

Cezai Şartın Tenkisinde Ölçü^(*)

Quantity in Mitigation of a Penal Clause

Memet Sinan CEBE^(**)

Türk Borçlar Kanununda tarafların, miktarını serbestçe belirlemek üzere sözleşme ile cezai şart kabul edebilecekleri ve ancak belirlenen miktarın aşırı olması halinde hâkimin cezai şart miktarında indirim yapılabileceği öngörülmüştür. Ancak belirlenen cezai şartın hangi miktarda olursa aşırı kabul edilmesi gerektiği konusunda herhangi bir ölçü öngörülmüş değildir. Türk Ticaret Kanununda ise borçlunun tacir olması halinde cezai şart miktarında indirim yapılamayacağı öngörülmüştür. Ancak uygulamada, cezai şart miktarının borçlunun ekonomik mahvına neden olacak kadar ahlaka aykırı olması halinde hâkim tarafından tamamen veya kısmen batıl kabul edilmek suretiyle tenkise tabi tutulabileceği kabul edilmektedir. Ancak ekonomik mahvın ne olduğu tanımlanmış değildir. Bu nedenle uygulama bilirkişilerin nitelemesi ve hâkimin takdiri çerçevesinde şekillenmektedir. Aynı şekilde öğretide de aşırılığın tespiti bakımından objektif bir ölçü geliştirilmediği gibi, ekonomik "ekonomik olarak mahvolma" kavramı da tanımlanmış değildir. Cezai şart kavramı öğretide bütün yönleri ile incelenmiş ve genel anlamda vuzuha kavuşturulmuş olmasına rağmen aşırılığın objektif bir ölçüye bağlanmamış olması ve ekonomi mahvın tanımlanmamış olması hukuki denetimi zorlaştırdığı gibi hukuk güvenliği bakımından da tehlike yaratmaktadır. Bu nedenle bu çalışmada, cezai şart kavramı genel hatları açıklandıktan sonra, esas itibarıyla aşırılığın objektif bir ölçüye bağlanması ile ekonomik mahvın tanımlanmasının mümkün olup olmadığı irdelenecektir.

Cezai Şart, Ceza Koşulu, Sözleşme Cezası, Cezai Şartın Tenkisi, Ceza Koşulunun İndirilmesi, Sözleşme Cezasının Tenkisi.

In the Turkish Code of Obligations, it is set forth that the parties can accept a penal clause by contract in order to determine the amount freely and the judge can mitigate the amount in penal clause only if the determined amount is excessive. However, no quantity has been foreseen regarding the amount of penal clause that should be considered excessive. In the Turkish Commercial Code, on the other hand, it is set forth that no mitigation can be made in the amount of penal clause if the debtor is a merchant. However, in practice, it is accepted that if the amount of penal clause is so immoral as to cause the debtor's economic ruin, it may be subject to criticism by being considered completely or partially invalid by the judge. However, no definition has been given on what economic ruin is. For this reason, the practice is shaped within the framework of the qualification of the experts and the discretion of the judge. Likewise, in doctrine no objective quantity has been developed in terms of the determination of excessiveness nor the concept of "economic ruin" has been defined economically. Although in doctrine the concept of penal clause has been reviewed in all aspects and clarified in general terms, the fact that excessiveness, not tied to an objective quantity and the undefined economic ruin makes it difficult for legal control and also creates a danger in terms of legal security.

For this reason, in this study, after explaining the general lines of the penal clause, it will be examined whether it is possible to define economic ruin by attaching excessiveness to an objective quantity.

Penal Clause, Penalty Condition, Contract Penalty, Mitigation of Penal Clause, Reduction of Penalty Condition, Mitigation of Contract Penalty.

Giriş

Cezai şart kurumu, 818 sayılı mülga Türk Borçlar Kanunu'nda "Cezai Şart" başlığı altında m.158-161 arasında, yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) ise "Ceza Koşulu" başlığı altında m.179-182 arasında düzenlenmiştir.

TBK m.182 düzenlemesi ile tarafların, sözleşmeyle, miktarını serbestçe belirlemek üzere cezai şart kabul edebilecekleri öngörülmüştür. TBK m.179'da sözleşme ile kararlaştırılmış olmak şartıyla, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde alacaklının borcun veya cezai şartın ifasını talep edebileceği, borcun, belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmış cezai şart alacağına ise ifanın çekincesiz olarak kabul edilmemiş olması şartı ile alacaklının asıl borcun ifası dışında cezai şartın ödenmesini de talep edilebileceği ve borçlunun sözleşmede kabul edilmiş olan cezai şartı ifa etmek suretiyle sözleşmeden dönme hakkına sahip olduğu öngörülmüştür. TBK m.182/3 düzenlemesiyle de hâkimin aşırı miktardaki cezai şartı kendiliğinden indirebileceği öngörülmek suretiyle aşırı nitelikteki cezai şart tenkis (*indirim*) yaptırımına tabi tutulmuştur. Ancak cezai şartın tabi bulunduğu tek kısıtlama m.182/3'te öngörülen "aşırılık" kısıtlaması değildir. TBK m.27'de öngörülmüş olan kısıtlamalar sözleşmelerin tamamı için geçerli olduğu için ayrıca cezai şartın, anılan hüküm gereği kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olmaması ve konu itibarıyla ifasının mümkün olması gerekmektedir.

Türk Borçlar Kanunu sisteminde aşırı olan cezai şartın indirilebileceği esası benimsenmiş iken, Türk Ticaret Kanunu tacirler bakımından farklı bir tercihte bulunmuştur. 6102 sayılı TTK m.22 düzenlemesi gereği tacir sıfatını haiz borçlu aleyhine kabul edilmiş olan cezai şart aşırı olsa bile indirilmesi mümkün değildir. Bunun sebebi TTK m.18/2 gereği tacirin ticaretinde basiretli bir iş adamı gibi davranmak zorunda olmasıdır. Ancak buna rağmen öğretide tacirin borçlu bulunduğu cezai şartın TBK m.27'de öngörülmüş olan kısıtlamalara tabi olduğu kabul edilmektedir. Aynı şekilde Yargıtay da 10.03.1940 tarih 1940/7 E. ve 1941/71 K. içtihadı birleştirme kararı ve süregelen uygulaması ile tacirin kabul ettiği cezai şart TBK m.27 kapsamında kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olması halinde cezai şarta ilişkin sözleşmenin tamamen veya kısmen hükümsüz olacağını kabul etmektedir. Ayrıca borçlunun iktisaden mahvına neden olacak düzeyde ağır ve yüksek olan cezai şart adap ve ahlaka aykırı kabul edilmektedir. Yargıtay'ın bu yöndeki uygulaması istikrar kazanmış durumdadır.

Ancak ne öğretide ne de içtihatlarda aşırılığın tespiti bakımından objektif bir ölçüye yer verilmediği gibi ahlaka aykırılığın kapsamı da ortaya konmuş değildir. Bu nedenle m.182/3'te öngörülmüş olan tenkis yaptırımı ve m.27'de öngörülmüş olan hükümsüzlük yaptırımı bütünüyle hâkimin objektif kriterlere bağlı olmayan takdir kapsamında şekillenmektedir. Ancak hâkimin takdiri kapsamında gelişen uygulama zaman zaman çelişkili kararlar çıkmasına neden olmakta ve bu da hukuk güvenliğini tehdit etmektedir.

Bu nedenle öğretide daha önce cezai şartın tüm yönleri ile ele alınmış olması gözetilerek incelemeye zemin oluşturmak amacı ile kavram genel hatları ile ele alınacaktır. Esasen uygulamaya yol gösterecek objektif bir ölçünün mevcut olup olmadığı irdelenecektir. Zaten çalışma da bu amaçla yapılmış bir çalışmadır.

I. Cezai Şart Kavramı

Cezai şart kurumu, eTBK m.158 vd. maddelerinde ve 6762 sayılı eTTK m.405-408 ve 509'da "Cezai Şart" kavramı ile ifade edilmiştir. Ancak eTTK m.24'te "ceza" kavramına yer verilmiştir.¹ 6098 sayılı TBK m.179 vd. maddelerinde ise "Ceza Koşulu" kavramı kullanılmıştır. Ancak TTK m.22, 481-483, 577, 595'te "sözleşme cezası" kavramına yer verilmiştir.

Kurum, öğretide "şart",² "ceza",³ "cezai şart",⁴ "ceza şartı",⁵ "akdi ceza" veya "sözleşme cezası"⁶ kavramları ile ifade edilmiş ise de TBK'da yer alan yeni ifade karşısında birçok yazar "ceza koşulu" kavramını kullanmaya başlamıştır.⁷ Ancak bazı yazarlar değişiklikten sonra da "sözleşme koşulu" veya "sözleşme cezası"⁸ kavramını kullanmaktadır. Bazıları da eskiden olduğu gibi "cezai şart"⁹ kavramını kullanmaya devam etmektedir. Biz de uygulamadaki yoğunluğu nedeniyle¹⁰ "cezai şart" kavramını kullanacağız.

II. Ceza Şartın Tanımı

Cezai şart kavramı, kanunda tanımlanmış değildir.¹¹ Bir kesim cezai şartı kavramını, borçlunun borcunu ihlal etmesi halinde, alacaklıya ceza ödemeyi kabul ettiği anlaşma olarak tanımlamaktadır.¹² Diğer bir kesim ise borçlunun alacaklıya karşı mevcut bir borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde ödemeyi kabul ettiği ekonomik değeri olan edim veya borç olarak tanımlamaktadır.¹³ Esas itibarıyla tanımlar arasında bir fark yoktur.¹⁴ Ancak tanımda bir kesim cezai şartın kaynağı olarak sözleşmeyi, diğer kesim asıl borçtan ayrı bir borç olan ve cezai şartı öne çıkardığı için tanımlar arasında farklılık oluşmaktadır.¹⁵

Ancak cezai şart kavramı, hem cezai şartın kaynaklandığı sözleşmeyi ve hem de ceza şartın kabulü ile asıl borçtan ayrı olarak ortaya çıkan borcu kapsadığı için¹⁶ her iki unsuru kapsayacak şekilde tanım yapılmasında fayda vardır. Bu nedenle, ceza şartın, asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi şartına bağlı olarak yaşayanlar arasında akdedilmiş olan bir sözleşmeden kaynaklanan borç olarak tanımlanması mümkündür.¹⁷

III. Cezai Şartın Kaynağı

Cezai şartın kaynağı sözleşmedir.¹⁸ Başka bir deyişle cezai şart alacağı, kanundan veya haksız fiilden kaynaklanan bir alacak olmayıp, doğrudan sözleşmeden kaynaklanan bir alacaktır. Esasen cezai şarta "sözleşme cezası" denmesinin nedeni de cezai şart alacağının kaynağını sözleşmeden almasıdır.¹⁹ Ölüme bağlı bir tasarrufla cezai şartın oluşturulması mümkün olmadığından sözleşmenin mutlaka sağlar arasında yapılması gerekir.²⁰

Taraflar sözleşme ilişkisine ilk başladıklarında cezai şartı kabul edebilecekleri gibi sonradan yapacakları ek sözleşme ile kabul etmeleri de mümkündür.²¹ Cezai şartın kaynağını sözleşmeden alması nedeni ile sözleşmeni sağlar arası hukuki bir işlem olması şart ise de sözleşmenin mutlaka tam iki yana borç yükleyen bir sözleşme olması şart değildir. Dernek tüzükleri ve şirket ana sözleşmeleri ile de cezai şart kabul edilmesi mümkündür.²²

Cezai şartı ihtiva eden sözleşme kural olarak herhangi bir şekle tabi değildir.²³ Ancak asıl borcu ihtiva eden sözleşme belirli bir şekle tabi ise cezai şarta ilişkin sözleşmenin de aynı şekilde yapılması gerekir.²⁴ Bu manada asıl borcu ihtiva eden sözleşmenin resmi şekilde yapılması gerekiyor ise cezai şarta ilişkin sözleşmenin de resmi şekilde yapılması gerekir.²⁵

Asıl borcun ifasının karşı tarafa sağlanması kural olmakla birlikte üçüncü kişiye ifa edilmesi de mümkündür. Dolayısı ile cezai şartın ifasını garanti ettiği asıl borcun ifasının mutlaka sözleşmenin karşı tarafına sağlanması zorunlu

değildir.²⁶ Aynı şekilde cezai şart genel olarak alacaklıya sağlanmakla birlikte sözleşme ile cezai şartın üçüncü kişiye ve bu kapsamda bir hayır kurumuna sağlanmasının kabul edilmesi de mümkündür.²⁷

Cezai şart, genel olarak, sözleşmeden kaynaklanan borçlar için kabul edilmektedir.²⁸ Ancak cezai şartın sözleşmeden kaynaklanan borç için kabul edilmesi zorunlu değildir.²⁹ Bu nedenle kanunun emredici hükümlerine, adaba, ahlaka uygun olmak ve kişilik haklarına aykırı olmamak kaydı ile kanundan, sözleşmeden, haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan herhangi bir borç için cezai şart kabul edilmesi mümkündür.³⁰

Ayrıca cezai şartın taalluk ettiği asıl borcun niteliği de önemli değildir. Bu kapsamda asıl borcun konusu bir şeyin teslimi, bir işin yapılması veya yapılmaması olabilir. Bu nedenle olumlu veya olumsuz herhangi bir borcun ifasını güvence altına almak amacı ile cezai şart kabul edilebilir.³¹ Ancak Yargıtay para borcu için cezai şart kabul edilemeyeceği görüşündedir.³² Yargıtay'ın bu uygulaması öğretide eleştirilmektedir.³³ Ancak Yargıtay'ın son dönemlerde para borcuna da cezai şart kabul edilebileceği yönündeki kararlarına da rastlanmaktadır.³⁴

Cezai şart alacağının kendisi ekonomik değer taşıyan şarta bağlı bir borçtur.³⁵ Bu nedenle cezai şart genel olarak para cinsinden belirlenmektedir.³⁶ Ancak para olmak zorunda değildir.³⁷ Bu kapsamda taraflar sözleşme serbestisi ilkesi kapsamında para alacağı niteliğindeki cezai şartın miktarını serbestçe belirleme hakkına sahip olmak dışında cezaya ilişkin edimin türünü ve niteliğini aynı şekilde belirleme hakkına sahip olduklarından, ekonomik değeri olmak kaydı ile para dışındaki ekonomik değerlerin de cezai şartın konusunu oluşturması mümkündür.³⁸ Bu kapsamda bir hakkın kaybı da cezai şart olarak kabul edilebilir.³⁹ Ancak manevi değerlerin cebri icra yolu ile ifası mümkün olmadığından manevi değerlerin cezai şart alacağını konusunu oluşturması mümkün değildir.⁴⁰

Ancak cezai şartın bağlı bulunduğu borcun ve cezai şart olarak kararlaştırılan borcun kanuna, adaba ve ahlaka veya kişilik haklarına aykırı olmaması gerekir. Aksi halde hükümsüz olur.⁴¹

IV. Cezai Şartın Amacı ve Hukuku Niteliği

Cezai şartın temel amacı borçluyu ifaya zorlamaktır. Cezai şartın miktar olarak, alacaklının uğradığı zarar miktarından fazla olması ve cezai şartın genel olarak borçlunun borcunu ağırlaştırıcı veya genişleten özellikte olması cezai şartın alacaklının uğradığı zararı tazmin etme amacından ziyade borçluyu ifaya zorlama amacına yönelik bir kurum olduğunu göstermektedir.⁴² Bu nedenle cezai şartın ceza fonksiyonu ön plandadır.⁴³ Ancak bu cezai şartın ceza kanunlarında öngörülmüş olan ceza olduğu anlamına gelmez.⁴⁴

Cezai şartın tek amacı borçluyu ifaya zorlamak değildir. Cezai şartın genel olarak miktar itibarıyla uğranılan zarardan fazla olması ve aynen tazmini halinde alacaklının ayrıca tazminat davası açmasına gerek kalmaması cezai şartın tazminatın önceden belirlenmesi ve tazmin amacına da hizmet ettiğini göstermektedir.⁴⁵ Alacaklının, borçluyu, ihlal halinde oluşacak olan zarar ve ziyan ile tehdit etme hakkına sahip olması⁴⁶ ceza şartın borçluyu ifaya zorlama amacına yönelik olduğunun ortaya koysa da cezai şartın alacaklıya zararını ispat kolaylığı sağlaması⁴⁷ ve alacaklı nezdinde oluşan zararı önceden götürü olarak belirlemesi nedeniyle⁴⁸ zararı tespit ve tazmin fonksiyonu olduğunu da göstermektedir.⁴⁹

