN, s.233.

³⁹² BİLGE, **Cezai Şart**, s. 106; EREN, s. 1138; OĞUZMAN/ÖZ, s. 907; OSER/SCHÖNENBERGER, m. 160, N. 7, s. 953; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 352; **TUNÇOMAĞ, Cezai Şart** s. 47.

³⁹³ EREN, s.1138; OĞUZMAN/ÖZ, s. 907; **TUNÇOMAĞ Borçlar Hukuku** s. 864; **TUNÇOMAĞ Cezai şart** s. 31.

dilerse cezai şartı ödemek ve sözleşmeden dönmek suretiyle borçlunun durumunun kolaylaştırılması söz konusu olmaktadır. Gördüğü bu fonksiyon itibariyle dönme cezası, daha çok pişmanlık akçesine benzetilmektedir³⁹⁴.

İfayı engelleyen cezai şartın varlığını ispat, bunu iddia eden borçluya aittir³⁹⁵. BK. m. 351/II³⁹⁶ rekabet yasağına aykırılık halinde ödenecek cezai şartlarda dönme cezasıyla ilgili bir karine koymuştur. Buna göre, rekabet yasağına aykırı hareket halinde cezai şart konulmuş ise, işçi kural olarak kararlaştırılan ceza miktarını ödemek suretiyle yasaktan kurtulabilir³⁹⁷.

Alacaklıya ifa ya da cezadan birini seçme hakkını tanıyan seçimlik cezai şartın karşılığı olarak; borçluya, ifaya devam ederek sözleşmeyi ayakta tutma ya da kararlaştırılan cezayı ödeyerek bu ilişkiye son verme konusunda bir seçimlik imkan tanımaktadır³⁹⁸. Dönme cezai şartının amacı borçlunun cezai şartı ödemek sureti ile sözleşmeden kolaylıkla dönebilmesini sağlamaktır. Burada, seçimlik ve ifaya eklenen cezai şarttan farklı olarak, borçlunun borca aykırı davranması koşulu aranmamakta, borçlu, borca aykırı davranışı bulunmadığı halde dahi, cezai şartı ödeyerek sözleşmeden dönebilmektedir³⁹⁹.

Nitekim Yargıtay örnek olaylara ilişkin verdiği kararlarında dönme cezası ile satıcıya tek taraflı olarak sözleşmeden cayma hakkının tanındığını, bunun BK. m. 158 f. III anlamında rücu tazminatı olduğunu, alıcının bu durumda sadece satış bedeli ile rücu

³⁹⁴ OĞUZMAN/ÖZ, s. 907 ve 917; KOCAAĞA, s. 57.

³⁹⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s. 908; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP s. 353; BİLGE, s.106

³⁹⁶ BK. m. 351/II –“ Memnuiyete muhalif hareket hakkında cezai şart konulmuş ise, işçi, kaideten meşrut ceza miktarını tediye ile memnuiyetten kurtulabilir. Fakat zarar bu miktarı müteceviz ise, fazlasını da tazmin ile mükellef olur.”

³⁹⁷ Yarg. 9. HD. 2006/20061 E. 2006/24888 K. 26.09.2006 T.’li kararında “Somut olayda, taraflar arasında yazılı iş sözleşmesinin varlığına rağmen çalışma olgusu gerçekleşmemiş ve fiilen iş ilişkisi kurulmamıştır. Sözleşmede öngörülen cezai şart, dönme cezası olmadığından, iş sözleşmesi kurulmaması nedeniyle davacı tarafça istenilemez. Ayrıca iş sözleşmesi kurulmadığından, davacının sözleşmenin kalan süresine ait ücret talep etmesi de mümkün değildir. Gerçekten bakiye süreye ait ücret hakkından söz edilebilmesi için, iş sözleşmesinin süresi içinde feshedilmiş olması şarttır.” www.dominanthukuk.com 25.04.2010

³⁹⁸ BİLGE, **Cezai Şart**, s. 106.

³⁹⁹ KOCAAĞA, s. 154 vd. VON TUHR s.769; TUNÇOMAĞ **Cezai Şart** s. 50; TÜKEL, s.40.

tazminatını talep edebileceğini, diğer zararlarının tazmin edilmesini talep edemeyeceğini kabul etmiştir⁴⁰⁰.

Bir tür yenilik doğurucu hak olan sözleşmeden dönme hakkı sadece bir kez kullanılabilir. Hakkın kullanıldığına dair irade beyanının karşı tarafa ulaşması ile hukuksal değişiklik meydana gelir⁴⁰¹.

Her ne kadar BK. 108. madde açısından sözleşmeden dönen alacaklının edimini yerine getirmekten kaçınabileceği ve yerine getirdiği edimlerin iadesini talep hakkı bulunduğu belirtilmiş, sözleşmeden dönen tarafın elde ettiği edimler bakımından iade yükümlülüğünden söz edilmemiş olsa da, her iki taraf açısından iade borcunun varlığı açıktır. Edimlerin karşılıklı iadesi birbirine bağlıdır⁴⁰².

⁴⁰⁰ Yarg. 13. HD. 1988/5516 E. 1988/4981 K. 27.10.1988 T. UYGUR, C. 3, s. 3558-3550 Olayda taraflar arasında akdedilen taşınmaz satış vaadi sözleşmesinde, satıcının sözleşmeden tek taraflı olarak dönmesi halinde, alıcıya 200.000 TL. cezai şart ödemeyi kabul etmesi söz konusudur. Satıcı taşınmazların satışına yanaşmamış, sözleşmeden dönmüş; alıcı ise, satış bedeli ile birlikte cezai şartın ödenmesini, ayrıca uğradığı zararın tazmin edilmesini talep etmiştir. Yargıtay olayda, satıcıya tek taraflı olarak sözleşmeden cayma hakkının tanındığını bunun BK. m. 158 f. III anlamında rücu tazminatı olduğunu, alıcının bu durumda sadece satış bedeli ile rücu tazminatını talep edebileceğini, diğer zararlarının tazmin edilmesini talep edemeyeceğini kabul etmiştir); Aynı yönde; Yarg. 15. HD. 1988/3660 E. 1988/1902 K. 12.4.1988 T. UYGUR, C.3, s. 3611. (Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası www.meseyazilim.com) 30.09.2009. Davacılar ve davalılar bir kömür kurutma tesisi projesini gerçekleştirmek amacı ile adi ortaklık sözleşmesi yapmışlar ve bu sözleşme ile davalılar projenin statik hesaplarını yapmayı; davacılar da projenin çizimlerinin yapılmasını yükümlenmişlerdir. Davacı taraf, davalıların sözleşmenin gereklerini yerine getirmediği iddiası ile yerel mahkemeden sözleşmede yer alan cezai şartın (200.000 TL) davalılardan tahsiline hükmedilmesini talep etmişlerdir. Bilirkişi raporunda davacıların ikinci bir sözleşme yaparak işi tamamlamalarına rağmen kar yoksunluğuna uğramadıkları, ancak işin 20 gün gecikmesi nedeniyle kira ve maaşlardan 20.000 TL zarara uğradıkları belirtilmiştir. Bu rapor doğrultusunda yerel mahkeme hakimi, taraflarca kararlaştırılan cezai şartın fahiş olduğunu belirtmiş, bu sebeple cezai şartı davacıların zararı ölçüsünde indirerek, davalılardan 20.000 TL olarak tahsilini karar vermiştir. Davacı taraf hükmü temyiz etmiştir. 14. HD, cezai şartın tanımı ve işlevlerini vurgulayarak bozma kararını temellendirmiştir. Cezai şartın amaç ve işlevlerini net bir biçimde ortaya koyan 14. HD., yerel mahkemenin sadece zarar miktarını göz önünde tutarak cezai şarta hükmettiği kararını bozmuştur. (YKD. C. 4, S. 4, Nisan 1978, s. 597-598.)

⁴⁰¹ Ayrıca yenilik doğuran hakların şarta bağlı olarak kullanılması da söz konusu olamaz. Bkz. BUZ, Vedat **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, (Sözleşmeden Dönme)** Ankara: Yetkin Yayınları 1998 s. 72-76. VON TUHR, s. 766. EREN, s. 1136; OĞUZMAN/ÖZ, s. 904; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 349.

⁴⁰² Dönme, ani edimli borç ilişkilerinde geçmişe etkili olarak hüküm ifade etmektedir. Fakat sürekli borç ilişkileri içeren borçlar açısından iade imkanı hemen hemen hiç bulunmamakta ya da en azından çok büyük güçlüklerle neden olmaktadır. Fesihden sonraki döneme ilişkin borçlar artık ifa edilmez. Örneğin hizmet akitleri, kira v.s. ... OĞUZMAN/ÖZ, s. 10 ve 908; SELİÇİ, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul: İstanbul Fakülteler Matbaası 1977 s. 210.

BK. m. 158/III'deki dönme cezasına ilişkin hükümler maddenin diğer fıkralarındaki hükümlerde olduğu gibi emredici nitelikte değildir. Bu nedenle irade serbestisi ilkesi doğrultusunda, emredici kurallara aykırı olmamak şartıyla dönme cezasının niteliğini ve sonuçlarını taraflar diledikleri gibi kararlaştırılabilir⁴⁰³.

B. Dönme Cezasının Amacı ve İşlevi

Borçlar Kanunu m. 158 f. 3'te düzenlenmiş olan dönme cezası, maddenin içeriği gereği cezai şartı ödemek suretiyle sözleşmeden kurtulma fırsatı vermesi nedeniyle cezai şartın asıl amacından farklı bir düzenleme getirmektedir. Cezai şartın asıl amacı, borçlunun borca uygun hareket etmesini temindir. Halbuki, burada borçlu, borcu ifa yerine bizzat cezai şart ödemek suretiyle borçtan kurtulma olanağına sahiptir. Bir başka ifadeyle, burada borçlu borca aykırı davranmamakta, borcu ifa yerine cezai şartı ödeyerek sözleşmeden dönebilmektedir. Bu nedenle, cezai şart ifanın yerini almaktadır⁴⁰⁴. Öte yandan, seçimlik cezai şartta seçim hakkı alacaklıya tanındığı halde, ifa yerine cezai şartta seçim hakkı borçluya aittir. Borçlu ya ifada bulunacak ya da cezai şartı ödeyecektir⁴⁰⁵.

1. Sözleşmeden Kolayca Dönülmesini Sağlama

Dönme cezası, asıl borcun yerine getirilmesini sağlamaktan daha çok borçlu lehine olarak asıl borcu ifa etmek yerine cezayı ödemek sureti ile sözleşmeden dönebilme hakkını tanımaktadır. Dönme kavramı, kısaca; ani edimli borç ilişkilerinde eski hale iadeyi

⁴⁰³ KOCAĞA, s.155; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 352; OĞUZMAN/ÖZ, s. 908;

⁴⁰⁴ UYGUR, C. 3, s. 3558-3550; TUNÇOMAĞ, s.864; EREN, s. 1136; OĞUZMAN/ÖZ, s. 904; Yarg. 15. HD. 2007/2999 E. 2008/2201 K. 07.04.2008 T.'li kararı "Dava, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi ve sözleşmede kararlaştırılan cezanın tahsili istemleriyle açılmıştır. Cezai şart BK.nun 158/III maddesinde düzenlenen dönme cezasıdır. Sözleşmede aksine bir düzenleme yer almıyorsa, sözleşmeden dönen tarafın dönme cezasını isteyebilmesi mümkün değildir. Somut olayda davacı arsa sahibi sözleşmesinin feshini istemekle sözleşmeden döndüğünden, dönme cezasının tahsilini isteyemez. Davacının sözleşmeden dönmekte haklı olması dahi bu durumu değiştirmez. Mahkemece, davacı tarafın cezai şartta ilişkin tazminat talebinin reddine karar verilmelidir."

⁴⁰⁵ KOCAĞA, s.155; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 352; OĞUZMAN/ÖZ, s. 908;

sağlamaya yönelik tek yanlı işlem olarak tanımlanmaktadır⁴⁰⁶. Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu çevirisinde “dönme” ve “fesih” kavramlarının tamamı fesih olarak kanun metnine alınmıştır. Bu nedenle eski hukukçular fesih sözcüğündeki dönme içeriğini ifade etmek amacıyla “geçmişe yürürlü (makable şamil) fesih” terimini kullanmayı tercih etmişlerdir⁴⁰⁷.

Dönme cezasının borçluya verdiği, dilediği zaman cezayı ödemek sureti ile taahhüdünden kurtulabilme hakkı sayesinde ki, borçlu hiçbir zorlukla karşılaşmaksızın alacaklıyla aralarındaki ilişkiyi, bu yaptığı ödeme ile sona erdirebilir. Sözleşmeye dayanarak dönme beyanında bulunan borçlunun isteği mevcut bulunan borçlarından kurtulmak ve buna dayanarak yerine getirilen edimler varsa bunların iadesidir⁴⁰⁸.

2. Borçlunun Sorumluluğunu Sınırlandırma Gayesi

Dönme cezası, sözleşmeden dönen borçlunun dönme nedenine dayalı olarak akdin ortadan kalkmasından doğan menfi zarara karşılık, tazminatın ceza ile sınırlı kalması durumunda mümkündür. Ceza miktarının taraflar arasındaki ilişkinin ortadan kalkmış olması durumunda alacaklının uğrayacağı zararın altında tutulması durumunda dönme cezası bir tür sorumsuzluk ya da sorumluluğu sınırlandıran bir anlaşma gibi hükümler doğuracaktır⁴⁰⁹.

Dönme cezasının kararlaştırılmış olması, asıl borcun niteliğini değiştirmez. Ancak borçlunun bu akde dayanarak, sözleşmeden döndüğünde ceza miktarı menfi zararı hedef almakta ve onun sınırlandırılmasını gaye edinmektedir. Ancak ceza miktarının çok az olması, sorumsuzluk anlaşmasının yapılmasının yasak olduğu BK. 99 ve 100/I ve II.

⁴⁰⁶ SELİÇİ s. 208; TUNÇOMAĞ, **Borçlar Hukuku** s. 877. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 352; OĞUZMAN/ÖZ, s. 908; EREN, s.1138.

⁴⁰⁷ SAYMEN/ELBİR, s. 708.

⁴⁰⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 353; TUNÇOMAĞ, **Borçlar Hukuku** s. 864; Pişmanlık akçesiyle dönme cezası arasındaki başlıca fark, pişmanlık akçesinde akdin yapıldığı anda bir para ödenirken dönme cezasında akiden dönerken para ödenmektedir. TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 51;

⁴⁰⁹ TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 51; FUNK s. 231; FEYZİOĞLU, s.401; KOCAAĞA, s. 155.

fıkralarında yer alan yasakları dolanmak amacını gerçekleştirmeye yönelik kararlaştırılmış ise hükümsüzdür. Çünkü bu durum kanuna karşı hile teşkil etmektedir⁴¹⁰.

C. Dönme Cezasının Talep Edilebilmesi İçin Gerekli Koşullar

1. Sözleşmede Cezai Şartın Ödenerek Dönmenin Mümkün Olduğunun Kararlaştırılması

Dönme cezai şartı, ya tarafların bu konudaki karşılıklı birbirine uygun irade beyanlarıyla kararlaştırdıkları bir akitten veya yasada karine olarak dönme cezai şartının varlığını kabul eden BK. 351'deki hüküm nedeni ile doğar⁴¹¹.

Sözleşmenin tarafları, borçlunun kararlaştırılan cezai şartı ödemek suretiyle sözleşmeden dönebileceğini ve bu şekilde asıl borcu ifa yükünden kurtulma imkanının bulunduğunu, kararlaştırabilirler⁴¹².

Yargıtay kararına yansıyan örnek olayda, taraflar arasında akdedilen taşınmaz satış vaadi sözleşmesinde, satıcının sözleşmeden tek taraflı olarak dönmesi halinde, alıcıya 200.000 TL. cezai şart ödemeyi kabul etmesi söz konusudur. Satıcı taşınmazların satışına yanaşmamış, sözleşmeden dönmüş; alıcı ise, satış bedeli ile birlikte cezai şartın ödenmesini, ayrıca uğradığı zararın tazmin edilmesini talep etmiştir. Yargıtay olayda, satıcıya tek taraflı olarak sözleşmeden cayma hakkının tanındığını bunun BK. m. 158 f. III anlamında rücu tazminatı olduğunu,

⁴¹⁰ TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 51.

⁴¹¹ BK. m. 351 - Rekabet memnuiyetine muhalif harekette bulunan işçi, bu muhalefet sebebi ile eski iş sahibinin düçar olduğu zararları tazmin ile mükelleftir.

Memnuiyete muhalif hareket hakkında cezai şart konulmuş ise, işçi, kaideten meşrut ceza miktarınıediye ile memnuiyetten kurtulabilir. Fakat zarar bu miktarı müteceviz ise, fazlasını da tazmin ile mükellef olur.

İşçinin hareketi tarzı ve ihlal veya tehdit edilen menfaatlerin ehemmiyeti haklı gösteriyorsa ve tahriri bir mukavele ile sarahaten bu hak muhafaza edilmiş ise, iş sahibi, müstesna olarak meşrut olan cezanın tediyesinden ve onu müteceviz olan zararın tazmininden başka muhalefetin menini de talep edebilir.

⁴¹² EREN, s. 1138; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 352.

alıcının bu durumda sadece satış bedeli ile rücu tazminatını talep edebileceğini, diğer zararlarının tazmin edilmesini talep edemeyeceğini kabul etmiştir⁴¹³.

2. Borçlunun İspat Yükümlülüğünü Yerine Getirmesi

BK. m. 158/III bu durumun ispatını borçluya yüklemiştir. Borçlu kararlaştırılan miktarın diğer cezai şart türlerine yönelik değil, kendi lehine konulmuş dönme cezası olduğunu ispat etmek zorundadır⁴¹⁴.

Dönme cezasının doğumu için, diğer cezai şart türlerinden farklı olarak borçlunun kararlaştırılan cezayı ödeyerek asıl borcu ifa yükümlülüğünden kurtulacağı, alacaklının bu durumda ifa ya da zarar ziyanının tazminini talep edemeyeceğini yani borçlunun bu surette sözleşmeden dönebileceğinin kararlaştırılmış olması gerekmektedir⁴¹⁵.

Şayet borçlu cezayı ödemek sureti ile akitten dönme hakkının bulunduğunu ispatlayamazsa bu durumda, alacaklı lehine karar vermek, genel kural gereği ifa ya da cezadan birini seçme, hatta durum ve şartlar gerektirmekte ise ifa ile cezanın birleştirilmesini isteme yetkisinin varlığı kabul edilmelidir⁴¹⁶.

Dönme cezasının doğumu için, diğer cezai şart türlerinden farklı olarak borçlunun kararlaştırılan cezayı ödeyerek asıl borcu ifa yükümlülüğünden kurtulacağı, alacaklının bu

⁴¹³ Yarg. 15. HD. 1988/3660 E. 1988/1902 K. 12.4.1988 T. UYGUR, C.3, s. 3611. Yarg. 15. HD. 2003/5968 E. 2004/2877 K. 24.05.2004 T.li kararı “İş sahibinin, işin kararlaştırılan şekilde imalini talep etmesi ve bunun yerine getirilmemesi yüzünden akdi feshetmesi kendisi açısından akdin feshinde kusur olarak değerlendirilemez. Davacı da bu sebeple cezai şart ve kâr mahrumiyeti talebinde bulunamaz. Bu nedenle mahkemece sabit olmayan davanın reddi yerine kabulü doğru olmadığı gibi akitte kararlaştırılan dönme cezası dışında ayrıca kâr kaybının da karar altına alınması kabul şekli itibariyle doğru olmamıştır.” www.dominanthukuk.com 25.04.2010.

⁴¹⁴ BİLGE, **Cezai şart**, s. 106; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 353; TÜKEL, s. 90; OĞUZMAN/ÖZ, s. 908; EREN, s.1144;

⁴¹⁵ OLGAC, s. 1093.

⁴¹⁶ Bkz. BİLGE, **Cezai şart**, s. 106; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 471; TÜKEL, s. 89.

durumda ifa ya da zarar ziyanının tazminini talep edemeyeceğini yani borçlunun bu surette sözleşmeden dönebileceğinin kararlaştırılmış olması gerekmektedir⁴¹⁷.

Cezai şart sözleşmesinin dönme cezai şartı niteliğinde bulunduğunu karine olarak kabul eden düzenleme BK. m. 351/2’de yer almaktadır. Kanunun bu hükmü, “memnuiyeti muhalif hareket hakkında cezai şart konulmuş ise, işçi kaideten meşrut ceza miktarını tediye ile memnuiyetten kurtulabilir.” demek sureti ile alacaklı lehine böyle bir karine getirmiştir⁴¹⁸. Ancak kanuna dayanan genel kural ispat yükümlülüğünün borçlu üzerinde olduğudur. Uygulama ve Yargıtay kararları da bu doğrultudadır⁴¹⁹.

⁴¹⁷ OLGAÇ, s. 1093.

⁴¹⁸ BİLGE, **Cezai şart**, s. 106; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 353; TÜKEL, s. 90; OĞUZMAN/ÖZ, s. 908; EREN, s.1144;

⁴¹⁹ Yarg. HGK 20.2.1957 T. 3/24. sayılı kararında bu durumu “Kanunun 158. maddesinin... yazılışından cezai şart cayma cezası olarak kabul edilmesinin istisnai bir hal olduğu anlaşılmaktadır. Esasen akit yapan tarafların asıl maksadı akdin yerine getirilmesidir. Bu itibarla bir cezai şartın cayma cezası olduğu, ancak akitte bu ciheti gösteren açık bir hüküm bulunması halinde mümkün olabilir. (sözleşmede) 1. bentte mukavele hükmünde peşin ödenmiş paranın geri alınmasının yazılı olmasından ve taktirin 1 Kasım 1955’te verilmiş olması sözlerinden böyle bir mana çıkarılamaz. Taktirin verilmemesi... cezai şartta borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi durumu cezai şartın esaslı unsurlarındandır. Paranın geri alınması hükmü ise hiçbir şekilde davalılara akitten cayma salahiyetinin tanındığını gösteremez. ...” demek suretiyle belirtmiştir. Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası www.meseyazılım.com) 30.09.2009.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

CEZAI ŞARTI AŞAN ZARARIN TAZMİNİ VE CEZAI ŞARTIN TENKİSİ

I- CEZAI ŞARTIN KUSUR VE ZARAR İLE İLGİSİ

BK. m. 96 uyarınca tazminat isteme hakkı, kural olarak borçlunun kusurlu olma şartına bağlanmıştır. BK. m. 161/II “...hilafına mukavele olmadığı halde borcun ifası, borçlunun mesuliyetini icap etmeyen bir hal sebebiyle gayrimümkün olmuş ise, şart olunan cezanın tediyesi talep edilemez” şeklinde ifade edilmiştir. Bu ifadeden de açıkça anlaşılacağı üzere, aksine hüküm bulunmadıkça genel hükümler çerçevesinde kusursuz ifa imkansızlığına düşen borçlu, cezai şartı ödemekten de kurtulacaktır⁴²⁰. Kanunun yalnızca kusursuz ifa imkansızlığı (BK. m.117) için getirdiği bu düzenleme, diğer kusursuz borç ihlallerinde de uygulanabilir. Buradan yola çıkarak doktrinde bir görüş⁴²¹; yasa koyucunun genel kurala uyumlu olarak, cezai şartın talep edilmesini de borçlunun borca aykırılıkta kusurlu olmasına bağladığını belirtmektedir. Aksi görüş ise; cezai şartın ödenmesinde borçlunun kusuru da aranmayacağını, borçlunun ister kusurlu ister kusursuz olsun, alacaklı ister zarar görsün ister görmesin cezai şartın ilke olarak ödeneceğini belirtmektedir. Bu görüşe göre, asıl borç ancak kusursuz sonraki imkânsızlık nedeniyle sona ererse ve aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa, cezai şart borcu da ortadan kalkar. Bu takdirde borçlu kusursuzluğu nedeniyle borçtan kurtulur. Ancak, bu ilke borçlunun kusursuzluğunun değil, cezai şartın asıl borca bağlı fer'i bir borç olmasının sonucudur⁴²².

⁴²⁰ OĞUZMAN/ÖZ, s. 909;

⁴²¹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 909; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 359-360.

⁴²² BK m.161/II ifadesinin borcu sona erdiren bir hali düzenlediğini, bu halde cezai şartın istenememesinin nedeninin fer'iliğinin gereğidir. EREN, s. 1139; İspat kaidesini alacaklının durumunu düzeltmek ve ona tam bir tazminat sağlamak olan cezai şartın gayesiyle bağdaştırmak imkansızdır. TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart** s.122; TUNÇOMAĞ, Borçlar Hukuku, s.699; BECKER, Art. 163, N. 4; GAUCH/SCHLUEP, II, N. 3945. KELLER/SCHÖBİ, I, s. 114.

BK. m. 96 uyarınca borcun ihlal edildiğini ispat eden alacaklının ayrıca borçlunun kusurlu olduğunu ispat etmesi gerekmez⁴²³. Kanunun borçluyu borcunu ihlalde kusursuz olsa bile sorumlu tuttuğu istisnai durumlarda da borçlunun kusuru bulunmasa dahi, kendisinden cezai şart talep edilebilecektir. Örneğin, ifa yardımcısının davranışı neticesi borca aykırılık gündeme gelmişse, burada kusuru olmayan borçlu (BK. m. 100 uyarınca) alacaklının zararını tazminle yükümlü olacağından, sözleşme ile kararlaştırılan bir cezai şart söz konusu ise onu da ifa etmek zorunda kalacaktır⁴²⁴. Yine tarafların sözleşme ile BK. m.161/II uyarınca kusur olmadan borcun ifa edilemediği hallerde dahi ceza ödeneceğini kabul etmesi mümkündür⁴²⁵.

Borçlu, kusurlu olarak borca aykırı davrandığı takdirde, kusur derecesinin ne olduğunun önemi olmaksızın cezai şartı ödemekle yükümlü olur. Bu çerçevede borçlunun borca aykırılığı hafif ihmalinden kaynaklanıyor olsa dahi, borçlu cezai şart ödemek durumundadır⁴²⁶. Burada borçlunun kusur derecesi cezai şartın ödenmesini etkilemeyecek ancak koşulları oluşursa cezai şartın tenkisi (BK m.161/III) açısından hakim tarafından dikkate alınabilecektir⁴²⁷. Tüm bu değerlendirmeler ışığında cezai şartın kusura bağlı olmaksızın ödenmesi gerektiği konusundaki görüş kanaatimizce cezai şartın amacına da daha uygundur.

Özel hukukta sözleşmeye aykırı davranılması sonucunda bir zarar doğmamışsa, ilke olarak tazminata da hükmedilmeyecektir. Gerek haksız fiil işlenmesi gerek sözleşmeye aykırı davranılması halinde, borçlu aleyhine tazminata hükmedilebilmesi için, bir zararın bulunması gerekir (BK m. 41-96). Zararın bulunmadığı yerde, ilke olarak tazminat da söz konusu olamaz. Ancak kural bu olmakla birlikte, bir özel hukuk kurumu olan cezai şart bu ilkenin bir nevi istisnasını teşkil etmektedir. Zira BK m. 159/I'e göre, "alacaklı, zarara düşer olmasa bile ceza lazım olur".

