

TÜRK BORÇLAR KANUNU VE ALMAN MEDENÎ KANUNUNA GÖRE CEZAÎ ŞARTIN İNDİRİLMESİ

Ömer ÇINAR*

ÖZET

Türk Borçlar Kanununda ve Alman Medenî Kanununda cezaî şartın belirlenmesi ve miktarı konusunda bir sınırlama getirilmemiş, kural olarak, tarafların sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde ceza miktarını serbestçe kararlaştırmasına imkân verilmiştir. Bazı hallerde, alacaklının zararının olmamasına rağmen, sözleşmenin bütünü değerlendirildiğinde, borçlunun ödemek zorunda olduğu ceza miktarı, aşırı derecede yüksek olabilir. Bu durumda, gerek Borçlar Kanunumuza (m.161/III) ve gerekse Alman Medenî Kanununa göre (m.343), hâkim, aşırı yüksek olan cezaî şartı indirebilir. Bu çalışmada, Borçlar Kanunumuza ve Alman Medenî Kanununda cezaî şartın indirilmesine ilişkin hükümler karşılaştırmalı olarak incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: *Cezaî Şart, Cezaî Şartın Tenkisi, Sözleşme Cezası*

REDUCTION OF THE PENAL CLAUSE ACCORDING TO THE TURKISH LAW OF OBLIGATIONS AND THE GERMAN CIVIL CODE

ABSTRACT

Turkish Law of Obligations and the German Civil Code in terms of penal clause identification and a limit on the amount not been, as a rule, the parties under the principle of freedom of contract freely agreed upon the amount of penal clause is given opportunities. In some cases, despite the lack in creditor's loss, all of the reviews of the contract, the debtor have to pay the penalty amount, may be extremely high. In this case, according to the Turkish Law of Obligations (art.161/III) and the German Civil Code (art.343), judge reduces extremely high requirement in the penal clause. In this work, will be examined as a comparative in Turkish Law of Obligations and the German Civil Code about reduction of penal clause articles.

Key Words: *Penal clause, reduction penal clause, contractual penalty*

* Dr., İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Görevlisi

GİRİŞ

Cezaî şart, Borçlar Kanunumuzun¹ 158 ilâ 161. maddeleri arasında, Alman Medenî Kanununun (BGB), 339 ilâ 345. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Gerek Borçlar Kanunumuzda ve gerekse Alman Medenî Kanununda cezaî şartın belirlenmesi ve miktarı konusunda bir sınırlama getirilmemiş, kural olarak, tarafların sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde ceza miktarını serbestçe kararlaştırmasına imkân tanınmıştır. Borçlar Kanunumuzun 161.maddesinin birinci fıkrasında, “*Âkitler, cezanın miktarını tayinde serbesttirler.*” düzenlemesi ile, bu durum açıkça vurgulanmıştır. Alman Medeni Kanununun 339.maddesinin birinci cümlesinde de, “*Borçlu hiç veya kararlaştırılan şekilde yükümlülüklerini yerine getirmediği takdirde, alacaklı, ceza olarak bir miktar paranın ödenmesini isteyebilir...*” hükmü ile, cezaî şartın miktarı konusunda bir sınırlama getirilmeksizin, Borçlar Kanunumuzun 161. maddesinin birinci fıkrasına benzer bir düzenleme öngörülmüştür. Ancak, Borçlar Kanununun 161.maddesinin son fıkrasında ve Alman Medenî Kanununun 343. maddesinde, hâkimin, fahiş, yani aşırı yüksek olan cezaî şartı tenkis edilebileceği (indirebileceği) düzenlenerek, cezaî şartın denetimi sağlanmış ve tarafların menfaati dengelenmeye çalışılmıştır.

Türk Borçlar Kanununun 161. maddesinde hâkimin aşırı olan cezaî şartı nasıl indireceğine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Buna karşılık, Alman Medenî Kanununun 343.maddesinde, hâkimin aşırı olan cezaî şartı indirirken göz önünde tutacağı bazı kurallar belirtilmiştir. Bu çalışmamızda, Borçlar Kanunumuzun 161. ve Alman Medenî Kanununun 343. maddesinde cezaî şartın indirilmesine ilişkin öngörülen düzenlemeler karşılaştırmalı olarak incelenerek, hâkimin, fahiş olan cezaî şartı indirebilmesinin hukukî niteliği, indirim için gerekli koşullar ve indirim miktarının belirlenmesi konularına değinilecektir.

I. Cezaî Şartın İndirilmesinin Amacı ve Hukukî Niteliği

Taraflar, ahde vefa ilkesinin gereği olarak, serbest iradeleriyle meydana getirdikleri sözleşme hükümlerine uymak zorundadırlar. Ancak, modern hukuk düzenleri, tarafların menfaatlerini dengelemek amacıyla, hâkime sözleşmeye müdahale etme imkânı tanımışlardır. Bazı hâllerde, alacaklının zararının olmamasına rağmen, sözleşmenin bütünü değerlendirildiğinde, borçlunun

¹ 818 sayılı Borçlar Kanunumuz 8.5.1926 tarih ve 366 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak, 4.10.1926 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. 818 sayılı Borçlar Kanununun adında, Türk Medenî Kanunu, Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ceza Kanunu gibi temel kanunların aksine, başında “Türk” sözcüğüne yer verilmemiştir. Türk Borçlar Kanunu Tasarısında, kanun adında “Türk” sözcüğü yer alan temel kanunlara uyum amacıyla ve Kanunun yeniliğini belirtmek üzere, “Türk” sözcüğüne yer verilerek bu eksiklik giderilmiştir.

ödemek zorunda olduğu ceza miktarı, aşırı derecede yüksek olabilir. Cezaî şartın istenebilmesi için, alacaklının herhangi bir zararının olması gerekmediğinden, Türk ve Alman kanunkoyucuları, hâkime aşırı olan cezaî şartı indirilme yetkisi tanıyarak, tarafların sözleşme özgürlüğüne müdahaleyi mümkün kılmışlardır. Borçlar Kanunumuzun 161. maddesinin son fıkrasında ve Alman Medenî Kanununun 343. maddesinde, hâkimin, fahiş, yani aşırı yüksek olan cezaî şartı tenkis edilebileceği düzenlenerek, cezaî şartın denetimi sağlanmıştır².

Cezaî şart miktarı, borçlunun iktisadî hayatını ortadan kaldıracak, yani ekonomik mahvına sebep olacak nitelikte ise, cezaî şartın tenkisi değil, ahlaka aykırı olan cezaî şartın geçersiz sayılması gerekir. Borçlunun iktisadî hayatını tehdit eden bu tür cezaî şartlar açısından, Borçlar Kanununun 20. maddesinin ikinci fıkrası uygulanarak, cezaî şartın kesin hükümsüz olduğu kabul edilecektir.

Cezaî şartın indirilmesinin hukukî niteliği konusunda, mutlak butlan, iptal edilebilirlik, sebepsiz zenginleşme, ortalama yaptırım ve yargısal yenilik doğuran hak görüşleri ileri sürülmüştür³. Türk ve Alman hukukları açısından, cezaî 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

² **Kocaağa, Köksal:** *Türk Özel Hukukunda Cezaî Şart (BK m.158-161)*, Ankara 2003, s.215; **Kılıçoğlu, Ahmet:** *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2003, s.541-542. Borçlar Kanunumuzun 161.maddesinin son fıkrasını karşılayan İsviçre Borçlar Kanununun 163.maddesinin son fıkrasında da, hâkimin aşırı gördüğü cezaî şartı indirebileceği düzenlenmiştir. Bkz.**Honsell/Vegt/Wiegand:** *Basler Kommentar, Obligationrecht I (Art.I-529)*, 4. Auflage, Basel 2007, Art.163, Rn.10. Uyulması zorunlu olmamakla birlikte, ileriki yıllarda Avrupa Birliği üyesi ülkelerin Borçlar Kanunu olarak tasarlanan Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri adlı metinde de (Principles of European Contract Law) cezaî şart ve aşırı cezaî şartın indirilmesine ilişkin düzenlemeler yer almıştır. Söz konusu çalışmanın "*Madde 9:509 Ademi İfanın Parasal Sonuçlarına İlişkin Şartlar*" başlığı altında şu hükme yer verilmiştir: "(1)Eğer sözleşmede ifayı yerine getirmeyen bir tarafın mağdur tarafa ademi ifa için belli bir miktar ödemesi öngörülmüş ise, mağdur tarafın başlangıçta zararı olsun veya olmasın, bu miktar paranın ona ödenmesine hükmedilir. (2) Bununla birlikte, aksine bir anlaşma olmasına rağmen ademi ifa veya diğer şartlardan doğan bir zarar miktarına göre bu belli miktar hayli aşırı ise, makul bir miktara indirilebilir". Bu konuda bkz. **Dayınarlı, Kemal:** *Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri*, Ankara 2005, s.158. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nde cezaî şart, sadece parasal bir edim olarak düzenlenmiştir. Buna karşılık, Borçlar Kanunumuzda olduğu gibi, cezaî şartın istenebilmesi için, alacaklının zararı aranmamıştır. Söz konusu İlke'de, cezaî şartın, aksine anlaşma olsa bile, aşırı olması hâlinde makul bir miktara indirilebileceği ifade edilmiştir.

³ Bu görüşler ve eleştirisi için bkz. **Kocaağa**, s.217-221; **Serozan, Rona:** *Sözleşmeden Dönme*, Gözden Geçirilmiş 2.Bası, İstanbul, 2007,s.223-224.

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 gerekmektedir⁴.

II. Cezaî Şartın İndirilmesinin Koşulları

A. Genel Olarak

Borçlar Kanunumuzun 161. maddesinde taraflarca karşılaştırılan cezaî şartın niteliği belirtilmeksizin bütün cezaî şartlar türleri için genel bir düzenleme öngörülmüştür. Buna göre, para olarak karşılaştırılmış olsun veya olmasın, aşırı cezaî şartlar azaltılabilecektir. Alman Medenî Kanununun 343. maddesinde de, cezaî şartın türü belirtilmeksizin, ölçsüz derecede yüksek olması hâlinde azaltılabileceği belirtilmiştir. Ancak, Alman Medenî Kanununun 342. maddesinde, cezaî şartın belirli bir tutarda para olarak değil de, başka bir edim olarak karşılaştırılması hâlinde, cezaî şartın para olarak karşılaştırıldığı 339- 341. madde hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiş, ancak aşırı cezanın azaltılmasına ilişkin 343. maddeye atıf yapılmamıştır. Bu durum, Alman Medenî Kanununun cezaî şartın tenkisine ilişkin düzenlemelerinin para olarak karşılaştırılmayan cezaî şartlara uygulanıp uygulanmayacağı sorununu ortaya çıkarmıştır.

