

CEZA KOŞULUNUN AŞIRILIĞININ TESPİT EDİLMESİ KONUSUNDA YARGI KARARLARINDA KULLANILAN KİSTASLAR

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1375593>

Arş. Gör. Dr. Musa Furkan ŞAHİN*

Öz

Borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi hâlinde alacaklı sözleşmede kararlaştırıldıysa ceza koşulu talep edebilir. Taraflar, ceza koşulunun miktarını sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince istedikleri gibi belirleyebilirler. Türk Borçlar Kanunu'nun 182/III. maddesinde ceza koşulunun aşırı olması hâlinde hâkime ceza koşulunu indirme yetkisi tanınmıştır. Hâkimin ceza koşulunda indirim yapabilmesi için öncelikle ceza koşulunun aşırı olduğunu tespit etmesi gerekir. Ceza koşulu aşırı ise hâkim bu aşırılığı giderecek oranda indirim yapmalıdır. Hâkim, ceza koşulunun aşırı olup olmadığını incelerken somut olayın özelliklerini adalet ve hakkaniyete göre değerlendirmelidir. Türk Borçlar Kanunu'nda hâkimin ceza koşulunun aşırılığını tespit ederken hangi kıstasları esas alması gerektiğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Yargı kararlarında ve doktrinde ceza koşulunun aşırı olmasının tespitine ilişkin ceza koşulunun işlevi, alacaklının borcun ifasındaki menfaati, alacaklının edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zararı, borçlunun borca aykırı davranmadaki menfaati, borca aykırılığın ağırlığı, borçlunun borcun ihlalindeki kusuru, borçlunun ekonomik durumu, sözleşmenin türü ve süresi, tarafların iş hayatındaki tecrübeleri, ekonomik şartlardaki değişiklik ve ceza koşulu ile borcun ihlali sayısı arasındaki ilişki kıstaslarının esas alınabileceği kabul edilmektedir. Ancak hâkim başka kıstasları da göz önünde bulundurabilir. Bu çalışmada, aşırı ceza koşulunun indirilmesi konusunda İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay kararlarına konu olan olaylar ve bu olaylara uygulanan kıstaslar incelenmektedir.

* Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Ankara (musafurkan.sahin@asbu.edu.tr) ORCID: 0000-0001-7277-1013 (Geliş Tarihi: 12.06.2023-Kabul Tarihi: 20.09.2023) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

Anahtar Kelimeler

Ceza koşulu, Aşırı ceza koşulu, Hâkimin takdir yetkisi, Hakkaniyet, Ceza koşulunun indirilmesi

**CRITERIA USED IN JUDICIAL DECISIONS ON DETERMINING
THE EXCESSIVENESS OF THE CONTRACTUAL PENALTY**

(Research Article)

Abstract

If the parties have agreed in the contract, the creditor may demand a contractual penalty when the obligor does not perform his obligation. The parties may freely agree on the amount of the penalty in accordance with the principle of freedom of contract. Article 182/III of Turkish Code of Obligations No. 6098 authorizes the judge to reduce the contractual penalty if the penalty is excessive. In order to reduce the penalty, the judge must first determine that the penalty is excessive. If the penalty is excessive, the judge must make a reduction to eliminate this excessiveness. While determining whether the amount of the penalty is excessive or not, the judge should evaluate the characteristics of the case in accordance with justice and equity. There is no provision in the Turkish Code of Obligations No. 6098 regarding the criteria to be taken into consideration by the judge when determining the excessiveness of the penalty. In judicial decisions and doctrine, it is accepted that the purpose of the contractual penalty, the creditor's interest in the performance of the obligation, the creditor's damages caused by breach of the contract, the obligor's interest from the breach of contract, the seriousness of the breach of contract, the fault of the obligor in the breach of contract, the economic situation of the obligor, the type and duration of the contract, the experience of the parties in business life, the change in economic conditions and the relationship between the penalty and the number of the breaches of contract may be taken into consideration for determining the excessiveness of the penalty clause. However, the judge may also consider other criteria. This study analyses the cases and the criteria applied to these cases in the decisions of the Swiss Federal Court and the Turkish Court of Cassation on the reduction of excessive contractual penalty.

Keywords

Contractual penalty, Excessive contractual penalty, Judicial discretion, Equity, Reduction of the contractual penalty

GİRİŞ

Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 179-182’de düzenlenen ceza koşulu, hukuki işlemin taraflarından birinin diğer tarafın borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi şartıyla talep edebileceği¹, tarafların özgürce belirlediği² ve

¹ Ceza koşulu, geciktirici koşul niteliğindedir. Ceza koşulunun hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi söz konusu olmalıdır, bkz. **Escher**, Arnold/**von Tuhr**, Andreas: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II (mit Supplement), 3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1984, s. 277; **Gauch**, Peter/**Schlupe**, Walter R./**Schmid**, Jörg/**Emmenegger**, Susan: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 10. Auflage, Schulthess Juristische Median AG, Zürich 2014, N. 3791; **Pellanda**, Katja Roth: CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich - Basel - Genf 2016, Art. 160 OR, N. 7; **Wuffli**, Daniel: OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, Zürich 2016, Art. 160, N. 1; **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, N. 3687; **Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, 17. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2022, N. 1565; **Cansel**, Erol/**Özel**, Çağlar: “Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu”, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, Cilt 8, Özel Sayı, 2013, s. 729; **Erdem**, Mehmet: İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, C. 2-3 (Madde 83-206), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, TBK m. 179, N. 11; **Ozanoğlu**, Hasan Seçkin: “İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı 2, 1999, (https://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/3_4.pdf, Erişim Tarihi: 22.03.2023), s. 16; **Ayhan**, Rıza: “Ticari İş Kavramı ve Tacir Sıfatına Bağlı Ücret ve Sözleşme Cezalarının İndirilmesini İsteyememe”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 17, Sayı 1-2, 2013, s. 307; **Gümüş**, Mustafa Alper: Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 1015; **Arkan**, Azra: “Cezai Şart”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 71, Sayı 1-2-3, 1997, s. 78. Aynı yönde bkz. Yarg. 9. HD, T. 14.06.2021, E. 2021/5898, K. 2021/10197, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023). Ceza koşuluna ilişkin hükümlerin özel nitelikte olduğu ve somut olayda bu hükümlerde bulunmayan bir durum söz konusu olursa koşula ilişkin genel hüküm niteliğindeki TBK m. 170-176’nın uygulama alanı bulacağı yönünde bkz. **Oğuzman/Öz**, N. 1565; **Günay**, Cevdet İlhan: Cezai Şart (BK m. 158-161), Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s. 3.

² **Becker**, Hermann: BK - Berner Kommentar Band/Nr. VI/1, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, 2. Auflage, Verlag Stämpfli & Cie, Bern 1945, Art. 160 OR, N. 1; **Widmer**, Markus/**Costantini**, Renato/**Ehrat**, Felix R.: BSK – Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2020, Art. 163 OR, N. 3; **Pellanda**, CHK, Art. 163 OR, N. 8; **Hürliemann**, Roland: “Bonus und Malus in Bauverträgen”, Schweizerische Baurechtstagung 2009 - ...für alle, die bauen, Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Freiburg 2008, s. 217; **Arsebük**, Ahmet Esat: “Cezai Şart Mefhumu Etrafında Tahliller”, Adliye Ceridesi, Sayı 16, 1936, s. 992; **Bilge**, Necip: “Cezai Şart”, Ahmet Esat Arsebük’ün Aziz Hâtrasına Armağan, Ankara

ekonomik değeri olan³ bir edimdir. Ceza koşulu, fer'i (bağlı) borç niteliğindedir⁴. Buna göre, ceza koşulunun varlığı, asıl borcun⁵ geçerli olmasına

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1958, s. 117; **Eren**, N. 3683; **Eren**, Fikret/**Dönmez**, Ünsal: Eren Borçlar Hukuku Şerhi, C. 3 (m.83-206), Yetkin Yayınları, Ankara 2022, TBK m. 182, N. 1; **Göktürk**, Hüseyin Avni: "Cezaî Şart Müessesesi", İzmir Barosu Dergisi, Cilt 4, Sayı 1-13, 1938, s. 399; **Kanık**, Tahir: "Cezaî Şart", Adalet Dergisi, Cilt 41, Sayı 8, 1950, s. 1076; **Yavuz**, Nihat: Borçlar Hukuku El Kitabı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 533; **Aksoy**, Hüseyin Can: "Ceza Koşulunun Borçlunun Borca Aykırı Davranıştaki Kusuru ile İlişkisi Nedir?", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 24, Sayı 2, 2018, s. 1000; **Karagöz**, Veli: "İşverenin Tacir Olması Durumunda Cezaî Şartın İndirilmesi", Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 18, Sayı 3-4, Y. 2014, s. 112; **Karshoğlu**, Hasan: "Karşılaştırmalı Hukukta Hâkimin Ceza Koşulunu İndirme Yetkisi", İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 12, 2022, s. 112; **Demircioğlu**, A. Murat: "İş Hukukunda Cezaî Şart", Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, Cilt 1, Beta Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 160. Tarafların ceza koşulunun miktarını belirlemekte özgür olduğuna ilişkin bkz. BGE 82 II 142, 146; BGE 91 II 372, 383; BGE 102 II 420, 425; BGE 103 II 129, 135; BGE 133 III 43, 48; 4A_320/2015. Aynı yönde bkz. Yarg. 3. HD, T. 22.01.2020, E. 2019/5271, K. 2020/530, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. Hukuk Genel Kurulu, T. 17.10.2019, E. 2016/9-573, K. 2019/1086, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 08.04.2023). Ceza koşulunun konusu TBK m. 27'ye göre "*kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya imkânsız*" olamaz.

³ **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, N. 3788; **Becker**, BK, Art. 160 OR, N. 5; **Widmer/Costantini/Ehrat**, BSK, Art. 160 OR, N. 10; **Pellanda**, CHK, Art. 160 OR, N. 12; **Wuffli**, OFK, Art. 160, N. 6; **Tunçomağ**, Kenan: Türk Hukukunda Cezaî Şart, İstanbul Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1963, s. 14; **Eren**, N. 3683; **Oğuzman/Öz**, N. 1575; **Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2021, N. 5037; **Cansel/Özel**, s. 718; **Günay**, Cezaî Şart, s. 6; **Erdem**, TBK m. 179, N. 10; **Ozanoğlu**, s. 15; **Karshoğlu**, s. 116; **Arkan**, s. 81; **Akkayan Yıldırım**, Ayça: "Cezaî Şartın İşlevi: Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 61, Sayı 1-2, 2003, s. 370; **Kabakhoğlu Arslanyürek**, Yasemin: Ceza Koşulu ve Özellikle Zarar ve Tazminatla İlişkisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 100; **Demircioğlu**, s. 160. Ceza koşulunun verme, yapma veya yapmama edimi olabileceği yönünde bkz. **Oğuzman/Öz**, N. 1576. Ekonomik değere sahip olmayan bir edimin de ceza koşulu olarak kararlaştırılabileceğine ilişkin bkz. **Gümüş**, s. 1013. Ceza koşulunun yükümlülüklerde bir artış veya malvarlığında bir azalma şeklinde kararlaştırılabileceği yönünde bkz. BGE 135 III 433, 438.

⁴ **Escher/von Tuhr**, s. 279; **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, N. 3788; **Becker**, BK, Art. 160 OR, N. 8; **Widmer/Costantini/Ehrat**, BSK, Art. 160 OR, N. 3; **Pellanda**, CHK, Art. 160 OR, N. 5; **Wuffli**, OFK, Art. 160, N. 7; **Furrer**, Andreas/**Müller-Chen**, Markus: Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf 2018, §20, N. 75; **Arsebük**, s. 987; **Bilge**, s. 59; **Tunçomağ**, s. 15; **Tekinay**, Selâhattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Halûk/**Altop**, Atillâ: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 342; **Oğuzman/Öz**, N. 1580; **Eren/Dönmez**, TBK m. 180, N. 1; **Kılıçoğlu**, N. 5048;

bağlıdır. Nitekim TBK m. 182/II'ye göre asıl borç geçersizse ceza koşulu istenemez.

Ceza koşulunun miktarının belirlenmesinde sözleşme özgürlüğü ilkesi geçerlidir. TBK m. 182/I'e göre taraflar ceza koşulunun miktarını istedikleri gibi kararlaştırabilirler. Ancak TBK m. 182/III'te tarafların kararlaştırdıkları ceza koşulu aşırıysa hâkime bu ceza koşulunun indirilmesine yönelik yetki tanınmaktadır⁶. Hâkim bu yetkisini kullanarak ceza koşulunu tamamen ortadan kaldıramaz, sadece ceza koşulunda indirim yapabilir⁷. Ceza koşulunun

Cansel/Özel, s. 719; **Ozanoğlu**, s. 15; **Yavuz**, s. 526; **Aksoy**, s. 1007; **Ayhan**, s. 307; **Arkan**, s. 82; **Karagöz**, s. 111; **Çınar**, Ömer: “Türk Borçlar Kanunu ve Alman Medenî Kanununa Göre Cezaî Şartın İndirilmesi”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt 8, Sayı 16, 2009, s. 95; **Akkayan Yıldırım**, s. 366; **Öcal Apaydın**, Bahar/**İnce Akman**, Nurten: “Götürü Tazminatın Hâkim Tarafından İndirilmesi Meselesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 25, Sayı 1, 2019, s. 236. Aynı yönde bkz. Yarg. Hukuk Genel Kurulu, T. 25.01.2017, E. 2015/330, K. 2017/132, (Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 08.04.2023); Yarg. Hukuk Genel Kurulu, T. 17.10.2019, E. 2016/9-573, K. 2019/1086, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 08.04.2023).

⁵ Asıl borç, ceza koşulunun bağlandığı ve hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi hâlinde ceza koşulunun talep edilebileceği borçtur.

⁶ TBK m. 182/III (İBK m. 163/III) hükmünün sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlandırılmasına yönelik olduğuna ilişkin bkz. **Escher/von Tuhr**, s. 285; **Widmer/Costantini/Ehrt**, BSK, Art. 163 OR, N. 1; **Ozanoğlu**, s. 52; **Karagöz**, s. 112; **Çınar**, s. 93; **Parlak Börü**, Şafak: “Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt 129, 2017, s. 223. Aynı yönde bkz. 5A_212/2008. Temerrüt faizinin üst sınırını aşan miktarda ceza koşulu kararlaştırıldığında aşan kısım bakımından kısmi kesin hükümsüzlük yaptırımının söz konusu olması gerektiğine ilişkin bkz. **Özmen**, E. Saba/**Aktaş**, Türkan: “Türk Hukuku Açısından Para Borçlarında Temerrüt Faizi Yanında Ceza Koşulu Talep Edilebileceğine İlişkin Yargıtay Kararlarının Eleştirisi”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 17, Sayı 1, 2018, s. 49 vd.

⁷ **Eren**, N. 3716; **Eren/Dönmez**, TBK m. 182, N. 11; **Oğuzman/Öz**, N. 1627; **Erdem**, TBK m. 182, N. 37; **Ayhan**, s. 308; **Çernis**, s. 517; **Karagöz**, s. 116; **Çınar**, s. 110; **Arkan**, s. 97; **Çabri**, Sezer: “Cezai Şart Borçlusunun Tacir Olması Halinde İş Sözleşmesinde Kararlaştırılan Fahiş Cezai Şartın İndirime Tabi Tutulup Tutulamaması”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi, Cilt 3, Sayı 11, 2006, s. 923; **Dirican**, s. 189; **Urhanoglu**, İstar: “Yargıtay Kararları Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Süresi İçerisinde Haksız Fesih ile Sona Ermesi”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 12, Sayı 1, 2022, s. 110; **Uygur**, s. 817; **Öktem Çevik**, Seda: “Ceza Koşulu – Bağlanma Parası – Cayma Parası”, Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları III, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2014, s. 109. Aynı yönde bkz. Yarg. 13. HD, T. 02.07.2015, E. 2014/25209, K. 2015/22987, (Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 12.04.2023). İsviçre Federal Mahkemesi'nin hâkimin ceza koşulu miktarını aşırı olmayan bir seviyeye indirmesi gerektiğine ilişkin kararı için bkz. 4A_606/2019. Doktrindeki başka bir görüşe göre ise alacaklının ifada hiçbir menfaati yoksa ceza koşulunun tamamen ortadan kaldırılması da mümkündür. Bu

indirilmesine ilişkin TBK m. 182/III hükmü kamu düzenine ilişkin bir kuraldır ve emredici niteliktedir⁸. Bu hüküm ile ceza koşulunun borçlu üzerindeki baskısının hakkaniyete aykırı olmasının engellenmesi ve ekonomik olarak güçlü tarafın zayıf tarafı istismar etmesinin önlenmesi amaçlanmaktadır⁹.

Türk hukukunda TBK m. 182/III'te düzenlenen aşırı ceza koşulunun indirilmesi müessesesi Roma hukukunda bulunmamaktaydı. Roma hukukunda ceza koşulu (*stipulatio poenae*) kararlaştırılabilmekteydi¹⁰. Borçlu ancak Roma hukukundaki *semel commissa poena non evanescit* (gerçekleşmiş olan ceza koşulunun artık ortadan kalkmaması) ilkesinin istisnaları sayesinde korunmaktaydı¹¹. İslam hukukunda ise klasik erken dönem fıkıh kitaplarında ceza koşulu müessesesi bulunmamaktaydı. Günümüzde ceza koşulu müessesesi modern hukukun etkisiyle İslam hukukuna da girmiştir¹². İslam hukukunda tarafların kararlaştırdığı ceza koşulunda indirim yapılması

görüş gerekçe olarak kanunda indirim için alt sınır belirlenmediğini göstermektedir, bkz. **Pellanda**, CHK, Art. 163 OR, N. 20; **Schoch**, Walter: Begriff, Anwendung und Sicherung der Konventionalstrafe, Verlag von Stämpfli & Cie., Bern 1935, s. 68.

Hâkimin, ceza koşulunu başka bir edime çeviremeyeceğine; ancak ceza koşulunun bölünemez bir edim olması hâlinde bu edimi paraya çevirip indirim yapabileceğine ilişkin bkz. **Oğuzman/Öz**, N. 1627. Ceza koşulu bölünemeyen bir edimse indirim usulünü tercih etmesi için alacaklıya seçim hakkı tanınmalıdır. Alacaklı, borçlunun edimi ifa edip kendisinin aşırı kısmı para olarak iade etmesini tercih edebilir. İkinci olarak ise alacaklı, borçlunun edimin aşırı olmayan kısmını para olarak vermesini seçebilir. Korunması gereken taraf alacaklı olduğundan bunun seçimi alacaklı tarafından yapılmalıdır, bkz. **Günay**, Cezai Şart, s. 212; **Erdem**, TBK m. 182, N. 40.