⁴²³ KOCAAĞA, s. 170 vd. ; OĞUZMAN/ÖZ, s. 909; EREN, s. 1139; GAUCH/SCHLUEP, II. N. 3938; İNAN, s. 432; BGE 103 II 108.

⁴²⁴ KOCAAĞA, s. 175.

⁴²⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s. 910. EREN, s. 1139; BECKER, Art. 163, N. 4; GAUCH/SCHLUEP, II, N. 3945.

⁴²⁶ BİLGE, **Cezai Şart** s.90; OĞUZMAN/ÖZ, s. 910.

⁴²⁷ BECKER, m. 163, N. 15, s. KANIK, s. 1078; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 355; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, 149.

Borçlar Kanunu m. 96; borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmeyen borçlunun alacaklının zararını tazmin ile yükümlü olduğu belirtilerek, borçlunun borca aykırı davranmasının genel sonuçları düzenlenmiştir. Ancak, borca aykırı davranan borçludan tazminat istenebilmesi için, alacaklının zararını ispat etmesi gerekir. Ancak, BK m. 159/I “Alacaklı zarara duçar olmasa bile ceza lazım olur.” hükmü uyarınca, alacaklının zarara uğramasına bile cezai şartı isteyebileceğini belirtmiştir⁴²⁸. Söz konusu hüküm tazminat hukukundaki genel esaslardan farklıdır. Zira gerek haksız fiillerde gerekse de borca aykırılık hallerinde BK. m. 96 vd. gereği tazminat istenilmesinin ön şartı alacaklının zarara uğramasıdır.

İşte bu noktada cezai şartın temel işlev ve önemi ortaya çıkmaktadır. Öyle ki, taraflar arasında cezai şart kararlaştırılmış ise, alacaklı, borcunu hiç veya gereği gibi ya da zamanında ifa etmeyen borçludan, zararını ispat etme külfeti altında olmaksızın, cezai şart tutarını isteyebilir. Böylece, kendisini zararı ispat külfetinden kurtaran alacaklı cezai şartın bu işlevi sayesinde, kendini daha güvende hissedecektir⁴²⁹.

Yasa koyucunun cezai şartı talep edebilmesi için alacaklının zarara uğramasını aramaması isabetlidir. Çünkü sözleşmede cezai şart kararlaştırılması, tarafların ileride zarar konusunda bir tartışmaya girmek istemediklerini ifade eder⁴³⁰. Buna karşılık, zarara uğramadan dahi cezai şart isteyebilen alacaklı, cezai şartı aşan zararı oluştuğunda ancak borçlunun kusurlu olduğunu ispat külfeti kendi üzerinde olmak üzere, zararının ceza tutarını aşan kısmını talep edebilir. Bu konuyu aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğiz.

⁴²⁸ EREN, s. 1139; OĞUZMAN/ÖZ, s. 910; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 358; İNAN, s. 432; KOCAAĞA, s. 170 vd. ;

⁴²⁹ Yarg. 15. H.D. 2007/162, 18/01/2007 Tarihli kararı: “...Cezai şart, borçlunun edimini zamanında ve eksiksiz olarak yerine getirmesini sağlamak amacıyla kararlaştırılmış olup, alacaklının borçluya karşı kullanabileceği hukuksal bir baskı aracıdır...” Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası www.meseyazilim.com 22/10/2009.

⁴³⁰ KOCAAĞA, s.175; EREN, s. 1139; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 358; FEYZİOĞLU, s. 401; OĞUZMAN/ÖZ, s. 910.

II- CEZAI ŞARTI AŞAN ZARARIN TAZMİNİ

A. Genel Olarak

Cezai şartın tek amacı alacaklının uğradığı zararın tazmini olmamakla birlikte, cezai şartın kararlaştırılması sırasında alacaklı, muhtemel zararını düşünür ve bu doğrultuda cezai şartı, ortaya çıkması muhtemel zararından daha fazla olarak tespite çalışır. Bu nedenle cezai şart genellikle alacaklının uğradığı zarar miktarını karşılar ve hatta çoğu zaman onu aşar. Ancak nadir de olsa bazı hallerde, cezai şartın kararlaştırılması sırasında muhtemel zarar miktarının doğru bir şekilde tespit edilmemiş mümkün olduğundan, bu hallerde cezai şart miktarını aşan zararın talep edilebilmesi hakkaniyete uygun düşer⁴³¹. Kaldı ki alacaklının cezai şart kararlaştırmadaki menfaati, asıl borcun ihlali halinde uğrayacağı zararın cezai şart yoluyla karşılanmasıdır⁴³².

Bununla birlikte alacaklının, borcun ifasındaki menfaatlerini iyi hesaplayamaması, yani alacaklının uğradığı zararın kararlaştırılan cezai şart miktarından fazla olması mümkündür. İşte böyle bir halde alacaklı, cezai şart miktarını aşan zararın tazmini acaba borçludan isteyebilir mi? Alacaklının cezai şart miktarını aşan zararını isteyemeyeceğinin, yani cezai şartın kesin olduğunun kabul edilmesi halinde, alacaklı cezai şarttan yarar yerine zarar görmüş olur. Oysa cezai şart, her şeyden önce, alacaklının haklı menfaatlerini korumak amacıyla meydana getirilmiş bir kurumdur⁴³³. Bu noktada kanunda aşırı derecede yüksek cezai şartın indirilmesi esası kabul edilmişken (BK m. 161/ III), alacaklıya cezai şart miktarını aşan zararını talep etme yetkisini verilmemesi adil olmazdı. Kaldı ki esasen kusurlu olan borçlunun, alacaklının uğradığı tüm zararlardan sorumlu tutulması, kanunun

⁴³¹ OSER / SCHÖNENBERGER, Art. 161 OR, N.3; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 123. Yarg. 15. HD. 2006/3275 E. 2006/8633 K. 18.07.2006 T.'li kararı; "Borçlar Kanunu'na göre, işin sözleşmeye göre zamanında teslim edilmemesi halinde alacaklı kusurlu borçludan cezai şartı aşan zararını da isteyebilir. Bu durumda mahkemece davacının uğradığı kira kaybı tutarı bilirkişiye hesap ettirilip cezai şartı aşan kira alacağı olup olmadığı tespit edilmelidir. cezai şartı aşan kira alacağı varsa davacı talebini de aşmamak üzere cezai şartı aşan kira alacağına hükmedilmelidir." www.dominanthukuk.com 25.04.2010

⁴³² TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 527.

⁴³³ Alacaklıya cezai şart miktarını aşan zararını talep imkanının tanınması, borçlunun menfaatleri bakımından da önem taşımaktadır. Zira alacaklıya böyle bir imkan tanınmamış olsaydı, alacaklı, cezai şart miktarını oldukça yüksek tutmak suretiyle, borçlunun durumunu ağırlaştırırdı KOCAAĞA, s. 205 dn. 205 den atfen

sistemine ve hakkaniyete de uygun düşer⁴³⁴. Nitekim Hukuk Genel Kurulu kararıyla da alacaklının cezai şart üstündeki zararını tazmin ettirebilmesi kabul edilmiştir⁴³⁵.

Alacaklı hem seçimlik hem de ifaya eklenen cezai şartta fazla zararın tazminini isteyebilir⁴³⁶. Buna karşılık, ifayı engelleyen cezai şartta (dönme cezasında), borçlu kararlaştırılan ceza miktarını ödeyerek sözleşmeden dönme hakkına sahip olduğu için fazla zararın tazminini isteyemez⁴³⁷. Nitekim dönme cezai şartı ile alacaklı bu miktarın üzerindeki haklarından peşinen feragat etmiş sayılır⁴³⁸. Ancak bu emredici bir hüküm olmadığından, dönme cezası bakımından da, tarafların kararlaştırmaları durumunda ek tazminat söz konusu olabilir⁴³⁹.

⁴³⁴ KOCAAĞA, s.206; Aksi görüş; Buna karşılık BİLGE'ye göre, zarar olmasa bile cezai şartın ödenmesi gerektiğine ve zararın az olması cezai şartın indirilmesi için kesin bir neden oluşturmadığına göre, zararın cezai şart miktarından fazla olması halinde de cezai şartın arttırılmaması yoluna gidilmesi, hem BK m. 159/I'deki ilkeye hem de sözleşme hükümlerinin taraflar bakımından kanun hükmünde olduğu ilkesine daha uygun düşerdi BİLGE, **Cezai Şart** s. 110-111).

⁴³⁵ "... Uyuşmazlık konusu olan 15.12.1955 tarihli sözleşmenin 18. maddesi (Satıcının mukaveleli tamaii tatbikinden bir gûna ilişkisi kalmadığı bilhesap anlaşıldığı takdirde teminatı iade olunur. Mukavele aktinden sonra "satıcının" mukaveleye her ne surette olursa olsun ademî riayeti halinde "kurum" her hangi bir ihtar ve kanunî merasime lüzum görmeden mukaveleyi fesihle "satıcının" kat'î teminatını irat kaydeder. Bu takdirde "kurumun" ahar şahıslardan hayvan tedariki sebebiyle dıçar olacağı farkı fiat, masraf ve sair zararları 3. maddenin (d) fıkrası hükmüne göre %10 fazlasıyla birlikte teminatla karşılanamazsa "satıcı" "kurum" un bu zararını ve teminat kat'î miktara iblağ edilmemiş ise aradaki farkı def'aten tediyeyi kabul eder) denilmektedir. Bu maddenin ilk sözleri ile satıcı sözleşmeye riayet etmemesi halinde davacı kuruma yatırdığı teminat miktarında maktu bir tazminat ödemeği kabul etmektedir. Sözleşmenin davalı tarafın akte aykırı davranışı sonucunda bozulduğu ise sabit olmuştur. Borçlar kanununun 159/2. maddesine göre şart olunan ceza miktarından fazla zarara uğrayan alacaklı borçlunun kusurunu ispat etmesi halinde bu fazla zararı isteyebilir. Bu bakımdan, akitte teminatın gelir yazılmasıyla karşılanmayan zararların tazmininin istenebileceğinin yazılmış olması, teminat ile karşılanmak istenilen edim'in (edanın) ceza şartı olamayacağını göstermez. Sözleşmenin bu maddesinde yazılan şekli ile tarafların teminat parasını, müteahhidin akte aykırı davranışı sonunda alacaklıya ödemesi gerekli belli ceza şartının kolaylıkla alınmasını sağlayan bir türlü rehin olarak kabul ettikleri anlaşılması mahkemenin ısrar kararı akte ve kanuna uygundur..." YHGK; 5/VI/1961 – 25/12 – İKİD. 1961, 504/505.

⁴³⁶ BERKİ, s. 295; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 121.

⁴³⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s. 911; EREN, s. 1139; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 359; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 121; UÇAR, s. 80-51; BK m. 351/II, c. 2'de dönme cezai şartına ilişkin munzam zararın tazmini yönünde bir istisna getirilmiştir.

⁴³⁸ FEYZİOĞLU, s. 401, dn. 137; OĞUZMAN/ÖZ, s. 911.

⁴³⁹ Neuchatel Kanton Mahkemesinin bir içtihadında, "Akitte rücu tazminatı kararlaştırılmış olup da, taraflardan biri bu tazminatı ödeyerek akitten dönmek isterse diğer taraf kararlaştırılan bedelden yüksek miktarda tazminat isteyemez" denilmiştir. 11 Nisan 1961, RJN. C. II (UMAR, Bilge, **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Mehaz Neuchatel Kantonundaki Tatbikatı**, İstanbul, 1967, 1. kısım, s. 254).

Yukarıda belirtildiği üzere, alacaklının, ifanın hiç veya gereği gibi yapılmamasından dolayı uğradığı zarar, belirlenen cezai şarttan fazla olduğunda, alacaklı fazla zararın tazminini borçludan talep edebilir. Ancak, burada dikkat edilecek nokta, alacaklının zararın tamamının tazminini değil, sadece ceza miktarını aşan kısmını talep edebileceğidir. Kanun koyucu, bu suretle cezai şart ile tazminatın mutlak birleşmesi ilkesini kabul etmemiştir. Bu itibarla, aşkın zararın hesap edilmesi için ceza miktarının zarardan düşürülmesi gerekir. Bu mahsuptan sonra geriye kalan zarar, aşkın (fazla) zararı oluşturur. Diğer bir ifade ile, cezai şart ile zarar arasında mahsup işlemi yapılacak, yoksa tazminatın ceza ile birlikte toplama yapılarak talep edilmesi söz konusu olmayacaktır⁴⁴⁰. Ancak, bu ilkeyi öngören BK. m. 159/II hükmü, emredici bir hüküm olmadığı için taraflar bunun aksini kararlaştırabilirler.

Bütün bu noktaları göz önünde tutan modern kanunlardan bir kısmı, cezai şarttan fazla olan zararın tazmini esasını kabul etmiştir. Gerçekten gerek Türk/İsviçre Borçlar Kanunu (BK m. 159/II; OR Art. 161/II) gerek Alman Medeni Kanunu (BGB § 340/II) alacaklıya bu imkanı tanımıştır. Ancak cezai şart miktarını aşan zararın tazmini konusunda Türk/İsviçre Borçlar Kanunu, alacaklıya yeni bir külfet yüklemiştir. Buna göre, kararlaştırılan cezai şart bakımından alacaklı gerek zararı gerek kusuru ispat yükü altında bulunmadığı halde; cezai şartı aşan zararın tazmini için alacaklı hem bu fazla zararı hem de borçlunun kusurunu ispat etmek zorundadır (BK m. 59/II). Buna karşılık Fransız Medeni Kanunu (CC art. 1152), cezai şartı aşan zararın tazmini yoluna gidilemeyeceğini hükme bağlamıştır.

⁴⁴⁰ Ancak, cezai şart ile zarar arasında mahsup işleminin yapılabilmesi, tazminat talebinin cezai şart talebi ile aynı menfaate karşılık gelmesi durumunda mümkündür. Aynı menfaate karşılık gelme ölçütü ile ilgili olarak KOLLER, satıcının V, oto kiralama fişiyle iştigal eden alıcı K'ya bir otomobili Mart sonuna kadar teslim etmeyi ve zamanında teslimin gerçekleşmemesi durumunda günlük 100 Frank ifaya eklenen cezai şart ödemeyi taahhüt ediyor. Ne var ki söz konusu araç geç teslim ediliyor. Alıcı gecikilen her gün için kira parası kaybı olarak 100 Frank üzerinden toplam 1400 Frank tazminat talep ediyor. Satıcı V buna itiraz ederek zararın cezadan mahsup edilmesini ve bu çerçevede 400 Frank ödemeyi istiyor. Koller, benzer bir olayda Alman Federal Mahkemesinin vermiş olduğu kararı haklı bularak, söz konusu olayda cezai şartın gecikme sonrası Mart sonunda muaccel hâle geldiğini, tazminat talebinin ise, Mart gecikmeden doğan zarardan değil, gecikme dolayısıyla ortaya çıkan zararlardan doğduğunu, cezanın gecikmeden doğan zarardan değil, gecikme sonunda muaccel olduğunu belirterek, mahsup işleminin yapılmamasının gerektiğini ifade ediyor.” KOLLER, Konvertionalstrafe, Nr. 132, (OZANOĞLU, s. 103 dn. 174 naklen).

B. Cezai Şartı Aşan Zararın Tazmini Koşulları

Kanun koyucu, sözleşme cezasının alacaklının zararı olmasa bile istenebileceği hükmünü, cezayı aşan zararın tazmininin istenebilmesine ilişkin hükümlerle tamamlamıştır. Ancak BK m. 159/II'de hangi hallerde bu hakkın ileri sürülebileceğini belirtilmemiştir. Bu nedenle doktrinde cezai şartı aşan zararın tazmininde cezai şart türünün ve konusunun göz önüne alınması gerektiği vurgulanmıştır⁴⁴¹. Seçimlik cezai şart ve ifaya eklenen cezai şart bakımından esas kuraldan ayrılma söz konusu değildir. Hem seçimlik hem de ifaya eklenen cezai şartta alacaklı, fazla zararının tazminini isteyebilir⁴⁴².

İfayı engelleyen cezai şartta (dönme cezası) ise, aksine bir anlaşma olmadıkça, alacaklının, cezai şart miktarını aşan zararını talep hakkı bulunmamaktadır⁴⁴³. Burada alacaklı sözleşmeden dönme yüzünden uğradığı gerçek zarar sözleşmeden dönen borçlunun ödeyeceği dönme cezasından fazla olsa bile, borçludan bunu isteyemez. Zira taraflar, dönme cezasını kararlaştırırken, borçlunun yalnız bu miktarı ödeyerek ve başka bir yükümlülük altına girmeksizin her zaman sözleşmeden dönebileceği hususunda anlaşmış sayılırlar⁴⁴⁴.

Cezai şartın konusunu oluşturan edinim para veya paradan başka bir şey olmasının, fazla zararın tazmini yönünden herhangi bir önemi yoktur. Başka bir ifadeyle,

⁴⁴¹ KOCAAĞA, s. 206.

⁴⁴² EREN, s. 1139; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 359; KOCAAĞA, s.206. Zımnen aynı görüşte SCHÖCH, s. 56-57; OĞUZMAN / ÖZ, s. 910 Aksî görüş; ifaya eklenen cezai şart bakımından cezai şartı aşan zararın tazmin edilemeyeceğini belirtmektedir. bkz. FUNK, s. 231.

⁴⁴³ FUNK, s. 231; EREN, s. 1139; OĞUZMAN / ÖZ, s.910; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 359; VEDLİDEDEOĞLU / ÖZDEMİR, s. 336; FEYZİOĞLU, s. 401, dn. 137. Yarg. 15. HD, 15.11.1990, 1990/1771-4823: "Taraflar arasındaki sözleşmenin 4. Maddesinde kararlaştırılan (35.000.000) liralık ceza, BK 158. maddesinin son fıkrası hükmünde öngörülen dönme cezası olup, davacı-karşı davalı bu durumda ancak cezayı alabilir. Bunun dışındaki (cezayı aşan) zararlarını ispat etse bile isteyemez. Öyle ise, mahkemece proje bedelinden kaynaklanan 1 milyon lira zarar isteminin reddine karar verilmesi gerekirken, yanlış değerlendirmeye dayanılarak yazılı şekilde bu istemin de kabulüne karar verilmesi, usul ve yasaya aykırı bulunmuştur KOSTAKOĞLU, s. 463.

⁴⁴⁴ Esas kural cezai şartı aşan zararın tazmini olmakla birlikte, kanun koyucu, BK m. 351/II'de yer alan dönme cezası bakımından bu esastan ayrılmıştır. Buna göre, hizmet sözleşmesine ilişkin rekabet yasağı dolayısıyla alacaklının (işverenin) uğradığı zarar miktarını kararlaştırılan dönme cezasından fazlaysa, dönme cezasını ödemek suretiyle rekabet yasağından kurtulan borçlu (işçi), işverenin dönme cezasını aşan zararını da tazminle yükümlüdür. Bu hususun sözleşmede öngörülmüş olması zorunlu değildir. Burada işveren, işçinin kusurlu olduğunu ispat yükü altındadır. Aynı şekilde zararın cezai şart miktarından fazla olduğunu ispat yükü de işverene aittir. SAYMEN, İş Hukuku, s. 486; AYİTER, s. 463 vd.

cezai şartın konusunun para olması halinde de alacaklı, cezai şart miktarını aşan zararı tazmin ettirme hakkına sahiptir⁴⁴⁵.

Türk/İsviçre Borçlar Kanunu'nda ayrıca bir hüküm bulunmamakla birlikte, Alman Medeni Kanunu § 342, bu hususta özel bir hükme yer vermiştir. Bu hükme göre, cezai şartın konusunun paradan başka bir şey olması halinde alacaklı, cezai şart miktarını aşan zararın tazminini talep edemez. Alman Medeni Kanununun cezai şartın konusunun para dışında bir şey olması halinde farklı bir hüküm getirmesinin nedeni şudur: Cezai şartın konusunun para dışında bir edim olması halinde bunun alacaklının uğradığı zararın karşılığı olan tazminata eşit olup olmadığını hesaplamak için değerinin ölçülmesi gerekir ki, bu ise oldukça zordur. Bu itibarla, cezai şartın konusunun para dışında bire edim olması halinde, söz konusu hükmün tarafların farazi iradelerine uymayacağı düşünülerek, bu hallerde fazla zararın tazmini kabul edilmemiştir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, Alman Medeni Kanunu § 342 tamamlayıcı bir kural olup, Alman hukukunda da taraflar, yapacakları anlaşmalarla, alacaklıya söz konusu hallerde cezai şartı aşan zararın tazminini talep hakkını verebilirler⁴⁴⁶.

Borçlar Kanunu, aşağıda yer alan bazı şartların bulunması halinde, alacaklıya cezai şart miktarını aşan zararını talep hakkı vermektedir.

1. Cezai Şartı Aşan Bir Zararın Bulunması

Asıl borcun ihlal edilmesi sonucu alacaklının cezai şart miktarını aşan bir zarara uğramış olması gerekir⁴⁴⁷. Bu zarar, genellikle asıl borcun taraflarca kararlaştırılmış olan

⁴⁴⁵ Borçlar Kanunu, m. 159/II'de yer alan ilkeye bir istisna getirmek isteseydi, bunu açıkça belirtmesi gerekirdi. TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 122. KOCAAĞA, cezai şartın konusunun paradan başka bir şey olması halinde, hakim bin bunun parasal değerini tespit etmesi durumunda bu tespit in, yere, zamana ve hakime göre değişeceğinden, haksızlıklara yol açabileceğini belirtmiştir. KOCAAĞA, s. 208 dn. 215.

⁴⁴⁶ Bkz. STAUDINGER / KADUK, § 342 BGB N. 7-9; KOCAAĞA, s. 208.

⁴⁴⁷ Yarg. 15. HD. 2004/2633 E. 2005/152 K. 24.01.2005 T'li kararı; "Sözleşmede gecikme halinde cezai şart dışında ayrıca gecikme tazminatı ödeneceğine dair bir hükme yer verilmediğinden, cezai şartı aşan gecikme alacağı varsa gecikme cezasına ve cezayı aşan miktara, aksi takdirde sadece cezai şarta hükmedilmesi gerekirken, hem cezaya hem de kiraya hükmedilmesi doğru olmamıştır."; Yarg. 15. HD. 2007/7245 E. 2008/41K. 14/01/2008 T.'li kararı; "Mahkemece iş in tesliminin gecikmesi nedeniyle uğranılan zarar karşılığı

şekilde ifa edilememesinden, örneğin zamanında ifa edilmemesinden meydana gelir. Bununla birlikte, taraflarca kararlaştırılmayan bir sebepten doğan zararın tazmini de talep edilebilir. Zira BK m. 159/ II hükmünün amacı, alacaklıya, uğradığı bütün zararlarını tanzim ettirme imkanını vermektedir. Ancak bunun için, alacaklının uğradığı zarar miktarının, taraflarca kararlaştırılan cezai şart miktarından fazla olması gerekir. Eğer alacaklının uğradığı zarar cezai şart miktarından az veya ona eşitse, alacaklı, cezai şart yanında ayrıca bu zararların tazminini isteyemez⁴⁴⁸.

Ancak alacaklı, uğradığı zararın tamamını değil, yalnız cezai şart miktarını aşan kısmının tazminini talep edebilir. Örneğin, (B)' nin (A)'ya borcunu ifa etmemesi halinde 100 milyar lira cezai şart ödeyeceği kararlaştırılmış olsun. (B)'nin borcu ihlal etmesi üzerine (A)'nın uğradığı gerçek zarar 150 milyar lira ise, (A) hem 100 milyar lira cezai şartı hem de 150 milyar lira tazminatı isteyemez. (A), ancak 100 milyar lira cezai şartla birlikte zararın bunu aşan kısmı olan 50 milyarın tazminini isteyebilir. Fazla zararın hesaplanmasında, cezai şart miktarının zarardan düşülmesi gerekir. Bu mahsuptan sonra geriye kalan zarar, cezai şartı aşan (fazla) zararı oluşturur. Ancak BK m. 159/II emredici nitelikte olmadığından, taraflar bu ilkenin aksini, cezai şartın zarardan düşülmeyeceğini kararlaştırabilirler⁴⁴⁹. Ayrıca alacaklının temerrüt faizi isteme hakkı doğmuşsa, ödenecek tazminatın hesaplanmasında bu faizin de düşülmesi gerekir⁴⁵⁰.

tazminat ve ayrıca cezaya hükmolünmüştür. Sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı takdirde, ancak ceza miktarını aşan zarara hükmolünmesi gerekir. Somut olayda, sözleşmede, işin tesliminin gecikmesi halinde uğranılan zarar karşılığı tazminat ile cezai şartın birlikte istenebileceğine ilişkin bir hüküm ve ceza miktarını aşan bir zarar da bulunmadığından, gecikme nedeniyle tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.”
www.dominanthukuk.com 25.04.2010

⁴⁴⁸ KOLLER, Alfred, Konventionalstrafe für Bauverzögerungen (Verspätungsstrafe) Bau- und Bauprozessrecht, Ausgewählte Fragen, Herausgeber: Alfred Koller, St. Gallen 1996 NR. 129 vd.; EREN, s. 1139; OĞUZMAN/ÖZ, s. 910; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 358-359, KOCAAĞA, s.209. Aksi görüşte bkz. KILIÇOĞLU, s. 539.

⁴⁴⁹ Bkz. BECKER, Art. 161 OR, N. 5; KOLLER, Nr. 123; BUCHER, s. 530 vd.; BİLGE, s. 111 vd.; KOCAAĞA, s.209.

⁴⁵⁰ GAUCH / SCHLUEP / REY, Nr: 3940; EREN, s. 1139'dan naklen.

2. Asıl Borcun İhlali ve Zarar Arasında İlliyet Bağının Bulunması

Cezalı şart miktarını aşan zararın tazmini için diğer bir şart da, genel hükümler çerçevesinde asıl borcun ihlali ile meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmasıdır. Buna göre, alacaklının uğradığı zarar ile borcun ihlali arasında uygun illiyet bağı yoksa, cezai şartı aşan zararın tazmini istenemez⁴⁵¹.

3. Borçlunun Kusurlu Olması

Alacaklının cezai şart miktarını aşan zararını borçludan talep edebilmesi için, borçlunun kusurunun bulunması gerekir⁴⁵². Borçlunun kendi kusuru yanında, fiillerinden sorumlu olduğu yardımcıların (BK m. 100) kusuru da bu şartın gerçekleşmesi için yeterlidir⁴⁵³. Örneğin, bir süt fabrikasında peynir yapmaya tahsis edilmiş sütü bozan hizmetçinin kusuru cezai şart miktarını aşan bir zarara sebep olmuşsa, bu zarardan borçlu sorumludur⁴⁵⁴.