Seçimlik ve ifaya eklenen cezaî şartın indirilmesi istenebileceği gibi, tartışmalı olmakla birlikte, ifayı engelleyen cezaî şartın (dönme cezasının) da aşırı olduğu ileri sürülerek indirilmesi istenebilir⁵. Bunun yanında, pey akçesi, cezaî şart niteliğinde olmadığından indirilmesi mümkün değildir⁶. Alman Medenî Kanununun 343. maddesinin ikinci fıkrasında, borçlunun edimini yerine getirmemesi hâlinde, gerek para olarak ve gerekse para dışında bir

⁴ Kocağa, s.221; Serozan, s.49.

⁵Dönme cezasının indirilmesinin mümkün olmadığını savunan görüş için bkz. Oğuzman, M.Kemal/ Öz, Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2009, s.908, 909; Yazarlara göre, kanunî bir sebep olmaksızın sözleşmeden dönerek bu cezayı ödemek zorunda kalan, bizzat borçlunun kendisidir. Borçlu, sözleşmeden dönmeyerek bu cezayı ödemekten kurtulma imkânına sahipken, bunu yapmamaktadır. Aksi görüş için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, İstanbul 1993, s.353; Serozan, s.232-233; Yazarlara göre, borçlunun önceden belirlenmiş belirli bir tutarda parayı, borcunu ifa gününde hareketsiz kalarak ifa etmemesi hâlinde ödemeye söz vermesi olgusu ile, aynı tutarda parayı ifa gününden önce sözleşmeden dönmesi hâlinde ödemeye söz vermesi olguları arasında bir fark yoktur. Bu nedenle, Borçlar Kanununun 161/III hükmünün işletilmemesi için, ayrı bir menfaatler olgusu söz konusu değildir. Bu konuda ayrıca bkz. Ayan, Mehmet: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Konya 2007, s.68.

⁶ Erman, Walter: *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, (Autor: S.Schaub), 12. Auflage, 2008, Art.343, Rn.1.

edim olarak kararlaştırılan cezaî şartlara ilişkin hükümlerin, belirli bir hukukî işlemin yapılması veya yapılmamasına ilişkin kararlaştırılan cezaî şartlara da uygulanacağı düzenlenmiştir. Alman doktrininde bu tür cezaî şartlar için, “bağımsız cezaî şart” terimi kullanılmaktadır⁷. Borçlar Kanununun 160.maddesinin birinci fıkrasında da, “*Cezaî şarta müteallik hükümler, kısmen vâki olan tediyeinin fesih halinde alacaklıya kalması şartını mutazammın olan mukaveleye de tatbik olunur.*” hükmüne yer verilerek, bir sözleşmenin ifası için değil de, ifadan bağımsız olarak, sözleşmenin hüküm doğurmaması durumunda, önceki tediyeilerin alacaklıya kalacağına ilişkin anlaşmaları cezaî şarta ilişkin hükümlere tâbi tutulmuştur. İfadan bağımsız olarak kararlaştırılan bu tür cezaî şartlar aşırı ise, indirilmesi istenebilecektir.

Cezaî şartın, hâkim tarafından indirilebilmesi için, öncelikle geçerli bir cezaî şartın bulunması gerekir. Cezaî şartın bizzat kendisinin veya asıl borcun geçersiz olmasından dolayı fer’ilik niteliği gereği cezaî şartın da geçersiz olduğu durumlarda, cezaî şartın indirilmesinden söz edilemeyecektir⁸. Geçerli bir cezaî şartın hâkim tarafından indirilebilmesi için, cezaî şartın muaccel olması, aşırı olması, ödenmemiş olması ve borçlunun indirim isteminde bulunması koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekir. Aşağıda, bu koşullar, ayrı ayrı incelenecektir.

B. Geçerli Bir Cezaî Şartın Bulunması

Cezaî şartın hâkim tarafından indirilmesi için, her şeyden önce geçerli bir cezaî şartın bulunması gerekir. Cezaî şart, asıl borç ilişkisine bağlı olduğundan, asıl borç ilişkisi geçerli değilse, cezaî şart da geçersiz olacaktır. Bu durumda, cezaî şart hüküm ve sonuç doğurmayacağından, cezaî şartın aşırı olduğu ileri sürülerek indirim yapılmasına imkân yoktur⁹. Cezaî şartın geçersiz olduğu veya talep edilemeyeceği durumlar, Borçlar Kanunumuzun 161. maddesinin ikinci fıkrasında ve Alman Medenî Kanununun 344. maddesinde özel olarak belirtilmiştir. Borçlar Kanunumuzun 161. maddesinin ikinci fıkrasına göre, “*Ceza, kanuna veya ahlâka (âdâba) mugayir bir borcu teyit için şart edilmiş veya hilâfına mukavele olmadığı hâlde borcun ifası borçlunun*

⁷ *Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch*, (Autor: Gottwald, Peter), Band.2, 5. Auflage, 2006, Art.343,Rn.22-23, (Kısaltma: **MünchKomm/Gottwald**); **von Staudinger, Julius: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2**, (Autor:Volker Rieble), Berlin 2009, Art.343, Rn.17; Alman Federal Mahkemesi, dernek tüzüğünde, üyeler için yer alan ceza koşulunun yüksek olması hâlinde de Alman Medenî Kanununun 343. maddesini uygulamıştır. Bu konuda bkz. BGH. 4.10.1956-II ZR121/ 55, BGHZ, 21, 370-376.

⁸ **MünchKomm/Gottwald**, Art.343. Rn.8; **Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2008,s. 373; **Tunçomağ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku- I, Genel Hükümler**, İstanbul 1976, s. 142.

⁹ **Erman/ Schaub**, Art.343, Rn.1; **MünchKomm/Gottwald**, Art.343, Rn.8; **Eren**, s.1140; **Kocağa**, s.223-224.

mesuliyetini icap etmeyen bir hâl sebebiyle gayri mümkün olmuş ise, şart olunan cezanın tediyesi talep edilemez”¹⁰. Alman Medenî Kanununun 344.maddesine göre ise, “Kanunun, kararlaştırılan edimin geçersizliğini öngördüğü durumlarda, taraflar, anlaşmanın geçersizliğini bilmiş olsalar da, anlaşmanın ifa edilmemesi için kararlaştırılan cezaî şart geçersizdir”¹¹.

Borçlar Kanunumuzun 161. maddesinin ikinci fıkrası ile Alman Medenî Kanununun 344. maddesi, bazı farklılıklar bulunmakla birlikte, içerik olarak benzer bir anlam taşımaktadır. Borçlar Kanunumuzun 161. maddesinin ikinci fıkrasında “kanuna veya ahlâka aykırı” ifadesi kullanılmış, Alman Medenî Kanununda ise, Kanunda öngörülen geçersizlik hâllerinin tamamına atıf yapılmıştır¹². Borçlar Kanununda, sonraki ifa imkânsızlığı özel olarak düzenlenmiş, buna karşılık sözleşmenin kurulmasından önceki ifa imkânsızlığına yer verilmemiştir. Ancak, aynı Kanunun 20. maddesi gereğince, sözleşmenin

¹⁰ Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 181. maddesinin ikinci fıkrasında, yürürlükteki Kanunun 161.maddesinin ikinci fıkrasından farklı olarak, “Ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hâle gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez” şeklinde ek bir cümle öngörülmüştür. Böylece, fer’i nitelikte bir edim olan cezaî şartın geçersizliğinin asıl borç ilişkisini geçersiz kılamayacağı açık bir şekilde düzenlenmiş olmaktadır. Bu konuda bkz. **Koç, Nevzat:** “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel Hükümlere İlişkin Olarak Yapılması Öngörülen Yenilik ve Değişiklikler”, (İTİCUSBED., Hukuk Özel Sayısı, Yıl 6, S.12, Güz 2007, s.138-139). Ancak, gerek Borçlar Kanunumuzun 161. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemenin zıt anlamından ortaya çıkan sonuç ve gerekse Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 181. maddesinde öngörülen düzenleme hakkaniyete uygun değildir. Asıl borcun, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki kusursuz ifa imkânsızlığı nedeniyle ortadan kalktığı hâllerde, fer’i nitelikteki cezaî şartın sözleşme gereği de olsa istenememesi gerekir. Yani, borçlunun kusurunun olmadığı ifa imkânsızlığını düzenleyen, yürürlükteki Borçlar Kanunumuzun 117. maddesine, cezaî şart açısından bir istisna tanınması hakkaniyete uygun değildir. Borçlar Kanunumuzun 161. maddesinin ikinci fıkrasını karşılayan İsviçre Borçlar Kanununun 163. maddesinin ikinci fıkrasında, edimin borçlunun kusuru olmaksızın imkânsızlaşması hâlinde cezaî şartın istenemeyeceği belirtilmiş, bu konuda genel kurala bir istisna tanınmamıştır. Bkz. **Honsell/Vegt/Wiegand**, Art.163, Rn.5-7. Bu nedenle, aşağıda dn.11’de belirttiğimiz şekilde, Alman Medenî Kanununun 344. maddesine benzer bir düzenlemeye, Türk Borçlar Kanunu Tasarısında da yer verilmesi yerinde olacaktır.

¹¹ Kanaatimizece, asıl edimin geçersiz olduğu hâllerde, fer’i nitelikteki cezaî şarta hükümsüzlük yaptırımının uygulanması için, tarafların bunu bilip bilmemesinin bir anlamı yoktur. Bu nedenle, Alman Medenî Kanununun 344. maddesindeki “taraflar bunu bilmiş olsalar da” ibaresi gereksiz olmuştur. Bu hükmün, “Taraflarca kararlaştırılan edimin Kanun tarafından geçersiz sayıldığı durumlarda, cezaî şartın istenebileceğine ilişkin anlaşmalar da geçersizdir” şeklinde ifade edilmesi daha uygun olurdu. Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 181.maddesinde de böyle bir hükme yer verilmesi hakkaniyete uygun olacaktır.