⁸ **Escher/von Tuhr**, s. 285; **Widmer/Costantini/Ehrat**, BSK, Art. 163 OR, N. 10; **Hürlimann**, s. 217; **Cansel/Özel**, s. 715; **Günay**, Cevdet İlhan: "İş Sözleşmesinde Ceza Koşulu", Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, 2013, s. 37; **Gümüş**, s. 1031; **Yağcıoğlu**, Burcu: Türk ve İsviçre Hukuku'nda Ceza Koşulu (Cezai Şart), 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 226; **Urhanoglu**, s. 108. Aynı yönde bkz. Yarg. 3. HD, T. 10.11.2021, E. 2021/924, K. 2021/11189, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

⁹ **Escher/von Tuhr**, s. 284; **Widmer/Costantini/Ehrat**, BSK, Art. 163 OR, N. 10; **Santoro**, s. 109; **Bilge**, s. 117; **Ozanoğlu**, s. 52; **Kocağa**, s. 322; **Çabri**, s. 923; **Karagöz**, s. 113; **Öktem Çevik**, s. 108. Aynı yönde bkz. Yarg. 3. HD, T. 04.03.2020, E. 2019/6040, K. 2020/2033, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

¹⁰ **Erdoğan**, Belgin: Roma Borçlar Hukuku Dersleri, Der Yayınları, İstanbul 2012, s. 67-68; **Dinçer Araz**, Nilgün: Roma Hukukunda Ceza Koşulu (Stipulatio Poenae), Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 121 vd.

¹¹ Roma hukukundaki *semel commissa poena non evanescit* (gerçekleşmiş olan ceza koşulunun artık ortadan kalkmaması) ilkesi ve bunun istisnalarına ilişkin açıklamalar için bkz. **Dinçer Araz**, s. 198 vd.

¹² **Pekdemir**, s. 49.

da mümkündür. Ceza koşulunun indirilmesi, İslam hukukunun temel amaçlarından biri olan “yeryüzünde adaletin sağlanması ve zulmün ortadan kaldırılması”na dayandırılmaktadır¹³. Buna göre İslam hukukunda hâkimin, tarafların ceza koşulu kararlaştırmadaki amaçlarını araştırma ve fahiş oranda ceza koşulu tespit ederse sözleşmede değişiklik (tadil) yapma sorumluluğu mevcuttur¹⁴.

TBK m. 182/III’te ceza koşulunun aşırı olması hâlinde indirilmesi düzenlenmekte ancak hâkimin aşırılığı hangi kıstaslara göre tespit etmesi gerektiği yanıtlanmamaktadır. Bu çalışmada, aşırı ceza koşulunun tespitinde dikkate alınması gereken kıstaslara ilişkin Türk ve İsviçre doktrinindeki görüşlere ve yargı kararlarına yer verilmektedir. Aşırı cezai şartın indirilmesine ilişkin İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay kararları üzerinde durulmaktadır. Böylece, ceza koşulunun indirilmesinde kullanılan kıstasların örnek olaylar ile somutlaştırılması amaçlanmaktadır.

I. HÂKİMİN AŞIRI CEZA KOŞULUNUN MİKTARINDA İNDİRİM YAPMASININ NİTELİĞİ VE ŞARTLARI

Ceza koşulunun indirilmesinin şartları; taraflar arasında geçerli bir ceza koşulu anlaşması bulunması, ceza koşulunun muacceliyet kazanması, cezanın kural olarak ifa edilmemesi¹⁵ ve ceza koşulunun miktarının aşırı olmasıdır¹⁶. Hâkim bu şartların sağlandığına kanaat getirirse ceza koşulunun indirilmesine resen¹⁷ karar verir. Bu karar, yenilik doğuran karar niteliğindedir ve hüküm ve sonuçlarını geçmişe etkili doğurur¹⁸.

¹³ Pekdemir, s. 246.

¹⁴ Pekdemir, s. 248 vd.

¹⁵ Doktrindeki bir görüşe göre ceza koşulu ödendiye indirim yapılamaz (bkz. **Tunçomağ**, s. 156; **Eren**, N. 3708; **Dirican**, s. 187). Diğer görüşe göre ceza koşulu ifa edildiyse bunun miktarında indirim yapılması çelişkili davranış yasağına aykırıdır. Ancak ifa sırasında ihtirazi kayıt konması, ifada alacaklının hilesinin veya tehdidinin etkisinin olması veya kısmi ifa gibi durumlarda ceza koşulu ödendiye dahi indirim yapılabilir (bkz. **Yağcıoğlu**, s. 240-241. Ayrıca bkz. **Kabakhoğlu Arslanyürek**, s. 98). Başka bir görüşe göre ise ceza koşulu ödendiye de indirim söz konusu olabilir (bkz. **Arkan**, s. 96).

¹⁶ Ceza koşulunun indirilmesinin şartlarına ilişkin açıklamalar için bkz. **Tunçomağ**, s. 141 vd.; **Eren**, N. 3705-3709; **Günay**, Cezai Şart, s. 179 vd.; **Erdem**, TBK m. 182, N. 12 vd.; **Ozanoğlu**, s. 54-55; **Kocaağa**, s. 331 vd.; **Yağcıoğlu**, s. 235; **Karagöz**, s. 113-114; **Arkan**, s. 94-96; **Dirican**, s. 186-191; **Karshoğlu**, s. 113 vd.; **Kabakhoğlu Arslanyürek**, s. 92 vd.; **Yücel**, Özge: “Fahiş Cezai Şartın Tenkisi”, Prof. Dr. Sarper Sützek’e Armağan, Cilt 3, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 2946 vd.; **Dovan Karacıoğlu**, Ayşe Merve: Aşırı Sözleşme Cezasının İndirilmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 71-79.

¹⁷ Aynı yönde bkz. BGE 109 II 121; 4A_174/2011. Aynı yönde bkz. Yarg. Hukuk Genel Kurulu, T. 25.01.2017, E. 2015/330, K. 2017/132, (Yargıtay Karar Arama, Erişim

TBK m. 182/III’te hâkimin ceza koşulunda indirim yapabilmesi için bu ceza koşulunun miktarının aşırı olması gerektiği açıkça düzenlenmektedir¹⁹. Buna göre, hâkim ceza koşulunun aşırı olup olmadığını tespit etmeli ve ceza koşulu aşırıysa indirim yapılması yönünde karar vermelidir²⁰. Diğer ifadeyle,

Tarihi: 08.04.2023); Yarg. 3. HD, T. 29.11.2022, E. 2022/1283, K. 2022/9035, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 3. HD, T. 21.01.2020, E. 2019/4856, K. 2020/431, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 13. HD, T. 07.03.2017, E. 2015/14052, K. 2017/2888, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023). Hâkimin ceza koşulunu indirmesi yetkisinin talebe bağlı mı olduğu yoksa hâkimin bu yetkisini resen mi kullanabileceği konusunda tartışma bulunmaktaydı. Ancak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle TBK m. 182/III’te yer alan “kendiliğinden” ibaresi bu tartışmayı sonlandırmıştır. Hâkimin ceza koşulunun indirilmesi yetkisini resen kullanabileceğine ilişkin bkz. **Eren**, N. 3715; **Eren/Dönmez**, TBK m. 182, N. 10; **Oğuzman/Öz**, N. 1628; **Cansel/Özel**, s. 732; **Erdem**, TBK m. 182, N. 31; **Gümüş**, s. 1035; **Kocağa**, Köksal: Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası), 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 356; **Çernis**, Volf: “Borçlar ve Ticaret Kanunumuz Bakımından Cezaî Şartın İndirilmesi Meselesi”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 26, Sayı 9, 1952, s. 516; **Arıcı**, Kadir: “Hizmet Akitlerine Cezaî Şart Konulması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, 1997, s. 40; **Karagöz**, s. 113; **Karshoğlu**, s. 112; **Uygur**, Tanju: “Cezaî Şartın Tenkisi”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 6, 1975, s. 816; **Öktem Çevik**, s. 109. 818 sayılı Borçlar Kanunu yürürlükte olduğu dönemde ceza koşulunun indirilmesi için borçlunun talebi gerektiğine yönelik bir görüş de bulunmaktaydı, bkz. **Tunçomağ**, s. 152; **Arkan**, s. 96; **Dirican**, Gökhan: Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezaî Şart ve Yargıtay Uygulaması, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 190. İsviçre hukukunda ceza koşulunda indirim yapılabilmesi için hâkimin resen bunu göz önünde bulundurabileceğini savunanlar olduğu gibi (**Escher/von Tuhr**, s. 285; **Koller**, Alfred: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2017, N. 81.44; **Becker**, BK, Art. 163 OR, N. 21; **Santoro**, Dimitri: Die Konventionalstrafe im Arbeitsvertrag, Stämpfli Verlag AG, Bern 2001, s. 111) borçlunun talebinin gerektiğini ileri sürenler de (**Widmer/Costantini/Ehrat**, BSK, Art. 163 OR, N. 11) bulunmaktadır. Alman hukukunda bu hususu açıkça düzenleyen BGB §343’e göre ceza koşulunda indirim yapılabilmesi için borçlunun talebi gerekmektedir.

¹⁸ **Escher/von Tuhr**, s. 285; **Becker**, BK, Art. 163 OR, N. 20; **Widmer/Costantini/Ehrat**, BSK, Art. 163 OR, N. 10a; **Bilge**, s. 120; **Eren**, N. 3716; **Eren/Dönmez**, TBK m. 182, N. 11; **Yavuz**, s. 535; **Kocağa**, s. 374; **Arıcı**, s. 34; **Yağcıoğlu**, s. 229-234; **Çınar**, s. 110; **Öktem Çevik**, s. 110. Hâkimin ceza koşulunda indirim yapmaya yönelik kararının tespit hükmü olduğu yönünde bkz. **Gümüş**, s. 1035.

¹⁹ TBK m. 182/III’te ceza koşulunun aşırı olması düzenlenmekte, ancak aşırılığın hangi anlama geldiği konusu yer almamaktadır. Bu hükümde bilinçli olarak bırakılmış kural içi boşluk bulunduğuna ilişkin bkz. **Kocağa**, s. 339; **Çabri**, s. 923; **Dirican**, s. 187; **Gülseven**, Hilal: Türk Özel Hukukunda Cezaî Şartın İndirilmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 94; **Kabakhoğlu Arslanyürek**, s. 99.

²⁰ Ceza koşulunun aşırı olması için bariz bir orantısızlık mevcut olmalıdır, bkz. **Widmer/Costantini/Ehrat**, BSK, Art. 163 OR, N. 10; **Pellanda**, CHK, Art. 163 OR, N. 17; **Wuffli**, OFK, Art. 163, N. 2; **Kramer**, Ernst A./**Probst**, Thomas: Bundesgerichtspraxis

hâkim hem ceza koşulunun aşırı olup olmadığını hem de ceza koşulu aşırıysa yapılması gereken indirimin miktarını kararında belirtmelidir²¹. Hâkim bu konuda karar verirken somut olayın özelliklerini²² adalet ve hakkaniyete göre değerlendirir²³. Bu sırada hâkim TMK m. 4'te tanınan takdir yetkisini²⁴ kullanır²⁵.

zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich - Basel - Genf 2003, s. 510; **Furrer/Müller-Chen**, §20, N. 78; **Hürlimann**, s. 217. Aynı yönde bkz. BGE 103 II 108; BGE 114 II 264, 265; BGE 133 III 43, 48; 4A_174/2011; 4C.143/2003. Aynı yönde bkz. Yarg. 3. HD, T. 04.03.2020, E. 2019/6040, K. 2020/2033, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

²¹ **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, N. 3824; **Widmer/Costantini/Ehrat**, BSK, Art. 163 OR, N. 10; **Pellanda**, CHK, Art. 163 OR, N. 16; **Wuffli**, OFK, Art. 163, N. 7; **Couchepin**, Gaspard (çev. Mehmet Erdem/Doğan Kara): "Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi", Prof. Dr. Halûk Burcuoğlu'na Armağan, Cilt 1, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, s. 112; **Couchepin**, s. 503; **Erdem**, TBK m. 182, N. 13; **Kocağa**, s. 343; **Öcal Apaydın/İnce Akman**, s. 236. Aynı yönde bkz. 4A_107/2011; 4A_141/2008; 4A_606/2019.

²² Her bir olayın kendi kapsamı ve delil durumuna göre ceza koşulunun değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin bkz. Yarg. 22. HD, T. 15.06.2020, E. 2020/1896, K. 2020/6750, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

²³ **Escher/von Tuhr**, s. 284; **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, N. 3824; **Becker**, BK, Art. 163 OR, N. 21; **Widmer/Costantini/Ehrat**, BSK, Art. 163 OR, N. 10; **Wuffli**, OFK, Art. 163, N. 6; **Koller**, N. 81.40; **Santoro**, s. 112; **Schoch**, s. 64; **Eren**, N. 3712; **Eren/Dönmez**, TBK m. 182, N. 7; **Oğuzman/Öz**, N. 1626; **Cansel/Özel**, s. 732; **Günay**, Cezai Şart, s. 181; **Erdem**, TBK m. 182, N. 14; **Ozanoğlu**, s. 53; **Yavuz**, s. 534; **Arıcı**, s. 40; **Yağcıoğlu**, s. 245; **Ayhan**, s. 308; **Karagöz**, s. 114; **Gülseven**, s. 95; **Çınar**, s. 100; **Arkan**, s. 95; **Dirican**, s. 189; **Karshoğlu**, s. 115; **Kabakhoğlu Arslanyürek**, s. 99; **Dovan Karacığan**, s. 51; **Gündüz**, Fehmi: "Hizmet Akitlerinde Cezai Şart", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 88, Sayı 3, 2014, s 140; **Öcal Apaydın/İnce Akman**, s. 236. Aynı yönde bkz. BGE 114 II 264, 265; BGE 133 III 43, 48; BGE 138 III 746, 749; 4A_107/2011; 4A_141/2008; 4A_174/2011. Ceza koşulunun miktarı, adalet ve hakkaniyete açıkça aykırıysa indirim yapılacağına ilişkin bkz. BGE 82 II 142, 146; BGE 91 II 372, 383. Aynı yönde bkz. Yarg. 3. HD, T. 30.11.2021, E. 2021/386, K. 2021/12268, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023). Ceza koşulunun miktarının "*hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun*" tespit edilmesi gerektiğine ilişkin bkz. Yarg. 3. HD, T. 29.11.2022, E. 2022/1283, K. 2022/9035, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 3. HD, T. 02.10.2019, E. 2018/4231, K. 2019/7407, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 13. HD, T. 07.03.2017, E. 2015/14052, K. 2017/2888, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 13. HD, T. 27.04.2016, E. 2015/5136, K. 2016/11698, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 13. HD, T. 23.02.2016, E. 2015/504, K. 2016/5643, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 21.08.2023); Yarg. 6. HD, T. 12.09.2013, E. 2013/679, K. 2013/12298, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 21.08.2023).

²⁴ Hâkimin takdir yetkisi, hukuki düzenlemelerin somut olaya uygulanması sırasında hayatın olağan akışına ve adalete uygun karar verilmesini sağlar. Bu yetkisi ile hâkim,

Hâkimin ceza koşulunun aşırı olup olmadığını tespit etmesi için hangi anı esas alması gerektiğine ilişkin doktrinde tartışma bulunmaktadır. Bir görüşe göre hâkim, ceza koşulunun kararlaştırıldığı anı esas almalıdır²⁶. Bizim de katıldığımız diğer görüş, asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi üzerine ceza koşulunun muaccel olduğu anın esas alınması gerektiğini ileri sürmektedir²⁷. Başka bir görüş, hâkimin ceza koşulu talebi içeren davanın açılma tarihini esas almasını savunmaktadır²⁸. Diğer görüşe göre hâkim karar verme anını esas alarak ceza koşulunun aşırı olup olmadığını tespit etmelidir²⁹. Son görüş ise, bu konunun kanunda bilinçli şekilde düzenlenmediğini ve hâkimin somut olaya göre farklı anları esas almasının mümkün olduğunu ileri sürmektedir³⁰.

II. CEZA KOŞULUNUN AŞIRI OLMASININ TESPİTİNE İLİŞKİN KISTASLAR

TBK m. 182/III hükmünde hâkimin aşırı bulduğu ceza koşulu miktarını indireceği belirtilmektedir. Bu hükmün uygulanmasında dikkate alınması gereken kıstaslar doktrinde ve yargı kararlarında ortaya konulmaktadır³¹. Bu

kural içi boşluğu somut olay bakımından doldurur. Hâkim, takdir yetkisini kullanırken objektif olmalı, adil bir denge kurmalı ve uyuşmazlığı benzer durumlarda da uygulanabilir bir çözüme kavuşturmalıdır. Bununla birlikte hâkim, takdir yetkisini kanunun sınırları dâhilinde kalarak hakkaniyet çerçevesinde kullanmalıdır. Hâkimin uyuşmazlığın çözümünde kullandığı takdir yetkisi; yetki aşımı, yetki saptırması ve takdir sebeplerinin gösterilmemesi açılarından Yargıtay denetimine tabidir. Hâkimin takdir yetkisine ilişkin açıklamalar için bkz. **Edis**, Seyfullah: Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara 1993, s. 197 vd.; **Yılmaz**, Süleyman: Medeni Hukuk, Cilt I, Başlangıç Hükümleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 123 vd.

²⁵ Ceza koşulunun aşırı olması hâlinde hâkim sözleşmeye müdahale edeceğinden takdir yetkisini titizlikle kullanılmalıdır, bkz. **Widmer/Costantini/Ehrat**, BSK, Art. 163 OR, N. 10; **Pellanda**, CHK, Art. 163 OR, N. 17; **Göktürk**, s. 406; **Arkan**, s. 93; **Yağcıoğlu**, s. 244; **Gülseven**, s. 96. Aynı yönde bkz. BGE 95 II 532, 540; BGE 103 II 129, 135.

²⁶ **Tunçomağ**, s. 150, dn. 36'da atıf yapılan yazarlar.

²⁷ **Widmer/Costantini/Ehrat**, BSK, Art. 163 OR, N. 11; **Pellanda**, CHK, Art. 163 OR, N. 17; **Erdem**, TBK m. 182, N. 36; **Gümüş**, s. 1034; **Urhanoglu**, s. 109; **Kabakhoğlu Arslanyürek**, s. 112.

²⁸ **Günay**, Cezai Şart, s. 196.