4. Alacaklının Zarar ve Kusuru İspat Etmesi

BK. m.159 “Şart olunan ceza miktarından fazla zarara duçar olan alacaklı, borçlunun bir kusuru olduğunu ispat etmedikçe fazlasını isteyemez.” hükmü uyarınca; ceza miktarını aşan fazla zararın tazminini isteyebilmek için alacaklının hem uğramış olduğu aşkın zararı hem de borçlunun kusurunu ispat etmesi gerekecektir. Cezai şartı aşan zararın tazmini hususunda kanun koyucu BK. m. 96 genel kuralından yani borçlu aleyhine hükme bağlanmış olan kusur karinesine bir istisna olarak, borçlunun kusurunun alacaklı tarafça

⁴⁵¹ OĞUZMAN, s. 911.

⁴⁵² Yarg. HGK, 5.4.1961, 25/12: “BK.’nın 159/2. Maddesine göre şart olunan ceza miktarından fazla zarara uğrayan alacaklı, borçlunun kusurunu ispat etmesi halinde bu fazla zararı isteyebilir” (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU / ALTOP, s. 359, dn. 23). Aynı yönde bkz. Yarg. 13. HD. 1978/2172E. 1978/2518 K. 28.12.1978 T’li karar. www.dominanthukuk.com 25.04.2010

⁴⁵³ Karşı BECKER, Art. 161 OR, N. 4; GAUCH / SCHLUEP / REY, Nr. 3941

⁴⁵⁴ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 123; KOCAAĞA, s. 109.

ispatını zorunlu kılmıştır⁴⁵⁵. BK m. 96'da yer alan genel ilkeye göre, taahhüdünü ihlal eden borçlu, tazminat yükümünden kurtulabilmek için, kusursuz olduğunu ispat etmelidir. Şu halde burada, borçlu aleyhine hükme bağlanmış bir kusur karinesi söz konusudur. Oysa cezai şartı aşan zararın tazmininde, borçlunun kusurlu olduğunu ispat yükü alacaklıya yüklenmiştir⁴⁵⁶. Ancak, borçlu yardımcı kişi çalıştırıyor ve zarar onların ihlal fiillerinden meydana gelmişse, alacaklı borçlu ile yardımcısının kusurunu ispat zorunda değildir⁴⁵⁷.

Borçlar Kanununun cezai şartla ilgili maddeleri, Ticaret Kanununda aksine bir hüküm bulunmadıkça, ticari işlemlere konulmuş olan cezai şartlar hakkında da uygulanır. Bu itibarla, kusurun ispatıyla ilgili BK m. 159/II hükmünün, ticari işlemler bakımından da uygulanması gerekir. Zira Ticaret Kanunu, aşırı derecede yüksek cezai şartın indirilmesi dışında⁴⁵⁸, cezai şartla ilgili hükümler koymamıştır.

Cezai şart miktarını aşan zararın tazminine ilişkin olan ve ispat yükünü alacaklıya yükleyen BK. m. 159/II hükmü, emredici nitelikte olmayıp, tamamlayıcı bir hukuk kuralıdır. Bu itibarla taraflar, gerek fazla zararın tazmini gerek ispat yükünün kime ait olacağı hususunu başka bir şekilde düzenleyebilirler⁴⁵⁹. Örneğin, fazla zararın tazmininden kurtulma şartı veya yalnız ağır kusur veya hileden dolayı sorumluluk kaydı koyan anlaşmalar yapabilirler. Hatta borçluya veya yardımcılarına yüklenebilecek hiçbir kusur olmasa bile, borçlunun fazla zarardan sorumlu olacağını dahi geçerli olarak

⁴⁵⁵ Cezai şartı talep bakımından alacaklı zararı ispat yükü altında bulunmadığı, hatta alacaklının zarara uğramış olması dahi zorunlu olmadığı halde (BK m. 159/I); cezai şartı aşan zararın tazmini bakımından, alacaklı bu fazla zararı ispat etmek zorundadır. Kocaağa ispat yükünün bu şekilde düzenlenmesini isabetli bulmaktadır. Zira cezai şart dışında, yani genel kural olarak zararın ispatı sorunu zaten alacaklıya aittir (BK m. 42, 98). Burada cezai şart miktarından fazla bir zararın tazmini söz konusu olduğuna göre, bunun ispatın alacaklıya yüklenmesi, yalnızca genel kurala dönüldüğünü gösterir. KOCAAĞA, s. 209 vd. Bu noktada genel ilkedden sapan ve kanunun genel sistemine aykırı olan bu düzenlemenin eleştirisi için bkz. VON TUHR/ESCHER, s. 284; EREN, s. 1139; OĞUZMAN/ÖZ, s. 910; ;TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 359; UYGUR, s. 782; OZANOĞLU, s. 104. Bu yazarlara göre, BK m. 159/II'de yer alan ispat kuralının, amacı alacaklının durumunu düzeltmek ve ona tam bir tazminat sağlamak olan cezai şartla bağdaştırılması mümkün değildir.

⁴⁵⁶ Kusurun ispatı konusunda genel kuraldan ayrılmanın nedeni, eski İsviçre Borçlar Kanununa dayanmaktadır (SCHOCH, s. 58; OSER / SCHÖNENBERGER, Art. 161 OR, N. 4 ; VON TUHR / ESCHER, s. 283, dn. 52).

⁴⁵⁷ Borç ihlâlinde ifa yardımcıları sebep olmuşsa, BK. m. 100 uyarınca alacaklı sorumlu olan borçludan ceza tutarının yanı sıra bunu aşan zararının tazminini de borçlunun kusuru aranmaksızın talep edebilir. OĞUZMAN/ÖZ, s. 911.

⁴⁵⁸ Bkz. cezai şartın tenkisi "borçlunun tacir olmaması" s.137.

⁴⁵⁹ BECKER , Art. 161 OR, N. 5; BUCHER, s. 530 vd.; KOLLER, Nr. 140; BİLGE, s. 111 vd.

kararlařtırabilirler⁴⁶⁰. Ayrıca, taraflar, şartları değiştirmekle yetinmeyip, fazla zararın tazminini isteme hakkını tamamen ortadan da kaldırabilirler.

Bazı hallerde alacaklı, cezai şart miktarını aşan fazla zararı tazmin ettirme hakkını kaybeder. Bu haller, alacaklının sözleşmeden dönmesi ile fazla zararın tazmini talep hakkından vazgeçmesidir. Buna göre alacaklı, BK m. 106 uyarınca sözleşmeden dönmüşse, artık cezai şartın ödenmesini isteyemez⁴⁶¹. Zira sözleşmeden dönülmesiyle birlikte, cezai şartın kendisine dayanmış olduğu sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkmıştır⁴⁶². Bu durumda alacaklı sözleşmeden dönülmesi nedeniyle cezai şartı isteyemediğinden, cezai şartı aşan zararını değil, sözleşmenin hüküm ifade etmemesi nedeniyle uğradığı menfi zararını isteyebilecektir.

Diğer taraftan alacaklının, yapacağı bir anlaşmayla, fazla zararın tazminini talep hakkından vazgeçmesi mümkündür. Gerçekten böyle bir anlaşmanın bulunması halinde, alacaklı, cezai şart miktarını aşan zararın tazminini isteyemez. İfaya eklenen cezai şartta, yalnız cezai şartın ödenmesini istemekten vazgeçen veya ihtirazı kayıt ileri sürmeksizin asıl borcun ifasını kabul eden alacaklı bu suretle cezai şartı aşan zararını tazmin ettirme hakkından da vazgeçmiş olmaz. Zira vazgeçme halinde alacaklının kendisi; ihtirazı kayıt ileri sürmeksizin kabul halinde ise kanun, yalnız cezai şartın ortadan kalkacağını açıkça belirtmektedir⁴⁶³.

III. CEZAI ŞARTIN TENKİSİ

A. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanununun 161. maddesinde taraflarca kararlaştırılan cezai şartın niteliği belirtilmeksizin tüm cezai şartlar açısından genel bir düzenleme öngörölmüştür.

⁴⁶⁰ BİLGE, s. 111-112; KOCAAĞA, s. 210.

⁴⁶¹ OĞUZMAN / ÖZ, s. 911; ARAL, s. 364; ÖZ, s. 295-296; BUZ, s. 160-161. Sözleşmeden dönmenin geçmişe etkili oluğunu kabul etmediği için, bu durumda da cezai şartın istenebileceği görüşünde SEROZAN, Sözleşmeden Dönme s. 612.

⁴⁶² VON TUHR / ESCHER, s. 155 vd.; EREN s. 1139; KILIÇOĞLU, s. 500; ÖZ, s. 34 vd.; OĞUZMAN / ÖZ, s. 911; BUZ, s. 134 Aksi görüşte SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 78 vd.

⁴⁶³ KOCAAĞA, s. 213

Buna göre, cezai şart para olarak kararlaştırılmış olsun veya olmasın, tüm cezai şartlar, aşırı ise azaltılabilecektir⁴⁶⁴. Alman Medeni Kanunu'nun 343. paragrafında da, cezai şartın türü belirtilmeksizin cezai şartın ölçüsüz derecede yüksek olması halinde azaltılabileceği belirtilmiştir⁴⁶⁵. Belirtmek gerekir ki, ancak seçimlik veya ifaya eklenen cezai şartın indirilmesi istenebilir. Gerçek anlamda cezai şart sayılmayan ifayı engelleyen cezai şartın (dönme cezasının) ve pey akçesinin aşırı olduğu ileri sürülerek indirilmesi istenemez⁴⁶⁶.

Borçlar Kanununun m. 160/1'de, "Cezai şarta müteallik hükümler, kısmen vaki olan tediyeinin fesih halinde alacaklıya kalması şartını mutazammın olan mukaveleye de, tatbik olunur" denilmektedir. Böylelikle, bir sözleşmenin ifası için değil de, ifadan bağımsız olarak, sözleşmenin hüküm doğurmaması durumunda, önceki tediyeilerin alacaklıya kalacağına ilişkin anlaşmaları, cezai şarta ilişkin hükümlere tabi tutmuştur. İfadan bağımsız olarak kararlaştırılan bu tür cezai şartlar aşırı ise, indirilmesi talep edilebilecektir⁴⁶⁷.

⁴⁶⁴ TUNÇOMAĞ **Cezai Şart** s. 129 vd.; TUNÇOMAĞ, s. 879; OĞUZMAN/ÖZ, s. 911; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.359;EREN, s;1140; KOCAAĞA, s. 215. Yarg. 13. HD. 2008/7071 E. 2008/8042 K. 09.06.2008 T.'li kararı; "Dava, sözleşmeye aykırılık nedeniyle sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın tahsili talebine ilişkindir. Hakim fahiş bulduğu cezai şartı indirmekle yükümlüdür. Mahkemece bu konuda inceleme yapılarak cezanın fahiş olup olmadığı araştırılmalı, fahiş cezai şart indirimine tabi tutulmalıdır." www.dominanthukuk.com 25.04.2010.

⁴⁶⁵ Alman Medeni Kanunu §342 cezai şartın belirli bir tutarda para olarak değil de, başka bir edim olarak kararlaştırılması halinde, cezai şartın para olarak kararlaştırıldığında 339-341. § hükümlerinin uygulanacağı düzenlemiş, ancak aşırı cezanın azaltılmasına ilişkin §343'e atıf yapmamıştır. Bu durum, Alman Medeni Kanununun cezai şartın tenkisine ilişkin düzenlemelerinin para olarak kararlaştırılmayan cezai şartlara uygulanıp uygulanmayacağı sorununu ortaya çıkarmıştır. Buna karşılık Fransız Medeni Kanunu, cezai şartın tazminatın önceden götürü tazminat olduğu görüşünden hareketle, cezai şartı aşan tazminatın tazminine izin vermediği gibi kararlaştırılan cezai şart miktarının aşırı olduğu gerekçesiyle indirilmesini de kabul etmemiştir. (CC. art 1152) TUNÇOMAĞ Cezai Şart s. 134'ten naklen.

⁴⁶⁶ Oğuzman'a göre gerçek anlamda bir cezai şart olmayan dönme cezasını ödemek istemeyen borçlu, sözleşmeden dönmemelidir. OĞUZMAN/ÖZ, s. 908-909-913 ERMAN/SCHAUB, Art.343, Rn.1, Aksi görüşte, TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s.353; SEROZAN, s.232-233; ÇINAR, Ömer, **Türk Borçlar Kanunu ve Alman Medeni Kanununa Göre Cezai Şartın İndirilmesi**, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Hukuk Sayısı, Yıl:8, S.16, 2009/2 Güz, s.94, (Kısaltma, Cezai Şart).

⁴⁶⁷ Yarg. 9. HD. 2000/12097 E. 2000/17123 K. 22.11.2000 Tarihli kararı "Davacının hizmet akdi davalı belediyece disiplin kurulu kararına dayanılarak fesh edilmiştir. Mahkemece bu fesih TİS'nin 33/C maddesinde öngörülen koşullara aykırı bulunarak beher hizmet yılı için 315.000.000 TL. hizmet süresi göz önünde tutulmak suretiyle 1.260.000.000 TL. olarak tespit edilmiştir. TİS'nin anılan maddesinde öngörülen kötü niyet tazminatı adı verilen tazminat cezai şart niteliğinde olup mahkemece Borçlar Kanununun 161/son maddesi göz önünde tutulmak suretiyle mahkemece tenkis cihetine gidilmesi üzerinde durulmamıştır. Bu nedenle kararın bozulması gerekir." www.dominanthukuk.com 25.04.2010.

Borçlar Kanunu m. 161/I, cezai şartın miktarını belirlemede tarafların serbest olduklarını ifade etmiştir. İlgili Yargıtay kararında⁴⁶⁸: "...Taraflar arasındaki sözleşmenin 8. maddesinde aynen, "Bu sözleşmeye aykırı davranan taraf diğer tarafın uğradığı zararın tamamını tazmin ile yükümlü olduğu gibi bu zarar tutarında cezai şartı karşı tarafa ödeyecektir." hükmü yer almıştır. Görülüyor ki taraflar BK. 159/son m. hükmünün aksini kararlaştırmışlardır. Bir başka anlatımla BK. 159/son m. hilafına zarara uğrayanın hem zararını, hem de zarar tutarı kadar cezai şartı, yani ikisini bir arada isteyebileceğinin kabulü zorunludur..." Ancak bu hüküm daha önce de belirtildiği üzere BK. m. 20 ile kısıtlanmış olduğu gibi, BK. m. 161/III'de düzenlenmiş bulunan hakim in fahiş gördüğü cezai şartları indirmesine ilişkin hükümle de sınırlandırılmıştır. Aynı Yargıtay kararında bu hususa "...Ne var ki, davalı yapı kooperatifi olup tacir sıfatı bulunmamaktadır. Bu durumda BK. 161/son. maddesi uyarınca cezanın tenkisinin gerekip gerekmediğinin mahkemece takdir ve sonuçlandırılması gerekir. Mahkemenin bu hususlar üzerinde durmadan cezai şart isteminin tümüyle reddi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir..."denilmektedir.

Cezai şart miktarı, borçlunun iktisadi hayatının tamamen mahvına sebep olacak genişlikte olduğu durumda; cezanın ya tamamen ya da ahlak ve adaba aykırılık teşkil eden kısım bakımından BK. m. 20 gereğince ortadan kaldırılması gerekir. Bu konuya örnek teşkil edebilecek Yargıtay kararında⁴⁶⁹ şu ifadeler yer verilmektedir: "...Fesih halinde, yüklenicinin o tarihe kadar inşaat yaptığı imalattan hiçbir bedel talep etmeyeceğine dair sözleşmeye konulan hüküm, BK'nın 20. m. ve HGK.nun 20.3.1974 gün 1970/1053 Esas 1974/222 sayılı Kararı gereğince tacirin iktisaden mahvına neden olacak derecede ağır, haksız ve iyi niyet kurallarına aykırı olması nedeniyle geçersiz bir ceza hükmüdür. Bu nedenle mahkemenin, inşaatın getirildiği seviye de dikkate alındığında bu hükmün tacir olan yüklenici açısından bağlayıcı olduğuna dair kararında isabet görülmemiştir. Yapılacak iş, esasa girilerek varsa davacının hak ettiği bedele hükmedilmesinden ibarettir..."

⁴⁶⁸ Yarg.15. H.D, 2002/1563 E. 2002/3909 K. 16.09.2002 T. (Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası www.meseyazilim.com) 30.09.2009.

⁴⁶⁹ Yarg. 15. HD. 1999/1119 E. 1999/1769 K. 05.05.1999 T. (Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası www.meseyazilim.com) 30.09.2009.

Hâkim tenkis ile ilgili takdir hakkına dayalı olarak kararını verirken alacaklı ve borçlunun ekonomik durumlarını, alacaklının çıkarlarını, özellikle uğradığı zarar miktarını, borçlunun kusurunu, borca aykırılığın ağırlığını, sözleşmenin türünü ve süresini göz önünde tutar⁴⁷⁰. Ancak şurası açıktır ki, ceza ile zarar arasındaki dengenin alacaklı lehine olması, aşırı olmamak şartıyla indirmeyi gerektirmez. Zira bu durumda, cezai şartın ifaya zorlamak ve tazminatın tespiti amacından üstün olan amacı göz ardı edilmemelidir. Bu noktada cezai şartın alacaklıya sağlayacağı menfaatin ön planda tutulması uygun olur⁴⁷¹. Çünkü cezai şartın sırf yüksek oluşu onun ahlaka aykırı olduğu anlamına gelmemektedir⁴⁷².

Cezai şartın, hakim tarafından azaltılabilmesi için, öncelikle geçerli bir cezai şartın bulunması gerekir. Cezai şartın bizzat kendisinin veya asıl borcun geçersiz olmasından dolayı fer'ilik niteliği itibariyle cezai şartın da geçersiz olduğu durumlarda, cezai şartın indirilmesinden söz edilemeyecektir⁴⁷³. Geçerli bir cezai şartın hakim tarafından indirilebilmesi için, cezai şartın muaccel olması, aşırı olması, ödenmemiş olması ve borçlunun talebinin olması koşullarının gerçekleşmesi gerekir. Aşağıda, bu koşullar, ayrı ayrı incelenecektir.

B. Tenkisin Hukuki Niteliği

Borçlar Kanunu m. 161/III'de öngörülmüş bulunan fahiş cezai şartların indirilmesi yükümlülüğü sözleşmenin bağlayıcılığı (pacta sunt servanda) ilkesine bir istisna teşkil etmektedir.

⁴⁷⁰ BECKER, Art. 163, N. 8 - 18; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 163, N. 11 - 16; VON TUHR/ESCHER, s. 284-286; GAUCH/SCHLUEP, II, N. 3952; KELLER/SCHÖBL, I, s. 114; ENGEL, s. 866; TUNÇOMAĞ, s. 884-885; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 146 vd.; İNAN, s. 433; BGE 103 II 108 vd.; 135; 105 II 204.

⁴⁷¹ İNAN, s.433; VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR, s.338; FUNK, s.232; EREN, s. 1141; OĞUZMAN/ÖZ s. 911.

⁴⁷² MÜK/SÖUNER (§ 343, N. 7), "Cezanın bizatihi yüksekliği tek başına ahlâka aykırılığı meydana getiremez." EREN, Naklen; s. 1141; BECKER, Art. 163, N. 8 - 18; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 163, N. 11 - 16; VON TUHR/ESCHER, s. 284-286; GAUCH/SCHLUEP, II, N. 3952; TUNÇOMAĞ **Cezai Şart**, s. 146 vd.; İNAN, s. 433.

⁴⁷³ MÜNCHKOMM/GOTTWALD, Art.343. Rn.8; EREN, s.1140 ; TUNCOMAĞ, **Borçlar Hukuku** s. 142; ÇINAR, **Cezai Şart**, s.95.

Hakimin aşırı nitelikte olan cezai şartları indirme yükümlülüğünün hukuki niteliğini açıklamak üzere çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Bunları kısaca, cezai şartın fahiş olan kısmının batıl ya da iptal edilebilir bir işlem olması⁴⁷⁴, sebepsiz zenginleşme görüşü⁴⁷⁵, ortalama müeyyide getirilmesi⁴⁷⁶ ya da yenilik doğuran hakkın varlığının kabulü şeklinde sıralayabiliriz⁴⁷⁷. Türk ve Alman hukukları açısından, cezai şartın indirilmesi, yargısal bir faaliyet sonucu olduğu ve sözleşmede kararlaştırılan edimin değişmesi sonucunu doğurduğu için, burada dava veya def'i yoluyla kullanılması gereken yenilik doğuran bir hakkın söz konusu olduğunun kabulü gerekir. Ancak, bu yenilik doğuran hakkın, dava yoluyla kullanılan klâsik yenilik doğuran davalardan bazı farklılıkları bulunmaktadır. Buna göre, sadece dava açılması, yani, irade beyanının karşı tarafa ulaşması, yenilik doğuran hakkın kullanılması için yeterli olmamakta, hâkimin bu konuda karar vermesi de gerekmektedir⁴⁷⁸.

C. Tenkisin Koşulları

Kural olarak bütün cezai şartlar indirime esas teşkil edebilirler. Cezai şartın bizzat kendinden kaynaklanan bir nedenle veya asıl borcun fer'i olmasından dolayı hükümsüzleştiği durumda indirim yapılması mümkün değildir⁴⁷⁹. Daha önce de ifade edildiği üzere, cezai şarttan farklı olan özel ceza, pişmanlık akçesi gibi borçlu aleyhinde olan yükümlülüklerin fahiş olduklarından bahisle, cezai şarta ilişkin hükümlere dayanılarak

⁴⁷⁴ Kunter'e göre aşırı cezai şarta ahlaka aykırı sayılmasa bile kanunun emredici hükümlerine aykırı olduğu için batıldır. Burada kısmı butlan vardır ve cezai şartın yalnız aşırı kısmı batıldır ve iptal edilmelidir. KUNTER, Nurullah. **Ödendikten Sonra Azaltılabilirmeleri Bakımından Cezai Şartlar**, 1940, s. 979 vd.

⁴⁷⁵ Reichel, Alman Medeni Kanunu 343 ve 655 § gereğince yapılacak indirimde sebepsiz zenginleşme alacağının olacağını belirtmektedir. Taahhüt edilen edim makul dereceyi aştığı ölçüde borçlunun zararına bir sebepsiz zenginleşmede bulunmuş olur. REICHEL, Hans, Rechtskraft und ungerechtfertigte Bereicherung, in: Festschrift für Adolf Wach, Leipzig 1913 s.35 (KOCAAĞA, s.219. dn 21.)

⁴⁷⁶ Gural'a göre, burada ne butlan ne de iptal yaptırımı söz konusu olup, bu iki yaptırımdan birini tercih etmek, kanunun bağdaştırmak zorunda kaldığı menfaatlerden birini diğerine feda etmektir. Buradaki yaptırım bu ikisi arasında ortalama bir yaptırımdır. GÜRAL, s. 211; Aynı görüşte; KOCAAĞA, s.220

⁴⁷⁷ Geniş bilge için bkz. TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 130 vd. KOCAAĞA, s.217 vd.

⁴⁷⁸ ÇINAR, **Cezai Şart**, s.93-94; KOCAAĞA, s.221; SEROZAN, s.49.

⁴⁷⁹ EREN, s. 1141; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 142; TÜKEL, s. 97.

indirilmesi yoluna gidilemez⁴⁸⁰. Ancak doktrinde bir görüş, kanunda bu yönde bir hüküm yer almamasına rağmen, cezai şartın indirilmesine ilişkin hükümlerin gerçek olmayan cezai şartlara da uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir⁴⁸¹. Bu nitelikteki şartların fahiş olması durumunda, borçlunun korunması amacıyla, kıyas yoluyla cezai şartta ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir.

Bu genel açıklamalardan sonra cezai şartın tenkisi için gerekli şartları inceleyelim;

1. Geçerli Bir Cezai Şartın Bulunması

Cezai şartın geçersiz olduğu veya talep edilemeyeceği durumlar, Borçlar Kanunu'nun 161. maddesinin ikinci fıkrasında ve Alman Medeni Kanunu'nun 344. paragrafında özel olarak belirtilmiştir⁴⁸². Borçlar Kanununun 161. maddesinin ikinci fıkrası ile Alman Medeni Kanununun 344. paragrafında, bazı farklılıklar bulunmakla birlikte, içerik olarak benzer bir anlam taşımaktadır. Borçlar Kanununun 161. maddesinin ikinci fıkrasında “kanuna veya ahlaka aykırı” ifadesi kullanılmış, Alman Medeni Kanununda ise, Kanunda öngörülen geçersizlik hallerin tamamına atıf yapılmıştır⁴⁸³. Borçlar Kanununda, sonraki ifa imkansızlığı özel olarak düzenlenmiş, buna karşılık sözleşmenin kurulmasından önceki ifa imkansızlığına yer verilmemiştir. Ancak, Borçlar Kanunu 20. maddesi göz

⁴⁸⁰ TUNÇOMAĞ, s. 89; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 341. YHGK. 24.1.1970 tarih ve 966/4 E., 1348/50 sayılı kararı".... cayma akçasının, aşın olduğundan söz edilerek indirme yapılması isabetsizdir." www.domianthukuk.com 25.04.2010.

⁴⁸¹ Bir kimsenin hukuken yapmakla yükümlü olmadığı bir duruma ilişkin olarak vaat edilen şartlara “gerçek olmayan cezai şart” denilmektedir. ARSEBÜK, s. 990, TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 144.

⁴⁸² Borçlar Kanununun 161. maddesinin ikinci fıkrasına göre, “Ceza, kanuna veya ahlaka (adaba) muğayir bir borcu teyit için şart edilmiş veya hilafına mukavele olmadığı halde borcun ifası borçlunun mesuliyetini icap etmeyen bir hal sebebiyle gayri mümkün olmuş ise, şart olunan cezanın tediyesi talep edilemez.” Alman Medeni Kanununun §344'e göre ise, “Kanunun, karşılaştırılan edimin geçersizliğini öngördüğü durumlarda, taraflar, anlaşmanın geçersizliğini biliyor olsa da, anlaşmanın ifa edilmemesi için karşılaştırılan cezai şart da geçersizdir.” hükmüne yer verilmektedir.

⁴⁸³ Alman Medeni Kanununun §344' de kullanılan “Kanunun, karşılaştırılan edimin geçersizliğini öngördüğü durumlarda” ifadesi ile, hukuki işlemin geçersizliğine yol açan, hukuka, ahlaka ve emredici düzenlemelere aykırılık sebeplerinin tamamı kastedilmiş olmaktadır. Bkz. MÜNCHKOMM/GOTTWALD, Rn.8; ÇINAR, Cezai Şart, s.95-96.

önünde tutulduğunda, sözleşmenin kurulduğu sırada ifası imkansız olan bir borç için, cezai şartın kararlaştırılması halinde de cezai şart geçersiz olacak ve talep edilemeyecektir⁴⁸⁴.

Cezai şart, asıl borç ilişkisine bağlı olduğundan, asıl borç ilişkisi geçerli değilse, cezai şart da geçersiz olacaktır. Bu durumda, cezai şart hüküm ve sonuç doğurmayacağından, cezai şartın aşırı olduğu ileri sürülerek indirim yapılmasına imkan yoktur⁴⁸⁵. Örneğin konu ahlaka aykırı bir edimin yerine getirilmesini içeren bir sözleşmeye bağlı olarak kararlaştırılan cezai şart, cezai şartın butlanından dolayı geçersiz olacaktır. Asıl borç herhangi bir sebeple (örneğin irade sakatlığı gibi) iptal edilebilir olduğu durumlarda da cezai şart asıl borcun kaderine bağlıdır. Yine asıl borcun şekil eksikliği nedeniyle geçersiz olduğu durumlarda cezai şart da geçersiz olacaktır. Sonuç olarak geçerli bir borcun varlığı olmadan cezai şart kararlaştırılması söz konusu olamaz, kararlaştırılmışsa geçersiz olur⁴⁸⁶.