Ancak cezai şartın yegâne amacı zararın belirlenmesi ve tazmin de değildir. Borcun ihlali söz konusu olduğunda, alacaklıya her ne kadar borçlunun kusurunu ispata gerek olmaksızın zararını sözleşmede öngörülmüş olan miktarla sınırlı olmak üzere borçludan tazmin hakkı verse de cezai şart aynı zamanda ve ayrıca alacaklının sözleşmeye konu

hakkına kolay kavuşması konusunda güvence de sağlamaktadır. Hatta cezai şartın güvence sağlama fonksiyonu, zararı tazmin hakkı sağlama fonksiyonundan önce gelmektedir.⁵⁰ Bu nedenle bazı yazarlar, borçlunun cezai şartla zararı aşan miktarda ceza ödemek zorunda kalmasından hareketle cezai şartın basit bir götürü tazminat olarak telakki edilemeyeceğini, aksine zararı aşan bir miktarı ihtiva etmesi nedeni ile cezai şartın teminat oluşturma özelliğinin önde olduğunu savunmaktadırlar.⁵¹ Cezai şartın teminat fonksiyonunun diğer fonksiyonlarından önde olup olmadığı bir yana cezai şartın teminat sağlama fonksiyonuna sahip olduğu da bir gerçektir.⁵²

V. Cezai Şart Alacağı'nın “**Şarta Bağlı Bir Alacak Olması**”

Cezai şart alacağı borçlunun taahhüdü altındaki borcu ifa etmemesi nedeniyle ortaya çıkmaktadır.⁵³ Cezai şart alacağı, borçlunun sözleşmeye konu esas borcu, hiç veya gereği gibi veya zamanında ifa etmemesi halinde ortaya çıkmaktadır.⁵⁴ Dolayısıyla cezai şart alacağı, cezai şart alacağı'nın bağlı bulunduğu borcun ifa edilmemiş olma şartına bağlı olan bir alacaktır.⁵⁵ Bu kapsamda cezai şart alacağı geciktirici şart niteliğindeki borca aykırı davranışın gerçekleşmesi şartına bağlı olarak ortaya çıkmaktadır.⁵⁶ Cezai şart alacağı, sözleşme konu asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemiş olması halinde⁵⁷ tezahür ettiği için geciktirici şarta bağlı bir alacak olmaktadır.⁵⁸

Cezai şart alacağı genel olarak asıl borcun hiç ifa edilmemesi şartına bağlanmakta ise de edim borcunun gereği gibi ifa edilmemesi kapsamında yan edim borçlarının ifa edilmemesi şartına bağlanması da mümkündür.⁵⁹ Bu kapsamda kısmen ifa etmeme de ifa etmeme niteliğinde bir ihlaldir.⁶⁰ Aynı şekilde şartın sözleşmenin tek bir kez ihlal edilmiş olması olarak hükme bağlanması mümkün olduğu gibi sözleşmenin birden fazla ihlali şartına bağlanması da mümkündür.⁶¹

Şartın taalluk ettiği asıl borç genel olarak alacaklıya sağlandığı için ihlal genel olarak alacaklının malvarlığında etkisini göstermektedir. Ancak sözleşme ile ifanın üçüncü kişiye yapılacağı belirlenmiş ise ihlalin üçüncü kişinin malvarlığında etki göstermesi de mümkündür.⁶² Ancak cezai şart alacağı'nın doğması için alacaklı nezdinde zarar doğması şart değildir.⁶³ Başka bir deyişle cezai şart alacağı'nın doğması için alacaklının veya üçüncü kişinin malvarlığında bir zarar oluşması şart değildir.⁶⁴ Bunun nedeni parasal değeri olmayan alacakları içeren menfaatlerin de cezai şart kurumu ile korunmak istenmesidir.⁶⁵

Türk Hukukunda sorumlulukta esas olan sistem kural olarak kusur sorumludur.⁶⁶ Bu nedenle cezai şartın doğmasına neden şartın (*veya ihlalin*) meydana gelmesinde borçlunun kusurlu olması gerekir.⁶⁷ Sorumluluk için borçlunun kusurundan sorumlu olduğu yardımcı kişilerin kusuru da yeterlidir.⁶⁸ Bu nedenle her ne kadar cezai şart alacağı borcun ihlali⁶⁹ ve bu kapsamda borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi⁷⁰ şartına bağlı olarak doğmakta veya muaccel hale gelmekte⁷¹ ise de, borçlunun cezai şarttan sorumlu tutulabilmesi cezai şart alacağını doğuran ihlalin borçluya isnadı mümkün bir sebepten kaynaklanmış olması gerekir.⁷² Başka bir deyişle asıl borcun ihlali, borçlunun sorumlu tutulması mümkün olmayan sebeplerden meydana gelmiş veya ifa bu nedenle imkânsız hale gelmişse borçlunun cezai şarttan sorumlu tutulması mümkün değildir.⁷³ Bu durumda kusursuz ifa imkânsızlığı söz konusu olur ve asıl borç ile birlikte cezai şart alacağı da düşer.⁷⁴

Ancak sözleşmeyle borçluya herhangi bir kusuru izafe edilemeyen hallerde bile cezai şart kabul edilmesi mümkündür.⁷⁵ Hatta borçlunun kusursuz ifa imkânsızlığı halleri için dahi cezai şart kabul edilebilir.⁷⁶ Bu durumda cezai şartın tek fonksiyonu teminat olmakta ve cezai şart sözleşmesi maktu tazminat sözleşmesine dönüşmektedir.⁷⁷

Bu kapsamda süreye bağlı veya süresi belirli borçlarda sürenin gelmesi ile borçlunun hem asıl borç hem de cezai şart bakımından temerrüde düşeceği kabul edilmektedir.⁷⁸ İsviçre öğretisinde ve eski tarihli Federal Mahkeme kararlarında cezai şartın götürü bir tazminat olması nedeni ile miktarının zaten borçlu tarafından biliniyor olması nedeniyle ihlalle birlikte borçlunun her hangi bir ihtara gerek olmaksızın cezai şart alacağıının muaccel hale geleceği ve borçlunun asıl borç bakımından temerrüde düşmekle birlikte cezai şart bakımından da temerrüde düşeceği kabul edilmektedir. Aynı şekilde Türk öğretisinde de aynı görüş kabil edilmektedir.⁷⁹

Ancak borçlu asıl borcun ifasında temerrüde düşmeden önce kendisine isnadı mümkün (*haksız erken fesih gibi*) bir sebepten dolayı borcun ifası imkânsız hale gelmiş veya alacaklı sözleşmeyi haklı bir sebeple feshetmiş ise cezai şartın temerrütten önce doğması mümkündür.⁸⁰

Cezai şart alacağıının bağlı bulunduğu şartın meydana geldiğini ispat yükü kural olarak alacaklıya aittir. Ancak Türk Borçlar Hukuku sisteminde, sözleşmeden kaynaklanan borcun gereği gibi ifa edildiğini ispat yükü borçluda olduğu için esasen şartın tahakkuk edip etmediğini ispat yükü de borçluda bulunmaktadır.⁸¹ Bu yükümlülük kapsamında borçlu TBK m.112 gereği kusurlu olmadığını ispat yükü altındadır.⁸² Ancak alacaklı cezai şarttan fazla miktarda zarara uğradığı iddiasında ise, alacaklının hem cezai şart miktarını aşan zararını hem de borçlunun kusurunu ispat emesi gerekir. İspat yükünün bu şekilde düzenlenmesi borçlar hukuku sistemindeki ispat yükünün istisnasını oluşturmaktadır.⁸³ Ancak sözleşme ile bu yükün ters çevrilmesi mümkündür.⁸⁴

VI. Cezai Şart Alacağıının “**Fer’i Bir Nitelikte Bir Alacak Olması**”

Cezai şart alacağı, asıl alacağa bağlı fer’i bir alacaktır.⁸⁵ Bu nedenle cezai şartın kaderi asıl borcun kaderine bağlıdır. Bu nedenle asıl borç var olmadan cezai şartın var olması mümkün değildir. Keza asıl borcun sona ermesi ile de cezai şart sona ermektedir.⁸⁶ Bu nedenle asıl borç var olmadan cezai şartın tek başına bir sözleşmenin konusunu oluşturması mümkün değildir.⁸⁷ Şayet asıl borçtan bağımsız bir borç söz konusu ise bu durumda cezai şart değil, başka bir borç söz konusu olur.⁸⁸

Cezai şart alacağıının fer’i bir alacak olması nedeni ile asıl borcun hukuken geçerli bir borç olması gerekir.⁸⁹ Bu nedenle asıl borç şekil noksanı, ehliyetsizlik, emredici kurallara veya kişilik haklarına aykırılık nedeni ile geçersiz olur veya borçlunun kusuru olmadan ifası imkânsız hale gelir ise cezai şart alacağı kendiliğinden geçersiz hale gelir.⁹⁰ Keza asıl borç ilişkisine karşı ileri sürülmesi mümkün irade fesadı hallerinin, def’ilerin cezai şarta karşı da ileri sürülmesi mümkündür.⁹¹ Ancak cezai şartın herhangi bir sebeple geçersiz hale gelmesi veya ifasının sonradan imkânsız hale gelmesi hiçbir şekilde sözleşmeye konu asıl borcu etkilemez.⁹²

Cezai şart alacağı, fer’i nitelikte bir alacak olduğu için asıl borç gereği gibi ve zamanında ifa edildiğinde cezai şart doğmaz. Aynı şekilde asıl borcun, takas ve ibra gibi sebeplerle sona ermesi, cezai şart alacağıının de sona ermesini sağlar.⁹³ Fakat asıl borç, borcun hiç veya gereği gibi veya zamanında ifa edilmemesi şeklindeki şartın tezahür etmesi ile doğar, doğmakla cezai şart alacağı fer’i olmaktan kurtulur.⁹⁴ ve bağımsız bir alacağa dönüşür.⁹⁵ Şartın gerçekleşmesi ile alacaklı ihlal nedeni ile uğramış olduğu zararı ve ziyanı ispat etmek zorunda olmaksızın cezai şart alacağıını talep etme hakkı kazanır. Ancak alacaklı cezai şart miktarını aşan zararı talep etme hakkı da vardır. Bu

nedenle cezai şart, alacaklının sözleşme konu cezai şart miktarını aşan zararını ortadan kaldırmayan bir götürü tazminat olarak telaki edilmektedir.⁹⁶ Alacaklı cezai şart alacağı doğduktan sonra cezai şartın kendisine ödenmesini talep etmek hakkına sahip olmak dışında bu alacağını üçüncü kişilere temlik etme hakkına da sahiptir.⁹⁷

VII. Cezai Şartın Türleri

Cezai şart alacağı TBK m.178'de borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi, borcun zamanında veya yerinde ifa edilmemiş olması veya sözleşmeden dönme şartlarına bağlanmış olmasına göre ⁹⁸ "*seçimlik cezai şart*", "*ifaya eklenen cezai şart*" ve "*ifayı engelleyen cezai şart*" olarak üçe ayrılmaktadır. Ancak bu isimler doğrudan kanunda öngörülmuş isimler değildir. Aksine öğreti tarafından geliştirilmiştir.⁹⁹

Borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi şartına bağlanmış olan cezai şart "*seçimlik cezai şart*" olarak nitelendirilmektedir. Seçimlik cezai şart alacağının söz konusu olduğu hallerde, şartın vukuu halinde, alacaklı borcun ifası veya cezai şart alacağının tahsili haklarından sadece birini talep etme hakkına sahiptir. Dolayısıyla talepler yarış halindedir. Alacaklı yarışan haklardan birini seçme hakkına sahip olduğundan bu cezai şarta, "*ifa yerine cezai şart*" denmektedir. Ancak TBK m.179 hükmü emredici nitelikte bir hüküm olmadığı için sözleşme ile aksinin kararlaştırılması mümkündür. Bu manada aksini öngören bir hüküm yok ise alacaklı ya aynen ifayı ya da cezai şartı talep hakkına sahiptir. Bu haklardan biri seçilip karşı tarafa bildirildikten sonra bundan vazgeçilerek yeniden diğer hakkın talep edilmesi mümkün değildir.¹⁰⁰ Kısmen ifadan sonra cezai şart talep edilmiş ise artık asıl borcun geriye kalın kısmın ifasının talep edilmesi mümkün değildir. Ancak kısmi ifa cezanın tenkisi için önemli bir sebeptir.¹⁰¹

Borcun zamanında veya yerinde ifa edilmemiş olması şartına bağlanmış olan cezai şart "*ifaya ekli cezai şart*" olarak nitelendirilmektedir. Bu durumda alacaklı ifa ile birlikte cezai şartın tahsilini de talep etme hakkına sahiptir. Bu nedenle bu cezai şart "*ifayla birlikte istenebilecek cezai şart*" olarak da nitelendirilmektedir. Bu cezai şart bakımından da hüküm emredici nitelikte olmadığı için aksinin kararlaştırılması mümkündür. Aksinin kararlaştırılmamış olduğu hallerde, cezai şarttan feragat edilmemiş veya gecikmiş ifa ihtirazi kayıt ileri sürülmeden kabul edilmiş ise veya sözleşmeden dönülmüş ise artık ifaya ekli cezai şart talep edilemez.¹⁰² Ancak ifanın kayıtsız şartsız kabul edilmiş olması sadece cezai şarttan vazgeçilmiş olması anlamına gelir. Fakat bununla alacaklı tazminat hakkından vazgeçmiş olmaz.¹⁰³

Sözleşmeden dönme şartına bağlanmış olan cezai şart "*ifayı engelleyen cezai şart*" veya "*dönme cezası*" olarak nitelendirilmektedir. Burada borçlu cezai şartı ödemek suretiyle sözleşmeden dönme hak ve yetkisine sahip olduğu gibi alacaklı da sadece cezai şart isteme hakkına sahiptir.¹⁰⁴ Bu durumda cezai şart, ceza olma özelliğini korumakla birlikte arkasında bir pişmanlık akçesi saklamaktadır.¹⁰⁵

VIII. Cezai Şart Miktarının Belirlenmesi ve Tabi Bulunduğu Sınırlamalar

Taraflar TBK m.26'da ifadesini bulan "*sözleşme serbestisi*" ilkesi ve bu ilkenin tekrarı niteliğindeki TBK m.182/1 düzenlemesi gereği cezai şart miktarını serbest bir şekilde belirleme hak ve imkânına sahiptirler.¹⁰⁶ Bu serbestlik cezai şartın hem miktarını hem de türünü kapsar.¹⁰⁷ Bu nedenle taraflar sözleşmeyle cezai şartın türünü, miktarını veya sayısını serbest bir şekilde belirleme hakkına sahiptirler.¹⁰⁸ Ancak cezai şartın sözleşme ile belirlenmiş olması

zorunlu değildir. Aksine onun belirlenebilir olması yeterlidir. Bu kapsamda sözleşmede azami bir miktarın öngörülmüş olması¹⁰⁹ miktarın belirlenmesinin üçüncü bir kişiye (ve *hatta doğrudan alacaklıya*) bırakılmış olması da mümkündür.¹¹⁰

Ancak cezai şartın belirlenmesine yönelik serbestlik mutlak değildir.¹¹¹ Kısıtlamaların bir kısmı cezai şartın niteliğinden, bazıları ise kanundan kaynaklanmaktadır. Cezai şartın niteliğinden kaynaklanan kısıtlama cezai şartın fonksiyonundan kaynaklanmaktadır. Kanundan kaynaklanan kısıtlamaların bir kısmı TBK. m 27'de öngörülmüş olan sebeplerden, bir kısmı TBK m.182/3'te öngörülmüş olan aşırıktan kaynaklanmaktadır.

Cezai şartın temel amacı borçluyu borcunu ifaya zorlamak olduğuna göre doğal olarak cezai şartın asıl borcu arttıran ve ağırlaştırıcı miktar veya sayıda olması gerekir.¹¹² Ancak böyle olması halinde borçlu cezai şartı ödemek yerine sözleşmeden kaynaklanan asıl borcu ifa etmeyi tercih edecektir. Aksi halde borçlu asıl borcu ifa etmek yerine cezai şarttan kaynaklanan borcu ödemeyi tercih edecektir.¹¹³ Bu nedenle zorunlu olmamakla birlikte cezai şartın miktar veya sayı olarak asıl borçtan fazla olması gerekir. Bu zorunluluk cezai şartın doğasından kaynaklanmaktadır. Bu durumun cezai şartın maddi alt sınırını oluşturduğunu söylemek yanlış olmaz.