²⁹ **Tunçomağ**, s. 151; **Kocağa**, s. 353; **Arkan**, s. 96; **Yağcıoğlu**, s. 243-244; **Gülseven**, s. 122.

³⁰ **Çınar**, s. 101.

³¹ Bazı Yargıtay kararlarında sadece TBK m. 182/III hükmüne atıf yapılmakta, kıstaslardan bahsedilmemektedir, bkz. Yarg. 3. HD, T. 12.12.2022, E. 2022/7407, K. 2022/9353, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 9. HD, T. 01.12.2022, E. 2022/12878, K. 2022/15923, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi:

kıstaslar; ceza koşulunun işlevi, alacaklının borcun ifasındaki menfaati, alacaklının edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zararı, borçlunun borca aykırı davranmasındaki menfaati, borca aykırılığın ağırlığı, borçlunun borcun ihlalindeki kusuru, borçlunun ekonomik durumu, sözleşmenin türü ve süresi, tarafların iş hayatındaki tecrübeleri, ekonomik şartlardaki değişiklik ve ceza koşulu ile borcun ihlali sayısı arasındaki ilişkidir³². Doktrinde ve yargı kararlarında vurgulananlar bunlar olsa da hâkim karar verirken başka kıstasları da dikkate alabilir.

Bir Yargıtay kararında bölge adliye mahkemesinin ceza koşulunda indirim yapılmasını içeren kararı oy çokluğuyla onanmıştır. Karşı oy yazısında, indirimde “işvereni feshe götüren sebep ve saikler” ve “sözleşmenin süresi” gibi kıstasların gerekçe gösterildiği ancak bunların yasal olmadıkları belirtilmiştir³³. Kanaatimizce karşı oy yazısındaki açıklamalar yerinde değildir. Zira TBK m. 182/III’te değerlendirme kıstaslarına yer verilmemiştir ve hâkim, ceza koşulunun indirilmesi kararı verirken somut olaydaki etkenlere göre değerlendirme yapmalıdır.

Bazı olaylarda hâkimin ceza koşulunun aşırılığına karar verebilmesi için birden fazla kıstası birlikte gerekçe göstermesi gerekebilir. Bazı olaylarda ise diğer kıstasların belirtilmesine gerek kalmadan tek bir kıstas, hâkimin ceza koşulunda indirim yapması için yeterli olabilir. Bazen de birtakım kıstaslar ceza koşulunun aşırı olduğunu düşündürürken bazı kıstaslar ceza koşulunun normal sınırlarda kaldığını gösterebilir.

12.04.2023); Yarg. 3. HD, T. 10.11.2022, E. 2022/6948, K. 2022/8710, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 9. HD, T. 21.12.2021, E. 2021/11745, K. 2021/16748, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 3. HD, T. 22.01.2020, E. 2019/5271, K. 2020/530, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 3. HD, T. 21.01.2020, E. 2019/4856, K. 2020/431, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 6. HD, T. 04.12.2016, E. 2016/2569, K. 2016/5645, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023). TMK m. 4 uyarınca hâkimin, verdiği kararın gerekçesinde somut olaya uygulanan takdir yetkisinin sebeplerini de göstermesi gerekmektedir. Gereçede takdir yetkisinin kullanılmasına dair genel bir ifadenin bulunması yeterli değildir, bkz. **Edis**, s. 220-221; **Yılmaz**, s. 134. Buna göre, Yargıtay kararlarında sadece TBK m. 182/III hükmüne atıf yapılması, hâkimin kararını gerekçelendirmesi olarak kabul edilemez. Yargıtay kararlarında ceza koşulunun indirilmesine ilişkin hangi kıstasların esas alındığının da açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Böylece hâkimin ceza koşulunun indirilmesi kararını keyfî değil, objektif sebeplere dayanarak verdiği anlaşılabilir.

³² Ceza koşulunun aşırılığının tespit edilmesi sürecinde ilkin incelenmesi gereken en önemli kıstasın alacaklının menfaati ve edimin ifa edilmemesinden doğan zararı olduğu yönünde bkz. **Koller**, N. 81.41; **Cansel/Özel**, s. 732; **Günay**, Cezai Şart, s. 182.

³³ Yarg. 9. HD, T. 16.02.2021, E. 2020/8082, K. 2021/4047, (Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

Hâkimin her somut olayda, göz önüne aldığı kıstasların ceza koşulunun aşırılığının tespiti için yeterli olup olmadığını incelemesi gerekir. Zira bir somut olayda birden fazla kıstas birlikte göz önüne alınsa bile ceza koşulunun normal seviyede olduğu sonucuna varılabilir. Buna karşılık, başka bir somut olayda kıstaslardan birinin etkisi çok yoğun olabilir ve bu kıstas, diğerlerini etkisiz bırakarak tek başına ceza koşulunun fahiş olduğunu gösterebilir.

İsviçre Federal Mahkemesi kararında işten ayrıldıktan sonra belirli bölgelerde üç yıllık rekabet yasağı kabul etmiş işçi, eski işinden ayrıldıktan sonra başka işe girmiş ve aynı bölgelerde eski işverenin sattığı ürünlere benzer ürünler satmaya başlamıştır. Bunun üzerine eski işveren, işçinin son bir yıllık maaşı ve diğer ücretlerin toplamı 13.751,60 İsviçre frangı tutarında ceza koşulu talep etmiştir. Federal Mahkeme, işçinin hiçbir mal varlığı olmadığını ve yeni pozisyonunda eskisinden daha az kazandığını belirtmiş ve ceza koşulunun işçinin ekonomik durumu ile orantısız olduğu sonucuna varmıştır. Buna rağmen Federal Mahkeme, eski işverenin elde ettiği ciro göz önüne alındığında rekabet yasağının eski işveren için önemli olduğunu ve rekabet yasağını ihlal eden işçinin kusurlu olduğunu dikkate alarak yerel mahkeme tarafından 1.800 İsviçre frangına indirilen ceza koşulu miktarını düşük bulmuş, ceza koşulu miktarını 5.000 İsviçre frangı olarak belirlemiştir³⁴. Bu kararında Federal Mahkeme, borçlunun ekonomik durumu kıstasına göre ceza koşulunun bir miktar indirilebileceğini ancak alacaklının menfaati ve borçlunun borcun ihlalindeki kusuru kıstaslarının da göz önüne alınarak indirim oranının sınırlandırılması gerektiğini kabul etmiştir. Burada mahkemenin birden fazla kıstası eş zamanlı olarak dikkate aldığı anlaşılmaktadır.

A. Ceza Koşulunun İşlevi

Ceza koşulu, öncelikle borçlunun borcunu gereği gibi ifa etmesi yönünde zorlama işlevini haizdir³⁵. Borçlu, borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmezse talep edilecek ceza koşulunun tazminata göre daha belirli ve somut

³⁴ Bkz. BGE 91 II 372, 384.

³⁵ **Escher/von Tuhr**, s. 277; **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, N. 3781; **Pellanda**, CHK, Art. 160 OR, N. 5; **Wuffli**, OFK, Art. 160, N. 4; **Koller**, N. 81.15; **Santoro**, s. 24; **Couchepin**, s. 502; **Bilge**, s. 83; **Oğuzman/Öz**, N. 1564; **Kılıçoğlu**, N. 5038; **Göktürk**, s. 399; **Cansel/Özel**, s. 715; **Günay**, Cezai Şart, s. 4; **Erdem**, TBK m. 179, N. 15; **Ozanoğlu**, s. 17; **Gümüş**, s. 1008; **Kocaağa**, s. 33; **Arıcı**, s. 32; **Çabri**, s. 921; **Karagöz**, s. 111; **Taşkın**, Zeynep Damla: “Borçlunun Kusurunun Ceza Koşulu Anlaşması Üzerindeki Etkisi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 26, Sayı 2, 2020, s. 1307; **Kabakhoğlu Arslanyürek**, s. 6.

olması sebebiyle borcunu gereği gibi ifa etme hususunda daha ihtiyatlı davranır. Ceza koşulunun diğer işlevi ise, borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi ihtimalinde alacaklının zararını ispat yükü bulunmaksızın ceza koşulunu doğrudan isteyebilmesidir³⁶. Böylece alacaklı borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi olasılığına karşı kendini daha güvende hisseder. Ceza koşulunun sahip olduğu bu işlevler sayesinde kişilerin hukuki işlem yapma konusundaki çekinceleri azalır ve ticari hayatın devamlılığına katkı sağlanmış olur.

Ceza koşulunun borçlunun yararına işlevi ise, alacaklıyı ikna için kullanabileceği bir hukuki müessese olmasıdır. Borçlu, bir sözleşmeden menfaat elde edeceğini düşünerek bu sözleşmeyi yapmak istediğinde alacaklı buna yanaşmayabilir veya karşı edimi elde etme konusunda tereddüt edebilir. Ancak sözleşmeye ceza koşulunun eklenmesi ile alacaklı, alacağına kavuşma ihtimalinin arttığını veya borcun ifa edilmemesi hâlinde ispat yükünden kurtulacağını düşünerek bu sözleşmeyi yapmaya ikna olabilir³⁷. Sözleşmede dönme cezası kararlaştırıldığında borçlunun bu ceza koşulunu ödemeyi göze alarak sözleşmeyi sona erdirme imkânı bulunur³⁸.

Taraflar ceza koşulunu kararlaştırırlarken ceza koşulunun hem borçluyu ifaya zorlama hem de alacaklıyı ispat yükünden kurtarma işlevine eşit oranda önem vermiş olabilir. Ayrıca, bunlardan biri ön plana alınabilir. Ceza koşulunun aşırı olup olmadığının tespiti için somut olayda tarafların kararlaştırdığı ceza koşulunun işlevi göz önünde bulundurulmalıdır. Ceza koşulunda indirim yapılması, ceza koşulunun bu işlevlerini ortadan kaldırmamalıdır³⁹.

³⁶ **Escher/von Tuhr**, s. 277; **Widmer/Costantini/Ehrat**, BSK, Art. 160 OR, N. 1; **Pellanda**, CHK, Art. 160 OR, N. 5; **Wuffli**, OFK, Art. 160, N. 4; **Koller**, N. 81.16; **Furrer/Müller-Chen**, §20, N. 73; **Santoro**, s. 26; **Arsebük**, s. 987; **Bilge**, s. 84; **Oğuzman/Öz**, N. 1560; **Kılıçoğlu**, N. 5039; **Gümüş**, s. 1008; **Cansel/Özel**, s. 727; **Günay**, Cezai Şart, s. 5; **Erdem**, TBK m. 179, N. 16; **Ozanoğlu**, s. 17; **Kocaağa**, s. 36; **Aksoy**, s. 1012; **Ayhan**, s. 307; **Çabri**, s. 921; **Karagöz**, s. 111; **Gülseven**, s. 99; **Taşkın**, s. 1308; **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, s. 7. Aynı yönde bkz. BGE 103 II 108; BGE 133 III 43, 46; BGE 144 III 327, 332. Aynı yönde bkz. Yarg. 9. HD, T. 21.12.2021, E. 2021/11745, K. 2021/16748, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

³⁷ **Aksoy**, s. 1012-1013.

³⁸ **Bilge**, s. 86; **Kocaağa**, s. 38.

³⁹ **Widmer/Costantini/Ehrat**, BSK, Art. 163 OR, N. 17; **Santoro**, s. 118; **Tunçomağ**, s. 157; **Ozanoğlu**, s. 54; **Kocaağa**, s. 323; **Yağcıoğlu**, s. 255; **Gülseven**, s. 113; **Çınar**, s. 106-107; **Arkan**, s. 97; **Akkayan Yıldırım**, s. 385; **Karshoğlu**, s. 115; **Uygun**, s. 816; **Yücel**, s. 2948. Hâkimin karar verirken sözleşmeye bağlılık ilkesini dikkate alması

Tarafların ceza koşulu kararlaştırırlarken borçlu üzerinde baskı oluşturma amaçları bulunmaktaysa ceza koşulunun indirimi sebebiyle borçlunun üzerindeki tazyik tamamen veya büyük oranda kaldırılmamalıdır⁴⁰. İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu bir olayda meslek birliği, üyelerinden biri olan işverenden çerçeve sözleşmeyi ihlal ettiği gerekçesiyle 25.000 İsviçre frangı ceza koşulu talep etmiştir. Yerel mahkeme, ceza koşulunu 10.000 İsviçre frangına indirmiştir. Federal Mahkeme, 10.000 İsviçre frangının işveren üzerinde yeterince baskı oluşturacağını belirterek yerel mahkemenin yaptığı indirimi uygun bulmuştur⁴¹.

Tarafların ceza koşulu kararlaştırırlarken alacaklıyı ispat külfetinden kurtarmayı amaçlıyorlarsa ceza koşulunda indirim yapılması sonucunda alacaklıya zararını ispat yükümlülüğü yüklenmemeli, ceza koşulu kararlaştırılmasındaki amaç yok sayılmamalıdır. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, davalı şirketin davacı şirketin herhangi bir zarara uğramadığını ileri sürmesi üzerine, ceza koşulunun işlevinin alacaklıyı zararı ispat etme yükümlülüğünden kurtarmak olduğunu vurgulamış ve ceza koşulunda indirim yapılmaması yönünde karar vermiştir⁴².

B. Alacaklının Borcun İfasındaki Menfaati

Taraflar, kural olarak ekonomik menfaat elde etmek amacıyla sözleşme kurarlar. Alacaklının sözleşmeden beklediği ekonomik kazancın miktarı ile ceza koşulu arasındaki oran, ceza koşulunun aşırılığının belirlenmesi açısın-

gerektiğine ilişkin bkz. **Ozanoğlu**, s. 54. Aynı yönde bkz. 4C.360/2004. Aynı yönde bkz. Yarg. 3. HD, T. 10.11.2021, E. 2021/924, K. 2021/11189, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 3. HD, T. 04.03.2020, E. 2019/6040, K. 2020/2033, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 3. HD, T. 02.10.2019, E. 2018/4231, K. 2019/7407, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023). Yargıtay kararına konu olaylardan birinde öğretmen işçi ile işveren arasındaki iş sözleşmesinde işçinin maaşının altı katı tutarında ceza koşulu kararlaştırılmıştır. İşçi, 01.09.2013 tarihinde öğretmen olarak işe başladığı işverene ait okuldan, bir devlet okuluna atanması üzerine 07.02.2014 tarihinde istifa etmiştir. Yerel mahkeme ceza koşulu ödenmesine karar vermiş ancak ceza koşulu miktarında %75 oranında indirim yapmıştır. Yargıtay, %75 oranında indirim yapılmasının ceza koşulunun “özünü etkileyecek oranda fahiş” olduğunu belirterek daha uygun indirim yapılması gerektiği yönünde karar vermiştir, bkz. Yarg. 22. HD, T. 15.06.2020, E. 2020/1896, K. 2020/6750, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

⁴⁰ Aynı yönde bkz. Yarg. 3. HD, T. 30.11.2021, E. 2021/386, K. 2021/12268, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

⁴¹ Bkz. BGE 116 II 302, 305.

⁴² Bkz. BGE 95 II 532, 539 (Karara konu olay için bkz. II/E, dn. 58). Aynı yönde bkz. BGE 102 II 420, 425 (Karara konu olay için bkz. II/B, dn. 38).

dan bir gösterge olabilir⁴³. İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu olan bir olayda, müşterilere internet platformu sağlama işlemleri konusunda bir franchising sözleşmesi yapılmış ve bu sözleşmede franchise alanın gizlilik yükümlülüğünü veya rekabet yasağını her bir ihlali için ceza koşulu olarak 10.000 İsviçre frangı ödemesi kararlaştırılmıştır. Franchise sözleşmesinin sona ermesinden önce, franchise alan, sekiz müşteriye başka bir şirketin müşterisi olarak hizmet almaya devam etmelerine yönelik teklifte bulunmuştur. Bunun üzerine franchise veren, franchise alandan 80.000 İsviçre frangı tutarında ceza koşulu talep etmiştir. Federal Mahkeme, franchise verenin müşteri başına yıllık 100 İsviçre frangı elde ettiğini belirtmiştir. Federal Mahkemeye göre franchise verenin bir müşteriden elde edeceği yıllık gelirin yüz katı kadar ceza koşulu talebi, hiçbir müşterinin yüz yıl boyunca aynı internet platformuna üye olmasının beklenmemesi ve internet platformu sağlayıcısının da yüz yıl boyunca bu faaliyetine devam etmesinin öngörülebilir olmaması sebebiyle uygun değildir. Federal Mahkeme, ceza koşulu miktarının alacaklının ifadan beklediği gelire bariz bir orantısızlığa sebep olduğunu gerekçe göstererek ceza koşulunun 8.000 İsviçre frangına indirilmesi yönünde karar vermiştir⁴⁴.

Ceza koşulunun aşırı olup olmadığı değerlendirilirken alacaklının sözleşmeye taraf olma konusundaki ekonomik menfaatleri ile birlikte manevi yararları da göz önünde bulundurulmalıdır⁴⁵. Her ne kadar manevi menfaat-

⁴³ **Becker**, BK, Art. 163 OR, N. 9; **Widmer/Costantini/Ehrat**, BSK, Art. 163 OR, N. 16; **Pellanda**, CHK, Art. 163 OR, N. 18; **Santoro**, s. 113; **Arsebük**, s. 994; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 355; **Ozanoğlu**, s. 53; **Kocaağa**, s. 344; **Aksoy**, s. 1004; **Yağcıoğlu**, s. 246; **Gülseven**, s. 99; **Çınar**, s. 107; **Arkan**, s. 95; **Karshoğlu**, s. 118. Aynı yönde bkz. BGE 114 II 264, 265; 4A_320/2015. Aynı yönde bkz. Yarg. 3. HD, T. 30.11.2021, E. 2021/386, K. 2021/12268, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 9. HD, T. 06.10.2021, E. 2021/9391, K. 2021/13779, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023). İsviçre Federal Mahkemesi, bir kararında diğer kıstaslarla birlikte iş sahibinin zararının çok az olmasını gerekçe göstererek ceza koşulunun indirilmesini haklı görmüştür, bkz. 4A_141/2008 (Karara konu olay için bkz. II/F).

⁴⁴ Bkz. 4A_5/2015.

⁴⁵ **Escher/von Tuhr**, s. 285; **Pellanda**, CHK, Art. 163 OR, N. 18; **Santoro**, s. 113; **Schoch**, s. 66; **Arsebük**, s. 994; **Bilge**, s. 121; **Tunçomağ**, s. 147; **Yavuz**, s. 535; **Günay**, Cezai Şart, s. 182; **Kocaağa**, s. 344; **Kabakhoğlu Arslanyürek**, s. 103; **Yücel**, s. 2948; **Dovan Karacıgan**, s. 53. Şumarıklık ve ukalalık şeklinde nitelendirilebilecek çıkarların dikkate alınmaması gerektiğine ilişkin bkz. **Tunçomağ**, s. 147; **Günay**, Cezai Şart, s. 190.