2. Cezai Şartın Muaccel Olması

Gerek Borçlar Kanununun 161. maddesinde ve gerekse Alman Medeni Kanununun 343. paragrafında, cezai şartın indirilmesinin istenebileceği an bakımından bir sınırlama yer almamaktadır. Ancak, kanunda böyle bir zamansal sınırlamanın yer almaması, aşırı olan cezai şartın her zaman indirilmesinin istenebileceği anlamına da gelmemektedir. Belirtmek gerekir ki, cezai şartın asıl borca bağlılığı nedeniyle, indirim

⁴⁸⁴ Bkz. Asıl alacağın butlanı sebepleri ve cezai şart bakımından etkileri için bkz. tezimizin asıl borca bağlı olarak cezai şartın hükümsüzlüğü konusu. s.146 vd.

⁴⁸⁵ ERMAN/ SCHAUB, Art.343, Rn.1; MÜNCHKOMM/GOTTWALD, Art.343, Rn.8; EREN, s.1140.

⁴⁸⁶ ÇINAR, Cezai Şart, s.97; Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 26/06/2008 T. 2008/3543 E., 2008/8902 K. sayılı kararından: "... Dava, tapulu taşınmazın "alım satım için cayma akçesi sözleşmesi" başlıklı adi senetle satışının kararlaştırılmasından kaynaklanmaktadır. Bir taşınmaz malın veya payının mülkiyetinin başkasına devri ya da devir vadini öngören sözleşmelerin geçerli sayılması BK 213, Tapu Kanunu 26. madde ve TMK 706. madde uyarınca resmi şekilde yapılmasına bağlıdır. Burada öngörülen şekil, sözleşmenin geçerlik koşulu olup, kamu düzenine ilişkindir ve doğrudan göz önünde tutulur. Taraflar arasındaki 27.09.2006 tarihli sözleşme resmi şekilde düzenlenmemiş olduğundan hukuken geçerli değildir. Geçerli olmayan taşınmaz satış sözleşmesine dayanılarak cezai şart da istenemez. Zira cezai şart asıl borca ilişkin ferî haklardandır. Asıl borç hükümsüz olunca, cezai şart da hükümsüzdür..." (www.kazanci.com.tr) 27.10.2009. Ayrıca bkz. BGH, 06.02.1980- IV ZR 141/78, NJW 1980, 1622; BGH, Urteil vom 30.10.1970 - IV ZR 1176/68, NJW 1971, 93.

istenebilmesi için, öncelikle borcun muaccel olması gerekmektedir⁴⁸⁷. Muaccel bir borç, borçlu tarafından hiç veya gereği gibi ya da kararlaştırılan yerde ve zamanda ifa edilmez ise, cezai şart istenebileceğinden, borcun muaccel olması zorunlu olmaktadır. Kaldı ki, muaccel olmayan bir cezai şartın aşırı olduğu ileri sürülerek indirilmesinin istenmesinde borçlunun menfaati bulunmadığı gibi, cezai şartın fahiş olup olmadığının tayin ve tespiti de mümkün olmamaktadır⁴⁸⁸.

Bu noktada Borçlar Kanununda cezai şartın indirilmesinin talep edilebilmesi bakımından muaccel olmasının gerekip gerekmediği hususunda açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, bu durum cezai şartın muaccel olmadan da indirilebileceği şeklinde yorumlanamaz⁴⁸⁹. Çünkü muaccel olmayan cezai şart edimi bağımsız bir nitelik taşımadığı gibi, muaccel olmayan cezai şartın bu dönem itibarıyla indirilmesinde borçlunun bir menfaati de bulunmamaktadır. Aynı zamanda henüz bu aşamada cezai şartın fahiş olup olmadığının tayin ve tespiti de mümkün değildir⁴⁹⁰.

3. Cezai Şartın Fahiş (Aşırı Yüksek) Olması

Cezai şartın indirilebilmesinin en önemli sebebi, kararlaştırılmış olan ceza miktarının aşırı derecede yüksek olmasıdır. Cezai şartın aşırı olup olmadığını hakim, takdir eder. Bu husus, Borçlar Kanununun 161. maddesinin son fıkrasında, “Hakim, fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir” şeklinde açıkça belirtilmiştir⁴⁹¹. Hakimin, cezai şartın aşırı

⁴⁸⁷ Alman doktrininde de, özellikle Alman Medenî Kanununun 339. § kullanılan “alacaklı cezaya hak kazanır” ifadesinden hareketle, indirim istenmesinin ön koşulu olarak, alacaklının cezayı talep edebilmesi gerektiği, yani, cezai şartın muaccel olacağı görüşü kabul edilmektedir. Bkz. MÜNCHKOMM/GOTTWALD, Rn.15; STAUDİNGER/RIEBLE, Art.343, Rn.68-69; PRÜTTING/ WEGEN/WEINREICH, Art.339, Rn.1-2

⁴⁸⁸ EREN, s.1140; TUNÇOMAĞ Cezai Şart, s. 144; KOCAAĞA, s.159 vd.; TUNÇOMAĞ **Borçlar Hukuku** s. 884. MÜNCHKOMM/GOTTWALD, Art. 343, Rn.15.

⁴⁸⁹ EREN, s. 1141. TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 144.

⁴⁹⁰ TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 144. EREN, s. 1141.

⁴⁹¹ Yarg. 13. HD. 2007/79545 E. 2007/14953 K. 10.12.2007 Tarihli kararında “Davalı tacir olmadığına göre sözleşmede kararlaştırılan cezai şart fahiş ise, hakimin takdir edilecek miktarda indirim yapılması zorunludur. www.dominanthukuk.com25.04.2010 Yarg. 13. HD. 2002/14711 E. 2003/1355 K. 17.02.2003 T.’li karar Taraflar arasında imzalanan müşavirlik protokolünde temerrüt halinde alacağa uygulanması kararlaştırılan günlük %10 gibi fahiş cezai şartın yasal düzenleme ve ilkelere aykırı olduğunun kabulü zorunludur. Yarg. 13.

olduğunu belirleme noktasında takdir hakkı olmakla birlikte, bu takdir hakkını somut kriterlere göre kullanması gerekir⁴⁹². Bu konuda, Borçlar Kanunu'nda herhangi bir düzenleme öngörülme de, Alman Medeni Kanununda bazı kriterler belirlenmiştir. Alman Medeni Kanununun 343. paragrafına göre, mahkemece, cezai şartın uygunluğu takdir edilirken, sadece alacaklının mali menfaatleri değil, her iki tarafında haklı menfaatleri göz önünde tutulmalıdır⁴⁹³. Bu kriterin, Borçlar Kanunu açısından da dikkate alınabileceği kanaatindeyiz.

BK. m. 161/III cezai şart miktarının aşırı olup olmadığının belirlenmesi görevini hakime bırakmıştır⁴⁹⁴. Hakim takdir hakkına dayalı olarak kararını verirken alacaklının her türlü menfaati yanında özellikle uğradığı zarar miktarını, cezai şartın kararlaştırılmasındaki amaç, alacaklı ve borçlunun ekonomik durumları, borçlunun kusurunu, borca aykırılığın ağırlığını, sözleşmenin türünü ve süresini göz önünde tutar. Bunun sonunda hakim kararlaştırılan ceza miktarının makul olmayacak derecede yüksek tutulduğunu; adalet ve hakkaniyet ilkeleriyle açık bir çelişki içinde bulunduğunu görürse, sözleşmeye müdahale edip ceza miktarını indirir. Bu hususlar Yargıtay kararlarında da açıkça yer bulmakta ve BK 161 son maddenin hakime emredici bir görev ve yükümlülük yüklediğini açıkça ortaya koymaktadır⁴⁹⁵. Belirtmek gerekir ki, cezai şartın aşırı olduğunu ispat yükü borçludadır⁴⁹⁶.

HD. 2002/12143 E. 2003/1022 K. 03.02.2003 T.'li karar "...davalı tacir değildir. BK.nun 161/son maddesi gereğince hakim cezai şart miktarını fahiş bulursa tenkisle mükelleftir." Yarg. 13. HD. 2002/11115 E. 2003/2 K. 02.01.2003 T.'li karar "Taraflar cezanın miktarını tayin etmekte serbest iseler de, BK.161/son maddesi hükmüne göre, hakim fahiş gördüğü cezaları resen tenkis etmekle yükümlüdür." www.dominanthukuk.com 25.04.2010.

⁴⁹² Yarg. 15. HD. 2002/956 E. 2002/2719 K. 22.05.2002 T.'li karar "...cezai şartın tenkisinin gerekip gerekmediği mahkemenin takdirine ait olduğundan ve hakim fahiş gördüğü cezayı indirmekle mükellef olduğu halde bu konuda takdir yetkisinin kullanılmamış olması hukuka aykırıdır." www.dominanthukuk.com 25.04.2010.

⁴⁹³ MÜNCHKOMM/GOTTWALD, Art. 343, Rn.17; ÇINAR, Cezai Şart, s.100.

⁴⁹⁴ YHGK. da 24.01.1968 tarih ve 1966/4. 365/45 sayılı kararında aşın cezai şartın borçlu tarafından talep edilmese dahi hâkim tarafından re'sen göz önüne alınarak indirilebileceği içtihatında bulunmuştur. Bu karar için bak. Eren, s.1142 dn. 37.

⁴⁹⁵ ERMAN/SCHAUB, Art.343, Rn.3; MÜNCHKOMM/GOTTWALD, Art.343, Rn.17a; VON TUHR, s.772; EREN, s.1141; TUNÇOMAĞ, s.884. Yarg. 13. HD. 2001/3212 E. 2001/3313 K. 02/04/2001 T.'li karar "Ceza koşulunun fahiş olup olmadığı, tarafların iktisadi durumu, özel olarak borçlunun ödeme kabiliyeti ile beraber borcunu yerine getirmemiş olması dolayısıyla sağladığı menfaat, borçlunun kusur derecesi ve borca aykırı davranışın ağırlığı ölçü alınarak tayin edilmeli ve hüküm altına alınacak ceza miktarı hak, adalet ve nefaset

BK madde 19/1'de sözleşmenin içeriğinin kanunun gösterdiği sınırlar içinde serbestçe belirlenebileceği ifade edilirken; BK m. 19 ve 20'de bu serbestinin sınırları çizilmiş ve bu sınırların aşılması halinde uygulanacak yaptırım düzenlenmiştir. Söz konusu sınırlardan biri de sözleşme içeriğinin ahlaka aykırılığı olup, ahlaka aykırılığın varlığı halinde butlan hükümleri uygulanacaktır⁴⁹⁷.

Sözleşmenin ahlaka aykırılığına yol açan nedenlerden biri de, tacirin ekonomik özgürlüğünün aşırı derecede sınırlandırılmış olmasıdır. Burada hakim sözleşmenin ahlaka aykırı olup olmadığını, edimin kapsamına, süresine ve/veya içeriğine göre belirleyecektir. Konu ile ilgili Yargıtay kararında: "...TTK'nın 24. maddesinde "Tacir sıfatına haiz borçlu, Borçlar Kanunu'nun 104. maddesinin 2. fıkrası ile 161. maddesinin 3. fıkrasında ve 409. maddesinde yazılı hallerde, fahiş olduğu iddiasıyla bir ücret veya cezanın indirilmesini mahkemeden isteyemez" hükmü vardır. Ne var ki, borçlu tacir olsa bile cezai şart iktisaden

kurallarına uygun olarak tesbit edilmeli, tesbit edilen ceza miktarının dışında kalan ve tenkis edilen miktar varsa onun tahsiline karar verilmelidir." Yarg. 13. HD. 2001/12705 E. 2002/696 K. 28/01/2002 T.'li karar "BK. 161/son maddesi hakime fahiş gördüğü cezai şartı indirme yükümlülüğünü vermiştir. Davalının tacir olup olmadığı araştırılarak borçlu davalının tacir olmadığı tespitinde cezai şartın aşırı olup olmadığı tartışılarak sonucuna göre hüküm kurulması gerekir." "...TTK. nun 24. madde yollamasıyla BK.nun 161 madde hükmü gereğince hakim fahiş gördüğü cezaları tenkis etmek zorundadır. BK'nun 161. maddesinin son fıkrasındaki hüküm kamu düzeniyle ilgili olup görevinden ötürü hakim kendiliğinden göz önünde bulundurması gerekir. Yapılacak indirimde objektif esaslar göz önünde bulundurulmalıdır..." Yarg.15. H.D. E.No: 1989/1938 K.no: 1989/5496 Tarih: 28/12/1989 aynı doğrultuda "...BK 161/son maddesi gereğince cezai şartın borçlu üzerinde adaletle aykırı sonuç doğurmaması gerekir. Bu nedenle hakim, fahiş gördüğü cezaları tenkisle yükümlüdür. Cezai şart miktarının, aşırı olup olmadığı, aşırı görülmesi halinde yapılacak indirimin tayin ve takdir edilebilmesi için tarafların sözleşmedeki karşılıklı yararları ve iktisadi dengeleri, alacaklının kendisine asıl borcun ifası halindeki yararı ile cezai şart ödenmesi halindeki yararı arasındaki makul ve adil ölçü, borçlunun akdi ihlal etmedeki kusur derecesi, borçlunun ekonomik durumu, sözleşmeye aykırı hareket edilmesi ile alacaklının uğradığı zarar gibi hususların soruşturulup incelenmesi gerekir ve neticede hakseverliğe uygun düşecek tarzda indirim yapılması gerekir..." Yarg.13. H.D, 15/02/2001T: 2001/849 E., 2001/1519, K. (Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası www.meseyazilim.com) 30/09/2009.

⁴⁹⁶MÜNCHKOMM/GOTTWALD, Art.343, Rn.16.

⁴⁹⁷ EREN, s. 1136 v.d.; GÜNAY, s. 130. Yarg. 13. HD. 2002/14711 E. 2003/1355 K. 17.02.2003 T.'li karar "...bir akdin mevzuu, kanunun gösterdiği sınır dairesinde serbestçe tayin olunur. Ancak akdin mevzuu gayrimümkün veyahut ahlaka (adaba) mugayir olursa o akit batıldır. Sözleşmede kararlaştırılan cezai şart borçlunun iktisaden mahvına sebep olacak derecede ağır ve yüksek ise, adap ve ahlaka aykırı sayılarak tamamen veya kısmen iptal edilmesi gerekir..." Yarg. 15. HD. 2001/2880 E. 2001/3661 K. 03.07.2001 T.'li kararı "...ek süre sonunda inşaatın ikmal edilmemesi halinde yaptığı tüm işlemlerden dolayı yüklenicinin herhangi bir hak talep edemeyeceği şeklinde kararlaştırılan ceza, yüklenicinin mahvına neden olacak şiddette olup genel ahlaka aykırı ve batıldır."

mahvına mucip olacak derecede ağır ve yüksek ise adap ve ahlaka aykırı sayılarak tamamen veya kısmen iptal edilmesi gerekir...” denilmektedir⁴⁹⁸.

Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki; cezai şart miktarının fahiş olması durumuyla, ahlaka adaba aykırı olması arasındaki ayırım da önemlidir. Çünkü fahiş cezai şartların hakim tarafından indirimi gerekirken, cezai şartın borçlunun iktisaden yıkımını sonuçlandıracak seviyede yüksek olarak kararlaştırılması ise, BK. m. 20 gereğince cezai şartın tamamen hükümsüz olmasını sonuçlandıracaktır. Ancak, cezai şart miktarının aşırı yüksek olması, onun ahlaka ve adaba aykırılık nedeniyle geçersiz sayılabilmesi için de tek başına yeterli değildir⁴⁹⁹. Cezai şartın ahlaka ve adaba aykırılık nedeniyle geçersiz sayılabilmesi için, cezai şart miktarındaki aşırılığa ek olarak, borçlunun iktisaden yıkımının hedef alınmış olması gibi diğer başka saiklerin varlığının aranması gerektiğini ifade etmek gerekir⁵⁰⁰.

Hakimin aşırı cezai şartı indirme kararı, yenilik doğuran bir karar olup geçmişe etkili hüküm ve sonuç doğurur. Böylece ceza daha başlangıçtan itibaren kararda belirtilen indirilmiş miktarıyla konulmuş sayılır⁵⁰¹. Dava bir indirim davası olduğundan, hakim hiç bir zaman cezai şartın tamamını ortadan kaldıramaz⁵⁰². Tüm bu hususlar değerlendirilirken cezai şart anlaşmasının yapılmış bulunduğu an esas alınır⁵⁰³.

⁴⁹⁸ Yarg. 19. HD. 2006/10269 E. 2007/3205 K. 12.10.2007 T. li kararı. Aynı yönde Yarg. HGK 20.03.1974 gün 1053/222 sayılı kararında “...Somut olayda davalı sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın ekonomik yıkımına sebep olacağını ileri sürdüğünden mahkemeye bu yönler üzerinde durulup irdelenmeden yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir...” www.diaport.com 12.10.2009

⁴⁹⁹ MÜK/SÖLLNER, 343, N. 7, (EREN, s. 1141, dn. 32 atfen.); BECKER, Art. 163, N. 8 - 18; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 163, N. 11 - 16; VON TUHR/ESCHER, s. 28-286; GAUCH/SCHLUEP, II, N. 3952; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 146 vd.; İNAN, s. 433; BGE 103 II 108 vd.; 135; 105 II 204.

⁵⁰⁰ BECKER, Art. 163, N. 8 - 18; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 163, N. 11 - 16; VON TUHR/ESCHER, s. 284-286; GAUCH/SCHLUEP, II, N. 3952; TUNÇOMAĞ **Cezai Şart**, s. 146 vd.; İNAN, s. 433; BGE 103 II 108 vd.; 135; 105 II 204.

⁵⁰¹ VON TUHR/ESCHER, s.285; BECKER, s. Art. 163 OR, N. 20; ÖNEN, E. Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972 s.191; EREN, s.1142; KOCAAĞA, s. 255.

⁵⁰² EREN, s.1142

⁵⁰³ TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 145,

Aşırılığın tespitinde hakimin göz önünde tutması gereken kıstasları ise kısaca şöyle sıralayabiliriz⁵⁰⁴.

a Alacaklının Menfaatleri

Borçlunun yerine getirmekle yükümlü bulunduğu ceza miktarıyla, alacaklının sözleşmenin ifası dolayısıyla elde edeceği menfaat arasındaki oran hakim tarafından göz önünde tutulmalıdır. Alacaklının akdin ifasından elde edeceği tüm maddi manevi menfaatler alacaklı lehine değerlendirilmelidir⁵⁰⁵. Borçlunun borcunu ifa etmemiş olması yüzünden alacaklının uğradığı zarar çok fazla ise, cezai şartın indirilmesi yönündeki talebi ret olunmalıdır⁵⁰⁶.

b Borçlunun Kusurunun Ağırılık Derecesi

Cezai şartın ağırlığının tespitinde borçlunun asıl borcu ifa etmemedeki kusurunun derecesi de dikkate alınmalıdır. Doğal olarak kusuru çok ağır olan borçluyla, kusuru çok hafif olan borçlu aynı değerlendirmeye tabi tutulmamalıdır⁵⁰⁷.

c Tarafların Ekonomik Durumu

Tarafların ekonomik durumları da cezai şartın aşırılığının belirlenmesinde dikkate alınmalıdır⁵⁰⁸. Ekonomik durumu itibarıyla borçlu, aşırı cezai şartı kabul etmek zorunda kalmışsa, bu durumda borçlunun lehine yorum ve değerlendirme yapılarak cezanın

⁵⁰⁴ Yargıtay'ın müstekar kararları ile cezai şartın tenkisi ile ilgili kriterler getirilmiştir. Yarg. 13. HD. 2001/849 E. 2001/1519 K. 15/02/2001 T.'li karar "...cezai şartın borçlu üzerinde adalete aykırı sonuç doğurmaması gerekir. Bu nedenle hakim, fahiş gördüğü cezaları tenkisle yükümlüdür. Cezai şart miktarının, aşırı olup olmadığının, aşırı görülmesi halinde yapılacak indirimın tayin ve takdir edilebilmesi için tarafların sözleşmedeki karşılıklı yararları ve iktisadi dengeleri, alacaklının kendisine asıl borcun ifası halindeki yararı ile cezai şart ödenmesi halindeki yararı arasındaki makul ve adil ölçü, borçlunun akdi ihlal etmedeki kusur derecesi, borçlunun ekonomik durumu, sözleşmeye aykırı hareket edilmesi ile alacaklının uğradığı zarar gibi hususların soruşturulup incelenmesi gerekir ve neticede hakseverliğe uygun düşecek tarzda indirim yapılması gerekir." Diğer örnek Yargıtay kararları için bkz. dn. 493.

⁵⁰⁵ KANIK, s. 1077; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 355; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 146; KOCAAĞA, s. 231.

⁵⁰⁶ KOCAAĞA, s. 231 vd.

⁵⁰⁷ BECKER, m. 163, N. 15, s. KANIK, s. 1078; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 355; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, 149.

⁵⁰⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 355; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 149.

fahişliğine karar vermek gerekirken, borçlunun ekonomik olarak güçlü olduğu durumda ise cezanın fahiş olmadığı yönünde karar verilebilir⁵⁰⁹.

d Aşırılığın Belirlenmesinde Esas Alınacak An

Aşırılığın belirlenmesinde esas alınacak an hakkında Türk Borçlar Kanunu ve Alman Medeni Kanunu'nda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde, cezai şartın aşırı olduğunun takdirinin hangi zaman esas alınarak belirleneceği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, cezai şartın aşırı olup olmadığı, cezai şartın kararlaştırıldığı tarih esas alınarak belirlenmelidir⁵¹⁰. Diğer bir görüş ise,⁵¹¹ asıl borcun ihlal edildiği yani cezai şartın muaccel olduğu tarihin esas alınmasını savunmaktadır. Bu konudaki diğer bir görüşe göre,⁵¹² cezai şartın aşırı olup olmadığının takdiri, mahkemenin karar verdiği an esas alınarak yapılmalıdır.

Bu görüşlerin içinde mahkemenin karar verdiği an esas alındığında anlaşmanın yapılmış bulunduğu andan, cezanın ödenmesi anına kadar geçen süre içinde her iki taraf açısından meydana gelen tüm değişikliklerin göz önünde tutulması ve değerlendirmesi imkanı vardır. Bu nedenle en son duruşma anındaki durum dahi incelenmek suretiyle cezai şart miktarında aşırılığın bulunup bulunmadığı en doğru şekilde değerlendirilmesi imkanı doğacaktır⁵¹³.

Kanaatimizce, kanun koyucu, hakime takdir hakkı tanımak amacıyla, bu konuyu bilinçli olarak düzenlememiştir. Bu nedenle, bu görüşlerin her birinin, somut olay göz önünde tutularak, hakim tarafından uygulanması mümkündür. Özellikle, cezai şartın

⁵⁰⁹ TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 149.

⁵¹⁰ KOCAAĞA, s. 237.TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 145; ERMAN/ SCHAUB, Art.343, Rn.4.

⁵¹¹ KOCAAĞA, s. 238.BECKER, Art. 163 OR. N. 11; Bu hususta bkz. MÜNCHKOMM/GOTTWALD, Art.343, Rn.18, dn.2

⁵¹² KOCAAĞA, s. 239. MÜNCHKOMM/GOTTWALD, Art.343, Rn.18; von STAUDINGER, Julius: **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2**, (Autor:Volker RIEBLE), Art.343, Rn.86, Berlin 2009, (Kısaltma, STAUDINGER/RIEBLE).

⁵¹³ TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 151; KOCAAĞA, s. 239.

kararlaştırıldığı tarih ile mahkemenin karar verdiği tarih arasında tarafların sosyo-ekonomik durumları ve ödeme g¼c¼nde bir değişiklik olması halinde, mahkemece karar verilen tarih g¼z ¼n¼nde tutularak, cezai şartın aşırı olup olmadığı takdir edilebilecektir⁵¹⁴.

4. Cezai şartın ¼denmemiř Olması

Aşırı olan cezai şartın indirilmesinin istenmesi için, cezai şartın muaccel olması yanında, ifa edilmemiş olması da gerekir. Borçlar Kanununda bu konuda açık bir d¼zenleme olmasa da, Alman Medeni Kanununun 343. paragrafın birinci fıkrasının son c¼mlesinde, cezai şartın ¼denmesi halinde artık indirilmesinin istenemeyeceği açık bir şekilde d¼zenlenmiřtir⁵¹⁵. Cezai şartı ifa eden borçlu, artık, cezai şartın aşırı olduğunu ileri s¼rerek, indirim isteyemez. Zira, ifa ile borç sona erdiği gibi, borçlunun ödeme g¼c¼n¼n yerinde olduğu ve cezai şartın indirilmesi isteminden vazgeçtiği kabul edilecektir⁵¹⁶.

Kanun koyucu ¼denmiř bulunan cezai şartın indirilmesine imkan tanımak isteseydi gabin ve irade fesadı hallerine ilişkin olarak (BK m. 21, 31) belirlemiş olduğu gibi, bir s¼re belirlerdi diye d¼ř¼n¼lm¼řt¼r. Bu nedenle kanunun b¼yle bir zaman sınırı koymadığı durumda zamanaşımı s¼resince bu y¼nde talep hakkının varlığını kabul etmek hukuki ilişkilere olan g¼veni ortadan kaldıracadığı kabul edilmelidir. İndirim hakkının hukuki niteliği, ¼denmiř olan cezai şartların bu aşamada indirilmesine engel teşkil eder⁵¹⁷.

Burada, borçlunun ihtirazi kayıt dermeyan etmek suretiyle cezayı ¼demiř olduğu durumda, cezai şartın aşırı olduğunu ileri s¼rerek, indirilmesini isteyip isteyemeyeceği sorununu da incelemek gerekir. ¼yle ki, borçlu, ¼zellikle, mahkeme kararı veya icra takibi

⁵¹⁴ TUNÇOMAĞ, **Cezai şart**, s. 151; M¼NCHKOMM/GOTTWALD, Art.343, Rn. 18. Aynı g¼r¼řte; KOCAAĞA, s. 239; ÇINAR, **Cezai şart**, s.101.

⁵¹⁵ BECKER, m. 163, N. 22 236; BİLGE, **Cezai şart**, s. 119; EREN, s. 1136.; TUNÇOMAĞ, **Cezai şart** s. 154; VON TUHR, s. 762; KUNTER, s. 982, OSER/SCH¼NENBERGER, m. 163, N: 17, s. 960; TEKİNAY/AKMAN/BUCUOĞLU/ALTOP, s. 357.

⁵¹⁶ EREN, s. 1141; TUNÇOMAĞ **Cezai şart**, s. 154; TEKİNAY/AKMAN/BUCUOĞLU/ALTOP, s. 357; VON TUHR, s. 771.