Ayrıca cezai şartın, TBK m.27 kapsamında kanunun emredici hükümlerin ve ahlaka uygun olması ve kişilik haklarına aykırı olmaması gerekir. TBK. 27'de öngörülmüş olan bu sınırlama sözleşmelerin tamamı için geçerli olduğu için bu sınırlama asıl borç dışında cezai şart alacağı bakımından da geçerlidir. Bu kapsamda sözleşme ile kabul edilmiş olan cezai şartın, kanunun emredici hükümlerine ve ahlaka uygun ve kişilik haklarına aykırı olmaması gerekir. Aksi halde TBK m.27 gereği cezai şart, tamamen veya kısmen hükümsüzlük yaptırımı ile karşı karşıya kalır.¹¹⁴ Yargıtay'ın uygulaması da bu yöndedir.¹¹⁵

Aynı şekilde cezai şartın TBK m.182/1'de öngörülmüş olduğu üzere "*aşırı*" olmaması gerekir.¹¹⁶ Aksi halde TBK m.182/3 gereği tenkis (*indirim*) yaptırımı ile karşı karşıya kalınır. Aşırılık genel olarak tarafların başlangıçta menfaatlerini yanlış hesaplamaları veya durum ve şartların sonradan değişmesi nedeniyle meydana gelen ve alacaklı ile borçlunun menfaatleri arasındaki dengeyi bozan bir durumdur.¹¹⁷ Bu kapsamda aşırılık nedeni ile taraf menfaatleri arasında bir bozulma söz konusu olduğunda hâkimin re'sen veya talep üzerine cezai şartın miktarını tenkis etmesi gerekir.¹¹⁸ Ancak bazı yazarlar ise TBK m.183/3'teki tenkisin de kısmi hükümsüzlük olduğunu kabul etmektedir.¹¹⁹ Kanaatimce TBK m.182'nin "*Cezanın miktarı, geçersizliği ve indirilmesi*" şeklindeki başlığı bu yaklaşımı desteklemektedir.

Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka ve kişilik haklarına aykırılığın yaptırımı TBK m.27 gereği cezai şarta ilişkin sözleşmenin bütünüyle veya kısmen hükümsüzlüğü olduğu halde aşırılığın yaptırımı tenkistir.¹²⁰ Tenkis yaptırımı ile hükümsüzlük yaptırımı arasındaki en temel fark, hükümsüzlüğün aksine tenkiste cezai şartın bütünüyle ortadan kaldırılmasının mümkün olmamasıdır.¹²¹

Aslında her zaman olmasa da bazen cezai şartın kanunun emredici hükümlerine, ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olması ile aşırılık çakışabilmektedir.¹²² Çakışmanın söz konusu olduğu hallerde önce TBK m.27'de öngörülmüş olan hükümsüzlük yaptırımına mı yoksa TBK m.182/3'te öngörülmüş olan tenkis yaptırımına mı başvurulması gerektiği sorusu akla gelebilir. Ancak mümkün olan hallerde öncelikle TBK m.182/3'te öngörülmüş olan tenkis yaptırımına, mümkün olmayan istisnai hallerde ise TBK m.27 kapsamında hükümsüzlük yaptırımına başvurmak gerekir.¹²³

Para alacağı olarak belirlenmiş olan cezai şart alacağının ahlaka aykırı olup olmayacağı akla gelebilir. Nitekim İsviçre öğretisinde para olarak belirlenmiş olan cezai şartın ahlaka aykırı olup olmayacağı da tartışmalıdır. Ancak hâkim

görüş ve Federal Mahkeme borçlunun ekonomik mahvına neden olacak miktardaki cezai şartın ahlaka aykırı olacağı düşüncesindedir.¹²⁴ Aynı şekilde Türk öğretisi ve Yargıtay da¹²⁵ borçlunun ekonomik mahvına neden olacak miktardaki cezai şartın ahlaka aykırı olacağını kabul etmektedir.¹²⁶

IX. Cezai Şartın Tenkisi

Türk Borçlar Hukuku'na hâkim olan temel ilkelerden biri de "*ahde vefa-pacta sund servanda*" ilkesidir. Bu ilke gereği borçlunun borçlanmış olduğu borcu kural olarak aynen ve tam olarak ifa etmesi gerekir. Ancak kanun koyucu istisnai bazı hallerde hâkime sözleşmeye müdahale etme yetkisi vermek suretiyle bu ilkenin mutlak biçimde uygulanmasının doğru olmayacağını benimsemiştir.¹²⁷ Bu kapsamda TBK m.182/3 düzenlemesi hâkime aşırı nitelikteki cezai şarta müdahale ederek cezai şartı tenkis etme yetkisi veren bu nevi bir istisnadır. Çünkü borçlu sözleşmenin kuruluş aşamasında, genel olarak alacaklıya göre daha zayıf konumda olduğu ve zor koşullar altında olduğu için veya cezai şartın nasılsa tahakkuk etmeyeceği düşüncesinden hareketle aleyhine olacak şekilde aşırı cezai şartı kabul edebilmektedir. Ayrıca bazen sonradan gelişen şartlar da cezai şartı borçlu bakımından aşırı hale getirebilmektedir.¹²⁸

Kanun koyucu bu sebeplerden hareketle ve cezai şartın herhangi bir zarar şartına bağlı olmadan doğması nedeniyle¹²⁹ TBK m.182/3 düzenlemesiyle hâkimin talep üzerine veya re'sen sözleşmeye müdahale ederek cezai şartın indirilmesi gerektiğini öngörmüştür.¹³⁰ Kanunda öngörülmüş olan bu yetki yargısal indirim yetkisi,¹³¹ "*tenkis hakkı*" olarak nitelendirilmektedir.¹³² Ancak hâkimin bu kapsamda verdiği karar geçmişe etki eden bir karardır.¹³³ TBK m.182/3 düzenlemesiyle hâkime sözleşmeye müdahale ederek cezai şartı tenkis etme yetkisi veren hüküm emredici bir hükümdür. Bu nedenle hâkimin aşırı cezai şartı tenkis etmesine yönelik yetkisini ortadan kaldıran sözleşme hükümleri geçersizdir.¹³⁴ Ancak bazı yazarlar hâkimin bu şekilde aşırı nitelikteki cezai şartı indirmek suretiyle sözleşmeye müdahale etmesi için talebin şart olduğunu savunmaktadırlar.¹³⁵ Bu kapsamda hâkimin cezai şart miktarından aşırılık nedeni ile indirim kararı verebilmesi için öncelikle kararlaştırılmış bir cezai şart bulunması, cezai şartın bağlı bulunduğu koşulun gerçekleşmesi nedeniyle cezai şartın doğmuş olması gerekir.¹³⁶ Ayrıca tenkise engel kanuni bir düzenlemenin bulunmaması gerekir.¹³⁷

Bu şartların mevcut olması dışında hâkimin tenkise karar verebilmesi için yargılama aşamasında öncelikle cezai şartın doğmasına sebep ihlalin borçlunun kusuru neticesinde meydana geldiği¹³⁸ ve cezai şartın aşırı olduğunun ispat edilmiş olması gerekir.¹³⁹ Bu kapsamda cezai şart alacağına bağlı bulunduğu şartın meydana geldiğini ve borçlunun kusurunu ispat külfeti kural olarak alacaklıya aittir. Ancak Türk Borçlar Hukuku sisteminde, sözleşmeden kaynaklanan borcun gereği gibi ifa edildiğini ispat yükü borçluda olduğu için esasen şartın tahakkuk edip etmediğini ispat yükü borçluda bulunmaktadır.¹⁴⁰ Bu yükümlük kapsamında borçlu TBK m.112 gereği kusurlu olmadığını ispat yükü altındadır.¹⁴¹ Aynı şekilde cezai şartın aşırı olduğunu ispat yükü de borçludadır.¹⁴²

Bu kapsamda cezai şartın tenkisi neticesinde arta kalan miktar, alacaklının ihlal nedeni ile borçludan talep edebileceği tazminat miktarından fazla olması gerektiği için öncelikle alacaklının ifadan beklediği toplam menfaatin belirlenmesi gerekir. Sonra da bu menfaatin sözleşmeye konu cezai şart ile karşılaştırılması suretiyle aşırılık olup olmadığı tespit edilmelidir. Bu karşılaştırma neticesinde aşırılık olduğu tespit edildiğinde, alacaklıya müspet zararını karşılayacak miktardan fazla bir cezai şart alacağı sağlanması gerektiğinden¹⁴³ müspet zarardan fazla olmak suretiyle ve aşırılık giderilinceye kadar cezai şartın indirilmesi gerekir.¹⁴⁴ Fakat ihlal nedeni ile alacaklı nezdinde fiili zarar meydana gelmiş ise, zarara karşılık gelen cezai şartın tenkis edilmesi mümkün değildir. Zarara karşılık gelen cezai şart bakımından tenkis talebinin reddedilmesi gerekir.¹⁴⁵

Tahsiline karar verilen cezai şart miktarının borçlunun şahsiyetine (*kişilik haklarına*) zarar vermemesi gerektiğinden borçlunun ödeme gücünün de ortaya konması gerekir. Bu nedenle borçlunun şahsiyetine zarar vermeyecek bir ödemeye karar verilmesi gerekir. Ayrıca borca aykırılığın toplam borç içindeki ağırlık derecesi ile kusurun da belirlenmek suretiyle tenkiste dikkate alınması gerekir. Bu kapsamda sözleşmenin tümünden sona erdirilmesi şeklindeki bir ihlal ile küçük bir yan edim borcunun ihlali halindeki tenkis ile ağır kusur neticesinde meydana gelen bir ihlal ile hafif kusur neticesinde meydana gelen bir ihlalden kaynaklanan tenkis oranlarının da doğal olarak aynı olmaması gerekir.¹⁴⁶

Dolayısı ile hâkimin ceza şartın tenkisine karar verebilmesi için yukarıda açıklanan şartların hep birlikte mevcut olması ve hâkimin cezai şartı tenkis etmesine engel bir düzenlemenin de bulunmaması gerekir. Nitekim 6102 sayılı TTK m.22'de yer alan "*tacir sıfatını haiz borçlu Türk Borçlar Kanunu...182'inci maddesini üçüncü fıkrasında ... aşırı ... ceza kararlaştırılmış olduğu iddiası ile ... sözleşme cezasının indirilmesini mahkemeden isteyemez.*" şeklindeki düzenleme ile borçlusu tacir olan cezai şart sözleşmelerinde hâkimin TBK m.182/3 gereği tenkis yapamayacağı öngörülme suretiyle TBK m.182/3'teki kurala önemli bir istisna getirilmiştir.¹⁴⁷

Türk Ticaret Kanunu'nda ve diğer ticari hükümlerde tacir kişiler lehine birçok düzenlemeye yer verilmiş olmasına rağmen TTK m.22 düzenlemesi ile aleyhe bir düzenlemeye yer verilmiş olmasının nedeni tacirin TTK m.18/2 gereği faaliyetlerinde "*basiretli bir iş adamı*" gibi davranmak zorunda olmasıdır.¹⁴⁸ Anılan düzenleme gereği, tacir, "*basiretli bir iş adamı*" gibi davranmak zorundadır. Bu nedenle tacir faaliyette bulunduğu alanda tedbirli ve öngörülü olmak, kendisinden beklenen objektif özeni göstermek zorundadır. Bu kapsamda özellikle ticari işletmesi ile ilgili sözleşmeleri akdederken veya borçlarını ifa ederken tacir basiretli davranmak zorundadır.¹⁴⁹ Bu nedendir ki tacirin borçlu bulunduğu cezai şart aşırı olsa bile TBK m.182/3 gereği indirilmesi mümkün değildir. Aynı şekilde tacirin akdetmiş olduğu sözleşmelerden dolayı TBK m.28 kapsamında müzayaka (*zor durumda olma*) hali hariç gabin (*aşırı yararlanma*) sebebine dayanmak suretiyle sözleşmelerin iptalini de talep etme hakkı da yoktur.¹⁵⁰

Ancak TTK m.22'de öngörülmüş olan istisna doğrudan "*tacir*" sıfatına hasredilmiş olduğu için¹⁵¹ bu hükmün uygulama alanı bulabilmesi için cezai şart borçlusunun mutlaka tacir olması¹⁵² ve eğer tacir gerçek kişi tacir ise cezai şartın TTK m.19/1 gereği ticari nitelikteki işlerinden kaynaklanması gerekir.¹⁵³

Gerçek kişi tacirin tacir sıfatını sonradan kaybetmesi de önemli değildir.¹⁵⁴ Aynı şekilde TTK m.12/3 kapsamında tacir gibi sorumlu olan kişilerin kabul ettiği cezai şartın da indirilmesi mümkün değildir.¹⁵⁵ Ticaret şirketlerinin ticari olmayan gri bir faaliyet alanı söz konusu olmadığı için ticaret şirketlerinin borçlusu olduğu cezai şartın TBK m.182/3 gereği indirim tabi tutulması asla mümkün değildir.¹⁵⁶ Ancak tacir sadece ticari işletmesi ile ilgili ticari işlerde basiretli davranmak zorundadır. Bu nedenle tacirin basiretli davranmak zorunda olmadığı adi işleri bakımından TTK m.22 kısıtlamasının uygulanması mümkün değildir.¹⁵⁷ Hatta TTK m.19/2 kapsamında sözleşmeden kaynaklanıp taraflardan biri için ticari nitelikte olduğu için sözleşmeden kaynaklanan borcun diğer taraf bakımından ticari nitelikteki borcu dönüşmesi söz konusu olsa bile aynı sözleşmeye konu cezai şartın tacir olmayan kişi lehine indirilmesi mümkündür. Çünkü kısıtlama ticari işe değil doğrudan tacir olma sıfatına bağlanmıştır.¹⁵⁸

TTK m.22 hükmü emredici nitelikte bir hüküm olmadığı için tarafların sözleşmeyle aksini kararlaştırmak suretiyle TBK m.182/3'te öngörülmüş olan tenkis imkânını tacir kişiler bakımından uygulanır hale getirmeleri mümkündür.¹⁵⁹

X. Cezai Şartın Hükümsüzlüğü

Yukarıda açıklandığı üzere TBK m.182/3'te öngörülen tenkis yaptırımına başvurmanın mümkün olmadığı istisnai hallerde TBK m.27'de öngörülmüş olan hükümsüzlük yaptırımına başvurmak gerekir.¹⁶⁰ Bu kapsamda TTK m.22 düzenlemesinin açık hükmü karşısında tacir kişiler bakımından TBK m.182/3'te öngörülmüş olan tenkis yaptırımına başvurmak mümkün değildir.¹⁶¹ Bu nedenle tacir kişiler bakımından zorunlu olarak TBK m.27'de öngörülmüş olan hükümsüzlük yaptırımına başvurmak gerekmektedir. Ancak tenkis yaptırımına başvurmanın mümkün olmadığı hallerde tacir olmayan kişilerin cezai şart borçlusu olduğu hallerde de TBK m.27'de öngörülmüş olan hükümsüzlük yaptırımına başvurmak mümkündür. Ancak uygulamadaki yoğunluğu nedeni ile burada sadece tacir kişilerin borçlu bulunduğu ve para alacağı niteliğindeki cezai şartın ahlaka aykırılığı incelenecektir.

