



Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı

İFAYA EKLENEN CEZA KOŞULU

Savaş KORKMAZ

Yüksek Lisans Tezi

Ankara, 2018

İFAYA EKLENEN CEZA KOŞULU

Savaş KORKMAZ

Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

Ankara, 2018

KABUL VE ONAY

Savaş KORKMAZ tarafından hazırlanan "İFAYA EKLENEN CEZA KOŞULU" başlıklı bu çalışma, 04/06/2018 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.



Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR (Başkan)



Doç. Dr. Ferhat CANBOLAT (Danışman)



Doç. Dr. Yıldız ABLK

Yukarıdaki imzaların adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylıyorum.

Prof. Dr. Musa Yaşar SAĞLAM

Enstitü Müdürü

BİLDİRİM

Hazırladığım tezin/raporun tamamen kendi çalışmam olduğunu ve her alıntıya kaynak gösterdiğimi taahhüt eder, tezimin/raporumun kağıt ve elektronik kopyalarının Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü arşivlerinde aşağıda belirttiğim koşullarda saklanmasına izin verdiğimi onaylarım:

- ☐ Tezimin/Raporumun tamamı her yerden erişime açılabilir.
- ☐ Tezim/Raporum sadece Hacettepe Üniversitesi yerleşkelerinden erişime açılabilir.
- ☒ Tezimin/Raporumun 3 yıl süreyle erişime açılmasını istemiyorum. Bu sürenin sonunda uzatma için başvuruda bulunmadığım takdirde, tezimin/raporumun tamamı her yerden erişime açılabilir.

04/06/2018



Savaş KORKMAZ

YAYIMLAMA VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI BEYANI

Enstitü tarafından onaylanan lisansüstü tezimin/raporumun tamamını veya herhangi bir kısmını, basılı (kâğıt) ve elektronik formatta arşivleme ve aşağıda verilen koşullarla kullanıma açma iznini Hacettepe Üniversitesine verdiğimi bildiririm. Bu izinle Üniversiteye verilen kullanım hakları dışındaki tüm fikri mülkiyet haklarım bende kalacak, tezimin tamamının ya da bir bölümünün gelecekteki çalışmalarda (makale, kitap, lisans ve patent vb.) kullanım hakları bana ait olacaktır.

Tezin kendi orijinal çalışmam olduğunu, başkalarının haklarını ihlal etmediğimi ve tezimin tek yetkili sahibi olduğumu beyan ve taahhüt ederim. Tezimde yer alan telif hakkı bulunan ve sahiplerinden yazılı izin alınarak kullanılması zorunlu metinlerin yazılı izin alınarak kullandığımı ve istenildiğinde suretlerini Üniversiteye teslim etmeyi taahhüt ederim.

- Tezimin/Raporumun tamamı dünya çapında erişime açılabilir ve bir kısmı veya tamamının fotokopisi alınabilir.

(Bu seçenekle teziniz arama motorlarında indekslenebilecek, daha sonra tezinizin erişim statüsünün değiştirilmesini talep etseniz ve kütüphane bu talebinizi yerine getirirse bile, teziniz arama motorlarının önbelleklerinde kalmaya devam edebilecektir)

- Tezimin/Raporumun 03.06/2021 tarihine kadar erişime açılmasını ve fotokopi alınmasını (İç Kapak, Özet, İçindekiler ve Kaynakça hariç) istemiyorum.

(Bu sürenin sonunda uzatma için başvuruda bulunmadığım takdirde, tezimin/raporumun tamamı her yerden erişime açılabilir, kaynak gösterilmek şartıyla bir kısmı veya tamamının fotokopisi alınabilir)

- Tezimin/Raporumun.....tarihine kadar erişime açılmasını istemiyorum ancak kaynak gösterilmek şartıyla bir kısmı veya tamamının fotokopisinin alınmasını onaylıyorum.

- Serbest Seçenek/Yazarın Seçimi

04 /06/2018


Savaş KORKMAZ

ETİK BEYAN

Bu çalışmadaki bütün bilgi ve belgeleri akademik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, görsel, işitsel ve yazılı tüm bilgi ve sonuçları bilimsel ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu, kullandığım verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığımı, yararlandığım kaynaklara bilimsel normlara uygun olarak atıfta bulunduğumu, tezimin kaynak gösterilen durumlar dışında zgn olduğunu, **Doç. Dr. Ferhat CANBOLAT** danışmanlığında tarafımdan üretildiğini ve Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Yönergesine göre yazıldığını beyan ederim.