⁵¹⁷ TUNÇOMAĞ, **Cezai şart** s. 115; VON TUHR, s. 771.

sonucunda cezai şartı ödemek zorunda kalabilecektir⁵¹⁸. Borçlunun ihtirazi kayıt dermeyan etmek suretiyle cezayı ödemiş olduğu durumda indirim talep hakkının bulunduğu kabul edilmelidir⁵¹⁹. Cezai şartın indirilmesi, borçlu yararına bir düzenleme olduğuna göre, bu gibi hallerde, borçlunun hakkını saklı tutarak yaptığı ödemeyi onun aleyhine yorumlamamak gerekir. Kaldı ki, Borçlar Kanununun 158. maddesinde, alacaklının, ifaya eklenen cezai şartı, ihtirazi kayıt koyarak asıl borcun ifasını kabul etmesi halinde dahi isteyebileceği açık olarak düzenlenmiştir. Bu hükümden hareketle, borçlunun da, ihtirazi kayıt koyarak borcunu ifa ettiği hallerde, daha sonra indirim isteyebilmesine herhangi bir engel olmasa gerektir.

Borçlunun, cezai şartı kısmen ifa etmesi halinde de, cezai şartın aşırı olduğunu ileri sürerek indirim isteyebilmesi mümkündür. Bu durumda, cezai şartın ifa edilmeyen kısmı açısından değil de, tamamı üzerinden aşırı olup olmadığı belirlenecektir. Ancak, borçlu, hakim tarafından cezai şartta yapılan indirimden daha fazlasını ifa etmişse, yapmış olduğu bu fazla ifanın iadesini isteyemeyecektir. Bu durum, ödenmiş cezai şartın aşırı olduğu ileri sürülerek indirilmesinin istenemeyeceğinin bir sonucudur⁵²⁰.

Sonuç olarak borçlunun, ödenmemiş olmak şartıyla her zaman cezai şartın indirilmesini talep imkanı bulunmaktadır.

5. Borçlunun Talebi

Borçlar Kanununun 161. maddesinin son fıkrasında, “Hakim, fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir” düzenlemesine yer verilmiş, cezai şartın indirilmesi için,

⁵¹⁸ TUNÇOMAĞ **Cezai Şart**, s. 156; MÜNCHKOMM/GOTTWALD, Art.343, Rn.16; ÇINAR, **Cezai Şart**, s.99.

⁵¹⁹ BİLGE, **Cezai Şart**, s. 119; OSER/SCHÖNENBERGER, m. 163, N. 17, s. 960; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart** s. 156.

⁵²⁰ TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart** s. 156; MÜNCHKOMM/GOTTWALD, Art.343, Rn.16; ÇINAR, **Cezai Şart**, s.100.

borçlunun talebine yer verilmemiştir. Oysa, Alman Medeni Kanununun 343. paragrafı uyarınca, mahkemece cezanın indirilebilmesi için borçlunun talep etmesi aranmıştır.

Alman Medeni Kanununun 343. Paragrafında aşırı cezai şartın indirilmesi için, borçlunun talebinin gerektiği açık olarak düzenlendiğinden, hakim, aşırı cezai şartı kendiliğinden indirememektedir. Alman hukuku açısından, borçlunun indirim talebi dava yoluyla ileri sürülebileceği gibi, savunma yoluyla da ileri sürülebilir. Borçlunun bu konudaki talebi sözlü veya yazılı olarak mahkemeye yapılabilir. Alman hukuku açısından borçlunun cezai şartın indirilmesi talebi, kamu düzeninden olmadığından feragat mümkündür. Borçlu, mahkemeden cezai şartın indirilmesini istedikten sonra veya önce, bu hakkından feragat edebilecektir. Borçlunun dava veya savunma yoluyla indirim talebinde bulunması Usul Kanunu hükümleri çerçevesinde mümkündür⁵²¹.

Türk hukuku açısından ise, hakimin aşırı cezai şartı kendiliğinden mi, yoksa borçlunun bunu istemesi üzerine mi indireceği tartışmalıdır. Doktrinde bu konuda görüş birliği mevcut değildir. Bir görüşe göre borçlu istemedikçe hakim aşırı cezayı re'sen indiremez⁵²². Buna karşılık, hakim olan diğer bir görüşe⁵²³ göre hakim aşırı gördüğü cezai şartı borçlu talep etmese de re'sen kendiliğinden indirebilir.

Bu görüş, BK. m. 161/f. III ifade tarzından yola çıkarak, bu hükmün kamu düzenine ilişkin olduğu sonucuna varmaktadırlar. Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarında da,

⁵²¹ PRÜTTING/WEGEN/WEINREICH, Art.343, Rn.10.

⁵²² Bu görüş, borçlunun talebinin bulunmadığı durumda hakimin kendiliğinden indirim yapmasının mümkün olmadığını kabul etmektedir. İndirim hakkının yenilik doğurucu bir hak olduğunun kabulü durumunda hakimin resen indirim yapabileceğinin kabul edilmesi mümkün değildir. İndirim hakkının yenilik doğurucu nitelikte olduğunun kabul edilmediği durumda dahi, Becker'in ifade ettiği üzere "ceza alacağı hususunda bir ihtilafın varlığı şarttır. Zira hakim tenkis sebepleri üzerinde bir araştırma yapamaz" BECKER, m. 163, N. 22 236.; VON TUHR, s. 771; TUNÇOMAĞ, **Borçlar Hukuku** s. 887; BUCHER, s. 532; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart** s. 198.

⁵²³ FEYZİOĞLU , s. 403; VON TUHR, s. 285 ve 770-771; EREN, s.1142 VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR, s. 338; SEROZAN, s. 242; VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR s. 338; BECKER, Art. 163 OR, N. 21.

cezai şartın indirilmesinin kamu düzeninden olduğu, indirim için, borçlunun talebinin gerekmediği kabul edilmektedir.⁵²⁴

Bu kararlar incelendiğinde taraflarca cezai şartın indirimine yönelik talep olmamasına rağmen hakimin bu hususu göz önüne almayarak hüküm tesis etmesinin bozma nedeni olarak kabul edildiği görülmektedir. Bu noktada hakim resen cezai şartın aşırı olup olmadığını takdir etmekle yükümlü olduğundan, borçlunun talebi gerekmediği gibi, davanın her aşamasında mahkemece bu konuda bir karar verilmesi mümkündür. Cezai şartın indirilmesini isteyen borçlu, davanın her aşamasında, bunu ileri sürebilir ve bu savunma karşısında, alacaklı, davanın genişletilmesi yasağını ileri süremez. Bunun yanında, aşırı cezai şartın indirilmesi kamu düzeninden olduğu için, borçlunun cezai şartın indirilmesi talebinden feragat etmesi de mümkün değildir.

Tüm bu hukuki nitelendirmeye bağlanan sonuçlar değerlendirildiğinde, yasada açık bir hüküm olmadan, ödemekle yükümlü olan borçlunun itirazı dahi olmaksızın hakime böyle bir yükümlülük yüklemek ve cezai şartın tenkisini kamu düzeninden kabul etmek kanaatimizce de uygun değildir.

⁵²⁴ Yargıtay 13.Hukuk Dairesinin 12.10.2004 tarihli ve 2004/6408 E. ve 2004/14220 K.sayılı kararından: "...Davalının komisyon sözleşmesinde %2 oranındaki tutardan sorumlu olduğu bakiye %2 oranının ise cezai şart olarak kararlaştırıldığı anlaşılmaktadır. Borçlar Kanunu'nun 161/son maddesi hükmünce hakim fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir. Bu hükmü hakimin resen gözetmesi gerekir. Ceza koşulunun fahiş olup olmadığı tarafların ekonomik durumu özel olarak borçlunun ödeme kabiliyeti ile beraber borcunu yerine getirmemiş olması nedeniyle sağladığı menfaat borçlunun kusur derecesi ve borca aykırı davranışının ağırlığı ölçü olarak alınarak tayin edilmeli ve hüküm altına alınacak ceza miktarı hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun olarak tesbit edilmelidir...", (www.kazanci.com.tr) 27.10.2009. Yarg. 13. HD. 2001/849 E. 2001/1519 K. 15.02.2001 T.'li karar "...BK 161/son maddesi gereğince cezai şartın borçlu üzerinde adaletle aykırı sonuç doğurmaması gerekir. Bu nedenle hakim, fahiş gördüğü cezaları tenkisle yükümlüdür. (Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası www.meseyazilim.com) 30.09.2009. Yarg. 13. HD. 2002/12143 E. 2003/1022 K. 03.02.2003 T.'li karar "...davalı tacir değildir. BK. nun 161/son maddesi gereğince hakim cezai şart miktarını fahiş bulursa tenkisle mükelleftir." Yarg. 13. HD. 2002/11115 E. 2003/2 K. 02.01.2003 T.'li karar "Taraflar cezanın miktarını tayin etmekte serbest iseler de, BK. 161/son maddesi hükmüne göre, hakim fahiş gördüğü cezaları resen tenkis etmekle yükümlüdür." www.dominanthukuk.com 25.04.2010 Yarg. 9. HD. 2002/3672 E. 2002/4040 K. 13.03.2002 T.'li kararı "...Mahkemece Toplu İş Sözleşmesinin 16. maddesinde öngörülen tazminat hüküm altına alınmış ise de bunun bir cezai şart niteliğinde olduğu düşünülmezsizin Borçlar Kanunu 161/son maddesi uyarınca indirim yapılmaması hatalıdır. Gerçekten öngörülen tazminat miktarı çok fazladır..." denilmektedir. (Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası www.meseyazilim.com) 30.09.2009. Aynı yönde Yarg. 11. HD. 1998/9441 E. 1999/1521 K. 25.02.1999 T. (Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası www.meseyazilim.com) 30.09.2009.

6. Borçlunun Tacir Olmaması

TK m. 20/2'ye göre, her tacir, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmekle yükümlüdür. Bu hüküm, tacire belli durumlarda daha önce taahhüt etmemiş olduğu bazı edimler yüklemesi veya tacirin daha geniş bir sorumluluk altına sokması şeklinde, “yükümlülüklerini artıran” bir hükümdür. Bu madde kapsamında değerlendirildiğinde, tacirler cezai şartın indirilmesi için kanunun öngördüğü koruyucu hükümlerden yararlanamamaktadırlar.

Borçlar Kanununda cezai şartın indirilmesini isteyen borçlunun tacir olmaması gerektiğine ilişkin bir düzenleme olmamakla birlikte, Türk Ticaret Kanununun 24. maddesinde, tacirin cezai şartın tenkisini isteyemeyeceği açık bir şekilde hükme bağlanmıştır. Söz konusu düzenleme, “Tacir sıfatını haiz bir borçlu, Borçlar Kanununun 104 üncü maddesinin 2 nci fıkrasıyla 161 inci maddesinin 3 üncü fıkrasında ve 409 uncu maddesinde yazılı hallerde, fahiş olduğu iddiasıyla bir ücret veya cezanın indirilmesini mahkemeden isteyemez⁵²⁵” hükmüne yer vermektedir. Alman Medenî Kanununda da tacir olan borçlunun cezai şartın aşırı olduğunu ileri sürerek indirilmesini isteyemeyeceğine ilişkin bir düzenleme yer almamakla birlikte, Alman Ticaret Kanununun 348. maddesinde, tacirin, ticari işletmesi ile ilgili olarak kararlaştırdığı cezai şartın, Alman Medeni

⁵²⁵ Yargıtay müstekar kararlarıyla tacir sıfatını haiz borçlunun cezanın fahiş olduğundan bahisle indirim talebinde bulunamayacağını açıkça düzenlemiştir. Yarg. 15. HD. 1989/2984 E. 1990/685 K. 02.12.1990 T.'li kararında, tacir sıfatını taşıyan bir borçlunun cezai şart miktarını indirmek amacı ile açtığı davada “...Yapılan iş Türk Ticaret Kanununun 12. madde hükmünce ticari olduğu gibi davalı yükleniciler açısından da tamamıyla ticari mahiyettedir. Öte yandan, tacir sıfatını haiz olan bir borçlu fahiş olduğu iddiası ile cezanın indirilmesini mahkemeden isteyemez.” Yarg. 19. HD. 2007/6734 E. 2008/547 K. 29.01.2008 T' li kararında “Taraflar tacirdir. TTK'nin 24. maddesi uyarınca tacir sıfatına haiz bir borçlu BK' nın 161/3. maddesinde yazılı hallerde fahiş olduğu iddiası ile cezai şarttan indirim yapılmasını mahkemeden isteyemez. Mahkemece anılan yasa hükmü gözetilmeden cezai şarttan indirim yapılması doğru olmadığı gibi hükmedilen miktarlara yürütülmesi kararlaştırılan faizin hangi tarihten itibaren başlayacağını kararda açıklanmamış olması da isabetsizdir.”denilmektedir. www.dominanthukuk.com 25.04.2010 Yarg. 15. HD. 2003/808 E. 2003/3457 K. 24.06.2003 Tarihli kararı“Kooperatif başkan ve yönetim kurulu üyeleriyle akrabalığı veya organik bağı bulunan kişilerle yapılan sözleşmeler geçersiz olup, mahkemece bu husus üzerinde durulmadığı gibi esasen davalı Yapı Kooperatifi olup, tacir sıfatını taşımadığından B.K.nunun 161. maddesi uyarınca kararlaştırılan cezanın tenkis olunması da mümkündür. www.dominanthukuk.com 25.04.2010

Kanununun 343. paragrafı uyarınca indirilmesinin istenemeyeceği düzenlenmiştir. Alman Medeni Kanununun 348. paragrafında, cezai şartın indirilmesini istememe açısından, sadece tacir sıfatının varlığı yeterli görülmemiş, söz konusu cezai şartın ticari faaliyet çerçevesinde kararlaştırılmış olması aranmıştır⁵²⁶. Oysa, Türk Ticaret Kanununun 24. maddesinde, ticari iş ayrımı yapılmaksızın, sadece tacir sıfatına bağlı olarak, cezai şartın indirilmesinin istenilmesi yasaklanmıştır. Ancak, söz konusu hükmün lafzi ifadesi, tacir sıfatına bağlı olarak cezai şartın indirilmesinin istenemeyeceği şeklinde anlaşılrsa da, Yargıtay ve doktrin⁵²⁷, söz konusu hükmü tacirin ticari iş niteliğindeki işlemlerinde kararlaştırılan cezai şart açısından kabul etmektedir⁵²⁸.

⁵²⁶ OLG Hamm, Urteil vom 05.07.1994, 21 U 20/94, IBR 1995, s.246.

⁵²⁷ Bu görüşte olan yazarlar için bkz. ARKAN, Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara 2004, s.139; İMREGÜN, Oğuz, **Kara Ticaret Hukuku Dersleri**, İstanbul 1996, s.41; KARAHAN, Sami, **Ticari İşletme Hukuku**, Konya 2009, s.96-97; OĞUZMAN/ÖZ, s.913. Aksi görüş için bkz. KOCAĞA, s.259-260; KARAHAN, s.96, dn. 58'de belirtilen yazarlar.

⁵²⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2.2.2005 tarihli ve 2004/9, 2004/759 E. ve 2005/9 K. sayılı kararından: "...Taraflar arasında, davacının davalı şirkette genel müdür olarak çalışması konusunda 06.04.2001 günlü ve altı yıl süreli sözleşme düzenlenmiş, 6. maddede, işverenin sözleşmeyi haksız şekilde feshetmesi halinde, İş Kanunu'ndan doğan hakların yanı sıra, sözleşme süresinin bitimine kadar geçecek süreye ait ücret, ikramiye, prim ve ferilerinin işçiye tazminat olarak ödeneceği belirtilmiştir. Davalı, 21.02.2003 tarihli yazı ile sözleşmeyi 1475 sayılı İş Kanunu'nun 13. maddesi uyarınca feshettiğini davacıya bildirmiştir.... Hukuk Genel Kurulu'ndaki görüşme sırasında; davalının anonim şirket statüsünde olması nedeniyle, Türk Ticaret Kanunu'nun 24. maddesindeki hüküm karşısında, somut olayda Borçlar Kanunu'nun 161/3. maddesi çerçevesinde cezai şart tutarından indirim yapılmasına hukuken olanak bulunup bulunmadığı hususu da tartışılıp, değerlendirilmiştir... Gerçekten, Hukuk Genel Kurulu'nun 15.10.1997 gün ve 1997/9, 1997/486 ve 1997/822 sayılı kararında, aynı ilkelere vurgu yapılmak suretiyle, tacir statüsünde olmasının, iş akdindeki cezai şart bakımından Türk Ticaret Kanunu'nun 24. maddesindeki kuralın işveren hakkında uygulanmasını gerektirmeyeceği; eş söyleyişle, cezai şart borçlusu işveren tacir de olsa, Borçlar Kanunu'nun 161/3. maddesindeki emredici hüküm uyarınca, fahiş görüldüğü takdirde cezai şarttan re'sen indirim yapılmasının zorunlu bulunduğu kabul edilmiştir. Görüşme sırasında çoğunluk bu görüşü benimsemiş, eldeki davada Borçlar Kanunu'nun 161/3. maddesinin uygulama yerinin bulunduğu kabul edilmiştir....".

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bu kararı çoğunlukla verilmiş olup, azınlıkta kalan görüş, sözleşmenin niteliğine bakılmaksızın tacir olan borçlunun cezai şartın indirilmesini istemeyeceği noktasında muhalefet şerhi koymuştur. Konunun önemi ve daha iyi anlaşılması açısından, muhalefet şerhini de kısmen aktarıyoruz:

"..Azınlık ile çoğunluk görüşleri arasındaki uyumsuzluk, işveren şirket ile genel müdürlük görevine getirilen kişi arasında düzenlenen hizmet sözleşmesinde kaynaklanan cezai şart alacağına TTK'nun 24'üncü maddesinin uygulanıp uygulanamayacağı noktasında odaklanmaktadır. Uyuşmazlık konusunu oluşturan TTK'nun 24'üncü maddesi hükmüne göre, tacir sıfatını taşıyan borçlu, BK'nun 161/3'üncü maddesine dayanarak fahiş olduğu iddiası ile herhangi bir sözleşmede, sözleşmenin ifasını sağlamaya yönelik olmak üzere kabul edilmiş bulunan cezanın diğer bir deyişle, cezai şartın indirilmesini mahkemeden isteyemez. Öncelikle belirtmek gerekir ki madde hükmü, mahkemeye yönelik olarak emredici bir şekilde oluşturulduğuna göre, bu hükmün mahkemelerce resen dikkate alınması gerekir. "Tacir olmanın hükümleri" üst başlığının kapsamında ve "Ücret ve cezanın tenkisi" alt başlığı altında düzenlenen bu hükümle, tacir olan kişilerin, ticari işlerini yürütürken, tacir olmayanlara göre, daha çok riziko altına girmelerinin doğal sonucu

Tacir sıfatını haiz borçlu, sözleşmenin içerdiği cezai şart miktarının ekonomik açıdan mahvına neden olacak derecede yüksek olduğu durumlarda, cezai şartın tamamen kaldırılmasını veya makul düzeye indirilmesini isteyebilir⁵²⁹. Aslında bu halde, uygulanacak hüküm Borçlar Kanununun 161. maddesi değil, cezai şartın ahlaka aykırı olması nedeniyle geçersiz sayılmasına ilişkin Borçlar Kanununun 20. maddesidir⁵³⁰. Ancak, bu durum hakimin, aşırı cezai şartın indirilmesiyle ilgili, Borçlar Kanununun 161. maddesinin son fıkrasını uygulamasına engel olmasa gerektir⁵³¹. Burada dikkat edilmesi

olarak yine TTK'nun 20/2. maddesi gereğince basiretli bir tacir gibi davranma yükümlülüğünün bir sonucu olduğu kabul edilmektedir. Tartışmalar sırasında ileri sürülen çoğunluk görüşüne göre, İş Kanunu hükümlerine tabi bir hizmet sözleşmesinde TTK'nun 24'üncü maddesinin uygulanamayacağı kabul edilmiş ve İş Kanunu hükümlerinin T. Ticaret Kanunu hükümlerine nazaran daha özel bir düzenleme olduğu savunulmuştur. Bu görüşün hukuksal hiçbir dayanağı bulunmamaktadır. Zira, TTK'nun 24' üncü maddesi hiçbir sözleşme şekli ve niteliğinden söz etmeksizin, salt sözleşme borçlusunun tacir olması halinde cezai şart sorumluluğunu düzenlemiş bulunmaktadır. Bir başka ifade ile, TTK'nun 14'üncü maddesi hükmü gereğince, bir ticari işletmeyi kısmen dahi olsa kendi adına işleten kimse tacir sıfatını taşır ve yine aynı yasanın 3'üncü maddesi hükmü uyarınca ticari şekilde işletilen bir müessesenin bütün eylem ve işlemleri ticari iş kapsamındadır. Bu durumda tacir sıfatını taşıyan borçlunun, borcun kaynağı olan sözleşme tipine bakılmaksızın bu hükme tabi sorumluluğunun bulunduğu kabulü zorunludur... Kaldı ki, İş Hukukundan kaynaklanan bu tür uyuşmazlıklarda işçi lehine yorum yapılması ilkesi de yukarıda açıklanan sonuca varılmasını gerektirmektedir. Bütün bu açıklamalar karşısında...cezai şartın bir bölümünün indirilmiş hali ile kurulan hükmün onanması düşüncesi ile sayın çoğunluğun görüşüne karşı oy kullanmış bulunmaktayız...”, (www.kazanci.com.tr) 27.10.2009.

⁵²⁹ EREN, s. 1142; KILIÇOĞLU, s.541-542.; VON TUHR/ESCHER. s. 284; YHGK. 20.3.1974 tarih ve E. 1970/T- 1053, K. 1974/422 sayılı kararında, "... Cezai şart borçlunun iktisaden mahvına sebep 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 İptal edilebilir." içtihadında bulunmuştur. Bu karar için bak. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 358, N. 20 d. Aynı şekilde. Yargıtay 15 Hukuk Dairesi'ne göre de, "Tacir olan bir borçlu ... fahiş olduğu iddiasıyla cezanın indirilmesini mahkemeden isteyemez. Öte yandan. Taraflar arasında noterde düzenlenen sözleşmenin 12. maddesinde öngörülen 50.000 lira tutarındaki seçimlik ceza, miktar itibariyle davalının mahvına yol açacak bir düzeyde değildir. Yarg. 5.HD. 26.10.1984 T, 1984/1505 - 3252 sayılı Karar. Bu karar için bak. KOSTAKOĞLU, s. 375. Karar No. 66. Yüksek Daire başka bir kararında da. "...Davalı, Cezai şartın fahiş olduğunu ve iktisaden mahvına neden olacağını savunmuştur. Gerçekten TTK.' nun 24 ve BK.' nun 161 /son maddeleri uyarınca tacir olan bir şahsın (şirketin) cezanın fahiş olduğundan bahisle tenkisini istemeye hakkı bulunmamakta ise de, kararlaştırılan ceza borçlunun iktisaden mahvını mucip olacak derecede ağır ve yüksek ise adap ve ahlaka aykırı sayılarak tamamen veya kısmen iptali mümkündür. Nitekim bu husus Yargıtayın içtihatları ile de benimsenmiştir (HGK 20.3.1974 T. 1970/T- 1053 E. 222 K. Sayılı karar). Ancak mahkemece cezanın bu niteliğine yönelik savunma üzerinde durulmamış ve bu konuda bir araştırma yapılmamış olduğundan yukarıda belirtilen HGK. karar ışığı altında mahkemece araştırma yapıp gerektiğinde bilirkişiden de mütalaa alınarak cezanın tenkisinin mümkün olup olmadığının tartışılması ..."gerekir demiştir. 15. HD. 1992/5216 E. 1992/3281 K. 24.06.1992 T. Bu karar için bak. **UYGUR**, s. 731.

⁵³⁰ ÇINAR, **Cezai Şart** s.105; GAUCH/SCHLUEP, II. N. 3940. Genel ilkedden sapan ve Kanunun genel sistemine aykırı olan bu düzenlemenin eleştirisi için bak. VON TUHR/ESCHER, s. 284; İNAN, s. 432; OĞUZMAN/ÖZ, s. 913; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 359.

⁵³¹ EREN, s. 1142; KILIÇOĞLU s.541-542; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 359.

gereken nokta, bir cezai şartın ahlaka aykırı sayılması için, sadece aşırı olması yetmemekte, aynı zamanda, söz konusu cezai şartın borçlunun ekonomik açıdan mahvına sebep olacak nitelikte olması gerekir. Tacir, ekonomik açıdan mahvına sebep olacak cezai şartın, ahlaka aykırı olduğunu ileri sürebilse de, cezai şart, bir karşı edime karşılık oluşturmadığından, borçlunun gabin hükümlerine başvurması mümkün değildir⁵³².

D. İndirim Miktarının Belirlenmesi

1. Genel Olarak

Borçlar Kanunu'nda hakimin aşırı cezai şartın indirmekle yükümlü olduğu belirtilmiş olmakla birlikte, bu konuda herhangi bir kriter ve sınırlama getirilmemiştir. Alman Medeni Kanunu'nun 343. paragrafında ise, hakimin aşırı olan cezai şartı uygun miktarda indirebileceği belirtilmiş ve indirimin yapılmasında alacaklının tüm menfaatlerinin göz önünde tutulması gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre, tarafların sözleşme özgürlüğü çerçevesinde yaptığı bir sözleşmeye müdahale eden hakim, takdir yetkisini objektif kriterlerden yararlanarak, hakkaniyete uygun şekilde kullanılmalıdır⁵³³.

Hakimin fahiş cezai şartları indirme yükümlülüğü akit ve akdin içeriğini belirleme serbestisine istisna teşkil etmektedir. Bu nedenle hakim, objektif sebeplerin ortaya çıkması durumunda indirim yapması gerektiği kabul edilmelidir. Buna göre, hakim, önce cezai şartın aşırı olup olmadığını takdir edecek, cezai şartın aşırı olduğu sonucuna varırsa da, objektif ölçütlerden yararlanarak, cezai şartı makul bir seviyeye indirecektir. Makul bir seviyeye indirmekten amaç, cezanın, alacaklının haklı bütün menfaatlerini karşılaması ve borçlunun aşırı bir cezai şart yükü altında ezilmemesidir. Hakim, ceza miktarında indirim yaparken, tarafların ve özellikle alacaklının sözleşmeden elde edeceği menfaat durumunu, borçlunun kusurunu, alacaklının zararını, borçlunun ödeme gücünü göz önünde tutmalıdır. Ancak, hakim cezai şartı indirirken, takdir yetkisini subjektif değerlendirmelerle, dilediği

⁵³² EREN, s. 1142; VON TUHR/ESCHER, s. 284.

⁵³³ MÜNCHKOMM/GOTTWALD, Art.343, Rn.17a; VON TUHR, s.772.

gibi kullanarak indirim yoluna gitmemeli, cezai şartın borçluyu ifaya zorlayan tazyik özelliğini gözden uzak tutmamalı, ceza miktarını indirirken cezai şartın bu işlevinin ortadan kalkmamasına özen göstermeli, ceza miktarı adalet ve hakkaniyete açıkça aykırılık teşkil etmiyorsa sözleşmeye müdahaleden özellikle kaçınmalıdır⁵³⁴.