¹² Alman Medenî Kanununun 344. maddesinde kullanılan “Kanunun, kararlaştırılan edimin geçersizliğini öngördüğü durumlarda” ifadesi ile, hukuki işlemin geçersizliğine yol açan, hukuka, ahlâka ve emredici düzenlemelere aykırılık sebeplerinin tamamı kastedilmiş olmaktadır. Bkz. **MünchKomm/Gottwald**, Art.344 Rn.8.

kurulduğu sırada ifası imkânsız olan bir borç için, cezaî şartın kararlaştırılması hâlinde de, cezaî şart geçersiz olacak ve istenemeyecektir.

Borçlar Kanunumuzun 161. maddesinin ikinci fıkrasında, aksine sözleşmenin olmaması durumunda, borçlunun sorumlu olmadığı ifa imkânsızlığının söz konusu olması hâlinde, alacaklının cezaî şartı isteyemeyeceği düzenlenmiştir. Bu hükmün, aynı Kanununun 117. maddesi ile birlikte değerlendirilmesi gerekir. Borçlar Kanunumuzun 117. maddesinin birinci fıkrasına göre, “*Borçluya isnat olunamayan haller münasebetiyle borcun ifası mümkün olmazsa, borç sakıt olur*”. Buna göre, her iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde, kural olarak, borçlunun kusuru olmaksızın borcun konusu imkânsızlaşmışsa, borç sona ereceği gibi, alacaklı cezaî şartın ifasını da isteyemez. Ancak, taraflar, Borçlar Kanununun 161. maddesinin ikinci fıkrasının zıt anlamından çıkan sonuca göre, ifa imkânsızlığı hâlinde, alacaklının cezaî şartı isteyebileceğini kararlaştırmışlarsa, aynı Kanununun 117. madde hükmüne bir istisna tanınmış olacak ve cezaî şart fer’i nitelikte olsa da asıl borca bağlı olarak sona ermeyecek, alacaklı cezayı isteyebilecektir. Alman Medenî Kanununun 344. maddesinde, taraflar, kararlaştırılan sözleşmenin geçersiz olduğunu bilmiş olsalar bile, Kanuna aykırı sözleşmenin ifa edilmemesi nedeniyle kararlaştırılan cezanın geçersiz olduğu belirtilerek, cezaî şartın bağımsız bir borç ilişkisi ortaya çıkarmadığı özel olarak vurgulanmış olmaktadır.

Cezaî şart, fer’i nitelikte olduğundan, asıl borcun Kanunun öngördüğü geçerlilik şekline bağlı olarak yapılmaması nedeniyle geçersiz olması hâlinde cezaî şart da geçersiz olacaktır. Aynı şekilde, Kanunun şekle bağlı yapılmasını öngördüğü bir hukukî işlemin cezaî şartın konusunu oluşturması hâlinde, cezaî şartın, Kanunun öngördüğü geçerlilik şekline uygun yapılması gerekir¹³. Örneğin, tapuya kayıtlı bir taşınmazın satışı veya bağışlanması tapuda resmi şekilde yapılmalıdır. Aksi halde sözleşme geçersiz olacaktır (TMK m.706, BK m.213, TK. m.26)¹⁴. Eğer bir sözleşmede, borçlunun edimini ye-

¹³ Eren, s.1135-1136; Kocağa, s.125-128; von Tuhr, Andreas: *Borçlar Hukuku, C.1-2*, (Çeviren: EDEGE, Cevat), Ankara 1983, s.764.

¹⁴ Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 2008/3543 E., 2008/8902,T: 26/06/2008 K. sayılı kararından: “... Dava, tapulu taşınmazın "alım satım için cayma akçesi sözleşmesi" başlıklı âdi 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 MK 706. madde uyarınca resmî 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 resmî şekilde düzenlenmemiş bulunduğundan hukuken geçerli değildir. Geçerli olmayan taşınmaz satış sözleşmesine dayanılarak cezaî şart da istenemez. Zira, cezaî şart asıl borca ilişkin fer’i haklardır. Asıl borç hükümsüz olunca, cezaî şart da hükümsüzdür...”, (www.kazanci.com.tr). Aynı yönde 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.

rine getirmemesi hâlinde, cezaî şart olarak, tapuya kayıtlı bir taşınmazın alacaklıya devredilmiş veya bağışlanmış sayılacağı kararlaştırılmışsa, bu durumda, söz konusu sözleşmenin de tapuda resmî şekilde yapılması zorunludur. Çünkü, tapuya kayıtlı taşınmazların devrine ilişkin şekil kuralının, devrin cezaî şart olarak kararlaştırılması hâlinde özel bir istisnasına yer verilmemiştir. Bu nedenle, geçerlilik şekline uyulmadan kararlaştırılan cezaî şartın, istenmesi mümkün olmadığı için, bunun aşırı olduğu ileri sürülerek indirilmesi de mümkün değildir.

Genel işlem koşulları içinde cezaî şarta ilişkin bir düzenleme yer almışsa, bu şekilde kararlaştırılan cezaî şartın aşırı olduğu ileri sürülerek indirilmesi konusuna da özel olarak değinmek gerekir. Çünkü, Alman Medenî Kanununda genel işlem koşulları ve bu koşulların içinde yer alan cezaî şarta ilişkin hükümler özel olarak düzenlenmiş ve belirli koşulların varlığı hâlinde, söz konusu düzenlemelerin geçersiz sayılması öngörülmüştür¹⁵. Borçlar Kanununda, Alman Medenî Kanunundakine 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 cezaî şarta ilişkin bazı hükümlerin, içerik denetimi sonucunda geçersiz sayılabilmesine imkân tanınmıştır¹⁶. Söz konusu yasal düzenlemeler uyarınca, genel işlem koşulu içinde yer alan cezaî şarta ilişkin hükümler geçersiz sayılırsa, artık, geçerli bir cezaî şart söz konusu olmayacağından, cezaî şartın aşırı olduğu ileri sürülerek indirilmesi de mümkün değildir¹⁷.

¹⁵ Alman Medenî Kanununun 308. maddesinin yedinci bendinde, kullanana, taraflardan birinin sözleşmeden dönmesi veya sözleşmeyi feshetmesi durumunda, diğer taraftan, bir maldan ya da ifa edilmiş bir edimden yararlanması karşılığında aşırı bir yararlanma bedeli veya yapılan masraflar için, aşırı bir giderim isteme imkânı veren şartların hükümsüz olduğu ifade edilmiştir¹⁵. Bu hükümlerle bağlantılı olarak, Alman Medenî Kanununun 309. maddesinin beşinci ve altıncı bentlerinde de, hâkime 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 hâlinde cezaî şart talep etme imkânı tanıyan şartların hükümsüz olduğu düzenlenmiştir. Bu konuda bkz. **Çınar, Ömer: Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar**, İstanbul 2009, s.227-229.

¹⁶ 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 ilâ 25. maddeleri arasında genel işlem koşulları özel olarak düzenlenmiştir. Bu maddeler Genel Kurulca kabul edilmiştir.

¹⁷ Yargıtay, yurtdışına lisansüstü eğitim amacıyla gönderilen öğrencilerin, eğitimini tamamlayamaları ya da zorunlu hizmet yükümlülüklerini yerine getirmemeleri hâllerinde ödemesi öngörülen cezaî şartı, genel işlem koşullarına ilişkin içerik denetimi yaparak geçersiz saymamakta, ancak cezaî şart fahiş ise, indirilmesine imkân tanımaktadır. Bu konuda bkz.

C. Cezaî Şartın Ödenmemiş Olması

Borçlar Kanunumuzun 161. maddesinde ve Alman Medenî Kanununun 343. maddesinde, cezaî şartın indirilmesinin istenebileceği an bakımından bir sınırlama yer almamaktadır. Ancak, Kanunda böyle bir zaman sınırlamasının yer almaması, aşırı olan cezaî şartın her zaman indirilmesinin istenebileceği anlamına da gelmez. Cezaî şartın asıl borca bağlılığı nedeniyle, indirim istenebilmesi için, öncelikle borcun muaccel olması gerekmektedir¹⁸. Cezaî şart muaccel bir borcun, borçlu tarafından hiç veya gereği gibi ya da kararlaştırılan yerde ve zamanda ifa edilmemesi durumunda istenebileceği için, borcun muaccel olması zorunlu olmaktadır. Kaldı ki, muaccel olmayan bir cezaî şartın aşırı olduğu ileri sürülerek indirilmesinin istenmesinde borçlunun menfaati bulunmadığı gibi, cezaî şartın aşırı olup olmadığı da belirlenemez¹⁹. Borçlunun menfaati olmadığından, cezaî şartın muaccel olmasından önce, aşırı olduğunun tespiti için dava da açılmaz. Ancak, indirim istenebilmesi açısından, alacaklının cezaî şartı istemesi önemli değildir²⁰.

Aşırı olan cezaî şartın indirilmesinin istenmesi için, cezaî şartın muaccel olması yanında, ifa edilmemiş olması da gerekir. Borçlar Kanununda bu konuda açık bir düzenleme olmasa da, Alman Medenî Kanununun 343.maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde, cezaî şartın ödenmesi hâlinde artık indirilmesinin istenemeyeceği açık bir şekilde düzenlenmiştir. Cezaî şartı .ifa eden borçlu, artık, cezaî şartın aşırı olduğunu ileri sürerek, indirim isteyemez. Zirâ, ifa ile borç sona erdiği gibi, borçlunun ödeme gücünün yerinde olduğu ve cezaî şartın indirilmesi isteminden vazgeçtiği kabul edilecektir²¹.

Burada, borçlunun ihtirazi kayıt dermeyan etmek suretiyle cezayı ödemiş olduğu durumda, cezaî şartın aşırı olduğunu ileri sürerek, indirilmesini isteyip isteyemeyeceği sorununu da incelemek gerekir. Öyle ki, borçlu, özellikle, mahkeme kararı veya icra takibi sonucunda cezaî şartı ödemek zorunda

Yargıtay 15. HD. 10.12.2003 tarihli ve 2003/2800 E., 2003/5920 K. sayılı karar, (YKD., C.XXX,S.3, 2004, s.412-413).

¹⁸ Alman doktrininde de, özellikle Alman Medenî Kanununun 339. maddesinde kullanılan “alacaklı cezaî şarta hak kazanır” ifadesinden hareketle, indirim istenmesinin ön koşulu olarak, alacaklının cezaî şartı isteyebilmesi, yani cezaî şartın muaccel olması gerektiği görüşü kabul edilmektedir. Bkz. **MünchKomm/Gottwald**, Rn.15; **Staudinger/Rieble**, Art.343, Rn.68-69; **Prütting, Hans/ Wegen, Gerard/Weinreich, Gerd: BGB Kommentar**, 4. Auflage, 2009, Art. 339, Rn.1-2.