İsviçre Federal Mahkemesi önüne gelen olayda davacı ile davalı arasında şirket birleşmesi sözleşmesi mevcuttur. Bu sözleşmede taraflardan birinin sözleşmeye aykırı davranması hâlinde maddi olmayan zararlar göz önünde bulundurulacak 1.000.000 İsviçre

lerin ekonomik karşılığının tam olarak belirlenmesi mümkün olmasa da tahmini bir belirleme yapılabilir⁴⁶. İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu olan bir olayda, taraflar arasında yararlanan kişinin taşınmazında yapılacak inşaat için kullanmak üzere yüklü taşınmaza yol inşa etme konulu sözleşme yapılmıştır. Sözleşmeye göre yol 30 Kasım 2003 tarihine kadar ücretsiz olarak kullanılacak, 1 Aralık 2003 tarihi itibarıyla taşınmaz eski hâline getirilecektir. Bu tarihe uyulmazsa yararlanan kişi, aylık 5.000 İsviçre francı ceza koşulu ödeyecektir. Yararlanan kişinin sözleşmede belirlenen tarihten sonra bu yolu eski hâline getirmemesi sebebiyle yüklü taşınmazın maliki önce bildirim yapmış, bildirimle rağmen değişiklik yapılmayınca 2 Ekim 2006 tarihinde dava açmıştır. Bu davada yüklü taşınmazın maliki, 170.000 İsviçre francı miktarında ceza koşulu talep etmiştir. Federal Mahkeme, yüklü taşınmazın malikinin belli bir süre ile sınırlı olarak bu yükümlülük altına girmek istediğini, daha sonra yük olmaksızın taşınmazı kullanmayı amaçladığını belirtmiştir. Federal Mahkeme, yolun eski hâle getirilmemesinin yüklü taşınmazın malikinin ekonomik olmayan meşru menfaatlerini zedelediğini tespit etmiş ve ekonomik olarak ölçülebilir bir zararın doğmasının gerekmediğini vurgulamıştır. Bu gerekçelere dayanarak Federal Mahkeme ceza koşulunda indirim yapmamıştır⁴⁷.

francı ceza koşulu ödemesi hükmü bulunmaktadır. Davalı sözleşmeden doğan borcunu ifa etmeyeceğini (yanılma ve aldatma sebebiyle sözleşmeyi iptal ettiği gerekçesiyle) bildirmiş, davacı ise sözleşmeye bağlı kaldığını belirtmiştir. Daha sonra davacı, ifadan feragat ettiklerini, sadece sözleşmeden doğan ceza koşulu ve tazminatı talep edeceklerini bildirmiş, şirket birleşmesine konu hisseleri de başka şirkete satmıştır. Davacı tarafından ceza koşulunun talep edildiği davada Federal Mahkeme, hisseler her ne kadar ekonomik olarak güçlü bir şirkete satılmış olsa dahi bunun şirket birleşmesi ile karşılaştırıldığında itibar kaybına sebep olan bir hukuki işlem olduğunu vurgulamış ve diğer kıstasları da göz önünde tutarak ceza koşulunda indirim yapılmaması yönünde karar vermiştir, bkz. BGE 102 II 420, 425.

İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu olan bir olayda bir futbol antrenörü ile futbol kulübü arasında 9 Aralık 2015 tarihinde iki yıl altı ay süreli bir sözleşme akdedilmiştir. Sözleşmede taraflardan birinin sözleşmeyi ihlal etmesi hâlinde kalan sürede ödenecek olan tutarın ceza koşulu olarak ödenmesi kararlaştırılmıştır. 10 Temmuz 2016 tarihinde antrenör, kulübün sözleşmeyi ihlal ettiğini iddia ederek sözleşmeyi feshetmiş ve CAS'a (Court of Arbitration for Sport) başvurarak sözleşme süresinin geriye kalan kısmında ödenecek olan 6.020.000 Euro miktarında ceza koşulu talep etmiştir. CAS, ceza koşulu miktarını 4.500.000 Euro olarak belirlemiştir. Futbol kulübünün ceza koşulu miktarının daha fazla indirilmesi gerektiği yönünde iddiasına karşılık Federal Mahkeme diğer kıstaslarla beraber antrenörün sözleşme süresinin sonuna kadar çalışsaydı itibar ve tecrübe kazanacağını da vurgulayarak CAS'ın belirlediği ceza koşulu miktarını uygun bulmuştur, bkz. 4A_508/2017.

⁴⁶ Günay, Cezai Şart, s. 191; Kocaağa, s. 345; Yağcıoğlu, s. 249; Gülseven, s. 100.

⁴⁷ Bkz. 5A_212/2008.

C. Alacaklının Edimin Hiç veya Gereği Gibi İfa Edilmemesinden Doğan Zararı

Alacaklının sözleşmede kararlaştırılan edimin borçlu tarafından hiç veya gereği ifa edilmemesi hâlinde genellikle zararı doğar. Hâkim, ceza koşulunun indirilmesi konusunda karar verirken alacaklının uğradığı bu zararı göz önünde bulundurmalıdır⁴⁸. Bu konuda, alacaklının hâlihazırda uğradığı zararların yanında gelecekte ortaya çıkması muhtemel zararlar da dikkate alınmalıdır. Alacaklının zararı hesaplanırken borca aykırılık sonucunda gelecekte ortaya çıkması muhtemel zararların da dikkate alınması gerekmektedir⁴⁹. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında alacaklının hem zarara uğraması ihtimalinin yüksek olduğunu hem de muhtemel zararın yüksek miktarda olma potansiyelinin bulunduğunu belirterek ceza koşulunda indirim yapmamıştır⁵⁰.

Borçlu, edimini hiç veya gereği gibi ifa etmezse alacaklının çok az zararı doğuyorsa veya hiç zararı doğmuyorsa hâkimin ceza koşulunun aşırı

⁴⁸ Aynı yönde bkz. Yarg. 3. HD, T. 10.11.2021, E. 2021/924, K. 2021/11189, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 3. HD, T. 04.03.2020, E. 2019/6040, K. 2020/2033, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 3. HD, T. 02.10.2019, E. 2018/4231, K. 2019/7407, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023). İsviçre Federal Mahkemesi, rekabet yasağının ihlaline ilişkin bir olayda, eski işverenin elde ettiği ciro göz önüne alındığında rekabet yasağının eski işveren için önemli olduğunu kabul etmiştir. Federal Mahkeme, bu sebeple, yerel mahkeme tarafından 1.800 İsviçre frangına indirilen ceza koşulunun miktarını 5.000 İsviçre frangı olarak belirlemiştir, bkz. BGE 91 II 372, 384 (Karara konu olay için bkz. II/G/1).

⁴⁹ **Escher/von Tuhr**, s. 285; **Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger**, N. 3828; **Widmer/Costantini/Ehrat**, BSK, Art. 163 OR, N. 16; **Pellanda**, CHK, Art. 163 OR, N. 18; **Santoro**, s. 113; **Bilge**, s. 122; **Gümiş**, s. 1034; **Kanık**, s. 1077; **Yavuz**, s. 535; **Erdem**, TBK m. 182, N. 16; **Kocaağa**, s. 345; **Çınar**, s. 108; **Arkan**, s. 95; **Uygur**, s. 817; **Öcal Apaydın/İnce Akman**, s. 238. Aynı yönde bkz. BGE 114 II 264, 265; BGE 133 III 43, 54. İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu olan bir olayda bir muayenehanenin bütün hastaların dosyaları ile birlikte devredilmesine ilişkin sözleşme bulunmaktadır. Federal Mahkeme, diğer kıstaslar incelendiğinde, somut olayda ceza koşulunda belli bir oranda indirim yapılması gerektiğini belirtmiştir. Bununla birlikte somut olayda devreden borcunu gereği gibi ifa etmemesinin devralanın hasta kaybı riskini arttırdığını vurgulamıştır. Bu sebeple daha düşük bir oranda indirim yapılması uygundur, bkz. 4A_160/2012 (Karara konu olay için bkz. II/E).

⁵⁰ İsviçre Federal Mahkemesi bu kararında işçinin beş yıl boyunca işverenin müşterileriyle ilgilenmiş olması, onların ihtiyaçlarını iyi bilmesi ve bu müşterilerle ilgilenmeye devam etmek istemesi sebebiyle sözleşmenin ihlali sonucunda işveren bakımından önemli bir zarar potansiyeli doğduğunu belirtmiştir, bkz. Bkz. 4A_107/2011 (Karara konu olay için bkz. II/F).

olduğu ve indirilmesi yönünde kanaati oluşabilir⁵¹. İsviçre Federal Mahkemesi, üç yıllık süre boyunca şirket merkezinin belli bir kantonda kalması borcunun bu sürenin dolmasından on yedi gün önce ihlal edilmesi üzerine açılan davada, borcun sözleşmeye uygun şekilde ifa edilmesinde alacaklının önemli bir yararının kalmadığını belirterek ceza koşulunun indirilmesi yönünde karar vermiştir⁵².

Alacaklının sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zararının ceza koşulunun miktarından daha az olması hâlinde ceza koşulunda indirim yapılması her zaman gerekmebilir⁵³. Zarar ile ceza koşulu arasındaki oran aşırı derecede dengesiz değilse indirim yapılmayabilir. İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu olan bir olayda, kamyon şoförü ile şirket arasındaki sözleşmeye göre şirket, sipariş geldikçe kamyon şoförünü görevlendirecektir. Kamyon şoförü, sözleşme süresince ve sözleşme sona erdikten sonraki on iki ay boyunca başka bir şirketin siparişleri için çalışmayacak, aksi takdirde 30.000 İsviçre francı tutarında ceza koşulu ödeyecektir. Kamyon şoförü, sözleşme sona erdikten bir süre sonra (henüz on iki ay dolmadan) başka bir şirket ile sözleşme yapmıştır. Federal Mahkeme, ilk şirketin 19.200 İsviçre francı zararının doğduğunu, ceza koşulunun alacaklının zararını aşmasının tek başına aşırılığı göstermediğini belirterek ve diğer kıstasları da göz önünde bulundurarak ceza koşulunda indirim yapmamıştır⁵⁴.

Alacaklının borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi sebebiyle uğradığı zarar ile ceza koşulu arasında büyük bir fark ve dengesizlik olduğu takdirde ise indirim yapılması mümkündür⁵⁵. Özellikle ceza koşulunun ödemesi ile alacaklının açıkça zenginleşecek olması veya zarar ile ceza koşulu

⁵¹ Aynı yönde bkz. BGE 109 II 122.

⁵² Bkz. 4A_174/2011 (Karara konu olay için bkz. II/H).

⁵³ Aynı yönde bkz. BGE 103 II 108, 109; BGE 133 III 43, 54. Aynı yönde bkz. Yarg. Hukuk Genel Kurulu, T. 25.01.2017, E. 2015/330, K. 2017/132, (Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 08.04.2023); Yarg. Hukuk Genel Kurulu, T. 17.10.2019, E. 2016/9-573, K. 2019/1086, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 08.04.2023).

İsviçre Federal Mahkemesi, ceza koşulu olarak 10.000 İsviçre francı kararlaştırılan bir olayda alacaklının 3.000 ile 6.000 İsviçre francı arasında zarara uğradığını tespit etmiş ve diğer kıstasları da göz önüne alarak ceza koşulunun indirilmemesi yönünde karar vermiştir, bkz. BGE 82 II 142, 147 (Karara konu olay için bkz. II/G/1).

⁵⁴ Bkz. 4C.360/2004.

⁵⁵ Alacaklının zararına ilişkin bilgilere borçlunun erişmemesi ve bu bilgilerin alacaklı tarafından mahkemeye sunulmaması hâlinde hâkimin alacaklının zararının mümkün olduğunca yüksek olduğunu kabul etmesi beklenemez, bkz. 4C.172/2006 (Karara konu olay için bkz. II/I).

arasında bir oransızlık olması hâllerinde ceza koşulu aşırıdır⁵⁶. İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu olan bir olayda taraflar arasında bir sitedeki on beş adet dairenin satışına ilişkin simsarlık sözleşmesi yapılmıştır ve sözleşmeye aykırılık hâlinde on beş dairenin tamamının satış fiyatının yüzde biri oranında ceza koşulu kararlaştırılmıştır. Davacı, davalının borca aykırı davranması sebebiyle 50.000 İsviçre frangı miktarında ceza koşulu talep etmiş, yerel mahkeme dairelerin satış fiyatının yüzde birini 45.760 İsviçre frangı olarak hesaplayarak bu miktarda ceza koşuluna hükmetmiştir. Federal Mahkeme, tarafların ceza koşulunu belirlerken oran kararlaştırdıklarından dolayı miktarın yüksekliğini öngöremediklerini ve davacının uğraması muhtemel zararın abartıldığını gerekçe göstererek ceza koşulunu 20.000 İsviçre frangına indirmiştir⁵⁷.

Hâkimin ceza koşulunda yaptığı indirim, ceza koşulunu alacaklının zararına eşit hâle getirmemelidir. Zira ceza koşulunun alacaklının zararı miktarına indirilmesi hâlinde artık borçluyu ifaya zorlama işlevi kaybolur⁵⁸. Bu sebeple, alacaklının zararı ile ceza koşulu arasında önemli bir fark olduğu takdirde ceza koşulunun aşırılığı giderilmelidir; ancak ceza koşulu alacaklının zararına göre somut olayın şartlarına uygun olacak şekilde daha yüksek bir miktarda olmalıdır⁵⁹.

D. Borçlunun Borca Aykırı Davranmasındaki Menfaati

Borçlu, borca aykırı davranışı sonucunda katlanması gereken bir zarardan kurtulmuş ve bu sayede bir menfaat elde etmiş olabilir. Borçlunun borca aykırı davranışı sonucunda menfaat elde edip etmemesi, hâkimin ceza koşulunu indirmesi için göz önüne alması gereken kıstaslardan biridir⁶⁰.

⁵⁶ **Widmer/Costantini/Ehrat**, BSK, Art. 163 OR, N. 16. Aynı yönde bkz. BGE 41 II 138, 144-145. Aynı yönde bkz. Yarg. 3. HD, T. 10.11.2021, E. 2021/924, K. 2021/11189, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 11. HD, T. 12.01.2022, E. 2020/754, K. 2022/174, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

⁵⁷ Bkz. BGE 103 II 129, 136-137.

⁵⁸ **Becker**, BK, Art. 163 OR, N. 23; **Wuffli**, OFK, Art. 163, N. 11; **Yağcıoğlu**, s. 247; **Karagöz**, s. 115; **Gülseven**, s. 114. Aynı yönde bkz. BGE 103 II 108, 109.

⁵⁹ Ceza koşulunun alacaklının zararı miktarına indirilememesi, ceza koşulunun alacaklının zararının miktarından daha az olacak miktara indirilmemesi sonucunu da içermektedir. Aynı yönde bkz. BGE 133 III 43, 53. Aynı yönde bkz. Yarg. 3. HD, T. 10.11.2021, E. 2021/924, K. 2021/11189, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 3. HD, T. 04.03.2020, E. 2019/6040, K. 2020/2033, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

⁶⁰ Aynı yönde bkz. Yarg. 3. HD, T. 30.11.2021, E. 2021/386, K. 2021/12268, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 9. HD, T. 06.10.2021, E. 2021/

Borçlu, borca aykırılık sonucunda önemli derecede menfaat elde etmişse ceza koşulunun aşırı olmadığı sonucuna ulaşılabilir⁶¹. Buna karşılık hâkim, borçlunun hukuki işleminden menfaati olmadığı veya borca aykırı davranması sonucu hiçbir menfaat elde etmediği gerekçesiyle ceza koşulunun miktarının indirilmesi yönünde karar verebilir⁶².

E. Borca Aykırılığın Ağırlığı

Ceza koşulunun aşırı olmasının tespitine ilişkin kıstaslardan biri, borca aykırılığa ilişkindir⁶³. Bu kıstas değerlendirilirken borca aykırılığın ağırlığına odaklanılmaktadır⁶⁴. Borca aykırılık ağırsa ceza koşulunda indirim yapılması muhtemeldir⁶⁵.

9391, K. 2021/13779, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 3. HD, T. 29.11.2022, E. 2022/1283, K. 2022/9035, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 11. HD, T. 12.01.2022, E. 2020/754, K. 2022/174, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 3. HD, T. 02.10.2019, E. 2018/4231, K. 2019/7407, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 13. HD, T. 07.03.2017, E. 2015/14052, K. 2017/2888, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 13. HD, T. 27.04.2016, E. 2015/5136, K. 2016/11698, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

⁶¹ **Widmer/Costantini/Ehrat**, BSK, Art. 163 OR, N. 16; **Schoch**, s. 67; **Bilge**, s. 123; **Kocağa**, s. 351; **Yağcıoğlu**, s. 254; **Gülseven**, s. 111. Borçlu, asıl borcu ifa etmeyip ceza koşulu ödendiğinde sigortadan bir bedel elde edecekse indirim yapılmaması gerekliğine ilişkin bkz. **Cansel/Özel**, s. 732.

⁶² **Bilge**, s. 123; **Çınar**, s. 108.

⁶³ Bu konuda bkz. BGE 82 II 142, 147; BGE 91 II 372, 384; BGE 102 II 420, 426; BGE 103 II 129, 136; BGE 114 II 264, 265; BGE 133 III 43, 48; 4A_320/2015, 4C.276/2003. Bu konuda bkz. Yarg. 3. HD, T. 30.11.2021, E. 2021/386, K. 2021/12268, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 9. HD, T. 06.10.2021, E. 2021/9391, K. 2021/13779, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 3. HD, T. 29.11.2022, E. 2022/1283, K. 2022/9035, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 11. HD, T. 12.01.2022, E. 2020/754, K. 2022/174, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 3. HD, T. 02.10.2019, E. 2018/4231, K. 2019/7407, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 13. HD, T. 07.03.2017, E. 2015/14052, K. 2017/2888, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 13. HD, T. 27.04.2016, E. 2015/5136, K. 2016/11698, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

⁶⁴ **Santoro**, s. 113; **Günay**, Cezai Şart, s. 191; **Ozanoğlu**, s. 53; **Yağcıoğlu**, s. 251. Aynı yönde bkz. 5A_212/2008.