Yarg. HGK kararında⁵³⁵, bir olayda, cezai şart miktarının fahiş olup olmadığı belirlenirken hangi kriterlerin esas alınacağını belirtilmiştir. Buna göre; Tarafların

⁵³⁴ TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart** s. 157; TUNÇOMAĞ, s. 880 vd.; KOCAAĞA, s.228 vd. ATF. 21 II 645 (BİLGE, **Cezai Şart**, s. 420 atfen).

⁵³⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2.2.2005 tarihli ve 2004/9-759 E. ve 2005/9 K.sayılı kararından: "...Somut olayda cezai şart miktarının fahiş bulunup bulunmadığı noktasında ortaya çıkan uyumsuzluğun değerlendirilmesine gelince; Bu noktada, cezai şartta indirim konusunda şu kısa ve genel açıklamanın yapılmasında yarar görülmüştür: Kural olarak, taraflar cezai şart miktarını tayinde serbesttirler. Ancak, kararlaştırılan cezai şartın borçlu üzerinde adalete aykırı sonuçlar doğurmaması da gerekir. Borçlar Kanunu'nun 161/3. maddesi hükmü uyarınca, hakim fahiş gördüğü cezaları indirmekle yükümlüdür. Bu hüküm, emredici nitelikte olduğundan hakim tarafından re'sen gözetilmelidir; borçlunun bu yolda bir talebinin bulunması aranmaz. Ancak, cezai şart ödenmişse, hakim bunu daha sonra indiremez. Borçlu, cezai şartın indirilmesini isteme hakkından önceden feragat edemez; Borçlar Kanunu'nun 161/3. maddesiyle hakime bırakılan bu konuda, taraflarca yapılan kararlaştırma, aynı kanunun 19. maddesine göre geçerli değildir.

Bir olayda, cezai şart miktarının fahiş olup olmadığı belirlenirken;

- Tarafların ekonomik durumları, özel olarak borçlunun ödeme gücü,
- Alacaklının, asıl borcun ifa edilmesi halinde elde edeceği yarar ile, cezai şartın ödenmesinin sağlayacağı yarar arasındaki makul 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,

Ölçüt alınmalı ve sonuçta hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun bir cezai şart miktarına hükmedilmelidir. Hakimin, bu kuralı uygularken kullanacağı takdir hakkının, Yargıtay denetimine elverişli esaslara dayanması da zorunludur. Yine, fahişliğin belirlenmesinde, cezai şartın borcunu yerine getirmesi için borçlu üzerinde, hukuk düzeninin izin verdiği manevi bir baskı aracı olduğu da gözden kaçırılmamalı, bu baskının ortadan kaldırılmasına yol açacak biçimde indirimden kaçınılmalıdır. Yerel mahkemelerin, bu ilkeleri gözden uzak tutarak ve dayanaklarını da göstermeksizin yapacağı indirimler, Yargıtay'ın kanun gereğince yaptığı hukuka uygunluk denetiminin kapsamında, bozma nedeni oluşturur.

Uyumsuzluk bu ilkeler ışığında değerlendirildiğinde:

Ülkemizdeki genel çalışma koşulları, benzer nitelikteki görevleri yerine getiren , başka kişilere ödenen ücretlerin genel düzeyi, davacının fesihle aynı gün sözleşmeden önceki asıl görevi olan üniversitedeki öğretim üyeliğine dönmüş olması ve somut olayın tüm diğer özellikleri gözetildiğinde; sözleşme uyarınca fesihden sonraki süreye göre hesaplanan ve fahiş olduğu tarafların, yerel mahkeme ile özel dairenin kabulünde bulunan cezai şart miktarında, yerel mahkemece bozmaya uyularak yapılan % 60 oranındaki indirim sonucunda hüküm altına alınan tutar; tahakkuk edecek faiz miktarı ile birlikte değerlendirildiğinde, Borçlar Kanunu'nun 161/3. maddesindeki emredici hükmün amaçladığı, adil ve hakkaniyete uygun sonucu ortaya koymaktan uzak; dolayısıyla yapılan indirim yetersizdir. Böylesi bir sonuca ulaşılabilmesinin, yukarıda açıklanan ilkeler çerçevesinde, daha yüksek oranda bir indirimle mümkün olacağı benimsenmiştir. Hal böyle olunca, yerel mahkemece, aynı yöndeki özel daire bozma kararına uyulması gerekirken, olaya uygun düşmeyen gerekçelere dayalı önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır..." (www.kazanci.com.tr) 27.10.2009.

ekonomik durumları, özel olarak 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 ölçüt alınmalı ve sonuçta hak, adalet ve nefaset kurallarına uygun bir cezai şart miktarına hükmedilmelidir. Hakimin, bu kuralı uygularken kullanacağı takdir hakkının, Yargıtay denetimine elverişli esaslara dayanması da zorunludur. Yine, fahişliğin belirlenmesinde, cezai şartın borcunu yerine getirmesi için borçlu üzerinde, hukuk düzeninin izin verdiği manevi bir baskı aracı olduğu da gözden kaçırılmamalı, bu baskının ortadan kaldırılmasına yol açacak biçimde indirimden kaçınılmalıdır.

Makul bir seviyeye indirmekten amaç; cezanın, alacaklının haklı bütün menfaatlerini karşılayacak, borçluyu adalet ve hakkaniyete aykırı şekilde baskı altında bırakmayan bir dereceye indirilmiş olmasıdır⁵³⁶.

Hakim cezai şartı indirirken cezai şartın hukuki niteliğini de gözden uzak tutmamalıdır. Alacaklı cezai şarttan tazminat yanı sıra borçlu üzerinde tazyik yapma amacı da gütmüş olabilir. Böyle bir durumda, alacaklı ile borçlunun menfaatleri arasında denge kurulmaya çalışılması cezai şartın niteliğiyle bağdaşmaz⁵³⁷. Diğer bir deyişle, cezai şartın gayesinin ceza, tazminat veya her ikisinin de birlikte olduğu durumlarda uygun cezanın miktarının birbirinden farklı olması doğaldır.

2. Borçlu ve Alacaklının Menfaat Durumu

Cezai şart miktarında indirim yapılırken, her iki tarafın menfaatlerinin karşılıklı olarak değerlendirilmesi gerekir. Cezai şart miktarının fahiş olması adalet ve hakkaniyete

⁵³⁶ SEELİGER, 29-30 (TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart** s. 157, dn. 61'den atfen).

⁵³⁷ TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart** s. 157. ; VON TUHR, s. 772.

aykırılık teşkil ettiği gibi, indirim sonucunda borçlunun ödemekle yükümlü tutulduğu edim de alacaklının menfaatlerini koruma bakımından adaletsiz olmamalıdır.

Alacaklının menfaatlerinin değerlendirilmesinde sadece mali değerdeki unsurlar değil, sözleşmenin ifasından beklenen bütün haklı menfaatlerin hatta manevi değerlerin de dikkate alınması gerekir⁵³⁸. Sözleşmenin ifasının borçlu için bir fayda sağlamadığı veya alacaklıya göre, daha az menfaat sağladığı hallerde ceza miktarı aşırı ise, indirim daha fazla oranda yapılabilir. Özellikle sadece borçluya bir yükümlülük yükleyen sözleşmeler açısından, cezai şartın aşırı olduğu çok sıkı bir şekilde değerlendirilmeli ve indirim yapılmalıdır. Borçlu, sözleşmeye aykırılık nedeniyle önemli menfaatler elde etmiş ya da elde etmeyi ihmal etmiş ise, hakimin indirimden kaçınması gerekir. Ancak, borçlunun, bu nedenle elde ettiği menfaat az ise, bu durum, diğer indirim sebepleri göz önünde tutularak incelenmelidir⁵³⁹.

3. Borca Aykırılıktan Doğan Zarar Miktarı

Kural olarak, alacaklı borcun ifa edilmemesi nedeniyle hiçbir zarara uğramasa da, koşullar mevcutsa, cezai şartın ödenmesi gerekir. Cezai şartın istenmesi açısından alacaklının zararı araştırılmasa da, aşırı cezai şartın indirilmesi söz konusu olduğunda, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle alacaklının uğramış bulunduğu zararın göz önünde tutulması gerekir⁵⁴⁰. Ancak, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle meydana gelen zararın cezai şarttan az olması, tek başına, aşırı cezai

⁵³⁸ MÜNCHKOMM/GOTTWALD, Art.343, Rn. 17a; PRÜTTING/WEGEN/WEINREICH, Art.343, Rn.10; BİLGE, **Cezai Şart**, s. 121; UYGUR, s. 820; VON TUHR, s. 772; AMK, 343, Cezanın fahiş olup olmadığının takdirinde yalnız maddî menfaatlerin değil, alacaklının her türlü menfaatlerinin değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir; Yargıtay 4 HD. 26.10.1972, E. 2906/K. 8364; Yarg. 13 HD. 3.10.1988 T. 2765 E/4383 K S'lı ilamı, "Alacaklı tarafından açılmış bir tahsil davası bulunmazsa, cezai şartın aşırı olup olmadığı tartışma konusu yapılamaz." (YKD. Kasım, 1989, s. 1597).

⁵³⁹ BİLGE, **Cezai Şart**, s. 123; KOCAAĞA, s.231 ÇINAR, **Cezai Şart** s.108.

⁵⁴⁰ MÜNCHKOMM/GOTTWALD, Art.343, Rn.17a; VON TUHR, s.772. aynı yönde Yarg. 13 HD. 1.2.1974 T. 168 R./232 K. sayılı ilamı, "Cezanın aşırı olup olmadığının belirlenmesinde, sözleşmenin yerine getirilmesinden ötürü davacının uğradığı zararın saptanması gerekir." Aynı yönde, Yarg 15. HD. 2008/7818 E. 2009/3871 K. 26.06.2009 T.'li kararı www.dominanthukuk.com 25.04.2010 Yarg. HGK. 3.10.1973 T. 1971/4 E. 751 K. S'lı ilamı. Diaport Mevzuat ve İçtihad Programı www.diaport.com 12/10/2009.

şartın indirim yapılması için yeterli değildir. Belirtmek gerekir ki, cezai şartın aşırı olduğunu, borçlu ispatlamak zorunda olsa da, indirim miktarının belirlenmesi açısından, alacaklının zararının miktarını alacaklı ispat etmelidir. Öyle ki, borçlunun, alacaklının uğradığı zararı ispat etmesi, özellikle alacaklının zararının olmadığı durumlarda mümkün olmayacaktır⁵⁴¹.

Cezai şartın, rekabet yasağı gibi, alacaklı açısından özellik arz eden bir durum için ya da süreklilik arz eden borçlara ilişkin olması hallerinde, doğacak zararların ispatı alacaklı açısından güçlük ve sıkıntı doğurabilecektir. Bu gibi durumlarda, hakim, henüz doğmamış olmakla birlikte, ileride doğması muhtemel zararları da dikkate alması gerekmektedir⁵⁴².

4. Borçlunun Kusuru

Borçlunun kusurunun ağırlık derecesi de cezai şartın indiriminde göz önünde tutulmalıdır. Bu durum, daha çok, Borçlar Kanununun 161. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen düzenleme açısından uygulama alanı bulacaktır. Söz konusu hükümde, borçlunun sorumlu olmadığı ifa imkansızlığı halinde aksine bir sözleşme yoksa cezai şartın istenemeyeceği belirtilmiştir. Buna göre, taraflar, aksine bir sözleşme yapmışlarsa, ifanın borçlunun kusuru olmaksızın imkansızlaşması halinde, cezai şartın istenmesi mümkün olacaktır. İşte, borçlunun sorumlu olduğu ifa imkansızlığı veya borçlu sorumlu olmasa bile, sözleşme gereği cezanın istenebildiği durumlarda, borçlunun kusuru, cezanın indirilmesi açısından önem arz edecektir. Borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinde, borçlu hafif kusurlu ise, cezai şarttan bir miktar indirim yapılması da olağan karşılanmalıdır⁵⁴³. Borçlu tarafından sözleşmenin ifası mümkün iken ifa edilmemişse, borçlu alacaklıyı zarara uğratmak kastıyla hareket etmiş ya da hile, kin, intikam hırsı gibi hoş görülmeyen saiklerle

⁵⁴¹ KOCAAĞA, s. 234; BİLGE, **Cezai Şart**, s. 123.

⁵⁴² BİLGE, **Cezai Şart**, s. 122; UYGUR, s. 817; VON TUHR, s. 770; Yarg. HGK, 3.10.1973 T. E. 1971 4-391- K. 73-751. Diaport Mevzuat ve İctihad Programı www.diaport.com 12/10/2009.

⁵⁴³ EREN, s.1141;TUNÇOMAĞ, s.884. BİLGE, **Cezai Şart**, s. 123.

hareket etmiş olması halinde ise, cezadan ya hiçbir indirim yapılmamalı ya da indirim miktarı çok sınırlı tutulmalıdır⁵⁴⁴. Bunun yanında, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinde, borçlunun kusurunun yanında alacaklının da müterafik kusuru bulunmaktaysa, indirimde bu husus da göz önünde tutulmalıdır⁵⁴⁵. Bu konuda, Borçlar Kanununun 98. maddesinin ikinci fıkrası atfıyla, aynı Kanunun 44. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen hükümden yararlanılabilir. Söz konusu hükümde, alacaklının zararın meydana gelmesinde ya da artmasında kusuru olduğu takdirde, hakimin tazminat miktarını indirebileceği düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca, alacaklının kusuru, indirim açısından göz önünde tutulmalıdır⁵⁴⁶.

5. Tarafların Ekonomik Durumu

Cezadan yapılacak indirimin belirlenmesinde tarafların ve özellikle borçlunun ödeme gücü göz önünde tutulmalıdır⁵⁴⁷. Borçlu, ödemek zorunda kaldığı cezai şart yüzünden, büyük ekonomik sıkıntılara düşecekse, ceza miktarı borçlunun ödeme gücü oranında belirlenmelidir. Burada da, Borçlar Kanununun 98. maddesinin ikinci fıkrası atfıyla, aynı kanunun 44. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen hükümden yararlanılabilir. Söz konusu hükme göre, “Eğer zarar kasten veya ağır bir ihmâl veya tedbirsizlikle yapılmamış olduğu ve tazmini de borçluyu müzayakaya maruz bıraktığı takdirde hakim, hakkaniyete tevfikân zarar ve ziyânı tenkis edebilir.” Buna göre, yukarıda incelediğimiz üzere, borçlu sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinde kusurlu değilse veya hafif kusurlu ise, ekonomik açıdan cezai şartı ödeme gücü de yoksa, cezai şartın fahiş olması durumunda ceza miktarı uygun oranda indirilebilecektir⁵⁴⁸.

⁵⁴⁴ BECKER, m. 163, N. 16, s. 235; BİLGE, **Cezai Şart**, s. 123; VON TUHR, s. 772, dn. 70.

⁵⁴⁵ ATF 52 II 169; 61 II 238 (BİLGE, **Cezai Şart**, s. 123) ÇINAR, **Cezai Şart** s.109.

⁵⁴⁶ KOCAAĞA, s. 235. ; VON TUHR, s. 772.

⁵⁴⁷ MÜNCHKOMM/GOTTWALD, Art.343, Rn.17a. BECKER, m. 163, N. 16, s. 235; BİLGE, **Cezai Şart**, s. 123.

⁵⁴⁸ KOCAAĞA, s.236; BİLGE, **Cezai Şart**, s. 123; VON TUHR, s. 772; ÇINAR, **Cezai Şart** s.109.

E. Cezanın Tamamen Kaldırılması

Cezai şartın indirilmesinde ölçünün ne olacağı ile ilgili kanunda açık bir hüküm bulunmadığından, bu konu doktrinde tartışılmıştır. Bu noktada bazı yazarlar, cezai şartın zarar miktarına kadar indirilebileceğini hatta asıl borcun ifasında alacaklının hiçbir menfaati yoksa cezai şartın tamamen ortadan kaldırılabilceği savunulmuştur⁵⁴⁹.

Türk Hukukunda çoğunlukla yazarlar, hakimin indirme yetkisinin hiçbir zaman cezai şartın tamamıyla kaldırılması yönünde kullanamayacağını kabul etmektedirler⁵⁵⁰. Nasıl ki, hiçbir zarar olmasa da cezai şart ödenmesi gerekiyorsa, aynı nedenle cezai şartın tamamının indirilmesi mümkün olmayacaktır⁵⁵¹.

Borçlar Kanunu m. 161/I'in metninde sadece indirimden söz edilmiş olması, buna karşılık BK. 44/I'de⁵⁵² olduğu gibi, tamamen kaldırabileceğinden söz edilmemiş olması da kanun koyucunun amacının bu yönde olmadığını göstermektedir⁵⁵³.

Bu hususta sonuç olarak, sözleşme serbestisi ve pacta sunt servanda (ahde vefa) ilkelerini sınırlayan ve hakime olağan işleri dışında ayrık bir yetki tanıyan hükmün dar

⁵⁴⁹OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 163, N.13; FUNK, s. 232; VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR, s.338; Alacaklının tazminata ilişkin kurallara göre elde edeceği miktarı asgari sınır olarak kabul eden BECKER Art. 163 OR, N. 9. Ayrıntılı bilgi için bkz. KOCAAĞA, s.250.

⁵⁵⁰BİLGE, **Cezai Şart**, s. 124; KANIK, s. 1079; OĞUZMAN/ÖZ, s. 912; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 158.

⁵⁵¹TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 158. 12 Ekim 1908 Tarihli Müttehassıslar Komisyonunda cezai şartın tamamen kaldırılmasını açıkça mümkün kılmak konusundaki teklif reddedilmiştir. OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 163, N. 12, s. 959.

⁵⁵²BK. m.44 - Mutazarrır olan taraf zarara razı olduğu yahut kendisinin fiili zararın ihdasına veya zararın tezayüdüne yardım ettiği ve zararı yapan şahsın hal ve mevkiini ağırlaştırdığı takdirde hakim, zarar ve ziyan miktarını tenkis yahut zarar ve ziyan hükmünden sarfınazar edebilir.

⁵⁵³BİLGE, **Cezai Şart**, s. 124; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 158. Alman Medeni Kanunu açısından da bakıldığında Becker şerhinde, tatbikattan gösterilen on dokuz örneğin hiç birinde mahkemece cezai şartın tamamen kaldırılmamış olması, mehz kanun uygulaması açısından cezanın tamamının indiriminin kabul edilmediğini göstermektedir. BECKER, m. 163, N. 24, s. 237-238.

yorumlanması gerekir⁵⁵⁴. Bu nedenle hakimin indirim yetkisinin kapsamı tartışılrsa da bu yetkinin cezanın tümüyle kaldırılmasını içermediğinin kabulü gerekir.

⁵⁵⁴ Yarg. HGK. 4/2 E. 1961/10 K. 08.03.1961 T. (KARAHASAN, *Cezai Şart* s. 1359).

BEŞİNCİ BÖLÜM

CEZAI ŞARTIN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ VE SONA ERMESİ

I- CEZAI ŞARTIN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ

Cezai şartın hükümsüzlüğü; asıl borcun hükümsüzlüğünden ya da asıl borcun geçerli olmasına karşılık fer'i nitelikteki cezai şartın butlanından kaynaklanabilir.

A. Asıl Borca Bağlı Olarak Cezai Şartın Hükümsüzlüğü

Borçlar Kanunu kefalettaki durumun aksine⁵⁵⁵, cezai şartın geçerli bir borca dayanması gerektiğini açık bir şekilde hükme bağlamamıştır. BK. m. 161/II'de "Ceza, kanuna veya ahlaka (adaba) muğayir bir borcu teyit için şart edilmiş veya hilafına mukavele olmadığı halde borcun ifası borçlunun mesuliyetini icap etmeyen bir hal sebebiyle gayri mümkün olmuş ise, şart olunan cezanın tediyesi talep edilemez." ifadesine yer verilmek suretiyle, geçersiz bir borcu temin için kararlaştırılan cezai şartın da hükümsüz olacağını belirtmiş ancak tüm geçersizlik hallerini saymamıştır.

Bütün sözleşmeler bakımından geçersizliği düzenleyen genel kural BK. m.20⁵⁵⁶ olmakla birlikte, cezai şartla temin edilen asıl borcun geçersizliği konusunda BK. m.161/II'de hüküm vardır. Ancak BK. m. 161/II hükmünün esas itibarıyla BK. m. 19-20'ye

⁵⁵⁵ BK. m. 485 - Kefalet, ancak muteber bir borç hakkında cereyan eder. Müstakbel zamana muzaf yahut şarta muallâk bir borç, hüküm ifade edeceği zamanın hululü ve şartın tahakkuku halinde muteber olmak üzere kefalete rapt olunabilir. Hata yahut ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun mesuliyetini icap etmeyen bir akitten mütevellit borca kefalet, eğer kefil akdin borçlu yüzünden olan bu fesadına taahhüt esnasında vakıf ise muteber olur.

⁵⁵⁶ BK. m. 19 - Bir akdin mevzuu, kanunun gösterdiği hudut dairesinde, serbestçe tayin olunabilir. Kanunun kat'ı surette emrelediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet; ahlaka (adaba) veya umumi intizama yahut şahsi hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça, iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir. BK. m. 20 - Bir akdin mevzuu gayri mümkün veya gayri muhik yahut ahlaka (adaba) mugayir olursa o akit batıldır. Akdin muhtevi olduğu şartlardan bir kısmının butlanı akdi iptal etmeyip yalnız şart, lağv olur. Fakat bunlar olmaksızın akdin yapılmayacağı meczum bulunduğu takdirde, akitler tamamıyla batıl addolunur.

yönelik olduğu kabul edilmekte olup, madde de geçen “cezaî şartın istenemeyeceği” ifadesiyle kast edilen “butlan” yaptırımıdır⁵⁵⁷.

Teminat sözleşmeleri borcun tam ve gereği gibi ifa edilmesini sağlamak için yapılır. Asıl borcun ifasından bahsedebilmek için ise öncelikle asıl borcun hukuken geçerli bir borç olması gereklidir⁵⁵⁸. Asıl borç herhangi bir sebeple geçerli olarak meydana gelmemişse, onun ifasını temin eden fer’i nitelikteki cezaî şart, geçerlilik unsurlarını içerse bile geçersiz olur⁵⁵⁹. Bu durum aynı zamanda cezaî şartın fer’i bir borç olmasının doğal sonucudur.

Batıl bir akit⁵⁶⁰, başlangıçtan itibaren geçersiz bir hukuki muamele olup, hiçbir zaman geçerlilik kazanamaz ve hukuki sonuç ifa etmeyeceği için de butlan, zamanla da ortadan kalkmaz. Asıl borcun butlanını doğuran sebepler, fer’i nitelikteki cezaî şartı da aynı zamanda hükümsüz kılar⁵⁶¹.

Sözleşmelerin geçersizliğine yol açan nedenlerden biri, asıl borcun hukuka aykırı olması durumudur. Bir sözleşme içeriği itibariyle hukuk düzeninin emredici bir kuralıyla

⁵⁵⁷ Bkz. BİLGE, s.68; KOCAAĞA, s. 93. OSER/SCHÖNENBERGER, Art 163 OR, N. 2; FUNK, s. 232; ARSEBÜK s.983.

⁵⁵⁸ Kurulmuş bir sözleşmenin, tarafların istediği hukuki hüküm ve sonuçları meydana getirmemesine geçersizlik denir. VON TUHR/PETER s. 223; EREN s. 1134; BAŞPINAR, V. Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı, Ankara 1998 s. 20; OĞUZMAN/ÖZ, s.76.

⁵⁵⁹ TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 9 vd.; 81 vd.; BİLGE, **Cezai Şart**, s. 671; TÜKEL, s. 44; EREN, s.1135;

⁵⁶⁰ BK. m. 20 uyarınca; “Bir akdin mevzuu gayri mümkün veya gayri muhik yahut ahlaka (adaba) mugayir olursa o akit batıldır.” VON TUHR, s. 773; krş. TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart** s. 67; OĞUZMAN, s. 70 vd. KOCAAĞA, s. 83 vd. OĞUZMAN/SELİCİ, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)** 5. Bası İstanbul 1993, s.27 vd.; DURAL,M./ÖĞÜZ,T **Türk Özel Hukuku C.II Kişiler Hukuku**, 6. Bası 2004 s. 44 vd. ; OĞUZMAN, **Temel Kavramlar** s. 63 vd.; HATEMİ, H. **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları** İstanbul 1976, s.42 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı**, İstanbul 1968 s. 134 vd.

⁵⁶¹ Baştaki objektif imkansızlık, şekle aykırılık, muvazza, ehliyetizlik nedenlerine dayanarak batıl olan veya irade beyanı sakatlıkları, gabin gibi sebeplerle iptal edilen bir sözleşmeden kaynaklanan asıl borca ilişkin olarak kararlaştırılan cezaî şart geçersiz olacaktır. bkz. BK. m. 161/II OĞUZMAN/ÖZ s. 902; EREN s. 1134; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP s. 342 vd. VON TUHR, s. 764;Yarg. 19. HD. 2001/5430 E. 2001/6861 K. 26.10.2001 T.’li kararı “Benzin istasyonunun demiryolundaki seyrisifer emniyetini tehlikeye düşürmesi nedeniyle istasyona ruhsat verilemeyeceği anlaşıldığından, işletme ruhsatı alınmayacağı için sözleşmenin BK.nun 20. maddesi gereğince geçersiz olup, ölü doğduğu, bu sözleşmeye dayanarak davacı yapmış olduğu masrafları isteyemez, zira masrafların yapıldığı benzin istasyonuna işletme ruhsatı alınmasının mümkün değildir, davacının sadece davalıya verdiği teminatları isteyebilir, birleşen davanın davacı petrol ofisi de cezaî şart isteyemez. www.dominanthukuk.com 25.04.2010

çatıştığı takdirde, hukuka aykırılık söz konusu olur. Emredici hukuk kuralları tarafların aksine bir anlaşma yapamadıkları ve mutlak surette uyulması gereken kurallardır⁵⁶². Bu durumda emredici bir hukuk kuralına aykırı olan asıl borç da, bu borcu kuvvetlendiren cezai şart da batıl olur⁵⁶³.

Yasanın şekil (BK. m 11/II), ehliyet (TMK. m.15) ve içerik (TMK. m. 23) bakımından aradığı koşulları içermeyen hukuki işlem mutlak olarak geçersizdir⁵⁶⁴. Asıl borcun kanunda öngörülen şekil ve kapsamda olması gereklidir. Tarafların muvazaa yaptıkları ya da taraflardan birinin ayırt etme gücüne sahip olmadığı işlemlerde yaptırım butlandır. Aynı şekilde sözleşmenin kişilik haklarına aykırı olması durumunda da sözleşme mutlak olarak geçersizdir⁵⁶⁵. Asıl borcun geçersizliği, ferî nitelikte olan cezai şartı da geçersiz kılmaktadır.

⁵⁶² EREN, s. 1134; İNAN, s.139; TUNÇOMAĞ **Borçlar Hukuku** s. 249 vd.; KOCAAĞA, s. 94.