Hemen belirtelim ki TTK m.22'de öngörülmüş olan istisnai düzenleme nedeni ile TBK m.182/3'te öngörülmüş olan tenkis yaptırımının tacirin borçlu bulunduğu cezai şart sözleşmesi bakımından uygulanması mümkün değil ise de Türk öğretisinde öteden beri tacirin borçlu bulunduğu cezai şart sözleşmelerine konu cezai şartın, TBK m.27'de öngörülmüş olan sınırlamalara tabi olduğu ve bu kapsamda ahlaka aykırı sözleşmelerin tamamen veya kısmen hükümsüz kabul edilmesi gerektiği¹⁶² ve borçlunun ekonomik mahvına neden olacak kadar ağır ve yüksek olan cezai şartın ahlaka aykırı olduğu kabul edilmektedir.¹⁶³ İsviçre öğretisinde de cezai şartın miktar olarak ahlaka aykırı olup olmayacağı tartışmalı olsa da hâkim görüş borçlunun ekonomik mahvına neden olacak miktardaki cezai şartın ahlaka aykırı olacağını kabul etmektedir.¹⁶⁴

Nitekim Yargıtay HGK da 10.03.1940 tarih 1940/7 E. ve 1941/71 K. sayılı içtihadı birleştirme kararı ve aynı yöndeki 20.03.1974 tarih 1970/1053 E. ve 1974/222 K. sayılı kararında yer alan "*BK'nun 161/3. (TBK m.182) Maddesi hükmüne karşı olarak Ticaret Kanunu'nun 24. Maddesi ile tarafların ceza miktarını serbestçe tespit edebilecekleri esas kabul edilmiştir. Ceza tutarı borçlunun taahhüdünden elde edeceği menfaate tecavüz etse bile cezanın indirilmesi düşünülemez. Ancak TK'nun 24. Maddesi ile tacir olan şahsa ve akidine tanınmış olan akit serbestisi bütün akitletler için sınır çekmiş olan BK'nun 20. Maddesi ile takyit edilmiştir. Cezai şart borçlunu iktisaden mahvını mucip olacak olacak derecede ağır ve yüksek ise adap ve ahlaka aykırılık sayılarak tamamen veya kısmen iptal edilmesi gerekir. Borçlu tacir olsa dahi böyle bir durumunda ceza iptal edilebilir. Çünkü ahlak ve adaba aykırılık dolayısıyla şartın butlanı genel bir hükümdür. TK'nun 24. Maddesi hükmün bu genel müeyyidesinin uygulanmasına engel olacağı düşünülemez.*" şeklindeki¹⁶⁵ içtihadı ile cezai şartın borçlunun iktisaden mahvına yol açacak derecede ağır ve yüksek olması halinde ahlaka aykırı olacağı nedeni ile tamamen veya kısmen hükümsüz kabul edilmesi gerektiğini kabul etmektedir.¹⁶⁶

Dolayısı ile tacirin borçlu bulunduğu para alacağı niteliğindeki cezai şart miktar olarak aşırı olsa bile ancak "*ahlaka aykırılık*" nedeni ile TBK m.27'de öngörülmüş olan hükümsüzlük yaptırımı uygulanmak suretiyle sözleşmeye müdahale mümkün olmaktadır.¹⁶⁷ Ancak cezai şartın hangi hallerde veya hangi miktarda olması halinde "*ahlaka aykırı olacağı*" konusunda objektif bir ölçü geliştirilmediği için uygulamada sorun yaşanmaktadır.

XI. Cezai Şart Miktarının Tenkisinde Ölçü veya Ahlaka Aykırılığın Kapsamı

Yukarıda açıklandığı üzere tacir olmayan kişilerin borçlu bulunduğu cezai şartın "*aşırı*" ise TBK. m 182/3 kapsamında cezai şartın aşırılık giderilinceye kadar tenkis edilmesi mümkündür.¹⁶⁸ Ancak mevzuatta, aşırılığın ne zaman var olacağı konusunda her hangi bir objektif ölçüye yer verilmiş değildir.¹⁶⁹

Öğretide cezai şart miktarının aşırı olup olmadığının tespiti bakımından alacaklının ifadan beklediği menfaat ile

sözleşmeye konu cezai şart miktarının belirlenerek karşılaştırılması, alacaklının zarara uğrayıp uğramadığı, borçlunun akde muhalefet derecesi, kusurun ağırlığı ve tarafların ekonomik durumlarının ortaya konması ve dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir.¹⁷⁰ Bu kapsamda hâkimin cezai şartın tacirin ekonomik mahvına neden olup olmadığını belirlerken öznel değerlendirmelere göre değil, doğru ve makul kimselerin görüşlerini esas almak suretiyle tespit bulunması gerektiği savunulmakta¹⁷¹ ise de herhangi bir objektif ölçüye yer verilmiş değildir.

Nitekim Yargıtay HGK'nın güncel diyebileceğimiz 18.06.2019 tarih 2017/19-922 E. ve 2019/706 K. sayılı kararında yer alan "*Hâkim, cezanın aşırı olup olmadığını, hakkaniyet ölçülerini aşır aşmadığını araştırırken, özellikle, borca aykırı davranış nedeniyle alacaklının uğradığı zararı, borçlunun kusur derecesini, alacaklının ortak kusurunu ve tarafların (özellikle borçlunun) ekonomik durumunu dikkate alır. Bu unsurlar dikkate alındığında, alacaklının uğradığı zarar ile kararlaştırılan ceza arasında hakkaniyet ölçüleri ile bağdaşmayan açık bir nispetsizlik varsa ceza indirilir. Cezai şartın aşırı olup olmadığı değerlendirilirken, cezai şartın amacının alacaklının durumunu iyileştirmek olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Kararlaştırılan ceza indirilirken, her hâlde, alacaklının müspet zararını karşılamak için genel kurallara göre isteyebileceği tazminat miktarının üstünde kalınmalıdır. Aşırı olan cezai şartın indirilmesi olanağı, zayıf durumda bulunan borçlunun sömürülmesini önlemeye yönelik, kamu düzenine ilişkin bir kuraldır. Bu nedenle, borçlunun "indirilme olanağından önceden feragati" geçersizdir"*¹⁷² şeklindeki ifade ile alacaklının uğradığı zarar ile sözleşmeye konu cezai şart miktarının karşılaştırılması neticesinde elde edilen oranın hakkaniyet ölçüleri ile bağdaşmayacak şekilde nispetsiz olması halinde cezai şartın tenkis edilmesi gerektiği kabul edilmiş ise de nispetsizlik bakımından herhangi bir orana veya ölçüye yer verilmiş değildir.

Müspet zarar, akde konu edim borcunun ifa edilmemesi nedeniyle alacaklının uğradığı zarar olduğuna yani sözleşme ile kararlaştırılan edim borcu gereği gibi ifa edilmiş olsa idi alacaklının malvarlığının gelecek olduğu durum ile sözleşmeye konu borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeni ile alacaklının malvarlığının fiilen içinde bulunduğu durum arasındaki fark olması¹⁷³ karşısında, kararda öngörülen formül kapsamında, sözleşmeye konu cezai şart, müspet zarar ile karşılandıktan sonra arada açık bir nispetsizlik olduğunun tespit edilmesi halinde tenkis yapılması gerektiği kabul edilmiş ise de hangi oranın nispetsizlik teşkil edeceği açıklanmış değildir. Aynı şekilde alacaklıya müspet zarardan fazla miktarda bir cezai şart alacağı sağlanması gerektiği öngörülmüş ise de, fazla miktarın ne kadar olması gerektiği de kararda açıklanmış değildir.

Aynı kararda yer alan "*Cezai şartla ilgili BK'nın 161. maddesinin birinci fıkrası hükmü, (Akitler cezanın miktarını tayinde serbesttirler) prensibini kabul ettikten sonra, üçüncü fıkrası hükmü ile, hâkimi, (fahiş gördüğü) cezayı (tenkis) etmekle yükümlü tutmuştur. Halbuki, davanın açıldığı tarihte yürürlükte bulunan ve somut olay bakımından uygulanması gereken 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 24. maddesi hükmü, tacir sıfatını haiz olan tarafların (cezaî şart) miktarını serbestçe tayin edebilecekleri ilkesini kabul ettikten sonra, bu tayin edilen cezanın indirilmesini yani tenkisini talep edemeyeceklerini, şart olarak benimsemiş bulunmaktadır (Doğanay, İ.: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, İstanbul, 2004, C. I, s: 233, 234). ... Ticaret Hukukumuzda cezai şart, miktarı yönünden sadece, BK'nın 20. maddesindeki "ahlâka aykırılık" kavramı ile sınırlanmış bulunmaktadır. TTK'nın 24. maddesi uyarınca tacirin, borçlu olduğu cezai şartın tenkisini istemesi mümkün değildir (Günay, C. I: Cezai Şart, Ankara 2002, s: 216). Ancak, TTK'nın 24. maddesi ile tacir olan şahsa ve onun âkidine tanınmış olan bu (akit serbestisi) ilkesi, bütün akitler için sınırlayıcı bir hüküm mahiyetinde olan TTK'nın birinci maddesi hükmünün atfı nedeniyle BK'nın (butlan) matlabını taşıyan 20. maddesi hükmü ile, tahdit edilmiştir. Şayet, taraflarca sözleşme ile tespit edilmiş olan (cezaî şart) miktarı, borçlu durumda olan tacirin, iktisaden mahvını mucip olacak ve onun eskisi gibi ticarî faaliyetini devam ettirmesine imkân tanımayacak derecede (ağır) ve (yüksek) ise, o zaman, böyle bir (cezaî şartı) ahlâk ve adaba aykırı bir şart olarak kabul ederek, (kısmen) veya (tamamen) iptali cihetine gitmek mümkündür. Çünkü, ahlâk ve adaba aykırılık dolayısıyla sözleşmede yer alan (cezaî şart)'ın (butlanı), hukukun genel bir ilkesidir. TTK'nın 24. maddesi hükmünün, bu genel müeyyidenin dışında kalacağını düşünmek mümkün değildir.*

Bir borçlunun, iktisadî ve ticarî faaliyet ve mevcudiyetinin tehlikeye girmesini veya yıkılmasını mucip olacak bir nisbete ulaşan her (cezaî şart), **ahlâk ve adaba aykırıdır.**" şeklindeki açıklamalar ile tacirin iktisaden mahvına yol açacak ve onun eskisi gibi ticarî faaliyetini devam ettirmesine imkân tanımayacak derecede (ağır) ve (yüksek) cezai şartın ahlâka aykırı olacağı kabul edilmek suretiyle cezai şartın kısmen veya tamamen iptali (hükümsüzlüğü) cihetine gidilmesi gerektiği kabul edilmiş ise de "iktisaden mahvın" ne anlama geldiği de açıklanmış değildir.

Yine aynı kararda yer alan "Mahkemenin bu hususta karar verirken, borçlu bir şirket ise, bu şirketin ticaret sicilindeki (ana sözleşmesi)'ni celp ederek ne miktar bir sermaye ile ticarî faaliyette bulunduğunu, mal varlığının neye baliğ olduğunu ve kararlaştırılan cezaî şartın tahsili cihetine gidilmesi hâlinde o şirketin eskisi gibi ticarî hayatını devam ettirmesinin mümkün olup olmadığını gerekirse bilirkişiden de mütalâa alarak araştırması icap eder, aynı incelemeyi gerçek kişi olan (tacir) için de yapması icap eder (Doğanay, 237). Nitekim aynı ilkeler 10.03.1940 tarihli ve 1940/7 E., 1941/71 K. sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında ve Hukuk Genel Kurulunun 20.03.1974 tarihli ve 1970/1053 E., 1974/222 K., 09.05.1984 tarihli ve 1984/263 E., 1984/286 K. sayılı kararlarında da benimsenerek detaylı bir biçimde açıklanmıştır." ... **bir akdin, taraflardan biri için iktisadi yıkım teşkil ettiği ve bu sebeple ahlâk ve adaba aykırı olduğu, taraflar veya hâkimin bu husustaki subjektif görüşüne değil, doğru ve makul kimselerin vasati görüşlerine göre tayin ve takdir edilmelidir.**" şeklindeki açıklama ile de ahlaka aykırılığa, tarafların ve hâkimin sübjektif görüşüne göre değil de doğru ve makul kimselerin vasati görüşüne göre karar verilmesi gerektiği ifade edilmiş ise de, kararın kendisinde objektif bir ölçüye yer verilmiş değildir. Yargıtay'ın objektif bir ölçü ortaya koymamış olması, uygulamanın bütünüyle hakimin takdiri çerçevesinde tezahür etmesine neden olmakta ve bu da uygulamada hukuk güvenliği açısından sorun teşkil etmektedir.

Ceza şart her ne kadar sözleşme ile kararlaştırılmakta ise de miktarı mahkemenin hükmü ile belirli hale gelmektedir. Ancak mahkemelerin bu belirlemeyi, objektif kıstaslara başvurmak yerine hâkimin takdiri kapsamında yapması cezai şartın yer aldığı mali tablolardaki bilgilerin doğruluğunu da şüpheli, hatta belirsiz hale getirmektedir. Çünkü miktarı sözleşme ile belirlenmiş olan cezai şart alacağı (veya borcu) ihlal gerçekleşmeden taahhüt aşamasında kaldığı sürece başka bir deyişle muaccel hale gelmediği sürece bilançonun pasif tarafında gösterilmemek, nazım hesaplarında gösterilmektedir. Ancak ihlalin gerçekleşmesi ile ödenmesi gereken miktar tam olarak belli olmasa bile karşılık ayrılması ve bu karşılığın bilançoda gösterilmesi gerekmektedir. Aksi halde ilerideki hesap döneminde işletme varlığından ödenmesi gereken bir tutar için rizikonun ilgili olduğu dönem içinde karşılık ayrılmadığında, mali tabloların dürüst resim ilkesi gereği mali durumu tam olarak yansıtması mümkün olmayacaktır. Ayrılması gereken karşılıktan az karşılık ayrıldığında pay sahiplerine gerçek olmayan karın dağıtılması, sözleşmedeki miktar aynen ayrıldığında ise bu kere pay sahiplerinin hakkı olan karın dağıtılmaması dolayısı ile fiilen kısıtlanması söz konusu olacaktır.¹⁷⁴

Bize göre Yargıtay'ın cezai şart bakımından, 1. HD'nin TBK m.28'de öngörülmüş olan "aşırı yararlanma" bakımından 19.09.2006 tarih 2006/6466 E., 2006/8887 K. sayılı "... taşınmazın satış bedeli ile gerçek değeri arasında %50'ye yaklaşan bir fark bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu saptama bakımından gabinin objektif unsurunun davada varlığından söz edilebilir ise de..."¹⁷⁵ şeklindeki kararı ile getirmiş olduğu ölçüye benzer bir ölçüyü ceza i şart bakımından da geliştirmiş olması gerekir idi. Her ne kadar bazı yazarlar ceza şarttaki aşırılığın belirlenmesinde, aşırı yararlanmada olduğu gibi karşı edim olmadığı için herhangi bir oran belirlemenin mümkün olmadığı savunulmakta¹⁷⁶ ise de biz bu görüşe katılmıyoruz. Çünkü cezai şarttaki aşırılığın belirlenmesinde ilk başvuru olan ölçü ifa ile alacaklıya sağlanacak menfaattir. Nitekim Yargıtay da aşırılığın belirlenmesinde sözleşme konu cezai şart ile alacaklının ihlal neticesinde oluşan müspet zararının kıyaslanması gerektiğini kabul etmektedir.¹⁷⁷

Bu nedenle cezai şarttaki aşırılığın belirlenmesi bakımından objektif bir ölçü geliştirilmesi ve ahlaka aykırılık olarak

kabul edilen "iktisaden mahv" veya "ekonomik mahv"ın ne anlama geldiğinin açıklığa kavuşturulması uygulamaya kolaylık sağlamak dışında ticari işletmenin mali yapısının dürüst resim ilkesine uygun bir şekilde mali tablolara yansımaya katkı sağlayacağı için oldukça önemlidir. Bu nedenle devam eden açıklamalarda aşırılığın belirlenmesi bakımından objektif bir ölçü geliştirilmesinin mümkün olup olmadığı ve ahlaka aykırılık olarak kabul edilen "iktisaden mahv" veya "ekonomik mahv"ın ne anlama geldiği irdelenecektir.

A. Aşırılığın Tespitinde Ölçü

Cezai şartın tenkisinde objektif bir ölçüye başvurulması bakımından İsviçre öğretisinde iki eğilim mevcuttur. Sözleşme ilişkisinde mutlak serbestliği savunan kesim sözleşme serbestisi ilkesine aykırı olacak şekilde bir ölçü geliştirilemeyeceğini, kamu yararı nedeni ile cezai şarta müdahale edilmesine ihtiyaç duyulması halinde ahlaka aykırılık nedeni cezai şarta müdahale imkânının zaten mevcut olduğunu, bunun dışında getirilecek bir ölçününün cezai şartın borçluyu ifaya zorlama fonksiyonuna zarar vereceğini bu nedenle faize ilişkin kısıtlamaların ölçü olarak benimsenmesinin mümkün olmadığını, tüm bu nedenlerden dolayı aşırı nitelikteki cezai şartın tenkisinde hâkime takdir hakkı vermek dışında çare olmadığını savunmaktadırlar.¹⁷⁸

Aksi görüşte olan kesim ise bir hukuk düzeninde mutlak serbestliğin söz konusu olamayacağını aksi halde hukuk düzeni tarafından zayıf durumdaki kişilerin korunmasını mümkün olmayacağını, hukuk sisteminin adil ve iyi oluşunun teoride kalan kuralalar üzerinden değil uygulamada ortaya konan sonuçlar üzerinden tezahür edeceğini, cezai şartın tenkisini konu alan bir davada tüm bilgiler mahkemeye verilmiş olsa bile hâkimin bütün unsurları değerlendirmek suretiyle doğru karar vermesinin garanti olmadığını, bu nedenle uygulamanın objektif bir ölçüye bağlanması gerektiğini savunmaktadır.¹⁷⁹ Türk öğretisinde de tenkiste objektif ölçüye başvurulması gerektiği savunulmaktadır.¹⁸⁰ Yukarıda açıklandığı üzere Yargıtay da yukarıya alınmış olan örnek kararında "... *subjektif ifade ve soyut beyanlar ile hüküm kurulamaz*" demek suretiyle¹⁸¹ uygulamamın objektif bir ölçüye ihtiyaç duyduğunu ortaya koymuş bulunmaktadır.