⁶⁵ İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu olan bir olayda, danışmanlık hizmeti veren davacı şirket ile davalı şirket arasında danışmanlık sözleşmesi yapılmıştır. Bu sözleşmeye göre davalı şirketin, davacı şirketin işçilerini sözleşme boyunca ve takip eden 18 ay süresince istihdam etmeme yükümlülüğü bulunmaktadır. Aksi hâlde davacı şirketten ayrılıp davalı şirkette çalışmaya başlayan işçinin iki yıllık toplam brüt maaşı kadar ceza koşulu ödeneceği hükmü kararlaştırılmıştır. Davacı şirketin işçilerinden biri, 30 Nisan

İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu olan bir olayda, taraflar arasındaki sözleşmeye göre davalı devreden, muayenehanesini bütün hastaların dosyaları ile birlikte davacı devralana devretme borcu altına girmiştir. Buna karşılık davacı, davalıya ilk taksit olarak 350.000 İsviçre frangı, ikinci taksit olarak 340.000 İsviçre frangı ödeyecektir. Bu ödeme, tarafların sadakatle ve sözleşmeye uygun davranması şartına bağlanmıştır. İlk taksit ödendikten sonra davalı, bazı hasta dosyalarını davacıya teslim etmemiş ve bilgisayardaki veri tabanını da silmiştir. Bunun üzerine davacı, davalının sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiğini ileri sürerek ikinci taksiti ödemekten kaçınmıştır. Federal Mahkeme, sözleşmedeki sadakat yükümlülüğüne ilişkin hükmü ceza koşulu olarak nitelendirmiştir. Bu kararda, Federal Mahkeme, davalı borcunu gereği gibi ifa etmese de davacının muayenehaneyi devralabileceğini belirtmiştir. Federal Mahkeme, bu sonucu göz önünde bulundurarak ceza koşulu miktarını 170.000 İsviçre frangına indirmiştir⁶⁶. Dolayısıyla somut olayda borca aykırılık bulunsa dahi Federal Mahkeme sonuç olarak alacaklının sözleşmedeki amacına ulaştığını ve borca aykırılığın ağır olmadığını esas alarak ceza koşulunun miktarında indirim yapmıştır.

Borçlunun borcunu kısmi ifası, borca aykırılığın ağır olmadığını ve ceza koşulunda indirim yapılabileceğini göstermektedir⁶⁷. Yargıtay kararına konu olan bir olayda yüklenici, bağımsız bölümleri geç teslim ederse geç kalınan her gün için 750 TL ödemesi kararlaştırılmıştır. Bağımsız bölümlerin

1967 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere iş sözleşmesini feshetmiş, 1 Mayıs 1967 tarihinden itibaren davalı şirkette işe başlamıştır. Federal Mahkeme, işçiye davalı şirketin davacı şirketten aldığı maaştan çok daha yüksek olan 48.000 İsviçre frangı maaş vermesini de dikkate almış ve işçinin sonuçları bilerek ve öngörerek sözleşmeyi ihlal ettiğini belirtmiştir. Federal Mahkeme, bununla birlikte diğer kıstasları da göz önünde tutarak ceza koşulunda indirim yapılmaması yönünde karar vermiştir, bkz. BGE 95 II 532, 540.

İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu olan bir olayda kamyon şoförü ile şirket arasındaki sözleşmede, sözleşmenin sona ermesinden sonraki on iki ay içinde kamyon şoförünün başka bir şirketin siparişleri için çalışırsa ceza koşulu ödeyeceğine yönelik bir hüküm bulunmaktadır. Kamyon şoförünün sözleşmenin sona ermesinden kısa bir süre sonra başka bir şirket için çalışmaya başlaması üzerine açılan davada Federal Mahkeme kamyon şoförünün sözleşme ile üstlendiği borcu tereddütsüz bir şekilde göz ardı ettiğini belirterek ceza koşulunda indirim yapmamıştır, bkz. 4C.360/2004 (Karara konu olay için bkz. II/C).

⁶⁶ Bkz. 4A_160/2012.

⁶⁷ **Becker**, BK, Art. 163 OR, N. 13; **Schoch**, s. 67; **Bilge**, s. 123; **Tunçomağ**, s. 148; **Erdem**, TBK m. 182, N. 22; **Kocağa**, s. 348; **Yağcıoğlu**, s. 251; **Gülseven**, s. 105-106; **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, s. 105; **Dovan Karacıgan**, s. 54. Aynı yönde bkz. Yargı. Hukuk Genel Kurulu, T. 08.03.1961, E. 1961/4-2, K. 1961/10, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 08.04.2023).

bir kısmının ifa zamanında teslim edilmemesi üzerine iş sahibi ceza koşulu talebini de içeren dava açmıştır. Yargıtay, toplam kaç adet bağımsız bölümün teslim edileceği ve ifa zamanında kaç tanesinin teslim edildiğinin incelenmesi gerektiğini belirtmiştir. Buna göre Yargıtay, aradaki orana göre ceza koşulunda indirim yapılması gerektiği yönünde karar vermiştir⁶⁸. İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında borçlunun sözleşmeden doğan borçlarını neredeyse hiç yerine getirmemesi gerekçesiyle indirilmesi istenen ceza koşulu miktarını uygun bulmuştur⁶⁹.

Borçlunun borca aykırı davranmasında alacaklının da payı olabilir. Bu durumda da hâkim borca aykırılığın tümüyle borçludan kaynaklanmaması sebebiyle ceza koşulunda indirim yapılmasına karar verebilir. Yargıtay kararına konu olan bir olayda taraflar arasındaki 10.12.2014 tarihli iş sözleşmesine göre işçi, müdür yardımcısı olarak üç yıl boyunca çalışacaktır. Ancak işveren, 06.10.2016 tarihinde işçinin çalıştığı şube ile birlikte bütün şubeleri kapatmış, işçiye aynı görev tanımı ve özlük hakları korunarak genel müdürlükte başka bir görev teklif etmiştir. İşçi, bu teklifi reddetmiş, işverenden bakiye süre ücretini talep etmiştir. Yerel mahkeme, bilirkişi raporunda 110.882,54 TL olarak hesaplanan ceza koşulunda %40 indirim yapmış ve ceza koşulunu 66.529,52 TL tutarına indirmiştir. Yargıtay, işverenin genel müdürlükte teklif ettiği işi ve işçinin bu teklifi kabul etmediğini vurgulayarak indirim miktarını düşük bulmuş, daha fazla indirim yapılması gerektiği yönünde karar vermiştir⁷⁰.

Borca aykırılık hafifse ceza koşulunda indirim yapılabilir⁷¹; ancak her hâlükârda diğer kıstasların da göz önüne alınması gerekmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi, üç yıllık süre boyunca şirket merkezinin belli bir kantonda kalması borcunun süre dolmasından on yedi gün önce ihlal edilmesi üzerine açılan davada borca aykırılığın hafif olması kıstasını da göz önünde bulundurarak ceza koşulunun indirilmesi yönünde karar vermiştir⁷².

Borçlu, asıl borcu birden fazla kez ihlal etmiş olabilir. Borcun ihlali tekrar gerçekleştiğinde borca aykırılığın ağır olduğu sonucuna ulaşılarak hâkimin indirim yapmaması gerektiği kabul edilebilir⁷³.

⁶⁸ Yarg. 15. HD, T. 28.01.1977, E. 1976/2819, K. 1977/140, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

⁶⁹ Bkz. 4A_508/2017 (Karara konu olay için bkz. II/B, dn. 38).

⁷⁰ Yarg. 9. HD, T. 14.06.2021, E. 2021/5898, K. 2021/10197, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

⁷¹ **Bilge**, s. 123; **Tunçomağ**, s. 147; **Karagöz**, s. 115; **Gülseven**, s. 105.

⁷² Bkz. 4A_174/2011 (Karara konu olay için bkz. II/H).

⁷³ Aynı yönde bkz. BGE 116 II 302, 305.

F. Borçlunun Borcun İhlalindeki Kusuru

Borçlu, ceza koşulunun bağlandığı asıl borcu kusuru ile ifa etmemiş olabilir. Borçlunun borcun ihlalindeki kusuru, ceza koşulunun aşırı olup olmadığına tespitinde göz önünde bulundurulmalıdır⁷⁴. Borçlunun borcun ihlalindeki kusuru, ağır kusur veya hafif kusur olabilir. Borçlunun kusuru ağır kusur derecesindeyse ceza koşulunda indirim yapılmaz⁷⁵. Zira dürüstlük kuralı gereğince borçlu ağır kusuruyla borcunu ifa etmezse indirimden yararlanamamalıdır⁷⁶.

⁷⁴ **Escher/von Tuhr**, s. 285; **Becker**, BK, Art. 163 OR, N. 16; **Widmer/Costantini/Ehret**, BSK, Art. 163 OR, N. 16; **Pellanda**, CHK, Art. 163 OR, N. 18; **Wuffli**, OFK, Art. 163, N. 8; **Koller**, N. 81.41; **Kramer/Probst**, s. 510; **Furrer/Müller-Chen**, §20, N. 78; **Santoro**, s. 114; **Hürlimann**, s. 217; **Schoch**, s. 67; **Arsebük**, s. 995; **Bilge**, s. 123; **Tunçomağ**, s. 148; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 355; **Cansel/Özel**, s. 732; **Günay**, Cezai Şart, s. 192; **Erdem**, TBK m. 182, N. 20; **Ozanoğlu**, s. 54; **Gümüş**, s. 1034; **Kanık**, s. 1078; **Yavuz**, s. 534; **Kocağa**, s. 349; **Karagöz**, s. 115; **Arkan**, s. 95; **Urhanoglu**, s. 109; **Karshoğlu**, s. 118; **Kabakhoğlu Arslanyürek**, s. 106; **Yücel**, s. 2948. Aynı yönde bkz. BGE 114 II 264, 265; BGE 133 III 43, 48; 4A_320/2015, 4C.276/2003. Aynı yönde bkz. Yarg. Hukuk Genel Kurulu, T. 04.04.2019, E. 2017/577, K. 2019/413, (Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 08.04.2023); Yarg. 3. HD, T. 30.11.2021, E. 2021/386, K. 2021/12268, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 3. HD, T. 10.11.2021, E. 2021/924, K. 2021/11189, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 9. HD, T. 06.10.2021, E. 2021/9391, K. 2021/13779, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 3. HD, T. 29.11.2022, E. 2022/1283, K. 2022/9035, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 11. HD, T. 12.01.2022, E. 2020/754, K. 2022/174, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 3. HD, T. 04.03.2020, E. 2019/6040, K. 2020/2033, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 3. HD, T. 02.10.2019, E. 2018/4231, K. 2019/7407, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 13. HD, T. 07.03.2017, E. 2015/14052, K. 2017/2888, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 13. HD, T. 27.04.2016, E. 2015/5136, K. 2016/11698, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

⁷⁵ İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında rekabet yasağını ihlal eden işçinin kusurlu olduğunu vurgulayarak yerel mahkeme tarafından 1.800 İsviçre frangına indirilen ceza koşulunu 5.000 İsviçre frangı olarak belirlemiştir, bkz. BGE 91 II 372, 384 (Karara konu olay için bkz. II/G/1).

İsviçre Federal Mahkemesi, şirket hisselerinin satılmaması konusunda bir sözleşme yapıldığı ancak taraflardan birinin hisseleri sattığı bir olayda sözleşmeyi ihlal eden tarafın kusurunun bulunduğunu gerekçe göstererek ceza koşulunda indirim yapmamıştır, bkz. 4C.143/2003 (Karara konu olay için bkz. II/I).

Sözleşmenin sona ermesinden sonra kamyon şoförü için on iki aylık rekabet yasağının kararlaştırıldığı bir olayda, kamyon şoförünün sözleşmenin sona ermesinden sonra kısa süre içinde bu yasağı ihlal etmesinin ağır kusur teşkil ettiği ve ceza koşulunda indirim yapılmaması yönündeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. 4C.360/2004 (Karara konu olay için bkz. II/C).

⁷⁶ **Becker**, BK, Art. 163 OR, N. 16; **Yağcıoğlu**, s. 250; **Gülseven**, s. 108.

İsviçre Federal Mahkemesi, işçi için rekabet yasağı kararlaştırılmış olmasına rağmen işçinin aynı bölgedeki başka bir şirkette işe başlamasını, üstelik eski işverenin sipariş defterlerini yeni işverenin yararına kullanmasını ve müşterilere eski işvereni kötüleyerek yeni işverene müşteri çevresi oluşturmaya çalışmasını ağır kusur olarak nitelendirerek ceza koşulunun indirilmemesi yönünde karar vermiştir⁷⁷. İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu olan başka bir olayda da işçi aleyhine işten ayrıldıktan sonra iki yıl boyunca devam edecek bir rekabet yasağı kararlaştırılmıştır. Bu yasağın ihlali hâlinde ceza koşulu olarak 100.000 İsviçre frangı belirlenmiştir. İşçi, işten ayrıldıktan sonra bu yasağa aykırı olarak aynı alanda faaliyet gösteren bir şirket kurmuştur. Federal Mahkeme, rekabet yasağının amacının işçinin aynı bölgede aynı müşterilerle çalışmasını engellemek ve işverenin işine zarar vermemek olduğunu vurgulamış, işçinin bunu bilmesine rağmen şirket kurmasının ağır kusur olduğu kanaatine varmıştır. Federal Mahkeme, başka kıstaslarla beraber bunu da göz önüne alarak ceza koşulunu indirmemiştir⁷⁸.

Her ne kadar borçlu ağır kusurluysa indirim yapılmaması daha muhtemelse de diğer kıstaslar göz önünde bulundurulduğunda ceza koşulunda indirim yapılması gerekebilir. İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu olan bir olayda iş sözleşmesi devam ettiği sürece işçi için rekabet yasağı kararlaştırılmıştır. Bunun ihlal edilmesi hâlinde işçi altı aylık brüt maaşı tutarında ceza koşulu ödeyecektir. İşçi, iş sözleşmesinin sona ermesine bir aydan daha az bir süre kalmışken altı kişiyle birlikte başka bir şirket kurmuştur. İşveren, işçinin 85.000 İsviçre frangı miktarında ceza koşulu ödemesini talep etmiştir. Yerel mahkeme ceza koşulunu 25.000 İsviçre frangına indirmiştir. Federal Mahkeme, her ne kadar işçinin borcu ihlal etmesinde azımsanmayacak derecede kusuru bulunduğunu vurgulasa da diğer kıstasları da göz önüne aldığına brüt maaşın iki katına karşılık gelen 25.000 İsviçre frangı miktarını uygun bulmuştur⁷⁹.

Borçlunun borcunu ihlal etmesindeki kusuru hafif kusur derecesindeyse hâkim, takdir hakkını indirim yapılması yönünde kullanabilir⁸⁰. İsviçre

⁷⁷ Bkz. BGE 82 II 142, 147 (Karara konu olay için bkz. II/G/1).

⁷⁸ Bkz. 4A_107/2011.

⁷⁹ Bkz. 4A_595/2012.

⁸⁰ Borçlunun alacaklının sözleşmeyi feshettiğini düşünerek borca aykırı davranmasının söz konusu olduğu bir olayda İsviçre Federal Mahkemesi borçlunun bu ihlalinde ağır kusurlu olmadığını belirterek ceza koşulunda indirim yapmıştır, bkz. BGE 103 II 129, 136-137 (Karara konu olay için bkz. II/C).

İsviçre Federal Mahkemesi, bir kararında 31 Ekim 2008'de sözleşmenin sona ermesiyle bitecek olan rekabet yasağının 23 Temmuz 2008'de ihlal edilmesini hafif kusur olarak

Federal Mahkemesi kararına konu olan bir olayda iş sahibi ile yüklenici arasındaki sözleşmeye göre yüklenici otuz dört daireden oluşan bir bina ile park yeri ve bahçe inşa edecektir. Yüklenici, binanın tamamlanmasında geciktiği her bir ay için 100.000 İsviçre frangı ceza koşulu ödemeyi kabul etmiştir. İş sahibi, yüklenicinin inşaatı zamanında bitirememesi üzerine ceza koşulunu talep etmiştir. Yerel mahkeme yüklenicinin on sekiz ay geciktiği, buna göre ceza koşulunun 1.800.000 İsviçre frangı olduğu ancak ceza koşulunun aşırı olması sebebiyle 800.000 İsviçre frangına indirilmesi yönünde karar vermiştir. Federal Mahkeme, proje değişiklikleri, hava durumu, zemin şartları gibi dış sebepler dolayısıyla yüklenicinin binayı tamamlayamamasında ağır kusurlu olmadığını kabul etmiştir. Federal Mahkeme, diğer kıstaslarla birlikte iş sahibinin ağır kusurlu olmadığını da gerekçe göstererek ceza koşulunun 800.000 İsviçre frangına indirilmesini uygun bulmuştur⁸¹.

Borçlunun borcu ihlalinde borçlu ile birlikte alacaklının ortak kusuru da olabilir. Bu takdirde de hâkim ceza koşulunun aşırı olduğuna karar verebilir⁸². Üstelik borçlunun ağır kusuru mevcutsa dahi alacaklının ortak kusuru, ceza koşulunun indirilmesi sonucunu doğurabilir⁸³. İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu olan bir olayda iş sözleşmesinde işçiye işten ayrıldıktan sonra üç yıl rekabet yasağı kararlaştırılmış ve bunun ihlali hâlinde 20.000 İsviçre frangı miktarında ceza koşulu belirlenmiştir. İki yıl sonra hem işçi hem de işveren haklı sebeple fesih bildiriminde bulunmuştur. İşverenin işçinin rekabet yasağını ihlal etmesini gerekçe göstererek 20.000 İsviçre frangı talep ettiği davada Federal Mahkeme iş sözleşmesinin sona ermesinde her iki tarafın da kusuru bulunduğunu ve rekabet yasağına getirilen ceza koşulunun hakkaniyet gereğince indirilmesi gerektiğini belirterek ceza koşulunu 5.000 İsviçre frangına indirmiştir⁸⁴.

Yargıtay kararına konu olan bir olayda da malik, otobüsünü şirkete kiraya vermiştir. Bir süre sonra otobüs arızalanmış ve yetkili servise götür-

değerlendirmiş ve sözleşmede kararlaştırılan 80.000 İsviçre frangı ceza koşulunu diğer kıstasları da göz önünde bulundurarak 8.000 İsviçre frangına indirmiştir, bkz. 4A_5/2015 (Karara konu olay için bkz. II/B).

⁸¹ Bkz. 4A_141/2008.