⁵⁶³ GÜNAY, s. 132. 6570 sayılı yasanın 1. maddesi hükmünce ve 18.4.1964 gün ve 2/4 sayılı içtihadı birleştirme kararında da açıklandığı üzere, musakkaf taşınmaz mal kiralari belli yerlerde sınırlı olup bu yasanın 2 ve 3. maddelerinin anayasa mahkemesince, iptal edilmiş olması bu sınırlılık esasını değiştirmiş değildir. Ancak bu sınırın ölçüsü iptal kararından önce ve sonraki dönemlerde ayrı ayrı uygulanmak gerektir. Kiraya verilen ve kira sözleşmesinden uyumsuzluk çıkan yerin sözleşmeye ek şartnamede musakkat bulunduğu ve belediye sınırları içinde olduğu açıklanmıştır. Bu konuda tereddüt veya uyumsuzluk çıktığı takdirde, dava gününden önceki durum ayrıca yapılacak bir soruşturma ile aydınlatılabilir. O halde ceza şartının, kiracı aleyhine kirayı arttırıcı bir sonuç doğuracağı gözetilerek, sözleşme şartlarının uygulanması sonunda, eylemli olarak ödenek kira ile (kira parası 11.11.1959 günlü içtihadı birleştirme kararında söz konusu edildiği gibi sınırlı kiradan çok az olup da) ceza şartı toplamı bu sınırı aşıyorsa yahut da esasen, kira sınırlı kira üzerinden kararlaştırılmış ise bu gibi durumlarda ceza şartı yasanın emrettiği sınırı aşmış olacağından şart geçersizdir. Mahkemenin bu durumu doğrudan doğruya (resen) gözetip araştırmadan verdiği karar bozulmalıdır. Yarg. 4. HD. 1967/7986 E. 1967/10049 K. 14.12.1967 T. www.dominanthukuk.com 25.04.2010

⁵⁶⁴ BK. m 11/II “Kanunun emrettiği şeklin şümul ve tesiri derecesi hakkında başkaca bir hüküm tayin olunmamış ise akit, bu şekle riayet olunmadıkça sahih olmaz.”

TMK. m. 15 “Kanunda gösterilen ayrık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hukukî sonuç doğurmaz.”

TMK. m. 23 “Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz.”

⁵⁶⁵ OĞUZMAN/SELİCİ, s. 27 vd.; DURAL, M./ÖĞÜZ, T s. 44 vd. ; OĞUZMAN, **Temel Kavramlar** s. 63 vd.; HATEMİ, H., s.42 vd.; KOCAMUSTAFAPAŞAOĞLU, s. 134 vd. Yargıtay, kira sözleşmesi yapılırken kiracı lehine konulan cezai şartı geçerli saymasına karşılık, kiracı aleyhine olan şartları hükümsüz saymakta, özgürlükleri aşırı derecede kısıtlamasa bile işçi işveren arasındaki cezai şartları tamamıyla ya da normal sınırları aştığı oranda batıl sayarak sosyal adaleti sağlamaktadır. Yarg. 13. HD. 1979/3966 E. 1979/4619K. 25.9.1979 T.; Yarg. 9. HD. 2000/2254 E. 2000/633 K. 27.4.2000 T. (Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası www.meseyazilim.com) 30.09.2009.

Borçlar Kanunu 161/II maddesinde, ahlâka ve adaba aykırı borcun ifasını temin etmek amacıyla kararlaştırılmış cezai şartın da batıl olduğu hüküm altına alınmıştır. Örneğin kumar ve bahisten doğan borcu kuvvetlendirilmesi veya teminat altına alınması amacıyla kararlaştırılmış olan cezai şart da hüküm ifade etmez. Çünkü kanun koyucu, cezai şart baskısının kullanılması yoluyla bu nevi eksik borçların güvence altına alınmasını engellemeyi amaçlamıştır⁵⁶⁶.

Kanunda açıkça belirtilmemiş olsa da, asıl borcun imkansızlık nedeniyle batıl olması cezai şartın feriliği ilkesi gereği kendiliğinden, cezai şartın hükümsüzlüğü neticesini doğurur⁵⁶⁷. Ancak başlangıçtaki imkânsızlıkla sonraki imkânsızlığı birbirinden ayırmak gerekir. Sözleşmenin içeriğinde bulunan edim veya edimlerden biri başlangıçtan itibaren objektif⁵⁶⁸ olarak imkansız ise, o sözleşme batıldır. Yine borçlunun kusuru bulunmaksızın ifa imkânsız hale gelmiş ise, borç kendiliğinden sona erer (BK. m.117)⁵⁶⁹ ve borçlu, cezai şart ödemekle yükümlü olmaz. Sonraki imkansızlığın borçlunun kusurundan doğmuş olduğu durumda ise borçlu cezai şarttan sorumludur⁵⁷⁰. Ancak bunun tersine anlaşma yapılabilir (BK. m. 116/II). Diğer bir anlatımla, borcun ödenmesi borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir durum yüzünden imkansızlaşmasında ceza koşulunun ödenmesi kararlaştırılabilir.

⁵⁶⁶ EREN, s. 1136 v.d.; GÜNAY, s. 130. Yarg. 13. HD. 2002/14711 E. 2003/1355 K. 17.02.2003 T.'li karar "...bir akdin mevzuu, kanunun gösterdiği sınır dairesinde serbestçe tayin olunur. Ancak akdin mevzuu gayrimümkün veyahut ahlaka (adaba) mugayir olursa o akit batıldır. Sözleşme de kararlaştırılan cezai şart borçlunun iktisaden mahvına sebep olacak derecede ağır ve yüksek ise, adap ve ahlaka aykırı sayılarak tamamen veya kısmen iptal edilmesi gerekir..."; Yarg. 15. HD. 2001/2880 E. 2001/3661 K. 03.07.2001 T.'li kararı "...ek süre sonunda inşaatın ikmal edilmemesi halinde yaptığı tüm işlemlerden dolayı yüklenicinin herhangi bir hak talep edemeyeceği şeklinde kararlaştırılan ceza, yüklenicinin mahvına neden olacak şiddette olup genel ahlaka aykırı ve batıldır."

⁵⁶⁷ BİLGE, **Cezai Şart**, s. 68; OĞUZMAN/ÖZ, s. 909; Krş. OSER/SCHÖNENBERGER, "mümkün olmayan bir edanın cezai şartla takviyesi imkânsız değildir. Yalnız bu suretle girilen taahhüdün ciddi olması şartıyla müstakil bir taahhüt bahis mevzuu olur." (m. 163, N. 3, s. 957-968); TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 83.

⁵⁶⁸ Borcun ifası yalnız borçlu bakımından değil herkes için imkânsız ise burada objektif imkânsızlık söz konusudur. Eğer borcun yerine getirilmesi sadece borçlu yönünden imkânsız ise bu durumda subjektif imkânsızlık söz konusu olup bu durum butlan sebebi değildir. OĞUZMAN/ÖZ, s. 76 vd.; EREN, s.1134-1135; BAŞŞPINAR, s. 119; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 404.

⁵⁶⁹ BK. m. 117 - Borçluya isnat olunamayan haller münasebetiyle borcun ifası mümkün olmazsa, borç sakıt olur.

⁵⁷⁰ BERKİ, s. 62; BİLGE, s. 116; KOCAAĞA, s. 96

BK. m. 161/II’de imkansızlığın belirtilmemiş olmasından hareketle doktrinde imkansız edimlerin dahi cezai şartla temin edilmelerinin mümkün olduğu ileri sürülmüştür⁵⁷¹. Hakim görüşe göre ise, sözleşmenin konusunun başlangıçta imkansız olması asıl borcun butlanı sonucunu doğuracağından cezai şartın da batıl sayılması gerekmektedir⁵⁷². Ayrıca Yargıtay kararlarında da imkansız edimlerin cezai şartla temin edilmelerinin mümkün olmadığı dolayısıyla hükümsüzlüğüne neden olacağı açıklıkla benimsenmektedir⁵⁷³.

İmkansızlık, fiili imkansızlık olabileceği gibi, hukuki imkânsızlık da olabilir. Fakat akdin geçersizliğine etki eden imkânsızlık, akdin yapıldığı anda var olan imkânsızlıktır. Bu durumun sonradan farkına varılması da sonucu değiştirmez. Taraflar, borcun konusunun akdin yapıldığı sırada imkânsız olduğunu bilmelerine rağmen, tarafların ifa zamanında mümkün hale geleceği düşüncesiyle yaptıkları akit geçerlidir⁵⁷⁴. Fakat tarafların sözleşme yaptıkları sırada bu şekilde bir amaçları yoksa akit yapılırken imkânsız edimin sonradan şartların değişmesi nedeniyle mümkün hale gelmesi akde geçerlilik kazandırmaz⁵⁷⁵.

⁵⁷¹ Bu yazarlar, cezai şart taahhüdünün ciddi olması şartıyla asıl borcun konusu imkânsız olsa dahi alacaklının cezai şartı talep hakkının olduğunu ileri sürmektedir. OSER/SCHÖNENBERGER, s. 163, N. 3; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart** s. 131.

⁵⁷² GÜNAY, s. 131-136; FUNK, s. 232; BİLGE, s. 68-69; VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR, s. 338-339; KOCAAĞA, s. 96. TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 85.

⁵⁷³ Yarg. 15. HD. 1988/1461 E. 1989/2129 K. 27.04.1989 T.’li kararı uyarınca “inşaatın yapılacağı arsanın sit alanı içinde bulunması nedeniyle, konusu imkânsız ve dolayısıyla geçersiz olan bir inşaat sözleşmesinde yer alan cezai şartta geçersizdir.” (YKD 1989, S.10 s.1458); Yarg. 9. HD. 2003/14770 E. 2004/3915 K. 01.03.2004 T.’li kararı “Fona devredilen ve tasfiye halinde bulunan davalı bankanın davacının hizmet akdini feshinde haklı nedenlerinin bulunup bulunmadığı BK.nun 117. maddesindeki ifa imkânsızlığının mevcut olup olmadığı, BK. m. 161’in unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılıp tartışılmadan cezai şart alacağının hüküm altına alınması da bozma nedeni sayılmıştır” Aynı yönde Yarg. 15. HD. 2004/4535 E. 2005/2134 K. 08.04.2005 T.; Yarg. 13. HD. 1992/8546 E. 1993/348 K. 25.01.1993 T. www.dominanthukuk.com 25.04.2010.

⁵⁷⁴ EREN, s. 1135; OĞUZMAN/ÖZ, s. 903.

⁵⁷⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s. 903.

B. Asıl Borçtan Ayrı Olarak Cezai Şartın Hükümsüzlüğü

Asıl borçtan bağımsız olarak cezai şartın hükümsüzlüğü, cezai şarta ilişkin sözleşmenin batıl ya da iptal edilebilir olmasından kaynaklanır. Genel itibariyle; yukarıda incelediğimiz cezai şartın bağlı bulunduğu asıl borç ilişkisinin hükümsüzlüğünü veya iptal edilebilirliğini doğuran nedenler, ayrı olarak değerlendirdiğimiz cezai şartın da hükümsüzlüğünün nedeni olduğundan tekrar edilmeyecektir. Cezai şartın butlanını doğuran başlıca nedenler; cezai şartın kanunun emredici hükümlerine aykırı olması, kişilik haklarına aykırı olması, şekil kurallarına uyulmaması, kanuna, ahlaka ve adaba aykırılık, başlangıçtaki objektif imkânsızlık, ya da taraflardan birinin ayırt etme gücünden yoksun bulunması olarak sayılabilir⁵⁷⁶.

Cezai şartın asıl borçtan ayrı olarak hükümsüzlüğüne örnek olarak, sözleşmelerdeki genel işlem koşullarına ilişkin cezai şartlarla ilgili kanuni düzenleme gösterilebilir. Alman Medeni Kanununda genel işlem koşulları ve bu koşulların içinde yer alan cezai şarta ilişkin hükümler özel olarak düzenlenmiş ve belirli koşulların varlığı halinde söz konusu düzenlemelerin geçersiz sayılması öngörülmüştür⁵⁷⁷. Borçlar Kanununda, Alman Medeni Kanunu'ndakine benzer bir düzenleme olmamakla birlikte, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelikte, taraflardan birini satıcı veya sağlayıcının (girişimcinin), diğer tarafı ise, tüketicinin oluşturduğu sözleşmelerde, genel işlem koşulları içinde yer alan cezai şarta ilişkin bazı hükümlerin, içerik denetimi sonucunda geçersiz sayılabilmesine imkân tanınmıştır. İçerik denetimi, genel işlem koşulları içinde yer alan bir hükmün dürüstlük kurallarına aykırı şekilde tüketicinin aleyhine bir oransızlık içermesi halinde, oransızlık yaratan sözleşme

⁵⁷⁶ GÜNAY, s. 132, OĞUZMAN/ÖZ, s. 902.

⁵⁷⁷ Alman Medeni Kanunun §308 yedinci bendinde, kullanana, taraflardan birinin sözleşmeden dönmesi veya sözleşmeyi feshetmesi durumunda, diğer taraftan, bir maldan ya da yerine getirilmiş bir edimden yararlanma karşılığında aşırı bir yararlanma bedeli veya yapılan masraflar için, aşırı bir giderim talep edebilme imkânı tanımaya ilişkin şartların hükümsüz olduğu ifade edilmiştir. Bu hükümle bağlantılı olarak, Alman Medeni Kanununun §309 beş ve altıncı bentlerinde de, hakime takdir yetkisi verilmeyen yasak şartlar içerisinde, sözleşmenin karşı tarafına zarar miktarını kanıtlama imkânı tanınmaksızın veya hayatın olağan akışı içerisinde normal olmayacak derecede, kullanana götürü bir tazminat ödenmesini öngören sözleşme kayıtları ile, kullanana, sözleşmenin diğer tarafının edimi kabul etmemesi ya da borcunu ifada temerrüde düşmesi veya sözleşmeden dönmesi halinde cezai şart talep etme imkanı tanıyan şartların hükümsüz olduğu düzenlenmiştir.

koşulunun hâkim tarafından geçersiz kılınması demektir. Cezai şarta ilişkin hüküm dürüstlük kurallarına aykırı şekilde tüketici aleyhine bir oransızlık içeriyorsa, hâkim tarafından geçersiz kılınacaktır⁵⁷⁸.

C. Hükümsüz Kalan Cezai Şartın Asıl Borç Üzerindeki Etkisi

Borçlar Kanununda batıl olan cezai şartın asıl borç üzerinde etkisini düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Şarta bağlı borçlar açısından, kanuna veya ahlaka (adaba) aykırı bir fiil veya ihmal, şart olarak tayin edilmişse bu şarta bağlı olan borcun hükümsüz olduğu hükmünü düzenleyen BK. m. 155. maddesinin burada uygulanmasına imkan yoktur⁵⁷⁹.

Butlana ilişkin hükümlerin düzenlendiği, BK'nın 20/II. maddesinde yer alan "Akdi muhtevi olduğu şartlardan bir kısmının butlanı akdi iptal etmeyip yalnız şart lağv olur. Fakat bunlar olmaksızın akdi yapılmayacağı meczum bulunduğu takdirde, akdi şart tamamıyla batıl addolunur." hükmü karşısında cezai şarttaki butlanın asıl borcu etkilemeyeceği söylenebilir. Buna göre cezai şartın batıl olması halinde asıl borcun da butlanına yol açıp açmayacağı ilke olarak tarafların iradelerine göre çözümlenmelidir. Kanun bir kısmı batıl olan sözleşmenin taraf iradelerine uygun şekilde muhafazası yönünde karine oluşturmaktadır. Bu durumda genel kural; cezai şartın hükümsüz kalması

⁵⁷⁸ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 6. maddesi uyarınca çıkarılan Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin Eki Listede tüketici aleyhine öngörülen cezai şartın belirli koşullarda haksız şart olduğu düzenlenmiştir. Buna göre, genel işlem koşulları içinde yer alan bu tür cezai şartlar da geçersiz olacaktır. Borçlar Kanununda genel işlem koşulları ile ilgili bir düzenleme yer almamakla birlikte, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunda görüşülmekte olan Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 20-25.maddeleri arasında, genel işlem koşulları ve denetimi konusunda düzenlemeler öngörülmektedir. Tasarı metni için www.tbmm.gov.tr. Alman Medeni Kanununun 309. ve 310.maddelerinde genel işlem koşulları içinde yer alan cezai şartın belirli durumlarda hakim takdirine göre, belirli hallerde ise, hakim takdir yetkisi olmaksızın geçersiz olduğu düzenlenmiştir. Bu konuda bkz. ÇINAR, **Tüketici** s. 227-229; MÜNCHKONM/GOTTWALD, Art.339, Rn.5 Yarg. 15. HD. 2002/6340 E. 2003/143 K. 14/01/2003 T'li karar "... Kurumca tek yanlı hazırlanan "genel işlem şartı" niteliğindeki taahhünameye yer alan eğitim için yapılan gider kadar ayrıca cezai şart ödenecektir." şeklindeki şart fahiştir. Cezai şartın tenkisi veya tamamen ortadan kaldırılması gerekir."

⁵⁷⁹ BK. m. 155 - Kanuna veya ahlaka (adaba) mugayir bir fiil veya ihmal, şart olarak tayin edilmiş olduğu takdirde bu şarta bağlı olan borç hükümsüz olur.

durumunda asıl borcu herhangi bir şekilde etkilemeyeceğidir⁵⁸⁰. Bunun aksini ispat yükü iddia edene aittir⁵⁸¹. Bu noktada doktrinde bazı istisnai haller açısından, durumun ve taraf iradelerinin yorumu ile cezai şart ilişkisindeki butlanın asıl borcu da etkileyebileceği ve butlanına neden olacağı kabul edilmektedir⁵⁸².

II- CEZAI ŞARTIN SONA ERMESİ

A. Asıl Borca Bağlı Olarak Sona Ermesi

Cezai şartın muaccel olmadığı dönemde, asıl borcun herhangi bir nedenle sona ermesi durumunda, onun fer'i niteliğinde olan cezai şart da sona erer⁵⁸³. Asıl borcun ödeme veya herhangi bir nedenle sona ermesiyle, rehin ve diğer fer'i hakların sona ereceğini düzenleyen BK m. 113/I de bunu doğrulamamaktadır. Maddede açıkça değinilmemiş olmasına rağmen, “diğer fer'i haklar” ifadesinin cezai şartı da kapsadığı kabul edilmektedir⁵⁸⁴.

⁵⁸⁰ Fransız Medeni Kanun cezai şartın batıl olmasının asıl borcun batıl olması sonucunu doğurmayacağını açık hükme bağlamıştır. CC. Art 1227. KOCAAĞA, s. 125

⁵⁸¹ EREN, s. 1135; BAŞPINAR, s.91; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.380; OĞUZMAN/ÖZ, s. 135;

⁵⁸² Cezai şartın geçerli olarak doğmayacağı bilirse, asıl sözleşmenin de akdedilmeyeceğinin açık olması halinde, asıl borcun da cezai şart gibi mutlak butlan olacağı sonucuna varılabilir. EREN, s.1135; BAŞPINAR, s.91; OĞUZMAN/ÖZ, s. 135; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 357; GÜNAY, s. 137; TUNÇOMAĞ, (Cezai Şart), s. 85; Yarg. HGK. 1970/1053 E. 1074/222 K. 20.03.1974 T.'li kararında “...Eğer esas borç, ahlaka (adaba) aykırı olmaz da cezai şart aykırı olursa, yalnız bu şart geçerli olmaz. Zira BK. 20/II gereğince, akdin muhtevi olduğu şartlardan bir kısmının butlanı, akdi iptal etmeyip, yalnız şart lav olunur. Fakat bunlar olmaksızın akdin yapılmayacağı meczun bulunduğu takdirde akitler tamamıyla batıl adlonulur...” (YKD 1977, S. 1 s. 17)

⁵⁸³ EREN, s.1135; KOCAAĞA, s. 142; OĞUZMAN/ÖZ, s. 416; VON TUHR, s. 764; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.345; Yarg. 13. HD. 1979/4385 E. 1979/4906 K. 08.10.1979 T.'li kararı ”Mahkemece, hem sözleşmenin feshedilmesi nedeni ile uğranılan zararın hem de belli günde teslim edilememesi nedeni ile kararlaştırılan 14.00 lira ceza koşulunun ödetilmesine karar verilmiştir. Oysa, Borçlar Kanununun 158/2. maddesi hükmü uyarınca "akdin muayyen zamanda veya meşrut mahalde icra edilmemesi halinde tediye olunmak üzere cezai şart kabul edilmiş ise, alacaklı hem akdin icrasının hem meşrut cezanın tediyesini talep edebilir" olayda, sözleşme bozulduğuna göre artık ceza koşulu istenemez. O halde davanın edimden kaçınmaya ilişkin ceza koşulu bölümü reddedilmelidir.” www.dominanthukuk.com 25.04.2010

⁵⁸⁴ TÜKEL, s. 101; BİLGE, s. 77; KILIÇOĞLU, s. 577. BK. m. 113 - Asıl borç tediye ile veya sair bir suretle sakıt olduğu takdirde kefalet ve rehin ve sair fer'i haklar dahi sakıt olur.

Bu yüzden asıl borcun ifanın yanı sıra, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, takas, yenileme, borcun ifasındaki imkansızlık, feragat, ibra veya ileri sürülmüş olmak kaydıyla zamanaşımı gibi bir nedenle sona ermesi durumunda cezai şart da asıl borca bağlı olarak sona erecektir⁵⁸⁵.

Nitekim zamanaşımının fer'i haklara etkisiyle ilgili olarak BK. 131. maddesinde, "Asıl alacak hakkında müruru zaman vaki olunca faiz ve sair fer'i alacaklar hakkında da müruru zaman vaki olmuş olur." denilmiştir. Böylece, asıl alacak zamanaşımına uğrarsa, fer'i hakkın kendisine ilişkin zamanaşımı dolmamış olsa dahi, geçmiş günler faizi, sermaye faizi ve cezai şart gibi fer'i alacaklar da asıl alacağa bağlı olarak zamanaşımına uğramış olurlar⁵⁸⁶.

B. Asıl Alacağa Bağlı Olmaksızın Sona Ermesi

Asıl borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi ya da dönme cezasına dayanarak borçlunun dönme hakkını kullanmasıyla cezai şart muaccel hale gelmekte ve hükümlerini doğurmaya başlamaktadır. Diğer bir ifadeyle muaccel olmayan cezai şart, kaderini paylaştığı asıl borca bağlı olarak sona erdiği halde, muaccel olmasından itibaren bu bağımlılığın ortadan kalkması nedeniyle sona erme nedenleri doğrudan cezai şart açısından söz konusu olmaktadır⁵⁸⁷.

Bu durumda cezai şart muaccel olduktan sonra bağımsız alacak niteliği kazandığından; diğer bütün borçlar gibi, ifa, takas, alacaklı ile borçlu sıfatlarının birleşmesi, tecdit (yenileme), sonraki imkansızlık ve zamanaşımı gibi nedenlerle sona erer⁵⁸⁸.

Burada ifaya eklenen cezai şarta ilişkin olarak BK. m. 158/II, c. 2'de düzenlenmiş olan bir hususa değinmek yerinde olacaktır. Bu hükme göre bir çekince koymaksızın

⁵⁸⁵ UÇAR, s. 121; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 183; TÜKEL, s. 101; KOCAAĞA, s. 142.

⁵⁸⁶ bkz. REİSOĞLU s. 338;

⁵⁸⁷ TÜKEL, s. 103; EREN, s.1135; KOCAAĞA, s.144; İNAN, s. 427; KILIÇOĞLU, s. 534; FUNK, s.229

⁵⁸⁸ UÇAR, 121; TUNÇOMAĞ, s. 182; TÜKEL, s. 102.

alacaklının yapılan ifayı kabul etmesi, muaccel hale gelmiş olmasına rağmen ifaya eklenecek cezai şartı talep hakkını ortadan kaldırmış olacaktır. Alacaklının cezai şarttan vazgeçme beyanı açık olabileceği gibi zımni de olabileceğinden zımni bir vazgeçmenin bulunup bulunmadığı genel kurallara göre hakim tarafından belirlenmelidir⁵⁸⁹.

Borçlar Kanunu m. 117'ye göre⁵⁹⁰, borçluya isnad edilemeyen bir nedenden dolayı ifa imkansız hale gelmiş ise, borçlu borçtan kurtulur⁵⁹¹. Borçlunun borcundan kurtulabilmesinin ilk şartı ifanın sözleşmenin yapıldığı anda değil sonradan ortaya çıkmış olmasıdır. Başka bir anlatımla, imkansızlığın sözleşmenin kurulmasından sonraki dönemde meydana çıkması gerekir. Şayet imkansızlık sözleşmenin kuruluşunda zaten mevcut ise, BK. 20. maddesi gereğince sözleşmenin batıl olması gündeme gelir ki bu durumda BK. 117. maddesinin hükümlerinin uygulanması söz konusu olmaz⁵⁹².

Borçlar Kanunu 117. maddesi gereğince ifa imkânsızlığından borçlunun sorumlu olmaması için, edimin imkansızlaşmasında kusurlu olmaması gerekmektedir. Aksi durumda yani ifanın imkansızlığında borçlunun sorumlu olduğu bir hal var ise, borç ilişkisi sona ermez, buna karşılık ifa borcu BK. m. 96. maddesi gereğince tazminat borcuna dönüşür⁵⁹³.

Cezai şarta ilişkin olarak kanunda özel bir zamanaşımı süresi belirtilmemiştir. Zamanaşımına ilişkin özel bir hükmün bulunmadığı hallerde genel zamanaşımı süresi 10

⁵⁸⁹ ARSEBÜK, s. 986; BECKER, m. 160, N. 31, s. 224; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 3351; EREN, s. 1137; OĞUZMAN/ÖZ, s. 907; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 115. BİLGE, **Cezai Şart**, s. 105; TÜKEL, s. 88; MÜNCHKOMM/GOTTWALD, Art.341, Rn.7-8; ERMAN/ SCHAUB, Art.341, Rn.3. Yarg. 15. HD. 2007/1505 E. 2008/2936 K. 02/05/2008 T.'li karar "158/II. maddesinde düzenlenen ifaya ekli cezai şart niteliğinde olup işin kesin kabulünün 01.03.2002 tarihinde yapıldığı ve imalatın teslim alınması sırasında ihtirazi kayıt ileri sürülmediği anlaşılmaktadır....Bu durumda mahkemece cezai şart alacağının reddi yerine kabulüne karar verilmesi doğru olmamıştır." Aynı yönde; Yarg. 13. HD. 1992/8546 E. 1993/348 K. 25.01.1993 T. ; Yarg. 15. HD. 1976/1371 E. 1976/2314 K. 30.06.1976 T. ; Yargıtay 13. HD. 1993/221 E. 1993/1322 K. 18.02.1993 T. www.dominanthukuk.com 25.04.2010

⁵⁹⁰ BK. m. 117 - Borçluya isnat olunamayan haller münasebetiyle borcun ifası mümkün olmazsa, borç sakıt olur.

⁵⁹¹ EREN, s. 1139; KELLER/SCHÖBI, I, s. 114.