¹⁹ **Eren**, s. 373; **Tunçomağ, Kenan: Türk Hukukunda Cezaî Şart**, İstanbul 1963, s. 144.

²⁰ **MünchKomm/Gottwald**, Art. 343, Rn.15; **Honsell/Vegt/Wiegand**, Art.163, Rn.11.

²¹ **Ayan**, s. 68; **Eren**, s. 374; **Kocağa**, s.226-227; **Oğuzman/Öz**, s.912; **Tunçomağ**, (Cezaî Şart), s. 154; **von Tuhr**, s. 771; **Staudinger/Rieble**, Art.343, Rn.74; Aksi görüş için bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 357.

kalabilecektir²². Kanaatimizce, ihtirazi kayıt ileri sürülerek ödeme yapılması halinde, cezaî şartın indirilmesi istenebilmelidir. Cezaî 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 cezaî şartı, asıl borcun ifasını ihtirazi kayıtla kabul etmesi hâlinde de isteyebileceği açıkça düzenlenmiştir. Kanaatimizce, bu hüküm kıyas yoluyla uygulanarak, borçlunun da, borcunu ihtirazi kayıt koyarak ifa ettiği hallerde, daha sonra indirim isteyebilmelidir²³.

Borçlunun, cezaî şartı kısmen ifa etmesi halinde de, cezaî şartın aşırı olduğunu ileri sürerek indirim isteyebilir. Bu durumda, cezaî şartın ifa edilmeyen kısmı açısından değil de, tamamı üzerinden aşırı olup olmadığı belirlenecektir. Ancak, borçlu, hâkim tarafından cezaî şartta yapılan indirimden daha fazlasını ifa etmişse, yapmış olduğu bu fazla ifanın geri verilmesini isteyecektir. Bu durum, ödenmiş cezaî şartın aşırı olduğu ileri sürülerek indirilmesinin istenemeyeceğinin bir sonucudur²⁴.

D. Cezaî Şartın Aşırı Olması

Cezaî şartın indirilebilmesinin en önemli sebebi, karşılaştırılmış olan ceza miktarının aşırı derecede yüksek (fâhiş) olmasıdır. Cezaî şartın aşırı olup olmadığını hâkim, takdir eder. Bu husus, Borçlar Kanununun 161. maddesinin son fıkrasında, “*Hâkim, fâhiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir*” şeklinde açıkça belirtilmiştir. Hâkimin, cezaî şartın aşırı olduğunu belirleme noktasında takdir hakkı olmakla birlikte, bu takdir hakkını somut kriterlere göre kullanması gerekir. Bu konuda, Borçlar Kanununda herhangi bir düzenleme öngörülme de, Alman Medenî Kanununda bazı kriterler belirlenmiştir. Alman Medenî Kanununun 343. maddesine göre mahkemece, cezaî şartın uygunluğu takdir edilirken, sadece alacaklının malî menfaatleri değil, bütün haklı menfaatleri göz önünde tutulmalıdır. Öyle ki, borçlunun borcunu ifa etmesi, alacaklıya malî menfaatleri yanında manevi menfaatte temin edebilecektir. Bu nedenle bu kriter, kanaatimizce, Borçlar Kanunumuz yönünden de göz önünde tutulabilir.

Cezaî şartın aşırı olup olmadığının takdirinde, alacaklının her bir menfaati yanında, borçlunun ve alacaklının ekonomik durumu, cezaî şartın karşılaştı-

²² Tunçomağ, (Cezaî Şart), s. 156; MünchKomm/Gottwald, Art.343, Rn.16; Staudinger/Rieble, Art.343, Rn.74.

²³ Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 138.maddesinde, borçlunun çekince koyarak borcunu ifa etmesi hâlinde uyarılma isteyebileceği kabul edilmiştir. Uyarılma istemi açısından öngörülen bu düzenlemeden, cezaî şartın çekince koyularak ifa edilmesi hâlinde de yararlanılabilecektir.

²⁴ MünchKomm/Gottwald, Art.343, Rn.16; Tunçomağ, (Cezaî Şart), s. 156.

rılmasındaki amaç, cezaî şartın ödenmesi veya ödenmemesi nedeniyle tarafların uğrayacağı zarar miktarı, borçlunun sözleşmeyi gereği gibi veya hiç ifa etmemesindeki sebepler göz önünde tutulacaktır²⁵. Hâkim, bütün bu hususları göz önünde tutarak cezaî şartı aşırı olup olmadığını takdir eder. Cezaî şartın aşırı olduğunu ispat yükü borçluya düşer²⁶.

Burada üzerinde durulması gereken önemli bir nokta da, cezaî şartın aşırı olduğunun hangi an esas alınarak belirleneceğidir. Bu konuda, Borçlar Kanunumuzda ve Alman Medenî Kanununda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde, cezaî şartın aşırı olup olmadığının hangi zaman esas alınarak belirleneceği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, cezaî şartın aşırı olup olmadığı, kararlaştırıldığı tarih esas alınarak belirlenmelidir²⁷. Diğer bir görüş²⁸, cezaî şartın muaccel olduğu tarihin göz önünde tutulmasını savunmaktadır. Bu konudaki diğer bir görüşe göre ise²⁹, cezaî şartın aşırı olup olmadığının takdiri, mahkemenin karar verdiği an esas alınarak yapılmalıdır.

Kanaatimizce, kanunkoyucu, hâkime takdir hakkı tanımak amacıyla, bu konuyu bilinçli olarak düzenlememiştir. Bu nedenle, bu görüşlerin her birinin, somut olay göz önünde tutularak, hâkim tarafından uygulanması mümkündür. Özellikle, cezaî şartın kararlaştırıldığı tarih ile, mahkemenin karar verdiği tarih arasında tarafların sosyo-ekonomik durumları ve ödeme gücünde bir değişiklik olması halinde, mahkemece karar verilen tarih göz önünde tutularak, cezaî şartın aşırı olup olmadığı takdir edilebilecektir³⁰. Bununla birlikte, aşırı olduğu kabul edilen bir cezaî şart, karar tarihinde, sadece borçlunun ödeme gücünün bulunduğu gerekçesiyle reddedilememelidir.

E. Borçlunun Talebi

Borçlar Kanununun 161. maddesinin son fıkrasında, “Hâkim, fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir” düzenlemesine yer verilmiş, cezaî şartın indi-

²⁵ Erman/Schaub, Art.343, Rn.3; MünchKomm/Gottwald, Art.343, Rn.17a; von Tuhr, s.772; Eren, s.1141; Tunçomağ, s.884.

²⁶ MünchKomm/Gottwald, Art.343, Rn.16; Honsell/Vegt/Wiegand, Art.163, Rn.16-17; Oğuzman/Öz, s.911.

²⁷ Tunçomağ, (Cezaî Şart), s. 145; Erman/ Schaub, Art.343, Rn.4; Kocağa, s.237- 238.

²⁸ Bu hususta bkz. MünchKomm/Gottwald, Art.343, Rn.18, dn.2’de belirtilen yazarlar; Kocağa, s.238-239.

²⁹ MünchKomm/Gottwald, Art.343, Rn.18; Staudinger/Rieble, Art.343, Rn.86; Kocağa, s239.

³⁰ Tunçomağ, (Cezaî Şart), s. 151; MünchKomm/Gottwald, Art.343, Rn.18.

rilmesi için, borçlunun talebine yer verilmemiştir³¹. Oysa, Alman Medenî Kanununun 343. maddesinde mahkemece cezanın indirilebilmesi için, borçlunun istemde bulunmasına bağlıdır³². Bu açıdan, her iki Kanun arasında önemli bir farklılık mevcuttur. Türk hukuku açısından, Borçlar Kanununun düzenlemesi karşısında, Yargıtay kararlarında, cezaî şartın indirilmesinin kamu düzeninden olduğu, indirim için, borçlunun talebinin gerekmediği kabul edilmektedir³³. Doktrinde ise, bu konuda görüş birliği mevcut değildir³⁴.

Alman Medenî Kanununun 343. maddesinde aşırı cezaî şartın indirilmesi, açıkça borçlunun istemde bulunmasına bağlı tutulduğu için, hâkim, aşırı cezaî şartı kendiliğinden indirememektedir. Alman hukuku açısından, borçlunun indirim istemi dava yoluyla ileri sürülebileceği gibi, savunma yoluyla da ileri sürülebilir. Borçlu bu konuda sözlü veya yazılı olarak mahkemeye bir istemde bulunabilir. Alman hukuku açısından borçlunun cezaî şartın indirilmesi istemi, kamu düzeninden olmadığı için, bundan feragat mümkündür. Borçlu, mahkemeden cezaî şartın indirilmesini istedikten sonra veya önce, bu hakkından feragat edebilecektir.

Oysa, Türk hukuku açısından, hâkim cezaî şartın aşırı olup olmadığını re'sen takdir etmekle görevli olduğu için, davanın her aşamasında mahkemece bu konuda bir karar verilebilir. Cezaî şartın indirilmesini istemeyen borçlu, davanın her aşamasında, bunu ileri sürebilir ve bu savunma karşısında, alacaklı, davanın genişletilmesi yasağını ileri süremez. Bunun yanında, aşırı cezaî şartın indirilmesi kamu düzeninden olduğu için, borçlunun cezaî şartın indirilmesi isteminden feragat i de geçersizdir.

³¹ Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 181.maddesinin son fıkrasında, “*Hakim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir*” şeklinde bir düzenleme öngörülerek, hâkimin aşırı yüksek cezaî şartı indirebilmesi için, borçlunun talebine ihtiyaç duymayacağı, bu hususta re'sen hareket etmek zorunda olduğu açık bir şekilde vurgulanmıştır

³² **Prütting/Wegen/Weinreich**, Art.343, Rn.10; **Staudinger/Rieble**, Art.343, Rn.84-87.

³³ Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 12.10.2004 tarihli ve 2004/6408 E. ve 2004/14220 K.sayıllı kararından: “...Davalının komisyon sözleşmesinde %2 oranındaki tutardan sorumlu olduğu, bakiye %2 oranının ise, cezaî şart olarak kararlaştırıldığı anlaşılmaktadır. Borçlar Kanunu'nun 161/son maddesi hükmünce hâkim 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).