⁸² İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında borçlunun borcunu gereği gibi ifa etmemesinde alacaklının davranışlarının da payı olduğunu belirterek ceza koşulunda indirim yapmıştır, bkz. 4A_160/2012 (Karara konu olay için bkz. II/E).

⁸³ **Becker**, BK, Art. 163 OR, N. 16; **Santoro**, s. 114; **Bilge**, s. 123; **Cansel/Özel**, s. 732; **Günay**, Cezai Şart, s. 192; **Kocaağa**, s. 350; **Yağcıoğlu**, s. 250; **Karagöz**, s. 115; **Gülseven**, s. 107; **Çınar**, s. 109; **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, s. 107; **Dovan Karacıgan**, s. 56; **Uygur**, s. 817.

⁸⁴ Bkz. BGE 105 II 200, 204

rülmüştür. Malik, tamir için ikinci el parçalar takılması talimatı vermiştir. Tamirden bir süre sonra otobüste yeniden ciddi bir arıza ortaya çıkmıştır ve kiracı şirket bunu gerekçe göstererek sözleşmeyi feshetmiştir. Yerel mahkeme, sözleşmede haklı bir sebep olmaksızın feshe sebep olan tarafın ceza koşulu ödemesi hükmüne dayanarak şirketin malike 13.200 TL ceza koşulu ödemesi kararı vermiştir. Yargıtay ise, otobüsteki hasarın tek başına şirketten kaynaklanmadığını belirtmiştir. Buna göre, yetkili servis, teknik olarak hatalı davranması sebebiyle; şirket, aracı zamanında servise götürmemesi sebebiyle; malik ise, ikinci el parça takılması talimatı sebebiyle kusurludur. Sonuç olarak Yargıtay, ortak kusur bulunduğundan ceza koşulunda indirim yapılması gerektiği yönünde karar vermiştir⁸⁵.

Borçlunun borca aykırı davranışının yardımcı kişinin fiiline dayandığı takdirde borçlunun hafif kusurlu olduğu düşünülebilir⁸⁶. İsviçre Federal Mahkemesi kararında davalı metal püskürtme buluşu sahibi ile davacı arasında, davacının bu buluşun başka ülkelerde kullanılmasına yönelik çalışması konulu sözleşme akdedilmiştir. Sözleşmede, 1 Temmuz 1913'e kadar buluşun başka ülkelerde kullanılmasına yönelik anlaşma yapılırsa opsiyon sözleşmelerinden ve patent devrinden elde edilen tutarın %50'sinin davacıya ödenmesi kararlaştırılmıştır. Borca aykırılık hâlinde ise 10.000 Alman Markı ceza koşulu öngörülmüştür. Davacı 23 Haziran 1913'te bir Japon firması ile opsiyon sözleşmesi yapmıştır. Japon firması, davalıya 1.000 Alman Markı ödemiştir. Davalı ise davacıya bu bedelin %50'si olan 500 Alman Markı değil, onun yerine 500 İsviçre frangı ödemiştir. Bunun üzerine davacı, 10.000 Alman Markı tutarındaki ceza koşulunu talep etmiştir. Bu davada İsviçre Federal Mahkemesi, 500 Alman Markı yerine 500 İsviçre frangı ödenmesinin davalının büro personelinin dikkatsizliğine bağlanabileceğini belirtmiştir. Federal Mahkeme, yardımcı kişi olan büro personelinin yaptığı hata sebebiyle borcun gereği gibi ifa edilmemesinde davalının hafif kusuru olduğunu belirterek ceza koşulunu 1.000 İsviçre frangına indirmiştir⁸⁷.

G. Borçlunun Ekonomik Durumu

1. Genel Olarak

Ceza koşulunun aşırı olması hâlinde indirim yapılması ile borçlunun ekonomik açıdan korunması amaçlanmaktadır. Başka deyişle ceza koşulunda

⁸⁵ Bkz. Yarg. 3. HD, T. 01.07.2019, E. 2019/3165, K. 2019/6031, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

⁸⁶ Becker, BK, Art. 163 OR, N. 16; Arkan, s. 95; Gülseven, s. 107.

⁸⁷ Bkz. BGE 41 II 138, 144-145.

indirim yapılması borçlunun sömürülmesini engelleme amacı taşımaktadır. Borçlu, sözleşme görüşmeleri sırasında veya sözleşmenin hükümleri kararlaştırılırken hissettiği ekonomik baskıdan dolayı ceza koşulunu kabul etmiş olabilir⁸⁸. Bunun gibi borçlu, alacaklıya ekonomik anlamda bağımlı olduğu için sözleşmeye ceza koşulu hükmü eklenmesine karşı çıkamamış olabilir⁸⁹. Bu gibi hâllerde hâkimin ceza koşulunda indirim yapması mümkündür.

Ceza koşulunun aşırı olup olmadığı tespit edilirken borçlunun ekonomik durumu incelenir⁹⁰. Buna göre, borçlunun ceza koşulunu ödeme gücünün olup olmadığı göz önüne alınır⁹¹. Borçlunun ekonomik durumunun tes-

⁸⁸ **Becker**, BK, Art. 163 OR, N. 17; **Tunçomağ**, s. 149; **Ozanoğlu**, s. 52; **Yağcıoğlu**, s. 252; **Karagöz**, s. 115; **Gülseven**, s. 115; **Yücel**, s. 2948. Aynı yönde bkz. Yarg. 3. HD, T. 10.11.2021, E. 2021/924, K. 2021/11189, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

⁸⁹ **Escher/von Tuhr**, s. 285; **Widmer/Costantini/Ehrat**, BSK, Art. 163 OR, N. 17; **Pellanda**, CHK, Art. 163 OR, N. 18; **Wuffli**, OFK, Art. 163, N. 8; **Kramer/Probst**, s. 510; **Santoro**, s. 114; **Göktürk**, s. 403; **Ozanoğlu**, s. 54; **Erdem**, TBK m. 182, N. 28; **Gümüş**, s. 1034; **Yağcıoğlu**, s. 256. Aynı yönde bkz. BGE 114 II 264, 265; BGE 133 III 43, 49. İsviçre Federal Mahkemesi, bir kararında tarafların birbirlerine bağımlı olmadığı ve ekonomik durumlarının kötü olmadığını vurgulamıştır. Buna rağmen Federal Mahkeme diğer kıstasları da göz önünde bulundurarak ceza koşulunun indirilmesini haklı görmüştür, bkz. 4A_141/2008 (Karara konu olay için bkz. II/F).

⁹⁰ Aynı yönde bkz. Yarg. 3. HD, T. 30.11.2021, E. 2021/386, K. 2021/12268, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 3. HD, T. 10.11.2021, E. 2021/924, K. 2021/11189, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 9. HD, T. 06.10.2021, E. 2021/9391, K. 2021/13779, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 22. HD, T. 15.06.2020, E. 2020/1896, K. 2020/6750, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 11. HD, T. 12.01.2022, E. 2020/754, K. 2022/174, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 3. HD, T. 04.03.2020, E. 2019/6040, K. 2020/2033, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 13. HD, T. 27.04.2016, E. 2015/5136, K. 2016/11698, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023). Sözleşmenin ihlalinde işçi aleyhine kararlaştırılan ceza koşulunun işveren bakımından kararlaştırılan ceza koşuluna göre daha fazla olamamasına ilişkin Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 9. HD, T. 22.02.2016, E. 2014/30506, K. 2016/3383, (Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, Cilt 52, Sayı 1, 2007, Erişim Tarihi: 21.08.2023)

⁹¹ Aynı yönde bkz. BGE 95 II 532, 540; BGE 103 II 129, 135; BGE 133 III 43, 49. Aynı yönde bkz. Yarg. 3. HD, T. 29.11.2022, E. 2022/1283, K. 2022/9035, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 13. HD, T. 07.03.2017, E. 2015/14052, K. 2017/2888, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

İşçi aleyhine ceza koşulu kararlaştırıldığında işçinin ekonomik açıdan mahvına sebep olmayacak çözümlere gidilmesi gerektiğine ilişkin bkz. Yarg. 9. HD, T. 19.01.2021, E. 2020/4315, K. 2021/1455, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

İsviçre Federal Mahkemesi, bir kararında, ceza koşulu olarak kararlaştırılmış olan 100.000 İsviçre frangının işçinin sekiz aylık gelirine karşılık geldiğini ve bunun aşırı

piti için tüm malvarlığı incelenir. Yargıtay kararına konu olayda kiracı ile kiraya veren arasındaki kira sözleşmesi 06.04.2011 tarihinde sona ermiş, kiracı 08.03.2012 tarihinde idari yoldan tahliye edilmiştir. Kiraya veren, sözleşmede kararlaştırılan hükme dayanarak sözleşmenin sona ermesinden sonra taşınmazın teslim edilmemesi sebebiyle geçen her gün için cari yıl kira bedelinin %1'i oranında ceza koşulu talep etmiştir. Yerel mahkeme, sadece kiracının vergi beyannamelerinin incelendiği bilirkişi raporunu esas alarak kiracının 10.000 TL ceza koşulu ödemesine karar vermiştir. Yargıtay, kiracının ekonomik durumunun araştırılması sırasında malvarlığına ilişkin ayrıntılı inceleme yapılması gerektiğini belirterek eksik inceleme gerekçesiyle bu kararı bozmuştur⁹².

Hâkim, borçlunun ödeme gücünün incelemesinin ardından borçlunun ceza koşulunu ödeyince zor duruma düşeceğini anlarsa ceza koşulunda indirim yapabilir. İsviçre Federal Mahkemesi de bazı kararlarında borçlunun ekonomik durumunu göz önüne alarak ceza koşulunda indirim yapılmasını uygun bulmuştur⁹³.

Ceza koşulunun aşırılığı, borçlunun ceza koşulunu ödediğinde ekonomik geleceğinin tehlikeye düşüp düşmemesi göz önüne alınarak da anlaşılabilir. Bazı hâllerde ceza koşulunun miktarı, borçlunun ekonomik geleceğinin ahlaka aykırı olarak sınırlandırması sonucunu doğurabilir. Sözleşmede yer alan bu nitelikteki ceza koşulu hükümlerinin geçerliliği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre ceza koşulu borçlunun ekonomik geleceğini tehlikeye düşürüyorsa bu hükmün ahlaka aykırı olduğu kabul edilmelidir. Bu görüşe göre, sözleşmede böyle bir ceza koşulunun bulunması, ceza koşuluna ilişkin hükmün ahlaka aykırılık sebebiyle geçersiz olması sonucunu doğurur⁹⁴.

olmadığını belirterek indirim yapmamıştır, bkz. 4A_107/2011 (Karara konu olay için bkz. II/F).

Borçlunun iki üç aylık maaşına tekabül eden ceza koşulu miktarının aşırı bulunmadığı İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. 4C.360/2004 (Karara konu olay için bkz. II/C).

⁹² Bkz. Yarg. 3. HD, T. 02.10.2019, E. 2018/4231, K. 2019/7407, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

⁹³ İsviçre Federal Mahkemesi, ekonomik olarak daha zayıf olan borçlu işveren üzerinde yeterince ekonomik baskı oluşturacağı gerekçesiyle yerel mahkemenin verdiği ceza koşulunda indirim kararını yerinde bulmuştur, bkz. BGE 116 II 302, 305 (Karara konu olay için bkz. II/A).

İsviçre Federal Mahkemesi'nin borçlunun ekonomik durumunu vurgulayarak yerel mahkemenin ceza koşulunda yaptığı indirimi yerinde bulduğu başka bir kararı için bkz. 4C.276/2003 (Karara konu olay için bkz. II/K).

⁹⁴ **Santoro**, s. 110; **Arsebük**, s. 992; **Kunter**, Nurullah: "Ödendikten Sonra da Azaltılabilmeleri Bakımından Fahiş Cezaî Şartlar", Adliye Ceridesi, Cilt 31, 1940, s. 976; **Çınar**, s. 93.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise ceza koşulunun indirilmesi imkânı bulunuyorsa borçlunun ekonomik geleceğinin tehlikeye düşecek olması, ceza koşulunun ahlaka aykırı olduğunu göstermez ve ceza koşuluna ilişkin hüküm kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olmaz⁹⁵. Ceza koşulunda indirim yapılmasına ilişkin TBK m. 182/III özel hüküm niteliğindedir. TBK m. 182/III'ün uygulanabildiği hâllerde ceza koşuluna ilişkin sözleşme hükmü, ahlaka aykırılık sebebiyle geçersiz olmaz. Bu durumda ilgili kanun hükmü uygulama alanı bularak ceza koşulunun miktarı indirilir.

Ceza koşulunun bağlandığı asıl borcun borçlusunun ekonomik durumu iyi olabilir. Bu sebeple, ceza koşulunun miktarının fazla olması borçlunun ekonomik durumuna veya ekonomik geleceğine önemli bir zarar vermiyor olabilir. Bu durumda hâkimin ceza koşulunun aşırı olmadığına hükmetmesi mümkündür⁹⁶. İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu olayda, işveren ile işçi arasındaki iş sözleşmesinde işçinin işten ayrıldıktan sonraki iki yıl boyunca rekabet etmemesi, yapmama borcu ihlal edilirse 10.000 İsviçre frangı ceza koşulu ödenmesi kararlaştırılmıştır. İşçi, Ekim 1952'de işten ayrılmış, 1 Kasım 1952 tarihinde aynı bölgedeki başka bir şirkette yılda 8.400 İsviçre frangı maaş ve ek komisyon ücretiyle işe başlamıştır. Federal Mahkeme, işçinin yeni işinde aldığı maaşın miktarını diğer kıstaslarla birlikte gerekçe göstererek ceza koşulunun indirilmemesi yönünde karar vermiştir⁹⁷. Doktrinde borçlunun ceza koşulunun ödenmesi borcunu başka birine devrettiği veya işe girdiği şirket tarafından ödenecek olması gibi hâllerde de hâkimin ceza koşulunun miktarını indirmeme yönünde karar verebileceği kabul edilmektedir⁹⁸.

Hâkimin ceza koşulunun aşırı olup olmadığını incelerken borçlunun ekonomik durumu ile alacaklının ekonomik durumunu karşılaştırması da gerekebilir⁹⁹. İsviçre Federal Mahkemesi, bir kararında tarafların ekonomik güçlerinin dengeli olduğu gerekçesiyle sözleşmede kararlaştırılan ceza koşulu miktarını uygun bulmuştur¹⁰⁰.

⁹⁵ **Kocağa**, s. 387; **Yağcıoğlu**, s. 253; **Gülseven**, s. 117.

⁹⁶ Borçlunun ekonomik durumu göz önüne alınarak ceza koşulunun aşırılığının tespit edilmesi kıstası tek başına esas alındığında ekonomik durumu iyi olan borçlunun ceza koşulunu her hâlükârda ödemesi gerektiği, ekonomik durumu kötü olan borçlu bakımından ise mutlaka indirim yapılacağı sonucuna varma tehlikesi bulunmaktadır. Ancak bu sonuç, ceza koşulunda indirim yapılması hükmünün ruhuna uygun değildir. Ceza koşulunun aşırılığı tespit edilirken sadece bu kıstasa göre karar verilmemeli, diğer kıstaslar da göz önüne alınmalıdır.

⁹⁷ Bkz. BGE 82 II 142, 147.

⁹⁸ **Becker**, BK, Art. 163 OR, N. 17; **Santoro**, s. 114.

⁹⁹ **Cansel/Özel**, s. 732; **Erdem**, TBK m. 182, N. 27; **Yağcıoğlu**, s. 254.

¹⁰⁰ Bkz. 4A_508/2017 (Karara konu olay için bkz. II/B, dn. 38).

2. Borçlunun Tacir Olması Hâlinde

Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 22’de tacir sıfatını haiz borçluya yönelik bir hüküm bulunmaktadır¹⁰¹. Bu hükme göre tacir olan borçlu ticari işletmesi ile ilgili bir borca ilişkin¹⁰² ceza koşulunun aşırı olduğu ileri sürerek TBK m. 182/III gereğince ceza koşulunun indirilmesi isteyemez¹⁰³. TTK m. 22’nin gerekçesi, TTK m. 18/II’deki tacirin ticari faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerektiğine yönelik hükümdür¹⁰⁴.

Tacir, işveren olarak işçi ile iş sözleşmesi yapabilir. Tacirin taraf olduğu iş sözleşmesi tacir bakımından ticari iştir. İş sözleşmesinde yer alan ceza koşulunun aşırı olduğu tacir tarafından ileri sürülemez. Ancak Yargıtay, bir kararında tacir işverenle işçi arasındaki iş sözleşmesinde kararlaştırılan ceza koşulunda indirim yapılması gerektiği yönünde karar vermiştir. Oy çokluğu ile verilen bu kararın gerekçesinde işveren tacir dahi olsa iş sözleşmesinde tacir aleyhine kararlaştırılan ceza koşulu bakımından TTK m. 22’nin işveren için uygulanmaması ve TBK m. 182/III’e göre aşırı ceza koşulunda indirim yapılması belirtilmiştir¹⁰⁵. Kanaatimizce tacirin taraf olduğu iş sözleşmesi tacir bakımından ticari iş olduğundan ve TTK m. 22’deki hüküm tacir sıfatını esas aldığından ceza koşulunda TBK m. 182/III’e daya-

¹⁰¹ Bu hükmün “*tacir sayılanlar ile tacir gibi sorumlu olanlar bakımından da geçerli*” olduğu yönünde bkz. **Ayhan**, s. 306; **Battal**, Ahmet: “Tacirin İş Kanunu’na Tâbi Bir Sözleşmeden Doğan Cezaî Şart Borcuna TK. 24 (İndirim Yasağı) Uygulanabilir Mi?”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 20, Sayı 2, 1999, s. 19; **Kocaağa**, s. 379; **Yıldırım**, Abdülkerim/**Gözüyeşil**, Fevzi Fırat: “Limited Şirket Pay Devir Sözleşmesindeki Ceza Koşulunun Tenkisi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 28, Sayı 3, 2020, s. 1166; **Karagöz**, s. 121. Aynı yönde bkz. Yarg. 3. HD, T. 04.03.2020, E. 2019/6040, K. 2020/2033, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

¹⁰² **Tunçomağ**, s. 177; **Oğuzman/Öz**, N. 1635; **Cansel/Özel**, s. 732; **Günay**, Cezaî Şart, s. 220; **Ayhan**, s. 310; **Çabri**, s. 924; **Karagöz**, s. 121; **Çınar**, s. 103; **Dirican**, s. 193; **Öktem Çevik**, s. 109.