⁵⁹² Bkz. TUNÇ, Ramazan, **İfa İmkansızlığı, Yargıtay Dergisi**, C. 28, S. 1-2, s. 115; EREN, s. 1135; TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 9 vd.;

⁵⁹³ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.816-818; EREN s.1136; OĞUZMAN/ÖZ s. 898 vd.; BİLGE s.54-55. TUNÇOMAĞ, **Cezai Şart**, s. 106 - 107; TUNÇOMAĞ, **Borçlar Hukuku** s. 874.

yıldır (BK. m. 125). Cezai şartın zamanaşımına uğramasının yanı sıra asıl borcun zamanaşımına uğraması da, cezai şartın zamanaşımına uğraması sonucunu doğurur.⁵⁹⁴

⁵⁹⁴ UÇAR, s 122; TÜKEL, s. 102. Yarg 18. HD. 2008/10707 E. 2009/511 K. 02.02.2009 Tarihli kararı “Dava, 2547 sayılı yasanın 39.maddesi uyarınca bilimsel çalışmalar yapmak üzere ABD'ye giden davalıya yapılan yurtiçi maaş ödemelerinin davalı tarafça ödenmeyen cezai şart ve faizinin tahsili isteminden ibarettir. 2547 sayılı Yükseköğretim Yasası'nın 39. ve 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nın 79. maddesinden kaynaklanan bu davalarda Borçlar Yasası'nın 125.maddesinde yer alan 10 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerekir. Zamanaşımın başlangıç tarihi ise alacağın muaccel olduğu ve davalının istifa ettiği tarihle davanın açıldığı tarih arasında 10 yıllık zamanaşımı süresi dolmadığı için davanın esasına girilerek bu konuda bir karar verilmesi gerekirken, yanlış değerlendirme sonucu Borçlar Yasası'nın 66.maddesinde yer alan ve sebepsiz zenginleşmelerde uygulama olanağı bulunan bir yıllık zamanaşımı süresi nedeniyle reddine karar verilmesi doğru değildir” Yarg. 9. HD. 2008/9018 E. 2008/12190 K. 12.05.2008 T.'li karar “Cezai şart ise kanunda ayrı bir süre tayin olunmamış ise asıl borca tabidir. Asıl borcun zamanaşımına uğraması cezai şartında zamanaşımına uğramasına sebep olur.” www.dominanthukuk.com 25.04.2010

SONUÇ

Cezai şart, BK. m. 158-161 arasında düzenlenmiş olup gerek Alman ve İsviçre kanunlarında gerekse Borçlar Kanununda cezai şartın tanımından ziyade, onun doğurduğu hüküm ve sonuçlar düzenlenmiştir. Cezai şart, borçlunun alacaklıya karşı olan borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi nedeniyle ödemeyi taahhüt ettiği ekonomik nitelikte bir edimdir. Cezai şartın sözleşmede öngörülmesi, halen var olan veya ileride doğması muhtemel bir borcun şahsi itibar veya kredi ile temin edilmesine yöneliktir. Bu noktada cezai şartın başlıca işlevi ve amacı borçluyu asıl edimi ifaya zorlamasıdır. Bunun yanında cezai şart, asıl borcun ödenmesinin teminat altına alınmasını ve borcun ödenmemesinden kaynaklanan zararın önceden ve götürü olarak tespitini de sağlar.

Cezai şart özellikle Borçlar Hukuku, İş Hukuku, Medeni Hukuk ve Ticaret Hukuku alanında olmak üzere hukuki ilişkilerin olduğu hemen her alanda uygulama alanı bulmuştur. Kural olarak mevzuatta açıkça veya dolaylı olarak yasaklanmadığı durumlarda bütün geçerli borçlar cezai şartla kuvvetlendirilebilir.

Cezai şartın hukuki niteliğinin ne olduğu hususunda doktrinde görüş birliği mevcut değildir. Kanaatimizce alacaklı zarara uğramasa bile, borçlu cezayı ödemekle yükümlü olduğu için, cezai şart özel bir ceza niteliğindedir. Buna karşılık, borçlunun kusurunu ispat eden alacaklı, cezayı aşan tutarı da isteyebilir. Tazminat davalarında, tazminata hükmedilmesi için, zarara uğradığını iddia eden zararını ispat etmekle yükümlü iken, cezai şart dava konusu yapılmışsa, cezai şartın tazminat fonksiyonu gereğince, alacaklı zararını ispat etmeksizin, sadece borçlunun edimini hiç veya gereği gibi yerine getirmediğini ispat ederek cezai şartı isteyebilecektir. Borçlar Kanununda cezai şartın ceza ve tazminat fonksiyonları kaynaştırılarak bileşik sistem kabul edilmiştir. Bu sistemin sonucu ise, aşırı görülen cezai şartın indirilmesiyle, tazminat ve cezanın dengeli olarak korunması amaçlanmıştır.

Cezai şartın varlığı için, sağlar arası bir akit ile kararlaştırılmış olması, geçerli bir asıl borcun bulunması, cezai şart olarak asıl borçtan ayrı bir edim kararlaştırılmış olması ve cezai şartın asıl borca bağlı bulunması gereklidir.

Cezai şartın amacı asıl borcu kuvvetlendirmektir. Bu bağlamda cezai şart alacağının da teminata bağlanması gündeme gelir. Cezai şartın asıl alacakla birlikte ya da yalnız başına teminata bağlanabilmesi mümkündür. Kural olarak asıl borç için elde edilen teminatın fer'i borcun asli borca katılması dolayısıyla, cezai şartı da kapsayacağı savunulmakla birlikte kefalet, rehin, ipotek gibi teminat sözleşmelerinin aksine anlaşma olmadıkça, cezai şarta şamil olmadığı yönünde karşı görüşler de mevcuttur. Bu noktada çeşitli teminat şekillerinin bu konu bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi daha uygun olacaktır.

Cezai şart esas itibariyle bir sözleşme olduğundan akitlerin tabi olduğ u hükümlerin cezai şart içinde de uygulanacağı açıktır. Cezai şartın en önemli özelliği şahsi teminat sözleşmesi olması, muhtemel borç niteliği taşımasıdır. Cezai şart, asıl borcun ifa edilmemesi veya eksik ifası halinde hükümlerini doğurur. Cezai şartın fer'i niteliği nedeniyle bu anlaşmadan doğan yükümlölükler de fer'i niteliktedir. Bu niteliği nedeniyle rehin, kefalet, hak düşürücü şartlar gibi geçerli bir borca dayanır.

Cezai şartın feriliği nedeniyle geçerliliği, hüküm doğurması ve sona ermesi gibi birçok husus, asıl borca bağlıdır. Cezai şartın geçerli olarak ortaya çıkması ve varlığını devam ettirebilmesi ifasını teminat altına aldığı asıl borcun varlığına ve geçerli olmasına bağlıdır. Bu doğrultuda asıl borcun geçerliliğini etkileyen her türlü husus, cezai şart içinde zorunlu olacaktır. Buna göre, cezai şart olarak kararlaştırılan edim, kanun tarafından belirli bir şekilde tâbi kılınmış ise, cezai şartın da söz konusu şekilde uyularak kararlaştırılmış olması zorunludur. Örneğin, tapuya kayıtlı taşınmazın geçerli bir şekilde devri için, resmi şekilde uyularak yapılması gerektiğinden, cezai şart olarak tapuya kayıtlı bir taşınmazın devri kararlaştırılırsa, bu sözleşmenin tapuda resmi şekilde uyularak yapılması gerekir. Asıl borcun ifa, ibra, zamanaşımı, takas, sonraki imkânsızlık gibi nedenlerle sona ermesi halinde, cezai

şartta asıl borçla birlikte sona erer. Yine cezai şartın muaccel olması için, asıl borcun muaccel olması ve borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemiş olması gereklidir. Cezai şart alacağı muaccel hale geldiğinde, cezai şart alacağı bağımsız bir alacak niteliği kazanır.

BK m. 58 farklı üç tür cezai şartı düzenlemektedir. Kanun borca aykırılığın niteliğinden yola çıkarak, borcun hiç ifa edilmemesi ya da eksik ifa edilmesi durumunda alacaklıya asıl edim ya da cezadan birini seçme hakkı tanırken (BK m.158/1 seçimlik cezai şart) borcun belirlenen yer ve zamanda ifa edilmediğinde ceza ve asıl edimin birlikte istenebileceğini (BK m. 158/2 ifaya eklenen cezai şart) düzenlemiştir. BK md 158/3’de yer alan dönme cezai şartı ise, adeta seçimlik cezai şartın hükümlerini borçlu lehine çevirerek, borçluya kararlaştırılan cezayı ödemek suretiyle sözleşmeden dönme hakkını tanımıştır.

Borçlar Kanunu tazminat isteme hakkını, kural olarak borçlunun kusurlu olma şartına bağlanmıştır. Cezai şart bakımından ise BK. m.159 uyarınca “Alacaklı zarara duçar olmasa bile ceza lazım olur.” denilmek suretiyle istisnai bir düzenleme getirmiştir. Her ne kadar doktrinde tartışılrsa da Borçlar Kanunu. m. 96 uyarınca borcun ihlal edildiğini ispat eden alacaklının ayrıca borçlunun kusurlu olduğunu ispat etmesi gerekmeyecektir.

Alacaklının, ifanın hiç veya gereği gibi yapılmamasından dolayı uğradığı zarar, belirlenen cezai şarttan fazla olduğunda, alacaklı fazla zararın tazminini borçludan talep edebilir. Ancak, burada dikkat edilecek nokta, alacaklının zararın tamamının tazminini değil, sadece ceza miktarını aşan kısmını talep edebileceğidir. Kanun koyucu, bu suretle cezai şart ile tazminatın mutlak birleşmesi ilkesini kabul etmemiştir. Bu itibarla, aşkın zararın hesap edilmesi için ceza miktarının zarardan düşürülmesi gerekir. Bu mahsuptan sonra geriye kalan zarar, aşkın (fazla) zararı oluşturur.

Bazı hallerde, alacaklının zararının olmamasına rağmen, sözleşmenin bütünü değerlendirildiğinde, borçlunun ödemek zorunda olduğu ceza miktarı, aşırı derecede yüksek olabilir. Cezai şartın istenebilmesi için, borçlunun kusurlu ve alacaklının herhangi bir zararının olması gerekmediğinden, gerek Türk ve gerekse Alman kanun koyucular, hakimin tarafların sözleşme özgürlüğüne müdahale etmesine imkan tanımıştır. Borçlar

Kanunu'nun 161. maddesinin son fıkrasında ve Alman Medeni Kanununun 343. paragrafında hakimin, fahiş, yani aşırı yüksek olan cezai şartı tenkis edebileceği (indirebileceği) düzenlenerek, cezai şartın denetimi sağlanmıştır. Buna göre "hakim, fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir." Ancak Kanunda hakimin aşırı gördüğü cezai şartı nasıl indireceğine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Buna karşılık, Alman Medenî Kanununun 343. maddesinde, hakimin aşırı olan cezai şartı indirirken göz önünde tutacağı bazı kurallar belirtilmiştir. Uygulama ve doktrinde getirilen esaslar dahilinde cezai şartın fahiş olup olmadığı alacaklının menfaatleri, borçlunun kusurunun ağırlığı, tarafların ekonomik durumu ve sözleşme ile öngörülen amaç değerlendirilmek suretiyle tespit edilecektir. TTK m.24'de tacir olan borçlunun cezai şartın aşırı olması dolayısıyla tenkis talebinde bulunamayacağı belirtilmiştir. Ancak tacir bile olsa cezai şart miktarı borçlunun iktisadi hayatını ortadan kaldıracak, yani ekonomik mahvına sebep olacak nitelikte ise, cezai şartın tamamen kaldırılmasını veya makul düzeye indirilmesini istenebilir. Bu halde, uygulanacak hüküm Borçlar Kanununun 161. maddesi uyarınca cezai şartın tenkisi değil, cezai şartın ahlaka aykırı olması nedeniyle geçersiz sayılmasına ilişkin Borçlar Kanununun 20. maddesidir.

Cezai şartın hükümsüzlüğü; asıl borcun hükümsüzlüğünden ya da asıl borcun geçerli olmasına karşılık fer'i nitelikteki cezai şartın hükümsüz olmasından kaynaklanabilir. Geçersiz bir borcu temin için kararlaştırılan cezai şartın da hükümsüz olacağı belirtilmiştir. Cezai şart emredici bir kurala, hukuka veya ahlaka aykırı bir borç için öngörülmüşse cezai şart da talep edilemez. Yine asıl borcun ifası borçlunun kusuru bulunmaksızın imkansız hale gelmişse fer'ilik niteliğinin bir sonucu olarak cezanın ifası istenemez. Asıl borç ilişkisi geçerli ise genel olarak sözleşmenin hükümsüzlüğünü veya iptal edilebilirliğini doğuran nedenler, ayrı olarak değerlendirdiğimiz cezai şartın da hükümsüzlüğünün nedenidir. Asıl borcun hükümsüzlüğü cezai şartı da hükümsüz kılmakta iken cezai şartın hükümsüz olması asıl borcun geçerliliği herhangi bir şekilde etkilemeyecektir.

Cezai şartın muaccel olmadığı dönemde, asıl borcun herhangi bir nedenle sona ermesi durumunda, muaccel olmayan cezai şart, asıl borca bağı olarak sona erdiği halde, cezai şart muaccel olduktan sonra bağımsız alacak niteliği kazandığından; diğer bütün borçlar gibi, ifa, takas, alacaklı ile borçlu sıfatlarının birleşmesi, tecdit (yenileme), sonraki imkansızlık ve zamanaşımı gibi nedenlerle sona erer.

Cezai şarta ilişkin kanunda yer alan düzenlemeler yetersizdir. Bu nedenle uygulamada birçok problemle karşılaşılmakta, doktrinde de bu noktada farklı görüşler ortaya konulmaktadır. Özellikle, cezai şartın tanımının olmayışı, asıl borcun bir miktar paradan ibaret olması durumunda bu borcun cezai şart vasıtasıyla güvenceye bağlanmasının mümkün olup olmadığı meselesi, dönme cezasının cezai şartın bir türü olup olmadığı, niteliği ve diğer cezai şart türlerinden farkı, dönme cezasının aşırı yüksek olması hâlinde indirilmesinin mümkün olup olmadığı, aşırı yüksek olan cezai şartın indirilmesinde göz önünde tutulacak hususlar ve cezai şartın muacceliyetine ilişkin konular cezai şartın üzerinde farklı birçok görüşün olduğu temel sorunlarıdır. İncelememizde bu gibi sorunlar üzerinde durarak konuyu kapsamlı şekilde ele almaya çalıştık. Kannatimizce tüm bu konular hakkında yasal düzenleme yapılması uygulamada ortaya çıkan sorunların çözümü açısından faydalı olacaktır.

İncelememizde de ortaya konulduğu üzere cezai şartın, özel hukukun neredeyse bütün dallarında, sözleşmenin taraflarına sağladığı yararlar, yargının yükünü azaltması, tarafların yükümlülüklerini ve bunun ihlali halinde yaptırımını açıkça ortaya koyması özelliği nedeniyle çok önemli bir yeri olmasına rağmen, uygulamada yeterince tanınmamakta ve kullanılmamaktadır. Ancak hayatın ve hukukun hemen her alanına etki edebilme imkanı olan cezai şart kurumunun günümüzde ve sonrasında daha da gelişeceği ve sözleşmelerin uygulanma teminatı olarak tüm sözleşmelerde olmazsa olmaz olarak yerini alacağı bizim öngörümüzdür.

KAYNAKÇA

- ANSAY, Tuğrul, **Türk Borçlar Kanunu'na göre, Taksitle Satışlar ve Satıcı**, Ankara, 1954.
- ARSEBÜK, A.Esat **Borçlar Hukuku**, Cilt 1-2, 3.Bası, Ankara: Güney Matbaası 1950.
- ARKAN, Sabih **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara 2004
- AYBAY, Aydın **Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm**, 11. Bası İstanbul, 1995
- AYİTER, Kudret **Roma Özel Hukukunun Ana Hatları** İzmir, 1993.
- BARLAS, Nami **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar** İstanbul: Kazancı Yayınları 1992.
- BAŞBUĞOĞLU, Tarık **Uygulamalı Ticaret Kanunu Yetkin Yayınları** Ankara 1988
- BAŞPINAR, Veysel **Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı**, Ankara 1998
- BECKER, Herman **Borçlar Hukuku**, Ankara 1968, (Çev. Kemal Reisoğlu).
- BERKİ, O.Fazıl **Pey Akçesi, Rücu Tazminatı ve Cezai Şart Etrafında Tetkikler** İBD. 1943, Cilt 17, Sayı 5. s. 279-300
- BİLGE, Necip, **Cezai şart**, E. Arsebük'e Armağan'dan ayrı bası, Ankara: Güzel İstanbul Matbaası, 1957. (Kısaltma; **Cezai Şart**)

- BİLGE, Necip. **Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırması** Ankara, 1971.(Kısaltma; **Borçlar Hukuku**)
- BİRSEN, Kemalettin. **Borçlar Hukuku Dersleri, Borçların Genel Hükümleri**, 4. Bası, İstanbul: İstanbul Fakülteler Matbaası 1967.
- BOZER, Ali **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2002, s. 278.
- BUCHER, Eugen, **Schweizerisches Obligationenrecht**, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988, s.522;
- BUZ, Vedat **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, (Sözleşmeden Dönme) Ankara:Yetkin Yayınları 1998
- ÇINAR, Ömer **Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar**, İstanbul 2009 (Kısaltma; **Tüketici**)
- ÇINAR, Ömer **Türk Borçlar Kanunu ve Alman Medenî Kanununa Göre Cezai Şartın İndirilmesi**, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Hukuk Sayısı, Yıl:8, S.16, 2009/2 Güz, s.94, (Kısaltma, **Cezai Şart**).
- DURAL, Mustafa, **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık**, İstanbul 1976
- EHRAT, FELIX R. **Basler Kommentar Obligationen Recht I**, 4.Auflage, (Kısaltma: OR I/Ehrat).

- EKİNCİ, Hüseyin **Cezai Şart, Zarar İlişkisi ve Cezai Şartın Sona Ermesi**, Adalet Dergisi, Ocak 2002 Sayı 10, s. 100 vd.
- ERDEM, Nafiz, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi ve Davaları**, C 1-2
Ankara: Tipo Matbaacılık, 1987
- EREN, Fikret **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, 10. Bası İstanbul
2008
- ERMAN, Walter **Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**,
(Autor: S.Schaub), 12. Auflage, 2008.
- FEYZİOĞLU, N. Feyzi, **Borçlar Hukuku, Akdin Muhtelif Nevileri**, C.1
Yenilenmiş ve Gözden geçirilmiş 4. Bası İstanbul
Hukuk Fakültesi 1980
- FUNK FRITZ **Borçlar Kanunu Şerhi**, Çev. H. Veldet
Velidedeoğlu/Cemal Hakkı Selek, İstanbul :Üniversite
Kitabevi 1938
- GAUCH, Peter/
- SCHLUEP, Walter R.
- SCHMID, Jörg **Heinz: Schweizerisches Obligationenrecht
Allgemeiner Teil**, Bd. I-II, 7. Aufl.,Zurich 1998
(kısaltma; GAUCH/SCHLUEP)
- GOTTWALD, Peter **Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch**,
Band.2, 5. Auflage,2006, Art.343,Rn.22-23,
(Kısaltma; MÜNCHKOMM/GOTTWALD)

- GÖKTÜRK, Hüseyin Avni **Cezai Şart Müessesesi**, İzmir Barosu Dergisi, Sayı 1-25. 1942. s. 1-25.(Kısaltma; **Cezai Şart**)
- GÖKTÜRK, Hüseyin Avni **Borçlar Hukuku II. Kısım Akdin Muhtelif Nevileri**, Ankara 1951.(Kısaltma; **Borçlar Hukuku**)
- GÖLE, Celal **Anonim Ortaklıklarda Nakdi Sermaye Koyma Borcu ve Bu Borcu İfade Temerrüt**, Ankara 1976.
- GÜNAY, C,İlhan **Cezai Şart**, 1 bası Ankara :Turhan Kitabevi 2002.
- HATEMİ, H./SEROZAN R/ **Borçlar Hukuku, Özel Bölüm**, İstanbul, 1992.
- ARPACI, A.;
- HATEMİ, H. **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları** İstanbul 1976
- HELVACI, Mehmet **Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından, Para Borçlarında Faiz Kavramı**, 1. Bası, İstanbul:Beta Yayınları 1, 2000.
- İNAN,A.Naim **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, II.Kitap, Ankara:Sevinç Matbaası 1984.
- İMREGÜN, Oğuz **Kara Ticaret Hukuku Dersleri**, İstanbul 1996
- KANIK,Tahir. **Cezai Şart**, Adalet Dergisi, s.16, 1941 s. 1072 vd.
- KAPLAN, İbrahim **Borçlar Hukuku Dersleri 2. Bası**, Ankara:İmaj Yayıncılık 2003.
- KARAHAN, Sami **Ticarî İşletme Hukuku**, Konya 2009

- KARAHASAN,
Mustafa Reşit, **İnşaat, İmar, İhale Hukuku**, C. 1, Ankara:Sevinç
Matbaası, 1979.
- KARAHASAN, M Reşit **Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Öğreti
Yargıtay Kararları ilgili mevzuat, C 1 -2**
İstanbul:Beta Yayınları 2003.
- KARAHASAN, M.Reşit **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C II**
İstanbul 2002
- KARAHASAN, M. Reşit, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 1-2 İstanbul
2004
- KARAYALÇIN, Yaşar **Ticaret Hukuku**, C. I, Giriş-Ticari İşletme, 3. bası,
Ankara 1968.
- KELLER/SCHÖBİ, **Das Schweizerische Schuldrecht, Band I**
Allgemeine Lehren des Vertragsrechts,
Basel/Frankurt 3. Aufl. 1988
- KILIÇOĞLU, Ahmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4. Bası, Ankara
2004
- KOCAAĞA, Köksal **Türk Özel Hukukunda Cezai Şart** Ankara, Yetkin
Yayınları 2003
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU
Necip, **Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı**, İstanbul 1968
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, (Kısaltma; **Hata**)
Necip, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Vedat Kitapçılık
İstanbul 2001

- KOSTAKOĞLU, Cengiz İçtihatlı **İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, İstanbul:Beta Yayınları 2006
- KUNTER, Nurullah, Ödendikten **Sonra Azaltılabilmeleri Bakımından Cezai Şartlar**, 1940
- OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, Vedat Kitapçılık M. Turgut, İstanbul 2009
- OĞUZMAN/SELİCİ, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler) 5. Bası** İstanbul 1993
- OLGAÇ, Senai **Kazai ve İlmi İctihatlarla Türk Borçlar Kanunu Şerhi Genel Hükümler**, 4. bası, C. 1-2, Ankara : Olgaç Matbaası, 1976
- DURAL,M./ÖĞÜZ,T **Türk Özel Hukuku C.II Kişiler Hukuku**, 6. Bası 2004
- H./Schönenberger,W. **İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi**, 2'nci Kısım, C.5, II'nci basımın tercümesi (Çev. Seçkin, Recai), Ankara, 1950.
- OZANOĞLU, S. Hasan **İstisna Ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlayan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları**, GÜHFD, C. III, sayı. 1-2, Haziran-.Aralık, 1999 s. 75 vd.
- OZANOĞLU, Hasan, Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi, Ankara, 1999

- ÖCAL, Akar **Türk Hususi Hukukunda Gecikme Faizi, Sulhi**
İstanbul:Baran Matbaası 1965
- ÖCAL, Akar **Para Borçlarında Cezai Şart Hakkında Yargıtay'ın**
Görüşleri, Adalet Dergisi 1961, Sayı 5 s. 524-527.
- ÖNEN, Ergun **Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972**
- ÖZ, M. Turgut **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul**
Kazancı Yayınları 1989.
- PRÜTTING, HANS/
WEGEN, GERARD/
WEINREICH, GERD **BGB Kommentar, 4. Auflage, 2009.**
(Kısaltma; **PRÜTTING/WEGEN/WEINREICH**);
- REİSOĞLU, Safa, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 17. Bası**
İstanbul:Beta Yayınları, 2005
- REİSOĞLU Seza **Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında**
Kefalet, Ankara 1992
- SAYMEN, Hakkı Ferit/
- ELBİR, Kemal Halit **Türk Borçlar Hukuku, C. 1-2, İstanbul, 1966**
- SELİÇİ, Özer **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan**
Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul:
İstanbul Fakülteler Matbaası 1977
- SEROZAN, Rona **Sözleşmeden Dönme İstanbul 1975**
- ŞİRİN, Şerafettin **Ticaret Hukukunda Faiz ve Uygulaması,**
İstanbul:Evrım Yayınevi, 1994

- TAYLAN, Erbay, **Para Borçlarında Ceza Koşulu**, YHD 1978, Sayı. 5 s. 47-55
- TANDOĞAN, Haluk **Borçlar Kanunu Özel Borç İlişkileri**, I/1 ve I/2 İstanbul: Vedat Kitapçılık 2008
- TEKİNAY/AKMAN / BURCUOĞLU/ALTOP **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, Yeniden gözden geçirilmiş 7. bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993
- TUNÇ, Ramazan, **İfa İmkansızlığı**, Yargıtay Dergisi, C. 28, S. 1-2, s. 115 vd.
- TUNÇOMAĞ, Kenan **Türk Hukukunda Cezai Şart**, İstanbul: Bahar Matbaası 1963, (Kısaltma; **Cezai Şart**).
- TUNÇOMAĞ, Kenan **Türk Borçlar Hukuku**, 1-2 Cilt İstanbul:Sermet Matbaası 6. Bası, 1976. (Kısaltma; **Borçlar Hukuku**)
- TÜKEL, M. Berat **Sözleşme Cezasının Yan (Fer'i) Niteliği ve Buna Bağlanan Sonuçlar**, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 1989
- UÇAR, Salter, **Hukukta Cezai Şart ve Uygulaması**, İstanbul, 1993
- UMAR, Bilge, **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Mevaz Neuchatel Kantonundaki Tatbikatı**, İstanbul, 1967
- UYGUR, Turgut **Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku**. C.1. Ankara :Seçkin Yayıncılık 2003.
- UYGUR, Tanju, **Cezai Şartın Tenkisi**, ABD. 1975

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet

/ÖZDEMİR, Refet **Türk borçlar kanunu şerhi (genel-özel)** Yargıtay Yayınları, Ankara 1987.

von STAUDİNGER, Julius: **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2**, (Autor:Volker Rieble), Art.343, Rn.17, Berlin 2009.

von TUHR, A. **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı**, (Çev. EDEGE,Cevat), Cilt 1-2, Ankara 1983.

VON TUHR/ESCHER **Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts**, Bd. II, Zürich 1974

YAVUZ, Cevdet **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 4. Bası, İstanbul 1996

YILDIRIM,

AKKAYAN, Ayça **Cezai Şartın İşlevi Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme** İÜHFM, C LXI S 1-2 s. 357- 414 İstanbul, 2003.

Elektronik Yayınlar:

Diaport Mevzuat ve İçtihad Programı www.diaport.com

Dominant İçtihat ve Hukuk Programı www.dominanthukuk.com

Kazancı İçtihat ve Mevzuat Programı www.kazanci.com

Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası www.meseyazılım.com