Bu ihtiyaç cezai şarta ilişkin düzenlemelerde cezai şartın hangi hallerde aşırı olduğuna dair objektif bir ölçüye yer verilmemiş olmasından kaynaklanmaktadır. Ancak cezai şarta ilişkin düzenlemelerde açık bir ölçüye yer verilmemiş olması acaba hukukumuzda herhangi bir ölçüye yer verilmediği anlamına gelir mi? Özellikle TMK m.1 kapsamında başka bir hükümde yer alan ölçünün kıyasen uygulanmasının mümkün olduğu hallerde¹⁸² acaba yine de herhangi bir ölçüye yer verilmediği söylenebilecek midir? Bu nedenle cezai şartın aşırılığı bakımından uygulanması mümkün objektif bir ölçünün mevcut olup olmadığını belirlenmesi bakımından öncelikle hukukumuzda cezai şarta benzer bir kurumun mevcut olup olmadığı ve o kuruma ilişkin hükümlerde benzer bir ölçüye yer verilip verilmediğine bakılması gerekmektedir. Bu kapsamda ilk akla gelen kurum "*temerrüt faizi*" kurumudur.

Faiz, 818 sayılı mülga BK'da m.72'de, temerrüt faizi ise m.103-105 arasında düzenlenmiştir. Keza faiz 6098 sayılı TBK'da m.88'de, temerrüt faizi ise m.120-122 arasında düzenlenmiştir. Ancak 3095 sayılı Kanun m.5/2. düzenlemesi gereği 19 Aralık 1984 tarihinden beri faiz oranları 3095 sayılı kanuna göre belirlenmektedir.¹⁸³

Faiz, borçlunun kendisine sağlanan sermaye nedeni ile zamana göre hesaplanan bir tazminattır.¹⁸⁴ Dolayısıyla faiz, para borcuna bağlı olarak ortaya çıkan ve zamana göre belirlenen parasal bir değerdir.¹⁸⁵ Hukuki açıdan faiz, alacaklının, hakkı olan paradan yoksun kalması nedeni ile borçludan talep etmesi mümkün karşılık (ivaz),¹⁸⁶ borçlu bakımından ise alacaklıya ödenmesi gereken bir borçtur.¹⁸⁷ Faiz, kendi içinde birçok ayırıma tabu tutulmakla birlikte konumuz bakımından anapara faizi ve temerrüt faizi ayrımı önem teşkil etmektedir. Bu ayırım faizin vadeden önce

veya sonra oluşmasına göre yapılan bir ayırımdır. Bu çerçevede kanun veya sözleşme gereği para alacağı nedeniyle ödenmesi gerekip vadeye kadar oluşan faiz anapara faizi, borçlunun kusurlu olup olmadığı önemli olmaksızın kanun gereği vadeden sonra ödenmesi gereken faiz temerrüt faizi olarak nitelendirilmektedir.¹⁸⁸

Taraflar temerrüt faiz oranını sözleşme ile belirleme hakkına sahiptirler. Ancak sözleşme ile herhangi bir oran belirlenmediği takdirde kanunda öngörülmüş oran uygulanmaktadır. Bu oran 3095 sayılı kanuna göre belirlenmektedir. Ancak faiz oranı sözleşmeyle belirlenmiş ise sözleşmeye konu oran kanunda belirlenmiş olan oranın yüzde yüz fazlasını aşamaz (TBK m.120/2).¹⁸⁹ Kanun koyucunun mülga 818 sayılı BK'dan farklı olarak 6098 sayılı TBK m.120/2 düzenlemesi ile temerrüt faizinde oran bakımından bir üst sınır getirmesindeki amaç iktisaden zayıf olan borçluyu aşırı faiz borcuna karşı korumaktır.¹⁹⁰ Bu sınırlamanın konumuz bakımından önemi kanun koyucunun, sözleşme ile kabul edilmiş olan temerrüt faizi bakımından, kanunda öngörülmüş olan oranın yüzde yüzünden fazla olan temerrüt faizi oranını aşırı olması nedeniyle hükümsüz kabul etmesidir. Ancak temerrüt faizinin oranı bakımından aşırılık sınırı olarak öngörülmüş bu ölçünün cezai şart bakımından uygulanabilmesi bakımından temerrüt faizi ile cezai şart arasındaki benzerliğin irdelenmesi gerekmektedir.

İktisadi açıdan, faiz ve özeldir temerrüt faizi, alacaklıya fayda sağlayan bir semere,¹⁹¹ borçluya ise maliyet yaratan ve dönem sonunda aktifleştirmesi gereken bir gider kalemidir.¹⁹² Temerrüt faizinin bu özelliği dikkate alındığında, temerrüt faizi para borcunu genişleten veya ağırlaştırıcı bir özelliğe sahip olmaktadır.¹⁹³ Bu nedenden dolayı ki faiz, borçlu üzerinde borcunu zamanında ödeme yönünde zorlayıcı bir etki yaratmaktadır.¹⁹⁴ Aynı şekilde cezai şart alacağı da borçlu üzerinde borcu gereği gibi ve zamanında ifa etmek bakımından zorlayıcı bir etki yaratmaktadır.¹⁹⁵ Bu nedenle borçluyu ifaya zorlama fonksiyonu bakımından her iki kurum arasında benzerlik bulunmaktadır.

Temerrüt faizi, borçlunun ödemedi gecikmesi nedeni ile alacaklı nezdinde oluştuğu varsayılan zarara binaen doğrudan kanun tarafından öngörülmüş bir faizdir.¹⁹⁶ Bu kapsamda temerrüt faizi, borçlunun temerrüde düşmesi şartına bağlı olarak kendiliğinden doğmaktadır.¹⁹⁷ Aynı şekilde cezai şart alacağı da sözleşme ile kabul edilmiş olmak ve ihlalin gerçekleşmesi şartına bağlı olarak kendiliğinden doğmaktadır.¹⁹⁸ Dolayısıyla temerrüt faizi ile cezai şartın kaynağı açısından bir farklılık olsa da her iki kurum şartına bağlı olacak olmaları bakımından benzerlik arz etmektedir.

Temerrüt faizi anaparanın fer'i niteliğinde bir alacaktır.¹⁹⁹ Faiz, doğumu, ödenmesi, sona ermesi, zamanaşımına uğraması ve rehin kapsamında kalması itibarıyla borç verilen sermayeye bağlı bir alacaktır.²⁰⁰ Ancak faiz alacağı doğduktan sonra anaparadan ayrı bağımsız bir alacağa dönüşür ve bu andan itibaren anaparadan ayrı bir şekilde üzerinde tasarruf edilmesi mümkündür.²⁰¹ Aynı şekilde cezai şart alacağı da asıl borca bağlı fer'i bir alacaktır. Bu özelliği nedeniyle asıl borç mevcut olmadığı sürece cezai şart alacağı söz konusu olmaz. Asıl borç ödenince cezai şart doğmaz. Asıl borcun ifası çekince konmadan kabul edildiği zaman cezai şart sona erer. Asıl borç zamanaşımına uğrayınca cezai şart da zamanaşımına uğrar. Anaparadan kaynaklanan alacak devredilince cezai şart alacağı da devredilmiş olur. Anaparayı güvence altına alan teminatlar kural olarak faizi de kapsar.²⁰² Asıl borç hiç veya gereği gibi veya zamanında ifa edilmediğinde cezai şart muaccel hale geldikten sonra bağımsız hale gelir²⁰³ ve asıl borçtan ayrı olarak üzerinde tasarruf edilebilir.²⁰⁴ Dolayısıyla fer'i olmak bakımından da temerrüt faizi ile cezai şart arasında benzerlik bulunmaktadır.

Alacaklının temerrüt faizi talep edebilmesi için zarara uğraması şart olmadığı gibi²⁰⁵ temerrüt faizi talep edilebilmesi için borçlunun kusurunu ispat etmesi de şart değildir.²⁰⁶ Bu özelliği nedeniyle öğretide, temerrüt faizinin, kanundan kaynaklanan bir götürü tazminat olduğu,²⁰⁷ temerrüt faizinin, kanundan kaynaklanan bir cezai şart olduğu savunulmaktadır.²⁰⁸ Aynı şekilde cezai şart alacağının doğması için de alacaklının zarara uğraması şart olmadığı gibi,²⁰⁹ alacaklının cezai şart talep edebilmesi için borçlunun kusurunu ispat etmesine de gerek yoktur. Bu husus

cezai şartın bir götürü tazminat olduğu görüşünün gerekçeleri arasında gösterilmektedir.²¹⁰ Dolayısıyla zarardan azade olmak bakımından her iki kurum arasında benzerlik bulunmaktadır.²¹¹

Alacaklının temerrüt faizini aşan zararı m.122 düzenlemesiyle ayrıca güvence altına alınmış olduğu için²¹² alacaklı temerrüt faizini aşan miktardaki zararı olduğunu ispat etmek suretiyle temerrüt faizini aşan zararını borçludan talep etme hakkına sahiptir.²¹³ Aynı şekilde alacaklıyı cezai şart miktarını aşan zararı da m.180/2 düzenlemesiyle ayrıca güvence altına alınmış olduğu için alacaklının da cezai şart miktarını aşan miktardaki zararını ispat etmek kaydı ile borçludan talepte bulunması mümkündür. Dolayısı ile aşan zararını müstakil olarak düzenlenmiş olması ve aşan zararın ispatı yönü ile de her iki kurum arasında benzerlik bulunmaktadır.²¹⁴ Ancak temerrüt faizini aşan zarardan sorumluluk bakımından "*borçlunun kendisine herhangi bir kusur yüklenemeyeceğini*" ispat etmesi gerektiği halde cezai şart alacağını aşan zarardan sorumluluk bakımından ise "*alacaklının borçlunun kusurlu olduğunu*" ispat etmesi gerekmektedir.²¹⁵ Bu yönü ile her iki kurum arasında kısmi benzerlik bulunmaktadır.

Ancak her iki kurum arasında farklılıklar da bulunmaktadır. Nitekim temerrüt faizi kanundan kaynaklandığı halde,²¹⁶ cezai şart sözleşmeden kaynaklanmaktadır.²¹⁷ Cezai şart alacağı kural olarak her tür borç bakımında söz konusu olmasına rağmen,²¹⁸ temerrüt faizi sadece para alacakları bakımından söz konusu olmaktadır.²¹⁹ Temerrüt faizinden sorumluluk bakımından borçlunun kusurlu olması şart olmadığı halde²²⁰ cezai şarttan sorumlulukta borçlunun kusurlu olması gerekmektedir.²²¹ Cezai şart miktarının belirlenmesi bakımından herhangi bir sınırlama söz konusu olmadığı halde²²² temerrüt faizi oranının belirlenmesi bakımından TBK m.120/2 düzenlemesiyle sınırlama öngörülmüştür.²²³

Her iki kurum arasında farklı özellikler olmakla birlikte ortak özellikler daha baskın için her iki kurum arasında benzerlik olduğunu söylemek yanlış olmaz. Öğretide bazı yazarlarca kanunda öngörülmüş olan temerrüt faiz oranının sözleşme ile artırılmasını dahi cezai şart niteliğinde olacağını kabul edilmesi²²⁴ bu benzerliği çok güzel izah etmektedir. Kaldı ki kanun koyucu da TBK m.121/2'de yer alan "*Buna aykırı olarak yapılan anlaşmalar, ceza koşulu hükümlerine tabi olur*" şeklindeki düzenleme ile her iki kurum arasındaki benzerliği kabul etmiştir. Aynı şekilde Yargıtay 11. HD. 09.12.2019 tarih 2019/4551 E. ve 2019/7940 K. sayılı kararında temerrüt faiz oranını aşırı olduğuna ilişkin bir davada Yargıtay 3. HD'nin 16.12.2008 gün 2008/18296 E. 2008/21466 Karar sayılı kararına atıfta bulunmak suretiyle "... nitekim, TBK'nın 161. maddesinin temerrüt faizi yönünden bu müdahaleye olanak verecek nitelikte olduğu..."²²⁵ şeklindeki gerekçe ile aşırı nitelikteki faize cezai şarta ilişkin hükümlerden hareketle müdahale edilebileceğini belirtmek suretiyle temerrüt faizi ile cezai şart arasında benzerlik olduğunu kabul etmiş bulunmaktadır.

Bu durum karşısında TBK m.120/2 düzenlemesindeki sözleşme ile kabul edilecek olan temerrüt faizi oranının kanun tarafından belirlenmiş olan yıllık temerrüt faiz oranını "*yüzde yüz fazlasını aşamayacağı*" şeklindeki aşırılık ölçüsünün kıyasen sözleşme ile kararlaştırılacak cezai şartın aşırılığı bakımından da uygulanması TMK m.1 gereği mümkün görünmektedir. Böylece cezai şartın, sözleşmeye konu asıl borcun ifa edilmesi ile alacaklıya sağlanacak menfaatin "*yüzde yüz fazlasını aşan*" miktarın aşırı kabul edilmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır. Yargıtay içtihatlarında ifadesini bulan hali ile sözleşmenin ihlali neticesinde alacaklı nezdinde oluşan müspet zararın "*yüzde yüz fazlasını aşan*" cezai şart miktarının aşırı kabul edilmesi gerekmektedir. Burada kıyasen uygulanacak hukuk kuralının TBK m.120/2'de öngörülmüş olan "*yüzde yüz fazlasını aşamaz*" şeklindeki ölçü olduğuna özellikle dikkat çekmek isteriz.

Aslında cezai şart ile faiz arasındaki bu ilişkiye yönelik tartışma yeni değildir. Ancak öğretide bu ilişki daha çok para borçlarına cezai şart uygulanıp uygulanamayacağı yönü ile tartışılmıştır. Keza İsviçre öğretisinde ise aşırı nispetizlik bulunması halinde azami faiz miktarının bir sınır teşkil edebileceği veya faiz konusundaki emredici hükümlerin cezai

şartın aşırılığında da uygulanabileceği savunulmuştur.²²⁶

Cezai şartın ve anapara faizinin kaynağını sözleşmeden alması nedeni ile belki burada anapara faizine ilişkin olan TBK m.88'de yer alan "Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık faiz oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamaz" şeklindeki düzenlemede yer alan "yıllık faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamaz" şeklindeki ölçüye neden öncelik verilmediği sorusu akla gelebilir. Bunun sebebi sözleşme hukukumuzda serbestliğin kural, kısıtlamanın istisna olması ve TBK m.120/2'de öngörülmüş olan ölçünün sözleşme serbestliği ilkesinin tezahürüne daha geniş bir alan sağlamasıdır.