³⁴ Cezaî şartın indirilebilmesi için borçlunun talebinin gerekmediği yönünde bkz. **Eren**, s.1142; **Feyzioğlu,Feyzi**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.I-II, İstanbul 1976, s.403; **Oğuzman/Öz**, s.912; **von Tuhr**, s. 770-771; **Honsell/Vegt/Wiegand**, Art.163, Rn.11; Karşı görüş için bkz. **Tunçomağ**, s.887.

F. Borçlunun Tacir Olmaması

Borçlar Kanununda cezaî şartın indirilmesini isteyen borçlunun tacir olmaması gerektiğine ilişkin bir düzenleme olmamakla birlikte, Türk Ticaret Kanununun 24. maddesinde, tacirin cezaî şartın tenkisini isteyemeyeceği açıkça hükme bağlanmıştır. Söz konusu düzenlemeye göre, “*Tacir sıfatını haiz bir borçlu, Borçlar Kanununun 104 üncü maddesinin 2 nci fıkrasıyla 161 inci maddesinin 3 üncü fıkrasında ve 409 uncu maddesinde yazılı hallerde, fahiş olduğu iddiasıyla bir ücret veya cezanın indirilmesini mahkemeden isteyemez*”. Alman Medenî Kanununda, tacir olan borçlunun cezaî şartın aşırı olduğunu ileri sürerek indirilmesini isteyemeyeceğine ilişkin bir düzenleme yer almamakla birlikte, Alman Ticaret Kanununun 348. maddesinde, tacirin, ticarî işletmesi ile ilgili olarak kararlaştırdığı cezaî şartın, Alman Medeni Kanununun 343. maddesi uyarınca indirilmesinin istenemeyeceği düzenlenmiştir. Alman Medenî Kanununun 348. maddesinde, cezaî şartın indirilmesini isteyememe açısından, sadece tacir sıfatının varlığı yeterli görülmemiş, söz konusu cezaî şartın ticari faaliyet çerçevesinde kararlaştırılmış olması aranmıştır³⁵. Oysa, Türk Ticaret Kanununun 24. maddesinde, ticari iş ayrımı yapılmaksızın, sadece tacir sıfatına bağlı olarak, cezaî şartın indirilmesinin istenilmesi yasaklanmıştır. Ancak, söz konusu hükmün lâfzî ifadesi, tacir sıfatına bağlı olarak cezaî şartın indirilmesinin istenemeyeceği şeklinde anlaşılrsa da, söz konusu hüküm, tacirin ticari iş niteliğindeki işlemlerinde kararlaştırılan cezaî şartın indirilmesini isteyemeyeceği şeklinde kabul edilmelidir³⁶. Yargıtay’a göre, tüzel kişi tacirler dahi, Türk Ticaret Kanunu dışındaki kanunlardan, meselâ, İş Kanunundan doğan işlemlerde, cezaî şartın indirilmesini isteyebilir³⁷.

³⁵ OLG Hamm, Urteil vom 05.07.1994, 21 U 20/94, IBR 1995, s.246.

³⁶ 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. **Ayan**, s.69; **Kocağa**, s.259-260; **Karahan**, s.96, dn. 58’de belirtilen yazarlar.

³⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2.2.2005 tarihli ve 2004/9-759 E. ve 2005/9 K.sayıllı 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 cezaî şart tutarından indirim yapılmasına hukuken olanak bulunup bulunmadığı hususu da tartışılıp, değerlendirilmiştir...İşverenin, tacir statüsünde olması, iş akdindeki cezaî şart bakımından Türk Ticaret Kanunu’nun 24. maddesindeki kuralın işveren hakkında uygulanmasını gerektirmeyecektir. Yani, cezaî şart borçlusu işveren tacir de

Sözleşmenin içerdiği cezaî şart miktarı, tacir sıfatını hâiz borçlunun ekonomik açıdan mahvına neden olacak derecede yüksek olduğu durumlarda, doktrinde tacirin, cezaî şartın tamamen kaldırılmasını veya makul düzeye indirilmesini isteyebileceği ileri sürülmektedir³⁸. Bu görüşe göre, cezaî şartın ahlâka aykırı sayılarak tamamen geçersiz sayılması hâlinde uygulanacak hüküm Borçlar Kanunumuzun 161. maddesi değil, cezaî şartın ahlâka aykırı olması nedeniyle geçersiz sayılmasına ilişkin Borçlar Kanununun 20. maddesidir. Ancak, hâkim, cezaî şartın tacirin ekonomik mahvına sebep olduğu ve ahlaka aykırı sayıldığı hâllerde, aşırı cezaî şartın indirilmesiyle ilgili, Borçlar Kanununun 161. maddesinin son fıkrasını da uygulayabilir³⁹. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, bir cezaî şartın ahlâka aykırı sayılması için, sadece aşırı olması yetmemekte, aynı zamanda, söz konusu cezaî şartın borçlunun ekonomik açıdan mahvına sebep olacak nitelikte olması gerekir. Yargıtay'ın yerleşik içtihatları da bu yöndedir⁴⁰.

Burada, cezaî şartın tacirin ekonomik mahvına neden olacak şekilde ahlâka aykırı sayıldığı hâllerde, cezaî şartın tamamını değil de, bir kısmını geçersiz saymanın mümkün olup olmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu sorunun çözümü Borçlar Kanununun 20.maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “sözleşmenin bir kısmı” ifadesine verilecek anlamla yakından ilişkilidir. Bir gö-

olsa, Borçlar Kanunu'nun 161/3. maddesindeki emredici hüküm uyarınca, fahiş görüldüğü takdirde cezaî şarttan re'sen indirim yapılmasının zorunludur...” (www.kazanci.com.tr). Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bu kararı çoğunlukla verilmiş olup, azınlıkta kalan görüş, sözleşmenin niteliğine bakılmaksızın tacir olan borçlunun cezaî şartın indirilmesini istemeyeceği noktasında muhalefet şerhi koymuştur.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 15.10.1997 tarihli ve 486-9 E., 822 K.sayılı kararı da uyuşmazlığın iş akdinden doğması hâlinde Türk Ticaret Kanununun 24.maddesinin uygulanamayacağını kabul etmiştir (YKD., C.XXV, S.3, 1999, s.303). Aksi görüşte **İmregün**: Ancak, yazara göre, amacına ulaşmak için ticari işletme işleten ve bu nedenle tacir sayılan dernekler, ticari işletmesiyle ilgili olmayan konular için cezaî şartın tenkisini isteyebilecektir (s.41); **Karahan** ise, tüzel kişi tacirlerin her türlü işinin ticarî sayılması nedeniyle, tüzel kişilerin, işin ticarî işletmesiyle ilgili olmadığını ileri sürerek cezaî şartın tenkisi talebinde bulunamayacağı görüşündedir (s.97).

³⁸ Eren, s.1141-1142; Kılıçoğlu, s.541-542; Kocaağa, s.261; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altop, s. 359.

³⁹ Eren, s. 1142; Kılıçoğlu, s.541-542; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 359.

⁴⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 20.3.1974 tarihli ve 1970/1053 E., 1974/222 K.sayılı kararından: “...Davalı, cezaî şartın fahiş olduğunu ve iktisaden mahvına neden olacağını savunmuştur. Gerçekten TTK'nın 24. ve BK m.161/son maddeleri uyarınca tacir olan bir şahsın cezaî şartın fahiş olduğundan bahisle tenkisini istemeye hakkı bulunmamakta ise de, kararlaştırılan ceza borçlunun iktisaden mahvına mucip olacak derecede ağır ve yüksek ise adap ve ahlaka aykırı sayılarak tamamen veya kısmen iptali mümkündür...”, (www.kazanci.com.tr). Aynı yöndeki diğer bazı Yargıtay içtihatları için bkz. Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/Altop, s. 358; Eren, s.1141; Kocaağa, s.261.

rüşe göre⁴¹, sözleşmenin bir kısmı ifadesi, hem sözleşmenin içerdiği bireysel kısımları, hem de borçlanılan edimin miktar olarak bir kısmını içermektedir. Diğer bir görüşe göre⁴² ise, edim bölünebilir nitelikte olsa bile, edimin bir kısmının geçerli, diğer bir kısmının geçersiz olduğu kabul edilemez. İlk görüş kabul edilirse, cezaî şart bölünebilir nitelikte olduğu için, bir kısmı geçerli bir kısmı ise geçersiz kabul edilebilecek iken, ikinci görüşe göre, cezaî şart ahlaka aykırı ise, tamamen geçersiz kabul edilmelidir.

Kanaatimizce, cezaî şartın tacirin ekonomik mahvına sebep olacak şekilde aşırı olduğu durumlarda, Borçlar Kanunumuzun 20. maddesi uygulanarak, cezaî şart tamamen hükümsüz sayılmamalıdır. Türk Ticaret Kanununun 24. maddesi, tacire, aşırı yüksek olan cezaî şartın indirilmesini isteme hakkı dahi tanımazken, cezaî şartın tacirin ekonomik mahvına sebep olduğu ileri sürülerek, Borçlar Kanununun 20. maddesi uyarınca tamamen geçersiz sayılması hakkaniyete ve Borçlar Kanununun 161. maddesine aykırı düşmektedir. Öyle ki, tacir, aşırı yüksek olan cezaî şartın indirilmesini isteyememekte, yani cezaî şart aşırı yüksek ise, bu tutarı aynen ödemek zorunda iken, ekonomik mahvına sebep olacak nitelikteki cezaî şartı hiç ödemeyerek çok avantajlı bir duruma konulmaktadır. Bundan dolayı, tacir açısından, cezaî şart, Borçlar Kanununun 20. maddesinin ikinci fıkrası anlamında ahlâka aykırı da olsa, hâkim cezaî şartı tamamen kaldırmamalı, tarafların ve özellikle tacirin ekonomik durumuna ve borcun ifa edilmemesindeki kusura göre, tacirin ödeyebileceği âzamî miktar üzerinden cezaî şarta hükmetmelidir. Bu görüş, Yargıtay'ın birçok içtihadında vurguladığı, “çoğun içinde az da vardır” ilkesine ve dürüstlük kurallarına da uygun olmaktadır. Cezaî şartın, kısmen geçersiz sayılması açısından, Borçlar Kanununun 20. maddesinin ikinci fıkrası uygulanmamakla birlikte, Türk Ticaret Kanununun 1466. maddesinin kıyasen uygulanması sonucunda, ahlaka aykırı cezaî şartın tamamen değil, kısmen geçersiz sayılması mümkündür⁴³. Tacir, ekonomik açıdan mahvına sebep

⁴¹ **Başpınar, Veysel:** *Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı*, Ankara 1998, s.152; **Eren**, s. 305.