Savaş KORKMAZ

TEŞEKKÜR

Değerli bilgisi ve engin tecrübesi ile kıymetli desteğini esirgemeyen tez danışmanım Sayın Doç. Dr. Ferhat CANBOLAT'a, hayatımın her anında olduğu gibi tez yazım sürecinde de yanımda olan ve hukuki tartışmalarla ufkumu açan sevgili eşime ve canım anneme teşekkür ederim.

Savaş Korkmaz

Ankara 2018



ÖZET

KORKMAZ, Savaş, *İfaya Eklenen Ceza Koşulu*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2018.

Kanun koyucu alacağı kuvvetlendirmek ve temin amacıyla rehin, kefalete benzer bir teminat olarak ceza koşulu kurumunu düzenlemiştir. Ceza koşulunun bir türü olan ifaya eklenen ceza koşulu, özellikle borcunu kararlaştırılan zamanda veya yerde teslim etmeyen borçlu üzerinde bir baskı aracı olmaktadır. TBK m. 179/2’de düzenlenen ifaya eklenen ceza koşulu ile alacaklı hem asıl borcun hem de cezanın ifasını talep edebilmektedir. Hükümde yer alan ceza koşulunun talep edilebilmesi için asıl sözleşmede kararlaştırılan borca aykırı davranışın gerçekleşmesi, alacaklının hakkından açıkça feragat etmemiş olması ve ifayı kabul sırasında saklı tutma beyanında bulunmuş olması şarttır. Alacaklı ifaya eklenen ceza koşulunu hiçbir zarara uğramamış olsa dahi talep edebilir. Fahiş miktarda olan ifaya eklenen ceza koşulunun indirilmesinin talep edilebilmesi mümkündür. Ceza miktarından daha fazla bir zarara uğradığı iddiasında olan alacaklı bu zararının tazminini talep edebilir. Uygulamada sıklıkla ifaya eklenen ceza koşulu kayıtlarına yer verilmektedir. İnşaat sözleşmelerinde teslim tarihine uyulmasını sağlamak, akaryakıt bayilik sözleşmelerinde minimum satış taahhüdüne uyulmasını sağlamak, sistem kullanım anlaşmalarında sisteme zarar verilmemesi ve borçların gereği gibi yerine getirilmesini sağlamak amacıyla ifaya eklenen ceza koşulu kararlaştırılmaktadır.

Anahtar Sözcükler

Ceza Koşulu, İfaya Eklenen Ceza Koşulu, Zarar, Tazminat, Borcun İhlali.

ABSTRACT

KORKMAZ, Savaş, *Cumulative Penalty*, Master's Thesis, Ankara, 2018.

The law maker has regulated penalty clause as a warrant like pledge and bailment to strengthen the claim. As a kind of the penalty clause, cumulative penalty is a means of pressure on the debtor who didn't deliver the debt on the decided place and time. According to the cumulative penalty regulated in TCO c.179/2, claimant can demand the fulfillment of the primary obligation and also the penalty. The penalty clause regulated in TCO c.179/2 can be claimable on condition that the violation decided in the main contract has been actualised, the claimant didn't expressly waive the right to claim the debt and the claimant has stated to reserve the right to demand penalty clause while accepting the fulfillment. The claimant can demand the cumulative penalty even if there is no loss. Reduction from the illicit cumulative penalty is claimable. The claimant who suffered a loss more than the penalty, can demand compensation for such loss. In practice, cumulative penalty clauses are regulated in the contracts, frequently. Cumulative penalty clauses are regulated to ensure the delivery on time in the construction contracts, to assure the minimum sale commitment in the fuel vender contracts, to secure the system from damages and to make sure that the debts are fulfilled properly in the system use contracts

Key Words

Penalty , Cumulative Penalty , Loss , Compensation, Breach.