B. Ekonomik Mahvın Anlamı

Cezai şartın tenkisi veya ahlaka aykırılığının tespiti bakımından başvurulması gereken üst sınır bu şekilde belirlendikten sonra bu kere tenkisin yapılması gereken zorunlu alt sınırın belirlenmesine işaret eden "ekonomik mahv" kavramının ele alınması gerekmektedir. Kanaatimce kavramın sermaye şirketleri bakımından karşılık geldiği durumun belirlenmesi daha kolaydır. Çünkü sermaye şirketleri (anonim şirketler TTK m.332 gereği, limitet şirketler m.580 gereği) asgari sermaye sistemine tabidirler. Keza pay sahiplerinin sorumluluğu da sadece şirkete karşı olup sermaye olarak koymayı taahhüt etikleri sermaye payı ile sınırlıdır.²²⁷ Borçlardan sorumluluk sisteminin bir gereği olarak sermaye şirketleri TTK m.519/1 gereği yedek akçe ayırmakla da yükümlüdürler.²²⁸ Pay sahipleri tarafından şirkete taahhüt edilen esas/çıkarılmış sermaye payı bir kez ifa edildikten sonra TTK m.405/2 uyarınca pay sahiplerinin bu meblağı şirketten geri almayı talep etmeleri mümkün değildir. Ancak tasfiye bakiyesindeki payları oranında geri almaları mümkün olmaktadır. Bu nedenle sermaye şirketlerinde esas/çıkarılmış sermaye şirketin bağlı malvarlığını oluşturmaktadır.²²⁹

Esas sermaye, bağlı malvarlığının temelini oluşturmakla birlikte bağlı malvarlığı esas sermayeden ibaret değildir.²³⁰ TTK m.519/1 kapsamında oluşan yedek akçelerin esas sermayenin yarısına kadar olan kısmı TTK m.519/3'te öngörülmüş olan amaçlara özgülenmiş oldukları için²³¹ pay sahiplerinin bu yedek akçeler üzerinde tasarrufta bulunmaları mümkün değildir. Esas sermaye ile yedek akçelerin TTK m.519/3 düzenlemesi ile amaca özgülenmiş kısmı alacaklılar bakımından asgari teminat oluşturma özelliğine sahip olduğundan bu yedek akçeler de esas sermayenin uzantısı olarak bağlı malvarlığına dâhil kabul edilmektedir. Bu nedenle esas sermaye ile kanun yedek akçeler "bağlı malvarlığı" olarak nitelendirilmektedir.²³²

Bağlı malvarlığının bu şekilde pay sahiplerinden korunmasının nedeni, bağlı malvarlığının alacaklılar bakımından asgari güvence oluşturmasından kaynaklanmaktadır.²³³ Malvarlığının esas sermaye nispetiyle azalması alacaklıların hakları bakımında tehlike oluşturan bir durumdur. Bu nedenle kanun koyucu tarafından bağlı malvarlığının korunması emredici bir şekilde kurallara bağlanmıştır.²³⁴ TTK m.376 bunun mütebariz hükümlerinden biridir.

Bu kapsamda eTTK m.324/1 ve 2'de esas sermayenin yarısının/üçte ikisinin karşılıksız kalması önlem alınmasını gerektiren durumlar olarak öngörülmüş olduğu halde, yeni TTK'da anılan maddeye karşılık gelen m.376/1 ve 2 düzenlemesiyle sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının yarısının/üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kalması önlem alınmasını gerektiren durum olarak öngörülmüştür. Dolayısıyla alacaklılar lehine korunması gereken malvarlığı unsurlarına kanuni yedek akçeler de eklenmiştir.

TTK m.376/1 düzenlemesi ile her ne kadar esas sermaye ve kanuni yedek akçeler toplamının yarı oranındaki kaybı genel kurulun toplantıya çağırılması için yeterli görülmüş ise de,²³⁵ düzenleme ile sermaye kaybının mali durum

bozulması olarak kabul edilip önlem alma yükümlüğünün getirilmesindeki amaç şirket malvarlığının özellikle alacaklılar lehine korunmak istenmesidir.²³⁶

Kanun koyucu tarafından TTK m.376/1 düzenlemesiyle her ne kadar yarından daha az orandaki sermaye kaybı genel kurulu toplantıya çağırmak suretiyle alarme edecek kadar önemli kabul edilmemiş ise de²³⁷ şirketler hukukunda, anonim şirketin (*veya limitet şirketin*) ana sözleşmede yer alan sabit (*nominal*) esas sermayesi ile kanuni yedek akçeler kadar malvarlığına sahip olmaması sermaye kaybı olarak tanımlanmaktadır.²³⁸ Esas sermaye ve genel kanuni yedek akçelerdeki bir birimlik azalma bile mali durum bozulması olarak kabul edilmektedir.²³⁹

Aslında işletme iktisadi bakımından mali durum bozulması kavramının kapsamı hukuki anlamdaki mali durum bozulmasından çok daha geniştir. İşletme iktisadi bakımından mali kriz olarak telakki edilebilen herhangi bir durum mali durum bozulması anlamına gelmektedir. Ancak hukuki anlamdaki mali durum bozulmaları emredici nitelikteki kurallar çerçevesinde belirlenmektedir. Bu nedenle işletme iktisadi anlamındaki mali durum bozulması halleri ile hukuki anlamdaki mali durum bozulması halleri he zaman örtüşmemektedir.²⁴⁰ Bu nedenle Yargıtay içtihatlarında hukuki bir uygulama olarak tezahür etmiş bulunan "*ekonomik mahv*" kavramının iktisadi anlamdaki mali durum bozulması ile tezat oluşturmayacak şekilde ve fakat hukuki anlamda mali durum bozulması yönü ağır basan bir kavram olarak telakki edilmesi daha doğru gibi gelmektedir. Ki bu da bizi hukuki anlamdaki mali durum bozulmasının ilk derecesi olan "*sermaye kaybı*" kavramına götürmektedir. Bundan cezai şart alacağı aynen tahsil edildiğinde borçlu şirketin sermaye kaybına yani esas sermaye ile kanuni yedek akçelerinin azalmasına sebep olmakta ise cezai şartın mali durum bozulmasına neden olmayacak düzeyde tenkise tabi tutulması gerektiği sonucu çıkmaktadır.

Aksi halde şirket sözleşme ile kabul edilmiş olan cezai şart ile kendi ekonomik özgürlüğünü kabul edilemez derecede sınırlamış ve ekonomik varlığını tehlike altına sokmuş olur ki²⁴¹ bunun kabul edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle şirketi sermaye kaybına uğratan miktardaki bir cezai şart, şirketin ekonomik olarak mahvına neden olacak kadar ağır ve ahlaka aykırıdır. Böylesi bir cezai şart şirketin yaşama şansını, varlığını tehlike altına soktuğu için de kişilik haklarına aykırıdır. Bu nedenle bu denli yüksek olan cezai şartın şirketin varlığını sürdürmesine etki etmeyecek düzeyde tenkis edilmesi gerekir.

Mali durumdaki bozulma ve derecesi genel olarak bilanço unsurları olan aktifler (*varlıklar*), yabancı ve öz kaynaklar karşılaştırılmak ve aralarındaki oransal ilişki ortaya konmak suretiyle belirlenmektedir. Bu kapsamda sermaye kaybında, öz kaynaklar ile sermaye ve kanuni yedek akçeler toplamı karşılaştırılmak suretiyle belirlenmektedir.²⁴² Bu nedenle sözleşme ile kararlaştırılmış olan cezai şartın esas sermaye ile kanuni yedek akçelerin azalmasına neden olup olmadığının da aynı yöntemle belirlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Gerçek kişi tacirler ile şahıs şirketleri bakımından durum biraz farklıdır. Şahıs şirketi ortaklarının şirketin borçlarından ikinci dereceden de olsa sınırsız bir şekilde sorumlu olmaları²⁴³ dikkate alındığında gerçek kişi tacirler ile şahıs şirketlerinin borçlardan sorumluluklarının tacir olmayan kişilerin sorumluluğuna yakın olduğu söylenebilir. Bu sorumluluk sistemi nedeniyle ki gerçek kişi tacirlerde ve şahıs şirketlerinde asgari sermaye söz konusu değildir. Ayrıca kanuni yedek akçe ayırmaları bakımından herhangi bir sorumluluk söz konusu değildir. Bu nedene bağlı malvarlığının korunması ve sermaye kaybı üzerinden bu kişilerin ekonomik mahvının belirlenmesi mümkün değildir.

Ancak gerçek kişi tacirlere, tacir olma sıfatını veren ticari işletmenin özel bir malvarlığı olduğu öğretide ittifaka yakın bir çoğunlukla kabul edilmektedir.²⁴⁴ Özel malvarlığı, şahsa ait malvarlığı içinde, kendi içinde bir bütünlüğe ve bağımsızlığa sahiptir.²⁴⁵ Özel malvarlığı öteden beri bir gayeye tahsis edilmiş hakların tümü olarak tarif edilmektedir.²⁴⁶ Bir şahsın malvarlığı içinde yer alan haklar kompleksi, ayrı bir hukuki rejime tabi ise, mamelek içinde

daha dar ve hususi kriterlere göre sınırlandırılmış bağımsız iktisadi gelişme imkânına sahip kılınmış ise bu mal varlığına özel malvarlığı denmektedir.²⁴⁷ Şahıs şirketleri, ayrı bir tüzel kişiliğe sahip oldukları için ayrı şahıs şirketlerine ait malvarlığının pay sahiplerine ait özel bir malvarlığı olarak kabul edilmesi mümkün değildir.²⁴⁸ Aynı şekilde şahıs şirketleri de ortaklarından ayrı bir şekilde şirkete ait bir malvarlığına sahiptirler.

Keza TTK'ya tabi her bir tacir defter tutma yükümlülüğünden arı olmadığı için²⁴⁹ her tacir TTK m.64 gereği ticari defter tutmakla yükümlüdür.²⁵⁰ Aynı yükümlülük Ticari Defterlere İlişkin Tebliğ'in²⁵¹ (TDİT) 4/1. maddesinde yinelenmiş²⁵² ve tebliğin 5. maddesiyle de tacirin defter tutma yükümlülüğü ticari işletmeye hasredilmiştir.²⁵³ Keza TTK'ya tabi tacirle TTK m.68 kapsamında ticari faaliyetlerinin başında "*açılış bilançosu*" her faaliyet döneminin sonunda, varlık ve borçlarının tutarlarının ilişkisini gösteren "*yıllık bilanço*" ve "*gelir tablosu*" düzenlemekle yükümlüdürler.²⁵⁴

Dolayısıyla gerçek kişi tacirler ile şahıs şirketleri bakımından sözleşme ile kabul edilmiş olan cezai şartın bu kişilerin ekonomik mahvına neden olup olmayacağı hususunda ticari işletmenin faaliyet konusu itibarıyla muhasebe kayıtlarında yer alan mali veriler esas alınmak suretiyle cezai şart tahsil edildiğinde geride kalan sermaye ile şirketin aynı işi yapıp yapmayacağı belirlenmek suretiyle bir sonuca varmak gerektiği kanaatindeyiz. Burada işletmenin küçülmesinin değil faaliyet konusu itibarıyla geride kalan sermaye ile aynı işi yapmasını mümkün olup olmadığının belirleyici olduğuna dikkat edilmelidir.

Sonuç

Türk Borçlar Kanunu m 182/1 kapsamında taraflar sözleşme ile cezai şart miktarını serbest bir şekilde belirleme hakkına sahiptirler. Ancak sözleşme ile belirlenmiş olan cezai şart miktarı aşırı ise hâkimin, TBK m.182/3 kapsamında talep halinde veya re'sen aşırı gördüğü cezai şart miktarını, aşırılık giderilinceye kadar tenkis etmesi mümkündür. TTK m.22 düzenlemesiyle borçlusu tacir olan ceza şartın miktarı aşırı olsa bile tenkis edilemeyeceği öngörülmüş ise de tacirin taraf olduğu sözleşmelerin TBK m.27'de öngörülmüş olan sınırlamalara tabi olması nedeniyle sözleşme ile belirlenmiş olan cezai şart miktarının borçlunun ekonomik mahvına neden olacak kadar ağır ve yüksek olması halinde ahlaka aykırı olacağı ve bu nedenle tümünden veya kısmen hükümsüz kabul edilmek suretiyle tenkise tabi olacağı kabul edilmektedir. Esasen bu yönü ile öğretide ve uygulamada herhangi görüş ayrılığı da bulunmamaktadır.

Ancak adi borç ilişkilerinde cezai şart miktarının aşırı olduğunun nasıl belirleneceği konusunda öğretide ve uygulama herhangi bir ölçü ortaya konmadığı gibi, borçlusu tacir olan bir cezai şartın hangi hallerde borçlunun ekonomik mahvına neden olacağı da açıklanmış değildir. Bu kavramlar açıklığa kavuşturulmadığı gibi aşırılığın ve ahlaka aykırılığın tespitinde objektif bir ölçü de ortaya konmuş değildir. Bu nedenle uygulama büyük oranda hâkimin takdir kapsamında şekillenmektedir. Cezai şartın tenkisinin bu şekilde takdire bağlı gelişmesi nedeniyle hiçbir zaman adil bir sonuca varılamayacağı söylenemez ise de takdire bağlı uygulamanın zaman zaman keyfiliğe kaçmayacağı da garanti edilemez.

Bu nedenle cezai şart miktarındaki aşırılığın asıl borcun ifasından beklenen menfaatin (*müspet zararın*) bir katı ile sınırlandırılması, özellikle cezai şartın en önemli bileşenlerinden olan, yoksun kalınan karın, müspet zararın en önemli kalemini oluşturması ve bu kalemin yasal temerrüt faizinde olduğu gibi sabit bir rakam olmaması dikkate alındığında, TBK m.120/2'deki sınırın adi nitelikteki borçlardan kaynaklanan cezai şart alacağına aşırılığının tespitinde başvurulması gereken objektif bir ölçü olarak kabul edilmesi uygun olacaktır.

Keza borçlunun, iktisadî ve ticarî faaliyeti ve mevcudiyetini tehlikeye sokan veya yıkılmasını mucip olacak bir nisbete ulaşan cezai şartın ahlaka aykırılığının, sermaye şirketlerinde, esas sermaye ile kanuni yedek akçelerin azalması suretiyle bu şirketlerin mali durumunun bozulması durumuna karşılık geldiği kabul edildiğinde kavram somut bir içeriğe kavuşmuş olacaktır. Böylece sermaye şirketlerinin borçlu bulunduğu cezai şartın, esas sermaye ile kanuni yedek akçelerinin azalmasına neden olmayacak düzeye kadar hükümsüz kabul edilmek suretiyle indirilmesi zorunlu hale gelecektir. Bu da hâkime ahlaka aykırılık nedeni ile hükümsüzlük yaptırımını uygulamak bakımından objektif bir ölçü sağlamış olacaktır.

Bu şekildeki bir uygulama cezai şart miktarının, şirketin bağlı malvarlığına etki etmeyecek miktara kadar indirilmesi anlamına geleceği için, böylece cezai şart sermaye şirketlerinin mali durumlarının bozulmasına neden olan bir tehdit olmaktan çıkarılmış olacaktır. Başka bir deyişle cezai şartın bu düzeye kadar indirilmesi, cezai şartın sermaye şirketlerinin yaşamları bakımından hukuki bir tehdit olmaktan çıkarılması anlamına gelecektir. Böyle bir kesinlik sermayenin güvende olması ve uygulamanın hukuk güvenliğini sağlayacak şekilde işlemesine hizmet edecektir.

Aksinin kabulü kanun koyucunun konkordato ve diğer iyileştirme önlemleri ile mali durumu bozulan sermaye şirketlerinin mali durumları iyileştirmek ve böylece yaşamlarına devam etmek arzusunu, genel olarak cezai şart borçlusundan daha güçlü olan alacaklının gücünü kullanarak sözleşme serbestisi kapsamında borçluya kendini mahvedecek miktarda cezai şart kabul etmesi ile tehlikeye atması ve bir anlamda iyileştirme amacını inkâr anlamına gelecektir.

Tüm bu nedenlerden müspet zararın bir katından fazla olan cezai şart alacağının aşırı kabul edilmesi ve sermaye şirketlerinde cezai şartın esas sermaye ve kanuni yedek akçelere etki etmeyecek düzeye kadar indirilmesi ve hâkimin bu sınırlar dahilinde olmak suretiyle özgün hallerde gerekçesi belirtilmek suretiyle takdiri indirim yapması uygulamanın objektif ölçüye bağlanması bakımından oldukça önemlidir.

Kaynakça

Acemoğlu, Kevork. "Kitap İncelemesi". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* C. 35, S. 1-4 (1969): 569-580.

Akıncı, Şahin. *Borçlar Hukuku Bilgisi (Genel Hükümler)*. Konya: 10. Baskı, Sayram Yayınları, 2017.

Arkan, Sabih. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: 24. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No: 528, 2018.

Arsebük, Esat. *Borçlar Hukuku, C. I-II*. Ankara: 3. Baskı, Güney Matbaacılık, 1950.

Arslanlı, Halil. *Anonim Şirketler, I. Umumi Hükümler*. İstanbul: 2. Baskı, Fakülteler Matbaası, 1959 (Arslanlı, 1959).

Arslanlı, Halil. *Anonim Şirketler, IV. Kısım Anonim Şirketin Hesapları, V. Kısım Anonim Şirketin İnfisahı ve Tasfiyesi*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1961 (Arslanlı, 1961).

Arslanlı, Halil. *Ticari Bey*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayını, Yayın No: 382, 1950 (Arslanlı, *Ticari Bey*).

Aydın, Alihan. *Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi*. İstanbul: Arıkan Basım Yayım, 2008.

Aydoğdu, Murat ve Serdar Nart. *Borçlar hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.

Ayiter, Nuşim. *Mamelek Kavramı Üzerine İnceleme*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 229, 1968.

Bahtiyar, Mehmet. *Ortaklıklar Hukuku*. İstanbul: 14. Baskı, Beta Basım Yayın, 2020.