¹⁰³ Yargıtay kararına konu olan bir olayda, tacir olan taraflar arasında “*parkların koruma ve güvenlik hizmetinin 48 güvenlik görevlisi ile yerine getirilmesine dair güvenlik hizmeti sözleşmesi*” akdedilmiştir. Davalının sözleşmeye aykırı davranması üzerine davacı, sözleşmede kararlaştırılan ceza koşulunu talep etmiş, yerel mahkeme ceza koşulunda indirim yapmıştır. Yargıtay, sözleşmenin davalı bakımından ticari iş niteliğinde olması sebebiyle ceza koşulunda indirim yapılmaması gerektiğine karar vermiştir, bkz. Yarg. 13. HD, T. 02.06.2020, E. 2020/1604, K. 2020/4089, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

¹⁰⁴ **Erdem**, TBK m. 182, N. 51; **Kocaağa**, s. 377; **Ayhan**, s. 309; **Battal**, s. 20; **Çabri**, s. 923; **Karagöz**, s. 120; **Gülseven**, s. 117; **Karşlıoğlu**, s. 119; **Dovan Karacıoğlu**, s. 80; **Uygur**, s. 819.

¹⁰⁵ Yarg. Hukuk Genel Kurulu, T. 25.01.2017, E. 2015/330, K. 2017/132, (Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 08.04.2023).

narak indirim yapılması söz konusu olmamalıdır. Bu sebeple, Yargıtay'ın bu kararına katılmak mümkün görünmemektedir.

Tacirin taraf olduğu iş sözleşmesinde işçinin aşırı ceza koşulunun indirilmesini talep etmesi ise mümkündür¹⁰⁶. Nitekim Yargıtay kararına konu olan bir olayda cam yünü üretimine başlayan şirket, üretim sorumlusu olması için mühendis ile iş sözleşmesi yapmıştır. Ayrıca mühendisin sözleşme sona erdikten sonraki iki yıl boyunca şirketle aynı veya benzer faaliyet alanında rekabet eden bir şirket veya kurumda çalışmayacağı, aksi takdirde son aldığı brüt ücretin 12 katının ceza koşulu olarak ödemesi kararlaştırılmıştır. Mühendis iş sözleşmesini sona erdirdikten sonra aynı alanda faaliyet gösteren başka şirkette işe başlamıştır. Yerel mahkeme, mühendisin ödeyeceği ceza koşulu miktarında indirim yapmamıştır. Yargıtay ise ceza koşulunu ödemekle yükümlü taraf tacir olmadığı için indirim yapılması gerektiği gerekçesiyle yerel mahkemenin kararını bozmuştur¹⁰⁷.

Her ne kadar TTK m. 22'ye göre tacir aşırı ceza koşulunun indirilmesini isteyemese de sözleşmedeki ceza koşuluna ilişkin hüküm TBK m. 27'ye göre kesin hükümsüz olabilir. Buna göre, ceza koşulu ahlaka, kamu düzenine veya kişilik haklarına aykırı olduğu takdirde tacir bu hükmün kesin hükümsüz olduğunu ileri sürebilir. Doktrinde ve Yargıtay kararlarında özellikle ceza koşulunun miktarının tacirin ekonomik mahvına¹⁰⁸ yol açan yüksek miktarda olmasının ahlaka aykırılık teşkil ettiği kabul edilmektedir¹⁰⁹. Başka bir Yargıtay kararında, acente ile otel işleten şirket arasında tur operatörü kontenjan sözleşmesi kararlaştırılmıştır. Sözleşmeye aykırılık sebebiyle ceza koşulunun talep edildiği davada Yargıtay, ceza koşulunun miktarının “*tacir olan karşı tarafın ekonomik mahvına sebep olmayacağı*” anlaşıldığı için

¹⁰⁶ **Cansel/Özel**, s. 732-733; **Battal**, s. 22. Ticari nitelikteki işlemde tacir sıfatını haiz olmayan borçlu aleyhine kararlaştırılan ceza koşulunda TBK m. 182/III'e göre indirim yapılabileceğine ilişkin bkz. **Bilge**, s. 126; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 358; **Yavuz**, s. 534; **Kocaağa**, s. 382.

¹⁰⁷ Yarg. 11. HD, T. 12.01.2022, E. 2020/754, K. 2022/174, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

¹⁰⁸ Yargıtay bazı kararlarında tacirin ekonomik mahvı yerine “*iktisaden çöküntüye uğraması*” ifadesini kullanmıştır, bkz. Yarg. 3. HD, T. 04.03.2020, E. 2019/6040, K. 2020/2033, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

¹⁰⁹ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 357; **Günay**, Cezai Şart, s. 222-223; **Erdem**, TBK m. 182, N. 53; **Kocaağa**, s. 386; **Ayhan**, s. 311; **Battal**, s. 20; **Yıldırım/Gözüyeşil**, s. 1162; **Karagöz**, s. 122-123; **Çınar**, s. 104; **Dirican**, s. 194. Aynı yönde bkz. Yarg. 3. HD, T. 07.10.2019, E. 2019/2319, K. 2019/7498, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 19. HD, T. 11.04.2019, E. 2018/2661, K. 2019/2508, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

TTK m. 22 dikkate alınarak indirim yapılmaması gerektiği yönünde karar vermiştir¹¹⁰.

Ceza koşuluna ilişkin hüküm TBK m. 27'ye göre kesin hükümsüzse ceza koşulunun miktarının akıbetine ilişkin tartışma bulunmaktadır. Bir görüşe göre, ceza koşuluna ilişkin hüküm kesin hükümsüzse tamamen ortadan kaldırılmalıdır. Bu durumda ceza koşulu hiç kararlaştırılmamış gibidir. Bu görüş, kısmi hükümsüzlük yaptırımının ceza koşulunun miktarı bakımından değil, sözleşmedeki ceza koşulu hükmü bakımından uygulama alanı bulacağını ileri sürmektedir¹¹¹. Bu görüşe göre, ceza koşulu anlaşması sözleşmenin bir parçasıdır ve kendi içerisinde bölünmesi mümkün değildir. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise bu durumda değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük söz konusu olur ve ceza koşulunun miktarında indirim yapılması gerekir. Ceza koşulunun miktarının TBK m. 27/II'ye göre kesin hükümsüzlüğe sebep olan kısmının indirilmesi sonucunda ceza koşulu artık ahlaka, kamu düzenine veya kişilik haklarına aykırı olmaz. Bu görüşü savunan yazarlar, ceza koşulunda indirim yapılmasının ceza koşulunun tamamen geçersiz olmasına göre hakkaniyete daha uygun olduğunu kabul etmektedirler¹¹². Ayrıca bu görüşü savunan bazı yazarlar, kanunda üst sınır konulan edimlerin sözleşmede bu sınırı aşacak şekilde yüksek kararlaştırılması hâlinde dahi kanundaki üst sınırdaki belirlenmiş sayılacağını düzenleyen TTK m. 1530/I'yi de gerekçe göstermektedir¹¹³. Yargıtay da bazı kararlarında TBK m. 27'ye dayanarak ceza koşulunun kısmen veya tamamen kaldırılmasının mümkün olduğunu belirtmektedir¹¹⁴.

H. Sözleşmenin Türü ve Süresi

Ceza koşuluna ilişkin hüküm bulunan sözleşmenin türü ve süresi de ceza koşulunun aşırılığının tespitinde dikkate alınabilir¹¹⁵. Özellikle tek

¹¹⁰ Yarg. 6. HD, T. 21.04.2022, E. 2021/3168, K. 2022/2315, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

¹¹¹ Çernis, s. 522; Çabri, s. 926; Dirican, s. 201.

¹¹² Oğuzman/Öz, N. 1634; Erdem, TBK m. 182, N. 52; Gümüş, s. 1033; Ayhan, s. 312; Kunter, s. 980; Yıldırım/Gözüyeşil, s. 1163; Arıcı, s. 40; Çınar, s. 105. Bu görüşün "çoğun içinde az da vardır" ilkesine ve dürüstlük kuralına uygun olduğuna ilişkin bkz. Çınar, s. 105.

¹¹³ Oğuzman/Öz, N. 1634.

¹¹⁴ Yarg. 3. HD, T. 04.03.2020, E. 2019/6040, K. 2020/2033, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

¹¹⁵ Widmer/Costantini/Ehrat, BSK, Art. 163 OR, N. 17; Pellanda, CHK, Art. 163 OR, N. 18; Wuffli, OFK, Art. 163, N. 8; Kramer/Probst, s. 510; Furrer/Müller-Chen, §20, N. 78; Santoro, s. 114; Hürlimann, s. 217; Ozanoğlu, s. 54; Erdem, TBK m. 182, N.

tarafa borç yükleyen sözleşmelerde veya eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ceza koşulunda indirim yapılabilir. Bunun gibi, uzun süreli bir edim içeren bir sözleşmede borçlu, sürenin bitmesine çok az bir zaman kala borca aykırı davranırsa da ceza koşulunda indirim yapılması gerekebilir¹¹⁶. İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu olan bir olayda taraflar 17 Temmuz 2006 tarihinde bir şirketin hisseleri için hisse alım sözleşmesi yapmışlar ve üç yıllık süre boyunca bu şirketin merkezini Y kantonunda kalmasını, bunun ihlalinde 1.000.000 İsviçre frangı miktarında ceza koşulu ödenmesini kararlaştırmışlardır. 30 Haziran 2009 tarihinde şirketin merkezi Y kantondan tamamen taşınmıştır. Bunun üzerine satıcı, alıcıdan ceza koşulunu talep etmiştir. Federal Mahkeme diğer kıstaslarla beraber borcun sürenin

28; **Günay**, İş Sözleşmesi, s. 37; **Gümüş**, s. 1034; **Karagöz**, s. 116; **Urhanoglu**, s. 109; **Yücel**, s. 2948. Aynı yönde bkz. BGE 114 II 264, 265; BGE 133 III 43, 48; 4A_320/2015. Aynı yönde bkz. Yarg. 22. HD, T. 17.04.2019, E. 2017/10061, K. 2019/8880, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023). Yargıtay kararına konu olan bir olayda işçi, yüksek gerilim hattı bakım elemanı olarak çalışmaya başlamış, iki yıl sonra iş sözleşmesini haklı sebeple feshetmiştir. İş sözleşmesinde sözleşmeye aykırılık hâlinde işçinin on iki aylık brüt ücreti tutarında ceza koşulu ödeyeceği kararlaştırılmıştır. İşçi, sözleşmeyi feshetmesindeki haklı sebebi gerekçe göstererek işverenden ceza koşulu talep etmiştir. Yargıtay, yerel mahkemenin ve bölge adliye mahkemesinin ceza koşulu talebini kabul etmelerini yerinde bulmuş ancak ceza koşulunda “işçinin niteliği, yaptığı iş, ücreti ve 36 aylık sözleşme süresinin çalışılan ve çalışılmayan kısmı gözetilerek” indirim yapılmamasının yerinde olmadığı yönünde karar vermiştir, bkz. Yarg. 9. HD, T. 06.10.2021, E. 2021/9391, K. 2021/13779, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

¹¹⁶ **Santoro**, s. 114; **Yağcıoğlu**, s. 256; **Karagöz**, s. 118. Aynı yönde bkz. BGE 95 II 532, 540.

İsviçre Federal Mahkemesi, işçinin iş sözleşmesinin sona ermesine bir aydan daha az bir süre kala sözleşmeyi ihlal ettiği bir olayda, sözleşmenin rekabet yasağının bitmesine çok az bir süre kala ihlal edildiğini gerekçe göstererek altı aylık brüt maaş tutarındaki ceza koşulunu iki aylık brüt maaşa indirmiştir, 4A_595/2012 (Karara konu olay için bkz. II/F).

Yargıtay kararına konu olan bir olayda, simsar ile ev sahibi arasındaki 05.02.2016 tarihli simsarlık sözleşmesinde dört ay boyunca ev sahibinin bizzat veya başka araçlarla taşınmaza ilişkin satış sözleşmesi yapması hâlinde ev sahibinin ceza koşulu ödemesi kararlaştırılmıştır. Ev sahibi, 25.05.2016 tarihinde taşınmazını satmıştır. Yargıtay, ev sahibinin ceza koşulu ödemesi gerektiğini ancak ceza koşulunun işlevi, alacaklının borcun ihlali sebebiyle uğradığı zarar, borçlunun borcun ihlalindeki kusuru ve borçlunun ekonomik durumu kıstaslarının göz önüne alınarak TBK m. 182/III hükmüne göre indirim yapılması gerektiğini belirtmiştir, bkz. Yarg. 3. HD, T. 10.11.2021, E. 2021/924, K. 2021/11189, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023). Kanaatimizce, bu kararında Yargıtay’ın, simsarlık sözleşmesinin süresinin dolmasına az bir sürenin (sözleşmenin süresinin neredeyse onda birlik bir kısmının) kaldığını ve bu kıstasın da göz önünde bulundurulması gerektiğini vurgulaması yerinde olurdu.

sonuna yaklaşıldığında ihlal edildiğini belirterek ceza koşulu miktarının 670.000 İsviçre frangına indirilmesini uygun bulmuştur¹¹⁷.

Sözleşme süresinin bitimine az süre kaldığı gerekçesiyle ceza koşulunun indirilmesi için sözleşmenin uygulandığı süre ile kalan süre arasında oranlama yapılabilir¹¹⁸. Yargıtay kararına konu olan bir olayda işçi, öğrenim görmek amacıyla yurt dışına gitmiş, bunun karşılığında yurt dışındaki öğrenim süresinin üç katı süresince işverenin iş yerinde çalışmayı taahhüt etmiştir. Buna aykırı davranılması hâlinde eğitim gideri karşılığı ceza koşulu kararlaştırılmıştır. Yargıtay, işçinin yurt dışında 22 ay eğitim aldığını ve buna göre işverenin iş yerinde 66 ay çalışması gerektiğini ifade etmiştir. Bu kararda, Yargıtay, işçinin işyerindeki 58 aylık çalışma süresini dikkate almış, çalışması gereken 66 ay ile çalışılan 58 ay arasında oran kurarak ceza koşulu miktarında indirim yapılması gerektiği yönünde karar vermiştir¹¹⁹. Yargıtay bazı kararlarında ise indirimin sadece bu oranlamaya göre tespit edilmesinin yeterli olmadığını belirtmektedir¹²⁰.

Sözleşme kurulduktan kısa bir süre sonra ihlal edildiyse de ceza koşulunda indirim yapılması söz konusu olabilir¹²¹. İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu olan bir olayda on yıl süreli kira sözleşmesinin dördüncü ayında kiracının kira ödeme borcunu gereği gibi ifa etmemesi üzerine kiraya veren sözleşmeyi sona erdirmiştir. Federal Mahkeme, sözleşmenin kurulması

¹¹⁷ Bkz. 4A_174/2011.

¹¹⁸ Aynı yönde bkz. Yarg. 22. HD, T. 15.06.2020, E. 2020/1896, K. 2020/6750, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 22. HD, T. 22.01.2020, E. 2016/28226, K. 2020/1052, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 22. HD, T. 25.09.2017, E. 2015/16776, K. 2017/19242, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023); Yarg. 22. HD, T. 14.01.2016, E. 2014/26321, K. 2016/631, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023). Yargıtay kararına konu olan bir olayda 12.04.2011 tarihinde yapılan iş sözleşmesine göre işçi, kabin memuru olarak çalışacak, işveren tarafından üç yıl içerisinde haklı sebeple fesih haricinde sözleşme sona erdirilirse işçiye 3.000 Euro ceza koşulu ödenecektir. İşveren, 12.05.2013 tarihinde sözleşmeyi feshetmiştir. Yargıtay, işçinin 3.000 Euro ceza koşulunu talep etme hakkının bulunduğunu ancak işçinin çalıştığı süre göz önüne alınarak ceza koşulunda indirim yapılması gerektiğini belirtmiştir, bkz. Yarg. 9. HD, T. 11.01.2021, E. 2020/7640, K. 2021/88, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

Bu indirimin işverenin işçinin çalıştığı süre oranında işçiden yararlanmış olması ilkesine dayandığına ilişkin bkz. **Demircioğlu**, s. 167.

¹¹⁹ Bkz. Yarg. 9. HD, T. 19.01.2021, E. 2020/4315, K. 2021/1455, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

¹²⁰ Bkz. Yarg. 9. HD, T. 14.06.2021, E. 2021/5898, K. 2021/10197, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.04.2023).

¹²¹ Aynı yönde bkz. BGE 109 II 120, 122.

ile feshi arasında kısa bir süre geçmiş olduğu ve kiralananın kısa süre kullanıldığı gerekçesiyle yerel mahkemenin ceza koşulu miktarında yaptığı üçte iki oranındaki indirimi uygun bulmuştur¹²².

I. Tarafların İş Hayatındaki Tecrübeleri

Ceza koşulunun aşırı olup olmadığının tespitinde tarafların iş hayatındaki tecrübeleri de etkili olabilir. Taraflardan biri, diğerine göre iş veya hukuki işlem konusunda daha tecrübeliyse, bu taraf ceza koşulunun önemini daha iyi bilebilir ve kendisi için avantajlı olacak şekilde ceza koşulu içeren bir hükmün sözleşmeye eklenmesini sağlayabilir. Bu durumda, tecrübesiz olan taraf mağdur olabilir. Bu mağduriyeti giderebilmek için tarafların tecrübeleri yakın seviyede değilse ceza koşulunda indirim yapılmalıdır. Buna göre hâkim, ceza koşulunun aşırılığını tespit ederken tarafların subjektif durumlarını da incelemelidir¹²³.

İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu olan bir olayda, kiralyan ve kiracı arasında bir binadaki lokanta, misafir odaları, fırın ve park yerine ilişkin bir kira sözleşmesi yapılmıştır. Sözleşmeye göre kiracı kiralanın bakımından ayrıca alım hakkı tanınması için 100.000 İsviçre frangı ödeyecektir. Sözleşme ihlal edildiği takdirde bu bedel ev sahibinde kalacaktır. Kiracı, 21 Ekim 2003 tarihinde kiralanana yerleşmiştir. Kiracının kira ödemelerini geciktirmesi üzerine 9 Şubat 2004 tarihinde kiralyan, kira sözleşmesini feshetmiştir. Ceza koşulu talebini de içeren davada yerel mahkeme, ceza koşulunu 33.000 İsviçre frangına (üçte iki oranında) indirmiştir. Federal Mahkeme de diğer kıstaslarla beraber kiracının lokanta işletme konusunda yeterli iş deneyiminin bulunmadığı ve lokanta işletme başarısının öngörüle-meyen şartlara bağlı olduğu gerekçesiyle indirimi uygun bulmuştur¹²⁴.