İÇİNDEKİLER

KABUL VE ONAY.....	i
BİLDİRİM.....	ii
ETİK BEYAN	iii
YAYIMLAMA VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI BEYANI	iv
TEŞEKKÜR.....	v
ÖZET	vi
ABSTRACT.....	vii
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR.....	xiv
GİRİŞ.....	1

1. BÖLÜM

GENEL OLARAK İFAYA EKLENEN CEZA KOŞULU

1.1. İFAYA EKLENEN CEZA KOŞULU KAVRAMI, UNSURLARI VE ŞEKLİ.....	4
1.1.1. Ceza Koşulu ve İfaya Eklenen Ceza Koşulu Kavramı.....	4
1.1.1.1. Ceza Koşulu Kavramı	4
1.1.1.2. İfaya Eklenen Ceza Koşulu Kavramı	5
1.1.2. İfaya Eklenen Ceza Koşulunun Unsurları	7
1.1.2.1. Geçerli Bir Asıl Borcun Varlığı	7
1.1.2.2. Ceza Koşulu Anlaşması	10
1.1.2.3. Asıl Borçtan Ayrı Bir Edim Kararlaştırılması	14
1.1.2.5. İfaya Eklenen Ceza Koşulu Karinesi	18

1.2.1. İfaya Eklenen Ceza Koşulunun Hukuki Niteliği	22
1.2.2.1. Borçluyu İfaya Zorlama.....	25
1.2.2.2. Tazminatın Önceden Belirlenmesi	26
1.2.3.1. Her Türlü Borç İçin Kararlaştırılabilme Özelliği	29
1.2.3.2. Her Türlü Edimin İfaya Eklenen Ceza Koşulu Olarak Kararlaştırılabilme Özelliği ..	30
1.2.3.3. Fer'i Bir Hak Olma Özelliği	32
1.3.1. Genel Olarak.....	36
1.3.2. Ceza Koşulunun Diğer Türleri	37
1.3.2.1. Seçimlik Ceza Koşulu	37
1.3.2.2. İfayı Engelleyen Ceza Koşulu.....	40
1.3.3. Bir Ceza Kaydının İfaya Eklenen Ceza Koşulu Olduğunun Belirlenmesi	43
1.4. BENZER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI.....	46
1.4.1. Götürü Tazminatla Karşılaştırılması	46
1.4.2. Seçimlik Borç ile Karşılaştırılması	49
1.4.3. Bağlanma Parası ve Cayma Parası ile Karşılaştırma	50

2. BÖLÜM

İFAYA EKLENEN CEZA KOŞULUNUN HÜKÜMLERİ

2.1. İFAYA EKLENEN CEZA KOŞULUNUN TALEP EDİLEBİLMESİ	52
2.1.1. İFAYA EKLENEN CEZA KOŞULUNUN İFASININ TALEP EDİLEBİLMESİ İÇİN GEREKLİ ŞARTLAR.....	52
2.1.1.1. İfaya Eklenen Ceza Koşulunun Muacceliyeti.....	53
2.1.1.1.1. Asıl Borcun Kararlaştırılan Zamanda veya Yerde İfa Edilememesi	55
2.1.1.1.1.1. İfa Yeri	56
2.1.1.1.1.1.1. Kavram	56
2.1.1.1.1.1.2. Kanuna veya Taraf İradelerine Dayanan İfa Yeri Belirlemeleri	57
2.1.1.1.1.1.3. Kanuna Dayanarak Belirlenen İfa Yerinin Varlığında İfaya Eklenen Ceza Koşulunun Talep Edilmesi.....	58
2.1.1.1.1.2. İfa Zamanı	59
2.1.1.1.1.2.1. Kavram	59
2.1.1.1.1.2.2. İfa zamanı ve Vade	60
2.1.1.1.2. Asıl Borcun Kararlaştırılan Yer Veya Zamanda İfa Edilmemesinin Sonuçları	62
2.1.1.2. Alacaklının Hakkından Açıkça Feragat Etmemiş Olması	63
2.1.1.2.1. Genel Olarak.....	63