Bahtiyar, Mehmet, Ali Ayli, Mehmet F. Şua ve Argun Karamanlioğlu. *Ticari İşletme Hukuku*. İstanbul: Beta Basım Yayım, 2022.

Becker, H. *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, C. VI, Borçlar Kanunu I. Kısım Genel Hükümler Fasikül III*. (Çev. Osman Tolun). Ankara: Adalet Bakanlığı Yayınları, Yeni Seri Sayı 8, 1968 (Becker, Yeni Seri Sayı 8).

Becker, H. *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, C. VI, Borçlar Kanunu I. Kısım Genel Hükümler Fasikül III*. (Çev. Osman Tolun). Ankara: Adalet Bakanlığı Yayınları, Yeni Seri Sayı 22, 1968 (Becker, Yeni Seri Sayı 22).

Bilge, Necip. "Cezai Şart". *Ahmet Esat Ersebük'e Armağan*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını No: 24, 1958, s. 37-128.

Bozkurt, Tamer. *Şirketler Hukuku*. Ankara: 10. Baskı, Legem Yayıncılık, 2019.

Çınar, Ömer. "Türk Borçlar Kanunu ve Alman Medenî Kanununa Göre Cezai Şartın İndirilmesi". *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* Y. 8, S. 16 (2009): 91-115.

Domaniç, Hayri. *Anonim Şirketler Hukuk ve Uygulaması, TTK Şerhi II*. İstanbul: 1988 Tarihli Baskıdan Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, 2010 (Domaniç, *TTK Şerhi II*).

Domaniç, Hayri. *Faizle Karşılanamayan Zaraların Giderilmesini Sağlayan BK 105 ve Diğer Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınları, 1998 (Domaniç, *BK 105 ve Diğer Hükümler*).

Egger, A., A. Escher, R. Haab ve H. Oser. *İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Giriş ve Kişinin Hukuku*. (Çev. Av. Volf Çernis). Ankara: Adalet Bakanlığı Yayınları, 1947.

Erdem, Mehmet. "Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi". *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu* (2009): 97-124. Erişim Tarihi: 04.03.2023. https://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/sorumluluk/s_5.pdf.

Erdoğan, Murat ve Cenap İlter. "Faiz Aktifleştirme". *Muhasebe ve Finansman Dergisi* S. 26 (2005): 198-206.

Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: 25. Baskı, Yetkin Yayınları, 2020.

Eriş, Gönen. *Ticari İşletme ve Şirketler, C. 1*. Ankara: 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2017.

Feyzioğlu, F. Necmeddin. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2*. İstanbul: 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayını No: 2282, 1977.

Funk, Fritz. *Borçlar Kanunu Şerhi I Umumi Hükümler*. (Çev. Dr. Hıfzı Veldet ve Cemal Hakkı Selek). İstanbul: Üniversite Kitabevi, 1938.

Gümüş, M. Alper. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021.

Günay, Cevdet. *Cezai Şart*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2002.

Günergök, Özcan ve Şaban Kayıhan. *Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler*. İstanbul: Umuttepe Yayınevi, 2020.

Hatemi, Hüseyin ve K. Emre Gökyayla. *Borçlar Hukuk Genel Bölüm*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011.

Helvacı, Mehmet. *Para Borçlarında Faiz*. İstanbul: Beta Basım Yayım, 2000.

Karayalçın, Yaşar. *Muhasebe Hukuku*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (T. İş Bankası A.Ş. Vakfı), 1998.

Kılıçoğlu, Ahmet. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: 7. Baskı, Turhan Kitabevi, 2006.

Kırca, İsmail, F. Hayal Şehirli Çelik ve Çağlar Manavgat. *Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Temel Kavram ve İlkeler Kuruluş Yönetim Kurulu*. Ankara: Banka ve Ticaret hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No: 476, 2013.

Kocaağa, Köksal. *Türk Özel Hukukunda Cezai Şart (BK m.158-161)*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2003.

Nomer, Haluk. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: 16. Baskı, Beta Basım Yayım, 2018.

Oğuzman, Kemal ve Nami Barlas. *Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*. İstanbul: 25. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2019.

Oğuzman, Kemal ve Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genele Hükümler, C. I*. İstanbul: 18. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2020 (Oğuzman ve Öz, C. I).

Oğuzman, Kemal ve Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II*. İstanbul: 9. Baskı, İstanbul Vedat Kitapçılık, 2012 (Oğuzman ve Öz, C. II).

Oser, H. ve W. Schönerberger. *Borçlar Hukuku İkinci Kısım*. (Çev. Recai Seçkin). Ankara: Adalet Bakanlığı Yayını, 1950.

Öçal, Akar. "Anonim Şirketlerde Mali Durumun Bozulmasının Ortaya Çıkardığı Bazı Sorunlar". *ATO Dergisi* S. 6 (1975): 9-22.

Poroy, Reha ve Hamdi Yasaman. *Ticari İşletme Hukuku*. İstanbul: 18. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2019.

Poroy, Reha, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu. *Ortaklıklar Hukuku II*. İstanbul: 14. Baskı, On İki Levha Yayınları, 2017.

Reisoğlu, Safa. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: 23. Baskı, Beta Basım Yayım, 2012.

Saleilles, Raymond. *Alan Kanunu Medenisine Göre Borcun Genel Teorisini Etüd*. (Çev. Mişon Ventura). İstanbul: Bacid

Basımevi. 1949.

Tandoğan, Haluk. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 1-2*. İstanbul: Üçüncü Tıpkı Basımdan, Dördüncü Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, 2008.

Tekinalp, Ünal. "Sermayenin Yarisını Karşılıksız Kalması Halinde Yönetim Kurulunun ve Denetçilerin Görevi". *İktisat ve Maliye Dergisi* C. 2, S. 7 (1955): 279-283 (Tekinalp, "Sermayenin Yarisını Karşılıksız Kalması").

Tekinalp, Ünal. *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*. İstanbul: 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2020 (Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*).

Tercier, Pierre, Pascal Pichonnaz ve H. Murat Develioğlu. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: 2. Baskı, On İki Levha Yayınları, 2020.

Tunçomağ, Kenan. *Borçlar Hukuku Dersleri*. İstanbul: Mentuş Kitapevi, 1961 (Tunçomağ, *Borçlar Hukuku Dersleri*).

Tunçomağ, Kenan. "Cezai Şartın Hukuki Mahiyeti", *BATİDER* C. I, S. 4 (1962): 558-568 (Tunçomağ, "Cezai Şartın Hukuki Mahiyeti").

Tunçomağ, Kenan. *Türk Hukukunda Cezai Şart*. İstanbul: İstanbul Hukuk Fakültesi Yayınları, 1963 (Tunçomağ, *Türk Hukukunda Cezai Şart*).

Türk, Ahmet. *Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları*. Ankara: Nobel Yayınları, 1999.

Ülgen, Hüseyin, Helvacı Mehmet, Arslan Kaya ve N. Füsün Nomer Ertan. *Ticari İşletme Hukuku*. İstanbul: 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2019.

Von Thur, Andreas. *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. 1-2*. (Çev. Cevat Edege). Ankara: Yargıtay Yayınları, No: 15, 1983.

Yasaman, Hamdi. *Anonim Ortaklıkların Birleşmesi*. Ankara: Banka ve Ticaret hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No: 205, 1987.

☞ Hakemli makale - Peer reviewed article

Makalenin geliş tarihi: 22.03.2023

Makalenin kabul tarihi: 24.04.2023

☞ Hâkim, İstanbul Asliye Ticaret Mahkemesi;

Kadir Has Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Doktora Öğrencisi / İstanbul - Türkiye

E-posta: msinancebe@hotmail.com

Orcid Id: <http://orcid.org/0009-0007-1383-0555>

Köksal Kocaağa, *Türk Özel Hukukunda Cezai Şart (BK m.158-161)* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2003), s. 35.

Kenan Tunçomağ, *Borçlar Hukuku Dersleri* (İstanbul: Mentuş Kitapevi, 1961). s. 587.

Reha Poroy ve Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku* (İstanbul: 18. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2019), s. 161.

Kenan Tunçomağ, *Türk Hukukunda Cezai Şart* (İstanbul: İstanbul Hukuk Fakültesi Yayınları, 1963), s. 6.

- F. Necmeddin Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2* (İstanbul: 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayını No: 2282, 1977), s. 388.
- H. Becker, *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, C. VI, Borçlar Kanunu I. Kısım Genel Hükümler Fasikül III*, (Çev. Osman Tolun) (Ankara: Adalet Bakanlığı Yayınları, Yeni Seri Sayı 8, 1968), s. 216.
- Özcan Günergök ve Şaban Kayıhan, *Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler* (İstanbul: Umuttepe Yayınevi, 2020). s. 592.
- Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz ve H. Murat Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: 2. Baskı, On İki Levha Yayınları, 2020), s. 475.
- Şahin Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi (Genel Hükümler)* (Konya: 10. Baskı, Sayram Yayınları, 2017), s. 273.
- Kocaağa, s. 36.
- Tunçomağ, *Türk Hukukunda Cezai Şart*, s. 5.
- Fritz Funk, *Borçlar Kanunu Şerhi I Umumi Hükümler*, (Çev. Dr. Hıfzı Veldet ve Cemal Hakkı Selek) (İstanbul: Üniversite Kitabevi, 1938), s. 228.
- Hüseyin Hatemi ve K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuk Genel Bölüm* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011), s. 351.
- Tunçomağ, *Türk Hukukunda Cezai Şart*, s. 5.
- Kocaağa, s. 36.
- Necip Bilge, "Cezai Şart". *Ahmet Esat Ersebük'e Armağan* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını No: 24, 1958), s. 37-128, s. 39.
- H. Becker, *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, C. VI, Borçlar Kanunu I. Kısım Genel Hükümler Fasikül III*, (Çev. Osman Tolun) (Ankara: Adalet Bakanlığı Yayınları, Yeni Seri Sayı 22, 1968), s. 216.
- Andreas Von Thur, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı, C. 1-2*, (Çev. Cevat Edege) (Ankara: Yargıtay Yayınları, No: 15, 1983), s. 770.
- Tunçomağ, *Türk Hukukunda Cezai Şart*, 59-60.
- Tunçomağ, *Türk Hukukunda Cezai Şart*, 44.
- Feyzioğlu, s. 388.
- Becker, Yeni Seri Sayı 22, s. 216.
- Akıncı, s. 274.
- Funk, s. 229.
- Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: 25. Baskı, Yetkin Yayınları, 2020), s. 1313-1314.
- M. Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021), s. 1015.
- Becker, Yeni Seri Sayı 22, s. 218 ve 222.
- Bilge, s. 60.
- Becker, Yeni Seri Sayı 22, s. 217.
- Feyzioğlu, s. 391.
- Esat Arsebük, *Borçlar Hukuku, C. I-II* (Ankara: 3. Baskı, Güney Matbaacılık, 1950), s. 982.
- Gümüş, s. 1009.
- Bilge, s. 65.
- HGK. 12.4.1989 tarih 1989/11-14 E. ve 1989/260 K. bkz. Kocaağa, s. 88.
- Eren, s. 1312.
- Tunçomağ, *Türk Hukukunda Cezai Şart*, s. 65.
- Safa Reisoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: 23. Baskı, Beta Basım Yayım, 2012). s. 455.
- Tunçomağ, *Türk Hukukunda Cezai Şart*, s. 65, 68, 69.
- Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, s. 475.
- Eren, s. 1312, N. 3680.
- Funk, s. 229.

Arsebük, s. 980.

Becker, Yeni Seri Sayı 22, s. 219.

Funk, s. 229.

Bilge, s. 81.

Raymond Saleilles, *Alan Kanunu Medenisine Göre Borcun Genel Teorisini Etüd*, (Çev. Mişon Ventura) (İstanbul: Bacid Basımevi. 1949), s. 384.

Gümüş, s. 1008.

Tunçomağ, *Türk Hukukunda Cezai Şart*, s. 26.

Becker, Yeni Seri Sayı 22, s. 219.

Feyzioğlu, s. 388.

Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, s. 476.

Becker, Yeni Seri Sayı 22, s. 219.

Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: 7. Baskı, Turhan Kitabevi, 2006). s. 575-578.

Von Thur, s. 763.

Gümüş, s. 1009.

Eren, s. 1313.

Arsebük, s. 984.

Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II* (İstanbul: 9. Baskı, İstanbul Vedat Kitapçılık, 2012), s. 504.

Gümüş, s. 1009.

Becker, Yeni Seri Sayı 22, s. 221.

Von Thur, s. 763-767.

Arsebük, s. 981 ve 984.

Von Thur, s. 769; Bilge, s. 110; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, s. 480.

Gümüş, s. 1018.

Becker, Yeni Seri Sayı 22, s. 227.

Becker, Yeni Seri Sayı 22, s. 227; Kocaağa, s. 170.

Bilge, s. 108.

Becker, Yeni Seri Sayı 22, s. 228.

Arsebük, s. 982.

Eren, s. 1313.

Kılıçoğlu, s. 575-578.

Becker, Yeni Seri Sayı 22, s. 231.

Kocaağa, s. 170-171.

Arsebük, s. 981 ve 984.

Becker, Yeni Seri Sayı 22, s. 219.

Arsebük, s. 981 ve 984.

Becker, Yeni Seri Sayı 22, s. 219.

Funk, s. 229.

Tunçomağ, *Türk Hukukunda Cezai Şart*, s. 95.

Becker, Yeni Seri Sayı 22, s. 219.

Von Thur, 763-767.

Gümüş, s. 1019.

Funk, s. 230.

Becker, Yeni Seri Sayı 22, s. 228 ve 231.

Arsebük, 981-982.

Funk, s. 229.

Von Thur, s. 763.

Kılıçoğlu, s. 575-578.

Becker, Yeni Seri Sayı 22, s. 218.

Reisoğlu, s. 456.

Becker, Yeni Seri Sayı 22, s. 219.

Tunçomağ, *Türk Hukukunda Cezai Şart*, s. 85.

Feyzioğlu, s. 388; Tunçomağ, *Türk Hukukunda Cezai Şart*, s. 82; Oğuzman/Öz, C. II, s. 510; Arsebük, s. 982.

Funk, s. 229.

Kılıçoğlu, s. 575-578.

Saleilles, 1949. s. 385.

Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, s. 476.

Murat Aydoğdu ve Serdar Nart, *Borçlar hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), s. 335.

Funk, s. 230.

Oğuzman ve Öz, C. II, s. 511-513.

Becker, Yeni Seri Sayı 22, s. 221.

Akinci, s. 275.

Becker, Yeni Seri Sayı 22, s. 224.

Arsebük, s. 987.

Becker, Yeni Seri Sayı 22, s. 225.

Funk, s. 2309.

Haluk Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: 16. Baskı, Beta Basım Yayım, 2018). s. 483.

Reisoğlu, s. 455.

Tunçomağ, *Türk Hukukunda Cezai Şart*, s. 65-66 ve 145.

Gümüş, s. 1030.

Bilge, s. 113.

Von Thur, s. 763.

Feyzioğlu, s. 389.

Funk, s. 232.

- 11. HD. 08.12.2011 tarih e. 5797/K. 16679 "Sözleşmenin tarafları, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde sözleşmenin konusunu ve cezai şart miktarını belirlemede özgür iseler de bu özgürlüğün sınırsız ve sonsuz olduğu söylenemez. BK'nın 19, 20 ve 161'inci maddeleri bu özgürlüğün sınırını çizmiştir. Cezai şart borçlunu iktisaden mahvına sebep olacak derecede ağır ve yüksek ise adap ve ahlaka aykırı sayılarak tamamen veya kısmen iptal edilmesi gerekir." bkz. Gönen Eriş, *Ticari İşletme ve Şirketler, C. 1* (Ankara: 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2017), s. 792; Yargıtay 11. HD. 08.12.2011 tarih E. 5797/K. 16679 kara için bkz.; "İstinaf mahkemesince yapılan yargılama sonucunda, tarafların, hisse devir sözleşmeleriyle rekabet yasağı öngörmesinin ve bunu bir cezai şart yaptırımına bağlamalarının genel olarak ahlaka ve kamu düzenine aykırı olmadığı, ancak rekabet yasağı hükmünün çalışma hürriyetini aşırı sınırlandırılması ve kişilik haklarını ihlal etmesi halinde butlanının söz konusu olabileceği..." Yargıtay 15. HD. 11.05.2000 tarih 1999/4665 E. ve 2000/2324 K. bkz. YKD. 2000, C. 27, S. 9, s. 1394-1395.

Bilge, s. 113-114.

Von Thur, s. 770.