⁴² **Başpınar**, s.63-64; **Kocağa**, s.262.

⁴³ Aynı görüşte, **Kocağa**, s.264. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 20.3.1974 tarihli ve 1970/1053 E., 1974/222 K.sayıli kararında:“...Mücerret tacirin hayatını başka yolda düzenlemek, özellikle masraflarını azaltmak ve bazı ihtiyaçlarından vazgeçmek mecburiyetinde kalması, ahlâk ve âdâba aykırılığın kabulü için yeterli değildir. Mahkeme, ahlâk ve âdâba aykırılığı tayin ve takdir edebilmek için, taahhüt olunan işin değerini, tarafların ve özellikle borçlunun cezaî şartın kabul edildiği tarihteki iktisadî durumunu, yetenekli bilirkişiler aracılığı ile tesbit etmeli, ahlâk ve âdâba aykırılığı takdir ederken, tarafları ahlaka aykırı muamelelerden sakınmaya sevk etmek ve aynı zamanda fena misal ve numunelerin ahlaki bozmasına engel olmak amacını, dikkate almalıdır...” şeklindeki gerekçesiyle, cezaî şartın ahlaka aykırı sayılmasındaki kriterlere açıklık getirmiştir. Bu karar için bkz. yuk. dn.40.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu içtihadında, ahlâka aykırılık hükümlerinin uygulanmasının gerekçesini şöyle açıklamıştır: “...Ticaret Kanunumuzda, ticari nitelikteki akıterde, Borçlar Kanunundaki akdın inikadına ilişkin genel hükümlerin uygulanmasını önleyen bir hüküm

olacak cezaî şartın, ahlâka aykırı olduğunu ileri sürebilse de, cezaî şart, sözleşmede karşılıklılık (sinallagma) ilişkisi içinde bulunan bir edim oluşturmadığından, borçlunun gabin hükümlerine başvurması mümkün değildir⁴⁴.

III. İndirim Oranının Belirlenmesi

A. Genel Olarak

Borçlar Kanununda hâkimin aşırı cezaî şartı indirmekle yükümlü olduğu belirtilmiş olmakla birlikte, bu konuda herhangi bir kriter ve sınırlama getirilmemiştir. Alman Medeni Kanununun 343. maddesinde ise, hâkimin aşırı olan cezaî 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 hâkim, takdir yetkisini objektif kriterlerden yararlanarak, hakkaniyete uygun şekilde kullanmalıdır⁴⁵.

Buna göre, hâkim, önce cezaî şartın aşırı olup olmadığını takdir edecek, cezaî şartın aşırı olduğu sonucuna varırsa, objektif ölçütlerden yararlanarak, cezaî şartı makul bir seviyeye indirecektir. Makul bir seviyeye indirmekten amaç, cezanın, alacaklının bütün haklı menfaatlerini karşılama ve borçlunun aşırı bir cezaî şart yükü altında ezilmemesidir. Hâkim, ceza miktarında indirim yaparken, tarafların ve özellikle alacaklının sözleşmeden elde edeceği menfaat durumunu, borçlunun kusurunu, alacaklının zararını, borçlunun ödeme gücünü göz önünde tutmalıdır. Ancak, hâkim cezaî şartı indirirken, cezaî şartın borçluyu ifaya zorlayan tazyik özelliğini gözden uzak tutmamalı,

yoktur. Evvelce değinildiği gibi, Medeni Kanun Ticaret Kanunu'nun, Borçlar Kanunu Medeni Kanun'un tamamlayıcısıdır. Bu husus, Ticaret Kanunumuzun 1466. maddesinde de özellikle teyit edilmiştir. Mezkûr madde hükmüne göre, ticarî hükümlerle yasak edilmiş bulunan muamele veya şartlar, aksine hususî bir hüküm bulunmadıkça, batıldır; şu kadar ki, bir akit hükmünce yerine getirilmesi gereken edalar hakkında, kanun veya salâhiyetli makamların kabul etmiş olduğu en yüksek haddi aşan mukaveleler, en yüksek had üzerinden yapılmış sayılır ve bu hadden fazla olan edalar, hata ile yapılmış olmasa dahi geri alınır. Bu hâllerde, Borçlar Kanunu'nun 20. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesi tatbik olunmaz. Bu hüküm, Adalet Komisyonu gerekçesinde açıkça yazılı olduğu gibi, iktisadi sakıntı altında bulunan şahıslar hakkında butlan hükmünün mutlak şekilde uygulanmasını önlemek ve bu suretle Borçlar Kanunu'nun 20. maddesi hükmünü bu yönden itmam için sevk edilmiştir". Yüksek Mahkemen, cezaî şartın ahlâka aykırı sayılmasının gerekçesini, Türk Ticaret Kanununun 1466. maddesine dayandırdığı göz önünde tutulursa, cezaî şartın indirilmesinde de, Türk Ticaret Kanununun 1466. maddesinin uygulanarak, ahlâka aykırı sayılan cezaî şart tamamen değil, kısmen geçersiz sayılabilmelidir.

⁴⁴ Bkz. ve karşı. Eren, s. 1142; Kocaağa, s.265.

⁴⁵ MünchKomm/Gottwald, Art.343, Rn.17a; Honsell/Vegt/Wiegand, Art.163, Rn. 16-17; von Tuhr, s.772.

ceza miktarını indirirken, cezaî şartın bu işlevinin ortadan kalkmamasına özen göstermelidir⁴⁶.

B. Tarafların Borcun İfa Edilmesindeki Menfaat Durumu

Cezaî şart miktarında indirim yapılırken, her iki tarafın menfaatlerinin karşılıklı olarak değerlendirilmesi gerekir. Alacaklının menfaatlerinin değerlendirilmesinde sadece malî değerdeki unsurlar değil, sözleşmenin ifasından beklenen bütün haklı menfaatlerin hattâ manevi değerlerin de dikkate alınması

⁴⁶ Kocaağa, s.249-250; Oğuzman/Öz, s.911; Tunçomağ, (Cezaî Şart), s. 157; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2.2.2005 tarihli ve 2004/9-759 E. ve 2005/9 K.sayıli kararından: "...Somut olayda cezaî şart miktarının fahiş bulunup bulunmadığı noktasında ortaya çıkan uyumsuzluğun değerlendirilmesine gelince;... Kural olarak, taraflar cezaî şart miktarını tayinde serbesttirler. Ancak, kararlaştırılan cezaî 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 hâkim tarafından re'sen gözetilmelidir; borçlunun bu yolda bir talebinin bulunması aranmaz. Ancak, cezaî şart ödenmişse, hâkim bunu daha sonra indiremez. Borçlu, cezaî şartın indirilmesini isteme hakkından önceden feragat edemez; Borçlar Kanunu'nun 161/3. maddesiyle hâkime bırakılan bu konuda, taraflarca yapılan kararlaştırma, aynı kanunun 19. maddesine göre geçerli değildir.

Bir olayda, cezaî şart miktarının fahiş olup olmadığı belirlenirken;

- Tarafların ekonomik durumları, özel olarak borçlunun ödeme gücü,
- Alacaklının, asıl borcun ifa edilmesi halinde elde edeceği yarar ile cezaî 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 cezaî şart miktarına hükmedilmelidir. Hâkimin, bu kuralı uygularken kullanacağı takdir hakkının, Yargıtay denetimine elverişli esaslara dayanması da zorunludur.

Uyuşmazlık, 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 cezaî 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).

gerekir⁴⁷. Sözleşmenin ifasının borçlu için bir fayda sağlamadığı veya alacaklıya göre, daha az menfaat sağladığı hâllerde, ceza miktarı aşırı ise, indirim daha fazla oranda yapılabilir. Özellikle, sadece borçluya bir yükümlülük yükleyen sözleşmeler açısından, cezaî şartın aşırı olduğu çok sıkı bir şekilde değerlendirilmemeli ve indirim yapılmalıdır. Borçlu, sözleşmeye aykırılık nedeniyle önemli menfaatler elde etmiş ya da elde etmeyi ihmal etmiş ise, hâkimin indirimden kaçınması gerekir. Ancak, borçlunun, bu nedenle elde ettiği menfaat az ise, bu durum, diğer indirim sebepleri göz önünde tutularak incelenmelidir.

C. Alacaklının Uğradığı Zarar

Kural olarak, alacaklı borcun ifa edilmemesi nedeniyle hiçbir zarara uğramasa da, koşulları mevcutsa, cezaî şartın ödenmesi gerekir. Cezaî şartın istenmesi açısından, alacaklının zararı araştırılmasa da, aşırı cezaî şartın indirilmesi söz konusu olduğunda, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle alacaklının uğramış bulunduğu zararın göz önünde tutulması gerekir⁴⁸. Ancak, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle meydana gelen zararın cezaî şarttan az olması, tek başına, aşırı cezaî şartın indirilmesi için yeterli değildir. Cezaî şartın aşırı olduğunu, borçlu ispat etmek zorunda olsa da, indirim miktarının belirlenmesi açısından, zararının miktarını alacaklı ispat etmelidir. Öyle ki, borçlunun, alacaklının uğradığı zararı ispat etmesi, özellikle alacaklının zararının olmadığı durumlarda mümkün olmayacaktır.

Cezaî şartın, rekabet yasağı gibi, alacaklı açısından özellik arz eden bir durum için ya da süreklilik arz eden borçlara ilişkin olması hâllerinde, doğacak zararların ispatı alacaklı açısından güçlük ve sıkıntı doğurabilecektir. Bu gibi durumlarda, hâkimin, henüz doğmamış olmakla birlikte, ileride doğması muhtemel zararları da dikkate alması gerekmektedir⁴⁹.

D. Borçlunun Kusuru

Borçlunun kusurunun ağırlık derecesi de cezaî şartın indiriminde göz önünde tutulmalıdır. Bu durum, daha çok, Borçlar Kanunumuzun 161. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen düzenleme açısından uygulama alanı bulacaktır. Söz konusu hükümde, borçlunun sorumlu olmadığı ifa imkânsızlığı hâlinde aksine bir sözleşme yoksa, cezaî şartın istenemeyeceği belirtilmiştir. Buna

⁴⁷ Kocaağa, s.236-237; MünchKomm/Gottwald, Art.343, Rn.17a; Prütting/ Wegen/ Weirich, Art.343, Rn.10; von Tuhr, s. 772.

⁴⁸ MünchKomm/Gottwald, Art.343, Rn.17a; Honsell/Vegt/Wiegand, Art.163, Rn.12, 16; von Tuhr, s.772.