Tarafların tecrübelerinin aynı seviyedeysen indirim yapılmaması daha muhtemeldir¹²⁵. İsviçre Federal Mahkemesi, bir kararında, sözleşmenin iş

¹²² Bkz. 4C.172/2006 (Karara konu olay için bkz. II/I).

¹²³ **Widmer/Costantini/Ehrt**, BSK, Art. 163 OR, N. 17; **Pellanda**, CHK, Art. 163 OR, N. 18; **Wuffli**, OFK, Art. 163, N. 8; **Koller**, N. 81.41; **Kramer/Probst**, s. 510; **Santoro**, s. 115; **Gümüş**, s. 1034; **Ozanoğlu**, s. 54; **Yağcıoğlu**, s. 257; **Karagöz**, s. 116. Aynı yönde bkz. BGE 114 II 264, 265; BGE 133 III 43, 49.

¹²⁴ Bkz. 4C.172/2006.

¹²⁵ İsviçre Federal Mahkemesi'nin her iki tarafın da iş konusunda bilgili ve tecrübeli olduğunu vurguladığı ve ceza koşulunda indirim yapılmaması yönünde verdiği kararlar için bkz. BGE 102 II 420, 426 (Karara konu olay için bkz. II/B, dn. 38); 4A_508/2017 (Karara konu olay için bkz. II/B, dn. 38).

İsviçre Federal Mahkemesi, bir kararında borcunu gereği gibi ifa etmeyen borçlunun çalıştığı sektörde tecrübeli olduğunu vurgulamış ancak diğer kıstasları göz önünde bu-

tecrübesi olan taraflar arasında yapıldığını ve özellikle borçlunun kararlaştırılan hükümlerin kapsamını anlayabilecek durumda olduğunu vurgulamış, diğer kıstasları da göz önünde tutarak ceza koşulunda indirim yapmamıştır¹²⁶. İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu olan başka bir olayda da ilgili alanda iş tecrübesi bulunan taraflar, 21 Aralık 1992 tarihinde beş yıllık süre boyunca şirket hisselerinin satılmaması konusunda bir sözleşme yapmışlar ve bu ihlal edilirse sahip olunan hisselerin nominal değeri tutarında ceza koşulu ödeneceğini kararlaştırmışlardır. Taraflardan birinin 4 Nisan 1995 tarihinde hisseleri satması üzerine diğer taraf 40.000 Alman Markı tutarında ceza koşulu ödenmesini talep etmiş, yerel mahkeme de bu talebi kabul etmiştir. Federal Mahkeme, diğer kıstaslarla birlikte, sözleşmeyi ihlal eden tarafın iş tecrübesinin bulunduğunu ve sözleşme imzalanırken hisselerin değerinin ilerleyen süreçte nominal değerden düşük olabileceğini ön-görebileceğini gerekçe göstererek ceza koşulunda indirim yapmamıştır¹²⁷.

J. Ekonomik Şartlardaki Değişiklik

Tarafların ekonomik durumlarının yanı sıra iş hayatındaki veya ülkedeki ekonomik şartlar da ceza koşulunun aşırı olması sonucunu doğurabilir. Özellikle ceza koşulu yabancı para olarak kararlaştırıldıysa enflasyon veya döviz kurundaki değişiklikler sonucunda ceza koşulunun aşırılığı ile karşılaşılabılır¹²⁸. Bu durumda aşırı ceza koşulunun indirilmesi gerekir.

K. Ceza Koşulu ile Borcun İhlali Sayısı Arasındaki İlişki

Taraflar ceza koşulunun muacceliyeti ile borcun ihlalinin sayısı arasında ilişki kurabilirler. Buna göre taraflar borç kaç kere ihlal edilirse edilsin ceza koşulunun bir kere muaccel olacağı ve bir kere ödeneceği üzerinde anlaşmış olabilecekleri gibi, ceza koşulunun muacceliyetini borcun her bir ihlalinin gerçekleşmesine de bağlayabilirler. Diğer ifade ile taraflar borçlunun borcunu her bir ihlalinde ayrı ayrı ceza koşulu ödemesini kararlaştırabilirler. Bu durum, ceza koşulunun aşırı olması sonucunu doğurabilir¹²⁹.

Tarafların borçlunun asıl borcu her bir ihlalinde ayrı ayrı ceza koşulu ödemesini kararlaştırdıkları takdirde borçlunun borca aykırı fiillerinin ayrı

lundurarak yerel mahkemenin ceza koşulunda yaptığı indirimi uygun bulmuştur, bkz. bkz. 4A_141/2008 (Karara konu olay için bkz. II/F).

¹²⁶ Bkz. BGE 95 II 532, 540 (Karara konu olay için bkz. II/E, dn. 58).

¹²⁷ Bkz. 4C.143/2003.

¹²⁸ Widmer/Costantini/Ehrt, BSK, Art. 163 OR, N. 17; Yağcıoğlu, s. 257.

¹²⁹ Widmer/Costantini/Ehrt, BSK, Art. 163 OR, N. 17; Koller, N. 81.41; Bilge, s. 122; Kocağa, s. 347; Yağcıoğlu, s. 257.

ayrı ihlallere mi sebep olduğu yoksa bu fiillerin tek bir ihlalin parçaları mı olduğu tespit edilmelidir. Bu fiillerin ayrı ayrı ihlallere sebep olduğu tespit edilirse borçlu, her bir ihlal için ayrı ayrı ceza koşulu ödeyecektir. İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu olan bir olayda işçi, inşaat ve sanayi sektörlerinde istihdam bürosu olarak faaliyet gösteren şirkette personel danışmanı olarak işe başlamıştır. İş sözleşmesinde, işçinin iş ilişkisi sona erdikten sonraki yirmi dört aylık süreçte işverenle rekabet içerecek herhangi bir faaliyette bulunmaması (başka bir şirkette çalışmak veya kendisinin iş kurması gibi), işverenin çalışanlarını veya müşterilerini başka bir şirkete yönlendirmemesi yükümlülükleri kararlaştırılmıştır. Bu sözleşmeye göre, rekabet yasağı 150 km yarıçapında alan için geçerlidir ve yasağın ihlali hâlinde işçi, son ayki maaşının altı katı tutarında ceza koşulu ödeyecektir. İşçi, iş sözleşmesi sona erdikten sonra 20 km uzaklıktaki ve aynı sektördeki başka bir şirkette işe başlamıştır. Şirketin işçiden her bir eylemi için ceza koşulu talep etmesi üzerine Federal Mahkeme, işçinin yeni şirkette işe girmesini ve aynı alanda eylemlerde bulunuyor olmasını rekabet yasağının bir kez ihlal edilip bu ihlalin devam etmesi olarak yorumlamıştır. Bu gerekçeyle Federal Mahkeme, her bir eylemin ayrı ayrı ceza koşulu gerektirmediğini kabul etmiştir¹³⁰.

SONUÇ

Ceza koşulu, sözleşmenin bir tarafının borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi hâlinde diğer tarafın talep edebileceği, tarafların içeriğini ve ekonomik değerini özgürce belirlediği, fer'i nitelikte bir edimdir. Taraflar, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde ceza koşulu miktarını istedikleri gibi kararlaştırabilirler. Ancak TBK m. 182/III'e göre ceza koşulu miktarının aşırı olması hâlinde hâkim bu miktarı resen indirir. Böylece borçlu üzerinde hakkaniyete aykırı nitelikte bir baskı oluşturulması ve borçlunun istismar edilmesi engellenir.

Hâkim, önüne gelen uyuşmazlıkta ceza koşulunun aşırı olup olmadığını inceler, ceza koşulu aşırıysa uygun bir miktar tespit eder ve ceza koşulunun bu miktara indirilmesine karar verir. Bu sırada hâkim, somut olayın özelliklerini adalet ve hakkaniyete göre değerlendirmelidir. Ceza koşulunun indirilmesine ilişkin kararının gerekçesinde hâkim, TMK m. 4 uyarınca somut olayda uyguladığı takdir yetkisinin sebeplerini göstermelidir. Buna göre, sadece takdir yetkisinin kullanıldığının değil, ceza koşulunun indirilmesine ilişkin hangi kıstasların esas alındığının da açıkça belirtilmesi gerekmektedir.

¹³⁰ Bkz. 4C.276/2003.

Böylece hâkimin ceza koşulunun indirilmesi kararını keyfi değil, objektif sebeplere dayanarak verdiği anlaşılabilir.

Türk hukukunda ceza koşulunun aşırı olduğunun tespitinin hangi kıstaslara dayanması gerektiğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu konuda doktrinde ve yargı kararlarında bazı kıstaslar kabul edilmektedir. Bu kıstaslar; ceza koşulunun işlevi, alacaklının borcun ifasındaki menfaati, alacaklının edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zararı, borçlunun borca aykırı davranmasındaki menfaati, borca aykırılığın ağırlığı, borçlunun borcun ihlalindeki kusuru, borçlunun ekonomik durumu, sözleşmenin türü ve süresi, tarafların iş hayatındaki tecrübeleri, ekonomik şartlardaki değişiklik ve ceza koşulu ile borcun ihlali sayısı arasındaki ilişkidir. Ancak hâkim karar verirken bu kıstaslar dışında başka hususları da dikkate alabilir.

Hâkim ceza koşulunun aşırı olup olmadığını incelerken birçok kıstası göz önünde bulundurabilir. Bazı olaylarda belirli bir kıstas ön plana çıkabilir, diğer kıstaslar ise aşırılığa etki etmeyebilir. Başka olayda ceza koşulunun aşırılığının tespit edilmesinde birden fazla kıstasın etkisi olabilir. Bunların dışında, diğer olaylarda bazı kıstaslar ceza koşulunun aşırı olduğuna yönelik izlenim uyandırabilirken bazıları ceza koşulu miktarının uygun olduğunu gösterebilir. Bu sebeple hâkimin somut olayla ilgili bütün kıstasları bütüncül değerlendirerek ceza koşulunun aşırı olup olmadığını tespit etmesi gerekir.

KAYNAKÇA

- Akkayan Yıldırım, Ayça:** “Cezai Şartın İşlevi: Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 61, Sayı 1-2, 2003, s. 357-414.
- Aksoy, Hüseyin Can:** “Ceza Koşulunun Borçlunun Borca Aykırı Davranıştaki Kusuru ile İlişkisi Nedir?”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 24, Sayı 2, 2018, s. 999-1018.
- Arıcı, Kadir:** “Hizmet Akitlerine Cezai Şart Konulması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, 1997, s. 31-44.
- Arkan, Azra:** “Cezai Şart”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 71, Sayı 1-2-3, 1997, s. 77-103.
- Arsebük, Ahmet Esat:** “Cezai Şart Mefhumu Etrafında Tahliller”, Adliye Ceridesi, Sayı 16, 1936, s. 987-996.
- Ayhan, Rıza:** “Ticarî İş Kavramı ve Tacir Sıfatına Bağlanan Ücret ve Sözleşme Cezalarının İndirilmesini İsteyememe”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 17, Sayı 1-2, 2013, s. 291-314.
- Battal, Ahmet:** “Tacirin İş Kanunu’na Tâbi Bir Sözleşmeden Doğan Cezai Şart Borcuna TK. 24 (İndirim Yasağı) Uygulanabilir Mi?”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 20, Sayı 2, 1999, s. 15-23.
- Becker, Hermann:** BK - Berner Kommentar Band/Nr. VI/1, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, 2. Auflage, Verlag Stämpfli & Cie, Bern 1945.
- Bilge, Necip:** “Cezai Şart”, Ahmet Esat Arsebük’ün Aziz Hâturasına Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1958, s. 37-128.
- Cansel, Erol/Özel, Çağlar:** “Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu”, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, Cilt 8, Özel Sayı, 2013, s. 713-733.
- Couchepin, Gaspard** (çev. Mehmet Erdem/Doğan Kara): “Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi”, Prof. Dr. Halûk Burcuoğlu’na Armağan, Cilt 1, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, s. 485-522.
- Çabri, Sezer:** “Cezai Şart Borçlusunun Tacir Olması Halinde İş Sözleşmesinde Kararlaştırılan Fahiş Cezai Şartın İndirime Tabi Tutulup Tutulamaması”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi, Cilt 3, Sayı 11, 2006, s. 913-928.

- Çernis**, Volf: “Borçlar ve Ticaret Kanunumuz Bakımından Cezaî Şartın İndirilmesi Meselesi”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 26, Sayı 9, 1952, s. 513-526.
- Çınar**, Ömer: “Türk Borçlar Kanunu ve Alman Medenî Kanununa Göre Cezaî Şartın İndirilmesi”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt 8, Sayı 16, 2009, s. 91-115.
- Demircioğlu**, A. Murat: “İş Hukukunda Cezai Şart”, Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan, Cilt 1, Beta Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 159-171
- Dinçer Araz**, Nilgün: Roma Hukukunda Ceza Koşulu (Stipulatio Poenae), Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- Dirican**, Gökhan: Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezaî Şart ve Yargıtay Uygulaması, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007.
- Dovan Karacığan**, Ayşe Merve: Aşırı Sözleşme Cezasının İndirilmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.
- Edis**, Seyfullah: Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara 1993.
- Erdem**, Mehmet: İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, C. 2-3 (Madde 83-206), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019.
- Erdoğan**, Belgin: Roma Borçlar Hukuku Dersleri, Der Yayınları, İstanbul 2012.
- Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- Eren**, Fikret/**Dönmez**, Ünsal: Eren Borçlar Hukuku Şerhi, C. 3 (m.83-206), Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- Escher**, Arnold/**von Tuhr**, Andreas: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II (mit Supplement), 3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1984.
- Furrer**, Andreas/**Müller-Chen**, Markus: Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf 2018.
- Gauch**, Peter/**Schluep**, Walter R./**Schmid**, Jörg/**Emmenegger**, Susan: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 10. Auflage, Schulthess Juristische Median AG, Zürich 2014.
- Göktürk**, Hüseyin Avni: “Cezaî Şart Müessesesi”, İzmir Barosu Dergisi, Cilt 4, Sayı 1-13, 1938, s. 397-406.

- Gülseven**, Hilal: Türk Özel Hukukunda Cezai Şartın İndirilmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- Gümüş**, Mustafa Alper: Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- Günay**, Cevdet İlhan: Cezai Şart (BK m. 158-161), Turhan Kitabevi, Ankara 2002, (Cezai Şart).
- Günay**, Cevdet İlhan: “İş Sözleşmesinde Ceza Koşulu”, Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, 2013, s. 17-40, (İş Sözleşmesi).
- Gündüz**, Fehmi: “Hizmet Akitlerinde Cezai Şart”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 88, Sayı 3, 2014, s. 134-153.
- Hürlimann**, Roland: “Bonus und Malus in Bauverträgen”, Schweizerische Baurechtstagung 2009 - ...für alle, die bauen, Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Freiburg 2008, s. 199-220.
- Kabakhoğlu Arslanyürek**, Yasemin: Ceza Koşulu ve Özellikle Zarar ve Tazminatla İlişkisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Kanık**, Tahir: “Cezaî Şart”, Adalet Dergisi, Cilt 41, Sayı 8, 1950, s. 1071-1088.
- Karagöz**, Veli: “İşverenin Tacir Olması Durumunda Cezai Şartın İndirilmesi”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 18, Sayı 3-4, Y. 2014, s. 109-032.
- Karşlıoğlu**, Hasan: “Karşılaştırmalı Hukukta Hâkimin Ceza Koşulunu İndirme Yetkisi”, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 12, 2022, s. 109-138.
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2021.
- Kocağa**, Köksal: Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası), 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- Koller**, Alfred: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2017.
- Kramer**, Ernst A./**Probst**, Thomas: Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich - Basel - Genf 2003.
- Kunter**, Nurullah: “Ödendikten Sonra da Azaltılabilirleri Bakımından Fahiş Cezaî Şartlar”, Adliye Ceridesi, Cilt 31, 1940, s. 971-983.

- Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, 17. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2022.
- Ozanoğlu, Hasan Seçkin:** “İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı 2, 1999, s. 1-55. (https://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/3_4.pdf, Erişim Tarihi: 22.03.2023)
- Öcal Apaydın, Bahar/İnce Akman, Nurten:** “Götürü Tazminatın Hâkim Tarafından İndirilmesi Meselesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 25, Sayı 1, 2019, s. 220-261.
- Öktem Çevik, Seda:** “Ceza Koşulu – Bağlanma Parası – Cayma Parası”, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları III, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2014, s. 97-112.
- Özmen, E. Saba/Aktaş, Türkan:** “Türk Hukuku Açısından Para Borçlarında Temerrüt Faizi Yanında Ceza Koşulu Talep Edilebileceğine İlişkin Yargıtay Kararlarının Eleştirisi”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 17, Sayı 1, 2018, s. 39-54.
- Parlak Börü, Şafak:** “Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt 129, 2017, s. 195-228.
- Pellanda, Katja Roth:** CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich - Basel - Genf 2016.
- Santoro, Dimitri:** Die Konventionalstrafe im Arbeitsvertrag, Stämpfli Verlag AG, Bern 2001.
- Schoch, Walter:** Begriff, Anwendung und Sicherung der Konventionalstrafe, Verlag von Stämpfli & Cie., Bern 1935.
- Taşkın, Zeynep Damla:** “Borçlunun Kusurunun Ceza Koşulu Anlaşması Üzerindeki Etkisi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 26, Sayı 2, 2020, s. 1305-1348.
- Tekinay, Selâhattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Halûk/Altıp, Atillâ:** Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.
- Tunçomağ, Kenan:** Türk Hukukunda Cezaî Şart, İstanbul Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1963.

- Urhanoglu, İştar:** “Yargıtay Kararları Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Süresi İçerisinde Haksız Fesih ile Sona Ermesi”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 12, Sayı 1, 2022, s. 85-121.
- Uygur, Tanju:** “Cezaî Şartın Tenkisi”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 6, 1975, s. 816-819.
- Widmer, Markus/Costantini, Renato/Ehrat, Felix R.:** BSK – Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2020.
- Wuffli, Daniel:** OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, Zürich 2016.
- Yağcıoğlu, Burcu:** Türk ve İsviçre Hukuku’nda Ceza Koşulu (Cezai Şart), 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- Yavuz, Nihat:** Borçlar Hukuku El Kitabı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- Yıldırım, Abdulkerim/Gözüyeşil, Fevzi Fırat:** “Limited Şirket Pay Devir Sözleşmesindeki Ceza Koşulunun Tenkisi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 28, Sayı 3, 2020, s. 1145-1179.
- Yılmaz, Süleyman:** Medeni Hukuk, Cilt I, Başlangıç Hükümleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- Yücel, Özge:** “Fahiş Cezai Şartın Tenkisi”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, Cilt 3, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 2945-2956.