Funk, s. 230.

Nomer, s. 483, N. 238.

Von Thur, s. 763.

Tunçomağ, *Türk Hukukunda Cezai Şart*, s. 145.

"Fakat çok defa cezai şart ahlaka aykırı sayılmadığı halde fahiş görülebilir. Taraflar bahis mevzuu menfaatleri yanlış olarak takdir ettikleri ve kararlaştırılan cezai şart miktarı hal icaplarının değişmesi neticesinde borçlunun uğradığı zararlar artık mütenasip olmadığı surette de hüküm böyledir. Bu gibi hallerde hâkim serbest takdirine istinaden fahiş gördüğü cezayı tenkis etmekle mükelleftir, m.163 III/161 III (56)." (von Tuhr, s. 770).

Becker, Yeni Seri Sayı 22, s. 230.

Von Thur, s. 770.

Yargıtay HGK. 20.03.1974 tarih 1970/1053 E. ve 1974/222 K. YKD 1977, C. 3 S. 1, s. 22 vd.

Tunçomağ, *Türk Hukukunda Cezai Şart*, s. 67.

Tunçomağ, *Türk Hukukunda Cezai Şart*, s. 129.

Fezyioğlu, s. 402.

Kocaağa, s. 215.

Poroy ve Yasaman, s. 161.

Gümüş, s. 1031.

Tunçomağ, *Türk Hukukunda Cezai Şart*, s. 135-136.

Bilge, s. 119.

Bilge, s. 119; Eren, s. 1311, N. 3678; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, s. 480; Gümüş, s. 1031.

Tunçomağ, *Türk Hukukunda Cezai Şart*, s. 135-136.

Ömer Çınar, "Türk Borçlar Kanunu ve Alman Medenî Kanununa Göre Cezai Şartın İndirilmesi", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* Y. 8, S. 16 (2009): 91-115, s. 95.

Becker, Yeni Seri Sayı 22, s. 236.

Tunçomağ, *Türk Hukukunda Cezai Şart*, s. 97.

Becker, Yeni Seri Sayı 22, s. 236.

Tunçomağ, *Türk Hukukunda Cezai Şart*, s. 763-767.

Gümüş, s. 1019.

Becker, Yeni Seri Sayı 22, s. 236.

Funk, s. 230.

Gümüş, s. 1034.

Tunçomağ, *Türk Hukukunda Cezai Şart*, s. 147.

Funk, s. 232.

Oğuzman ve Öz, C. II, s. 507.

Mehmet Bahtiyar, Ali Ayli, Mehmet F. Şua ve Argun Karamanlioğlu, *Ticari İşletme Hukuku* (İstanbul: Beta Basım Yayım, 2022), s. 143.

Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku* (Ankara: 24. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No: 528, 2018), s. 151-153.

Poroy, ve Yasaman, s. 160-162.

Nomer, s. 272.

Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genele Hükümler, C. I* (İstanbul: 18. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2020), s. 522.

Poroy, ve Yasaman, s. 161-162.

Arkan, s. 158.

Nomer, s. 272.

Bahtiyar, Ayli, Şua ve Karamanlioğlu, s. 143-144.

Bahtiyar, Ayli, Şua ve Karamanlioğlu, s. 143.

Arkan, s. 158.

Arkan, 151-153.

Becker, Yeni Seri Sayı 22, s. 230.

Poroy, ve Yasaman, s. 161-162.

Oğuzman ve Öz, C. II, s. 522.

Feyzioğlu, s. 402.

Von Thur, s. 770.

YKD 1977, C. 3 S. 1, s. 22 vd.

Poroy, ve Yasaman, s. 162; Arkan, s. 160.

Cevdet Günay, *Cezai Şart* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2002). s. 216.

Bilge, s. 117.

Tunçomağ, *Türk Hukukunda Cezai Şart*, s. 144.

Von Thur, s. 763.

Poroy, ve Yasaman, s. 162.

Erişim Tarihi: 1.4.2023, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>.

"Müspet (olumlu) zarar akdin ifa edilmemesi yüzünden uğranılan zarardır. Yani akit kararlaştırılan zaman ve şekilde ifa edilmiş olsa idi alacaklı ne malvarlığı ne hale girecek idiyse o hal ile akdin ifa edilmemesi arasındaki yüzünden ne hale gelmiş ise o hal arasındaki farkı teşkil eder." (Feyzioğlu, s. 182).

Yaşar Karayalçın, *Muhasebe Hukuku* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (T. İş Bankası A.Ş. Vakfı), 1998), s. 106-107.

Erişim Tarihi: 1.4.2023, <https://karararama.yargitay.gov.tr/#collapseDetayl%C4%B1Arama>.

Gümüş, s. 1032.

Yargıtay HGK. 18.06.2019 tarih 2017/19-922 E. ve 2019/706 K. Erişim Tarihi: 1.4.2023, <https://karararama.yargitay.gov.tr>.

Schweingruber, 214-215; Scherrer, s. 7-8; (Tunçomağ, *Türk Hukukunda Cezai Şart*, s. 130-131'den naklen).

Seeliger, s. 19-21; Secretan, s. 120 (Tunçomağ, *Türk Hukukunda Cezai Şart*, s. 131-133'den naklen).

Arkan, s. 160.

Erişim Tarihi: 1.4.2023, <https://karararama.yargitay.gov.tr>.

A. Egger, A. Escher, R. Haab ve H. Oser, *İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Giriş ve Kişinin Hukuku*, (Çev. Av. Volf Çernis) (Ankara: Adalet Bakanlığı Yayınları, 1947), s. 73; Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar* (İstanbul: 25. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2019), s. 95.

Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 1-2* (İstanbul: Üçüncü Tıpkı Basımdan, Dördüncü Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, 2008), s. 300.

Becker, Yeni Seri Sayı 22, s. 4287.

Mehmet Helvacı, *Para Borçlarında Faiz* (İstanbul: Beta Basım Yayım, 2000), s. 44.

H. Oser ve W. Schönenberger, *Borçlar Hukuku İkinci Kısım*, (Çev. Recai Seçkin) (Ankara: Adalet Bakanlığı Yayını, 1950), s. 615.

Von Thur, s. 61-62.

Helvacı, s. 102.

Eren, s. 1100.

Tandoğan, s. 303.

Feyzioğlu, s. 59.

Murat Erdoğan ve Cenap İlter, "Faiz Aktifleştirme", *Muhasebe ve Finansman Dergisi* S. 26 (2005): 198-206.

Eren, s. 1096.

Helvacı, s. 27, 90.

Oğuzman ve Öz, C. II, s. 504.

Tunçomağ, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 543.

Helvacı, s. 27.

Von Thur, s. 67.

Becker, Yeni Seri Sayı 22, s. 428.

Helvacı, s. 50.

Oğuzman ve Öz, C. II, s. 327.

Von Thur, s. 763.

Oser, ve Schönerberger, s. 618.

Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, s. 476, N. 1467.

Helvacı, s. 27, 90.

Feyzioğlu, s. 247-248.

Mehmet Erdem, "Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi", *Sorumluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu* (2009): 97-124,

Erişim Tarihi: 04.03.2023, https://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/sorumluluk/s_5.pdf, s. 99.

Arsebük, s. 988.

Gümüş, s. 1018.

Kenan Tunçomağ, "Cezai Şartın Hukuki Mahiyeti", *BATİDER* C. I, S. 4 (1962): 558-568, s. 563.

Kocaağa, s. 56.

Helvacı, s. 27.

Hayri Domaniç, *Faizle Karşılanamayan Zaraların Giderilmesini Sağlayan BK 105 ve Diğer Hükümler* (Ankara: Seçkin

Yayınları, 1998), s. 40.

Oser ve Schönerberger, s. 765.

Helvacı, s. 27, 90.

Eren, s. 1224.

Von Thur, s. 770.

Becker, Yeni Seri Sayı 22, s. 217.

Eren, s. 1224.

Oser ve Schönerberger, s. 764.

Becker, Yeni Seri Sayı 22, s. 231.

Funk, s. 230.

Eren, s. 1100.

"*Esasen para borçlarında akdi faiz yüzdesinin ademi ifa halinde bir miktar yükseltileceği, mesela %7'nin %9'a çıkarılacağı hususundaki bir anlaşma da cezai şarttan başka bir şey değildir.*" (Bilge, s. 65).

Yargıtay 11. HD. 09.12.2019 tarih 2019/4551 E. ve 2019/7940 K.: "Mahkemece bozma ilamına uyularak yapılan yargılama ve benimsenen bilirkişi raporu doğrultusunda, yanlar arasında, 236 ve 250 numaralı karz akidlerinin imzalandığı ve sözleşmeler kapsamında davalı tarafça davacıya ödünç para verildiği, 236 no.lu sözleşmeyle yıllık temerrüt faizi oranının %225, 250 no.lu sözleşmeyle ise %180 olarak öngörüldüğü, davacı yanca, 6098 sayılı TBK'nın 88. ve 120. maddelerine göre, sözleşmedeki temerrüt faizi oranının geçersiz olduğu ve temerrüt faizi hususunda söz konusu Yasa hükümlerinde yer alan kanuni sınırlamaların uygulanması gerektiği ileri sürülmüşse de, her iki tarafın da tacir olduğu, tacirler için söz konusu sınırlamaların uygulanamayacağı, kural olarak, ticari işlerde faizin serbestçe kararlaştırılabileceği, ancak anılan kuralın sınırsız olarak uygulanamayacağı, Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin konuya ilişkin 16.12.2008 gün 2008/18296 E. 2008/21466 Karar sayılı ilamında da vurgulandığı üzere, *ekonomik bakımdan zayıf olan kişilerin karşı tarafça hazırlanan genel işlem koşulu niteliğindeki sözleşmeleri imzaladıkları hallerde, edimler arasında dengesizlik varsa ve sözleşmenin aynen ifası borçlunun ekonomik varlığını önemli ölçüde etkileyecek nitelikte ise hakim sözleşme hükümlerine müdahale edebileceği ve sözleşmenin hakim tarafından uyarlanabileceği, nitekim, TBK'nın 161. maddesinin temerrüt faizi yönünden bu müdahaleye olanak verecek nitelikte olduğu, davalı yanca talep edilen %180 temerrüt faizinin hukukilik denetiminin, bankaların ticari işlerde uyguladıkları temerrüt faiz oranları gözetilerek yapıldığı, bankalar tarafından uygulanan temerrüt faizi oranları gözetildiğinde davalı yanca talep*

edilebilecek temerrüt faizi oranının %90 olarak belirlendiği gerekçesiyle, asıl ve birleşen davaların kısmen kabulüne, asıl davada, 230.435,63 TL'nin, birleşen davada ise, 145.287,75 TL'nin ödendikleri tarihten itibaren işleyecek avans faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiştir." Erişim Tarihi: 9.4.2023, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>.

Tunççomağ, *Türk Hukukunda Cezai Şart*, s. 68.

Bahtiyar, s. 111 ve 134.

Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (İstanbul: 14. Baskı, On İki Levha Yayınları, 2017), s. 1505; İsmail Kırca, F. Hayal Şehirali Çelik ve Çağlar Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Temel Kavram ve İlkeler Kuruluş Yönetim Kurulu* (Ankara: Banka ve Ticaret hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No: 476, 2013), s. 574.

Alihan Aydın, *Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi* (İstanbul: Arkan Basım Yayım, 2008), s. 12.

Ahmet Türk, *Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları* (Ankara: Nobel Yayınları, 1999), s. 57-58.

Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, s. 1499, 1505.

"Bu kapsamda şirket alacaklıları açısından teminat oluşturabilecek miktar, "kanunen bağlı malvarlığı" olarak adlandırılan, pay sahiplerinin üzerinde tasarruf edemeyeceği sermayesi ve bunu uzantısı olarak kanuni yedek akçenin sermayenin yarısına kadar olan karşılığıdır. Bunu aşan kısım, pay sahibine dağıtılabileceğinden, şirket alacaklıları bakımından bir teminat oluşturmaz. Dolayısıyla anonim şirket malvarlığı ancak belirtilen bu miktar oranında şirket alacaklılarının lehine korunur. ... Görüldüğü gibi gerek anonim şirketin tüm malvarlığının, gerek yalnızca sermayenin korunması gerektiğini ileri süren görüş şirket alacaklılarının korunması gereğinden hareket etmekte, ancak alacaklılar lehine korunması gereken malvarlığı değerleri konusunda dar veya geniş yorum yapmaktadır." (Şehirali Çelik (Kırca ve Manavgat), *C. I*, s. 124 ve 125).

Mehmet Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku* (İstanbul: 14. Baskı, Beta Basım Yayın, 2020), s. 115.

Halil Arslanlı, *Anonim Şirketler, I. Umumi Hükümler* (İstanbul: 2. Baskı, Fakülteler Matbaası, 1959), s. 88.

Hayri Domaniç, *Anonim Şirketler Hukuk ve Uygulaması, TTK Şerhi II* (İstanbul: 1988 Tarihli Baskıdan Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, 2010), s. 538.

Kırca, Şehirali Çelik, Manavgat, s. 574-578.

Ünal Tekinalp, "Sermayenin Yarısını Karşılıksız Kalması Halinde Yönetim Kurulunun ve Denetçilerin Görevi", *İktisat ve Maliye Dergisi C. 2, S. 7* (1955): 280; Akar Öçal, "Anonim Şirketlerde Mali Durumun Bozulmasının Ortaya Çıkardığı Bazı Sorunlar", *ATO Dergisi S. 6* (1975): 9.

Türk, s. 61.

Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (İstanbul: 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2020), s. 290.

Türk, s. 61.

Arkan, s. 160.

"Bilançonun aktifleri (varlıklar) ile bunların kaynakları (öz ve yabancı kaynaklar) arasındaki global olarak (toplam değerleri itibariyle) kurulan oransal ilişkiler (Vermögensverhältnisse) mali durumdaki bozulmanın (ve derecenin) belirlenmesinde önemli rol oynarlar. Bu ilişkiler, çeşitli dönemlere ait bilançolarda yer alan değerler arasında da kurulabilir. Böylece öz kaynaklardaki azalmalar oransal olarak belirlenebilir. ... Gerçekten sermaye kaybında öz kaynaklar-esas sermaye ilişkisi, borca batıklıkta ise borçlar (yabancı kaynaklar) - malvarlığı ilişkisi esas alınmaktadır, bunların toplam (global) değerleri ilişkilendirilmektedir." (Türk, s. 10-11).

Tamer Bozkurt, *Şirketler Hukuku* (Ankara: 10. Baskı, Legem Yayıncılık, 2019), s. 147, 158.

Kevork Acemoğlu, "Kitap İncelemesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası C. 35, S. 1-4* (1969): 569-580, s. 575; Aksi görüş için bkz. "Kanaatimce ticari işletme hususi bir malvarlığı olarak kabul edilemez. Zira hususi malvarlığı, malvarlığı içinde ayrılmış ve belli bir amaca tahsis edilmiş ve malvarlığından farklı özel bir rejime tabi olan bir bölümdür.

Ticari işletmede ise tek bir malvarlığı vardır ve bu malvarlığı tek bir bütündür. Hak ve borçların sahibi bu işletmedir. Ayrıca ticari işletmeni ayrı bir hukuki rejimi yoktur." (Hamdi Yasaman, *Anonim Ortaklıkların Birleşmesi* (Ankara: Banka ve Ticaret hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No: 205, 1987), s. 8).

Acemoğlu, s. 575.

"*Husus mamelek eskiden beri bir gayeye tahsis edilmiş hakların tümü olarak tarif edilmektedir.*" (Ayiter, s. 29).

Nuşim Ayiter, *Mamelek Kavramı Üzerine İnceleme* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 229, 1968), s. 29.

"*Şirket mameleki her tür elbirliği ortaklığının mameleki gibi hususi mamelek sayılmaz. Çünkü "şirket mameleki ortakların o şirket dolayısıyla sahip oldukları mal ve hakların bütünün ifade eder. Bu başka bir ifadeyle şirket mamelekinin muhtelif paylardan meydana gelmiş olması demektir."* (Ayiter, s. 41).

Arkan, s. 371-372.

Arkan, s. 372.

RG: 19.12.2012-28502.

Hüseyin Ülgen, Helvacı Mehmet, Arslan Kaya ve N. Füsun Nomer Ertan, *Ticari İşletme Hukuku* (İstanbul: 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2019). s. 631.

Arkan, s. 372.

Halil Arslanlı, *Anonim Şirketler, IV. Kısım Anonim Şirketin Hesapları, V. Kısım Anonim Şirketin İnfisahı ve Tasfiyesi* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1961). s. 5.