⁴⁹ OLG Koblenz, Entscheidung vom 25.5.1994, 9 U 1007/93, MedR 1994, 450.

göre taraflar, aksine bir sözleşme yapmışlarsa, ifanın borçlunun kusuru olmaksızın imkânsızlaşması hâlinde, cezaî şartın istenmesi mümkün olacaktır. İşte, borçlunun sorumlu olduğu ifa imkânsızlığı 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, cezaî şarttan bir miktar indirim yapılması da olağan karşılanmalıdır⁵⁰. Borçlu tarafından sözleşmenin ifası mümkün iken ifa edilmemişse, borçlu alacaklıyı zarara uğratmak kasıtlı hareket etmişse, cezaî şartın indirilmemesi gerekir⁵¹. Ayrıca, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinde, borçlunun kusurunun yanında alacaklının da birlikte (müterafik) kusuru bulunmaktaysa, indirimde bu husus da göz önünde tutulmalıdır. Bu konuda, Borçlar Kanunumuzun 98. maddesinin ikinci fıkrasında yapılan yollama gereğince, aynı Kanunun 44. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen hükümden yararlanılabilir. Söz konusu hükümde, alacaklının zararın meydana gelmesinde ya da artmasında kusuru olduğu takdirde, hâkimin tazminat miktarını indirebileceği düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca, alacaklının kusuru, indirim açısından göz önünde tutulmalıdır.

E. Tarafların Ekonomik Durumu

Cezadan yapılacak indirimin belirlenmesinde tarafların ve özellikle borçlunun ödeme gücü göz önünde tutulmalıdır⁵². Borçlu, ödemek zorunda kaldığı cezaî şart yüzünden, büyük ekonomik sıkıntılara düşecekse, ceza miktarı borçlunun ödeme gücü oranında belirlenmelidir. Burada da, Borçlar Kanununun 98. maddesinin ikinci fıkrasında yapılan yollama göz önünde tutularak, aynı Kanunun 44. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen hükümden yararlanılabilir. Söz konusu hükme göre, *“Eğer zarar kasden veya ağır bir ihmâl veya tedbirsizlikle yapılmamış olduğu ve tazmini de borçluyu müzayakaya maruz bıraktığı takdirde hâkim, hakkaniyete tevfikân zarar ve ziyânı tenkis edebilir”*. Buna göre, yukarıda incelediğimiz üzere, borçlu sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinde hafif kusurlu ise, ekonomik açıdan cezaî şartı ödeme gücü de yoksa, bu durumda ceza miktarı uygun oranda indirilebilecektir.

⁵⁰ Eren, s.1141; Kocağa, s.236; Tunçomağ, s.884.

⁵¹ Kocağa, s.236; von Tuhr, s.772.

⁵² Ayan, s.68; MünchKomm/Gottwald, Art.343, Rn.17a. Yargıtay, cezaî şartın ifasının borçluyu yoksulluğa düşürebileceği hâllerde indirilmesi gerektiği görüşündedir. Bkz. 13.HD., 4.2004 tarihli ve 2003/17643 E., 2004/6396 K.sayıllı karar, (YKD., C.XXXI, S.3, 2005, s.378 vd.).

F. Cezanın Tamamen Kaldırılması

Borçlar Kanununun 161. maddesinin son fıkrasında, hâkimin aşırı olan cezaî şartı indirebileceği belirtilmiş, hâkime cezaî şartı tamamen kaldırma yetkisi tanınmamıştır. Türk hukuk doktrininde baskın olan görüş ve Yargıtay'ın yerleşmiş içtihadına göre de, hâkim, aşırı cezaî şartı indirme yetkisini, cezaî şartın tamamen kaldırılması şeklinde kullanamaz⁵³.

Borçlar Kanunumuzun 161. maddesinin son fıkrasında, aynı Kanunun 44. maddesinin aksine, sadece indirimden söz edilmiş olması da kanunkoyucunun amacının, cezaî şartın tamamen kaldırılması yönünde olmadığını göstermektedir⁵⁴. Kanaatimizce de, sözleşme serbestisi ilkesini sınırlayan ve hâkime sözleşmeyi denetleme yetkisi veren bir hükmün dar yorumlanması ve hâkimin, aşırı cezaî şartı tamamen kaldıramayacağı kabul edilmelidir.

IV. Cezaî Şartın İndirilmesine İlişkin Hükümün Niteliği, Dürüstlük Kuralı ve Kısmî Hükümsüzlük ile İlişkisi

Cezaî şartın indirilmesine ilişkin verilen karar, yenilik doğuran bir karar niteliğindedir. Söz konusu mahkeme kararı ile, tarafların yapmış oldukları sözleşmeye müdahale edilmekte, kararlaştırılan ceza miktarı yeniden belirlenerek, taraflar açısından yeni bir durum meydana getirilmektedir⁵⁵. Buna karşılık davanın reddine karar verilmesi hâlinde, bu hüküm inşâî değil, tespit veya eda davalarında verilen hükümler gibi sonuç doğurur. Çünkü, cezaî şartta indirilmesi isteminin reddi sonucunda, taraflar açısından yeni bir durum meydana gelmemektedir.

Borçlar Kanununun 161. maddesinde düzenlenen aşırı cezaî şartın indirilmesine ilişkin hüküm, Türk Medenî Kanununun 2. maddesinde düzenlenmiş olan dürüstlük kuralları ve hakkın kötüye kullanılması yasağı karşısında, özel bir düzenleme arz eder. Bu nedenle, alacaklının, aşırı cezaî şartın ifasını istemesi hâlinde, dürüstlük kuralları ve hakkın kötüye kullanılması yasağı uygulanmaksızın, öncelikle Borçlar Kanununun 161. maddesi uyarınca cezaî şartın indirilmesi gerekir. Cezaî şart aşırı olmamakla birlikte, ifasının istenilmesi, dürüstlük kurallarına aykırılık oluşturuyorsa, bu durumda hakkın kötüye kullanılması yasağı işletilerek, söz konusu istem reddedilmelidir. Aynı sonuç, Alman Medenî Kanununun dürüstlük kurallarını düzenleyen

⁵³ Oğuzman/Öz, s. 912; Tunçomağ, (Cezaî Şart), s. 158.

⁵⁴ Tunçomağ, Cezaî Şart, s. 158.

⁵⁵ Buz, Vedat: Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s.186 vd.; Demirbaş, Harun: Yenilik Doğuran Haklar, İstanbul 2007, s.80 vd.; Kocağa, s.253-254; Tunçomağ, (Cezaî Şart), s.165.

242. maddesi ile 343. maddesi arasındaki ilişki bakımından da kabul edilmektedir⁵⁶.

Dürüstlük kuralları (TMK m.2), sadece alacaklının istemi açısından değil, hâkimin aşırı olan cezaî şartı indirmesi esnasında da göz önünde tutulmalıdır. Özellikle, borçlunun, kasten alacaklının zararına hareket ettiği durumlarda, dürüstlük kuralları uyarınca, borçlunun cezaî şartın indirilmesini isteye-meyeceği kabul edilmelidir.

Burada son olarak incelenmesi gereken diğer bir konu ise, cezaî şartın indirilmesi hâlinde, alacaklının, cezaî şartın indirilmesini bilseydi, sözleşmeyi yapmayacağını ileri sürerek, sözleşmenin tamamını geçersiz kılıp kılamayacağıdır. Borçlar Kanunumuzun 161. maddesi hükmü, kamu düzenine ilişkin emredici nitelikte bir düzenleme olduğu için, alacaklının, indirilen cezaî şartı ileri sürerek sözleşmenin tamamını geçersiz kılması mümkün değildir. Emredici bir düzenlemeye aykırılık halinde, söz konusu sözleşme kaydı geçersiz sayılır ve yerini emredici düzenleme alır. Bu hâlde, alacaklının Borçlar Kanununun 20. maddesinin ikinci fıkrası hükmü uyarınca, sözleşmenin tamamını geçersiz kılma imkânı yoktur. Buna göre, Kanun, hâkime, cezaî şartı indirme yetkisi verdiği için, hâkim, tarafların düzenlemeleri ile bağlı olmaksızın, serbestçe cezaî şart miktarını belirleyecektir⁵⁷.

SONUÇ

Borçlar Kanunumuzun 161. maddesinin son fıkrasında ve Alman Medenî Kanununun 343. maddesinde, hâkimin, fahiş, yani aşırı yüksek olan cezaî şartı tenkis edebileceği (indirebileceği) düzenlenmiştir. Cezaî şart miktarı, borçlunun iktisadî hayatını ortadan kaldıracak, yani ekonomik mahvına sebep olacak nitelikte ise, cezaî şartın tenkisi değil, ahlâka aykırı olan cezaî şartın, Borçlar Kanununun 20. maddesinin ikinci fıkrası uygulanarak, kesin hükümsüz olduğunun kabul edilmesi gerekir. Seçimlik veya ifaya eklenen cezaî şartın indirilmesi istenebileceği gibi, ifayı engelleyen cezaî şartın (dönme cezasının) da indirilmesi istenebilir. Ancak, pey akçesinin aşırı olduğu ileri sürülerek indirilmesi istenemez. Borçlar Kanununun 160.maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş olan, bir sözleşmenin ifası için değil de, ifadan bağımsız olarak, sözleşmenin hüküm doğurmaması durumunda önceki ödemelerin alacaklıya kalacağına ilişkin anlaşmalar, cezaî şart niteliğinde olduğundan, koşulları varsa indirilmesi istenebilir.

⁵⁶ Staudinger/Rieble, Art.343, Rn. 154 vd.

⁵⁷ Aksoy Dursun, Sanem: *Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması*, İstanbul 2008, s.188-189; Kocayusufpaşaoğlu, Necip: *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, (Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme)*, İstanbul 2008, s.602-603; Oğuzman/Öz, s.913; Kısmi hükümsüzlük konusunda bkz. Başpınar, s.155-156.

Cezaî şartın, hâkim tarafından azaltılabilmesi için, öncelikle geçerli bir cezaî şartın bulunması gerekir. Cezaî şartın bizzat kendisinin veya asıl borcun geçersiz olmasından dolayı fer'ilik niteliği nedeniyle cezaî şartın da geçersiz olduğu durumlarda, cezaî şartın indirilmesinden söz edilemeyecektir. Cezaî şart, fer'i nitelikte olduğundan, asıl borcun Kanunun öngördüğü geçerlilik şekline bağlı olarak yapılmaması nedeniyle geçersiz olması hâlinde, cezaî şart da geçersiz olacaktır. Aynı şekilde, Kanunun şekle bağlı yapılmasını öngördüğü bir hukukî işlemin cezaî şartın konusunu oluşturması hâlinde, cezaî şartın, Kanunun öngördüğü geçerlilik şekline uygun yapılması gerekir. Genel işlem koşulları içinde yer alan cezaî şarta ilişkin hükümler, içerik denetimi sonunda geçersiz sayılırsa, artık, geçerli bir cezaî şart söz konusu olmayacağından, cezaî şartın aşırı olduğu ileri sürülerek indirilmesi de mümkün değildir.

Geçerli bir cezaî şartın hâkim tarafından indirilebilmesi için, cezaî şartın muaccel olması, aşırı olması, ödenmemiş olması ve borçlunun indirim isteminde bulunması koşullarının gerçekleşmesi gerekir. Borçlu, özellikle mahkeme kararı veya icra takibi sonucunda cezaî şartı ödemek zorunda kalır ve ihtirazî kayıt ileri sürerek ödeme yaparsa, cezaî şartın indirilmesini isteyebilir. Borçlu, cezaî şartı kısmen ifa etmesi halinde de, cezaî şartın aşırı olduğunu ileri sürerek indirim isteyebilir. Bu durumda, cezaî şartın aşırı olup olmadığı, borcun ifa edilmeyen kısmı açısından değil de, tamamı göz önünde tutularak belirlenecektir.

Hâkimin, cezaî şartın aşırı olduğunu belirleme noktasında takdir hakkı olmakla birlikte, bu takdir hakkını somut kriterlere göre kullanması gerekir. Bu konuda, Borçlar Kanununda herhangi bir düzenleme öngörülme de, Alman Medenî Kanununda belirtilen kriterler göz önünde tutulabilir. Alman Medenî Kanununun 343. maddesine göre, mahkemece, cezaî şartın uygunluğu takdir edilirken, sadece alacaklının mali menfaatleri değil, bütün haklı menfaatleri göz önünde tutulmalıdır. Cezaî şartın aşırı olup olmadığının takdirinde, alacaklının her bir menfaati yanında, borçlunun ve alacaklının ekonomik durumu, cezaî şartın kararlaştırılmasındaki amaç, cezaî şartın ödenmesi veya ödenmemesi nedeniyle tarafların uğrayacakları zarar miktarı, borçlunun sözleşmeyi hiç veya gereği gibi ifa etmemesindeki sebepler göz önünde tutulacaktır.

Cezaî şartın aşırı olduğunun hangi an esas alınarak belirleneceği konusunda, Türk Borçlar Kanunumuzda ve Alman Medenî Kanununda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanaatimizce, kanunkoyucu, hâkime takdir hakkı tanımak amacıyla, bu konuyu bilinçli olarak düzenlememiştir. Buna göre, hâkim, somut olayın niteliğini göz önünde tutarak, cezaî şartın aşırı olup olmadığını, cezaî şartın kararlaştırıldığı veya muaccel olduğu ya da mahkeme-

nin karar verdiği tarihleri göz önünde tutarak belirleyebilir. Alman Medenî Kanununun 343. maddesinde aşırı cezaî şartın indirilmesi için, borçlunun talebinin gerektiği açıkça düzenlendiği için, hâkim, aşırı cezaî şartı kendiliğinden indirememektedir. Alman hukuku açısından, borçlu indirim istemini dava veya savunma yoluyla ileri sürülebilir.

Türk hukuku açısından, hâkim cezaî şartın aşırı olup olmadığını re'sen takdir etmekle görevli olduğu için, borçlunun indirim isteminde bulunması gerekmediği gibi, davanın her aşamasında mahkemece bu konuda bir karar verilebilir. Cezaî şartın indirilmesini istemeyen borçlu, davanın her aşamasında, bunu ileri sürebilir ve bu savunma karşısında, alacaklı, davanın genişletilmesi yasağını ileri süremez. Türk Ticaret Kanununun 24.maddesi ve Alman Ticaret Kanununun 348. maddeleri uyarınca, tacirin cezaî şartın tenkisini isteyemeyeceği açıkça hükme bağlanmıştır. Bu hükümler, tacirin ticari işletmesiyle ilgili yaptığı işlemlerdeki cezaî şartlara ilişkin olup, tacirin ticarî gaye ile hareket etmediği diğer işlemlerinde uygulanamaz.

Hâkim, cezaî şartın aşırı olduğu sonucuna varırsa, objektif ölçütlerden yararlanarak, cezaî şartı makul bir seviyeye indirecektir. Makul bir seviyeye indirmekten amaç, cezanın, alacaklının bütün haklı menfaatlerini karşılama ve borçlunun aşırı bir cezaî şart yükü altında ezilmemesidir. Hâkim, aşırı cezaî şartı indirme yetkisini, cezaî şartın tamamen kaldırılması şeklinde kullanamaz. Borçlunun, kasten alacaklının zararına hareket ettiği durumlarda, dürüstlük kuralları uyarınca, borçlu cezaî şartın indirilmesini isteyemez.

Cezaî şartın tacirin ekonomik mahvına sebep olacak şekilde aşırı olduğu durumlarda, Borçlar Kanunumuzun 20. maddesi uygulanarak, cezaî şart tamamen hükümsüz sayılmamalıdır. Türk Ticaret Kanununun 24. maddesi, tacire, aşırı yüksek olan cezaî şartın indirilmesini isteme hakkı dahi tanımazken, cezaî şartın tacirin ekonomik mahvına sebep olduğu ileri sürülerek, Borçlar Kanununun 20. maddesi uyarınca tamamen geçersiz sayılması hakkaniyete ve Borçlar Kanununun 161. maddesine aykırı düşmektedir. Tacir açısından, cezaî şart, Borçlar Kanununun 20. maddesinin ikinci fıkrası anlamında ahlâka aykırı da olsa, hâkim cezaî şartı tamamen kaldırmamalı, tarafların ve özellikle tacirin ekonomik durumuna ve borcun ifa edilmemesindeki kusura göre, tacirin ödeyebileceği âzamî miktar üzerinden cezaî şarta hükmetmelidir.

Cezaî şartın hâkim tarafından indirilmesi hâlinde, alacaklı, cezaî şartın indirileceğini bilseydi, sözleşmeyi yapmayacağını ileri sürerek, sözleşmenin tamamını geçersiz kılamaz. Borçlar Kanunumuzun 161. maddesi hükmü, kamu düzenine ilişkin emredici nitelikte bir düzenleme olduğu için, alacaklının, indirilen cezaî şartı ileri sürerek, sözleşmenin tamamını geçersiz kılması mümkün değildir. Emredici bir düzenlemeye aykırılık hâlinde, söz konusu

sözleşme hükmü geçersiz sayılır ve bunun yerine emredici düzenleme uygulanır.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- Aksoy Dursun, Sanem:** Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması, İstanbul 2008.
- Arkan, Sabih:** Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2004.
- Ayan, Mehmet:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Konya 2007.
- Başpınar, Veysel:** Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı, Ankara 1998.
- Buz, Vedat:** Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005.
- Çınar, Ömer:** Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, İstanbul 2009.
- Dayınarlı, Kemal:** *Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri*, Ankara 2005.
- Demirbaş, Harun:** *Yenilik Doğuran Haklar*, İstanbul 2007.
- Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2008.
- Erman, Walter:** Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, (Autor: S.Schaub), 12. Auflage, 2008, (Kısaltma; Erman/Schaub).
- Feyzioğlu, Feyzi,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I-II, İstanbul 1976.
- Honsell/Vegt/Wiegand:** *Basler Kommentar, Obligationrecht I (Art.I-529)*, 4. Auflage, Basel 2007, (Kısaltma: Honsell/Vegt/Wiegand).
- İmregün, Oğuz:** Kara Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul 1996.
- Karahan, Sami:** Ticarî İşletme Hukuku, Konya 2009.
- Kılıçoğlu, Ahmet:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2003.
- Kocaağa, Köksal:** Türk Özel Hukukunda Cezaî Şart (BK. m.158-161), Ankara 2003.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip:** Borçlar Hukuku Genel Bölüm, (Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme), İstanbul 2008.
- Koç, Nevzat:** “*Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel Hükümlere İlişkin Olarak Yapılması Öngörülen Yenilik ve Değişiklikler*”, İTİCUSBED., Hukuk Özel Sayısı, Yıl 6, S.12, Güz 2007, (s.71-147).
- Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch,** (Autor: Gottwald, Peter), Band.2, 5. Auflage,2006, (Kısaltma: MünchKomm/Gottwald).
- Oğuzman, M.Kemal/ Öz, Turgut,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009.
- Prütting, Hans/ Wegen, Gerard/Weinreich, Gerd:** BGB Kommentar, 4. Auflage, 2009, (Kısaltma; Prütting/Wegen/Weinreich).
- Serozan, Rona:** Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş 2.Bası, İstanbul, 2007.
- Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop:** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul,1993.

- Tunçomağ, Kenan:** Türk Borçlar Hukuku- I, Genel Hükümler, İstanbul 1976.
- Tunçomağ, Kenan:** Türk Hukukunda Cezaî Şart, İstanbul 1963, (Kısaltma: Tunçomağ, Cezaî Şart).
- von Staudinger, Julius:** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2, (Autor: Volker RIEBLE), Berlin 2009, (Kısaltma: Staudinger/Rieble).
- von Tuhr, Andreas:** Borçlar Hukuku, C.1-2, (Çev.: Cevat EDEGE), Ankara 1983.

İnternet Kaynakları

www.kazanci.com.tr

KISALTMALAR

art.	: article
Art.	: Artikel
aşa.	: aşağıda
B.	: Bası
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGH	: Bundesgerichtshof
BGHZ	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BK.	: Borçlar Kanunu
Bkz/bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
dn.	: dipnot
E.	: Esas
HD.	: (Yargıtay) Hukuk Dairesi
IBR	: Immobilien – Baurecht
İTİCÜSBED.	: İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi
K.	: Karar
karş.	: karşılaştırınız
m.	: madde
MedR.	: Medizinrecht
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
OLG	: Oberlandsgericht
Rn.	: Randnummer (Kenar Numarası)
s.	: sayfa
S.	: Sayı
TK.	: Tapu Kanunu
TMK.	: Türk Medenî Kanunu
YKD.	: Yargıtay Kararları Dergisi
vd.	: ve devamı
yuk.	: yukarıda