2.1.1.2.2. Feragat Beyanı	64
2.1.1.3. Alacaklının İfayı Çekincesiz Kabul Etmemiş Olması	65
2.1.1.3.1. Genel Olarak.....	65
2.1.1.3.2. Koşulları.....	66
2.1.1.3.2.1. Asıl Borcun Kararlaştırılan Şekilde İfa Edilmemiş Olması	66
2.1.1.3.2.2. Uygun Olmayan İfanın Alacaklı Tarafından Kabul Edilmiş Olması	67
2.1.1.3.2.3. Cezayı İsteme Hakkının Saklı Tutulmaması	67
2.1.1.3.2.3.2. Beyan Anı	69
2.1.2. CEZA KOŞULUNUN KUSUR VE ZARARLA İLİŞKİSİ	69
2.1.2.1. Ceza Koşulu ve Kusur İlişkisi.....	69
2.1.2.2. Ceza Koşulu ve Zarar İlişkisi.....	71
2.1.3. İFAYA EKLENEN CEZA KOŞULUNU AŞAN ZARARLARIN TALEP EDİLEBİLMESİ ...	72
2.1.3.1. Genel Olarak	72
2.1.3.2. Aşan Zararın Talep Edilebilmesinin Koşulları.....	76
2.1.3.2.1. Kusurlu Olma ve Kusurluluğu İspat Etme.....	76
2.1.3.2.2. İfaya Eklenen Ceza Koşulunu Aşan Zararın Bulunması	77
2.1.3.2.3. Asıl Borcun İhlali ile Zarar Arasındaki İliyet Bağı.....	78
2.2. İFAYA EKLENEN CEZA KOŞULUNUN İNDİRİLMESİ VE SONA ERMESİ	79
2.2.1. İFAYA EKLENEN CEZA KOŞULUNUN İNDİRİLMESİ	79
2.2.1.1. Genel Olarak	79
2.2.1.2. Koşulları	81
2.2.1.2.1. Geçerli Ceza Koşulunun Varlığı.....	82
2.2.1.2.2. Koşulun Muaccel Olması	82
2.2.1.2.3. Koşulun Fahiş Olması	83
2.2.1.2.4. Koşulun İfa Edilmemiş Olması	84
2.2.1.2.5. Borçlunun Talebi	85
2.2.1.3. Tacirler Bakımından İndirim	86
2.2.1.3.1. Tacir Kavramı.....	86
2.2.1.3.1.1. Gerçek Kişi Tacirler.....	86
2.2.1.3.1.2. Tüzel Kişi Tacirler	88
2.2.1.3.2.1. Kural	88
2.2.1.3.2.2. Yargıtay Uygulaması.....	90
2.2.2. İFAYA EKLENEN CEZA KOŞULUNUN SONA ERMESİ	91

2.2.2.1. Bağımsız Bir Borç Olarak Sona Ermesi	92
2.2.2.3. İfaya Eklenen Ceza Koşulunun Uygulanmasının Yasaklandığı Durumlar	94

3. BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA İFAYA EKLENEN CEZA KOŞULU UYGULAMALARI

3.1. İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE İFAYA EKLENEN CEZA KOŞULU	96
3.1.1. İnşaat Sözleşmesi'nin Tanımı ve Tarafları	96
3.1.2. İnşaat Sözleşmesi'nin Özellikleri	96
3.1.3. İnşaat Sözleşmesi'nin Unsurları	97
3.1.3.1. İnşa Eseri Meydana Getirme	97
3.1.3.2. Ücret	98
3.1.4. İnşaat Sözleşmesinde Tarafların Borçları	98
3.1.4.1. İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Meydana Getirme ve Zamanında Teslim Borcu	98
3.1.4.1.1. Teslim Borcu	98
3.1.4.1.2. Tarafların Teslim Zamanı Kararlaştırmaması Durumu	99
3.1.5. Yüklenicinin Teslim Borcuna Aykırı Davranmasının Sonuçları ve İfaya Eklenen Ceza Koşulu Kayıtları	100
3.1.5.1. Genel Olarak	100
3.1.5.2. İnşaat Sözleşmelerinde Yer Alan Ceza Kayıtlarının Türünün Belirlenmesi	101
3.1.5.3. Kira Kaybı Tazminatı İfaya Eklenen Ceza Koşulu İlişkisi ve Yargıtay Uygulamaları	102
3.1.5.4. İnşaat Sözleşmelerinde Kararlaştırılan İfaya Eklenen Ceza Koşulunun Hükümleri	105
3.1.5.4.1. Kusur ve Zararla İlişkisi	105
3.1.5.4.1.1. Kusurla İlişkisi	105
3.1.5.4.1.2. Zararla İlişkisi	105
3.1.5.4.2. Talep Edilmesi İçin Gerekli Şartlar	106
3.1.5.4.2.1. Eserin Sözleşmede Kararlaştırılan İhlal Sebebiyle Teslim Edilememesi	106
3.1.5.4.2.2. İş Sahibinin Hakkından Açıkça Feragat Etmemesi	107
3.1.5.4.2.3. İş Sahibinin İfayı Çekincesiz Kabul Etmemesi	108
3.1.5.4.3. İfaya Eklenen Ceza Koşulunun İndirilmesi	109
3.1.5.4.4. Aşan Zararların Talep Edilebilmesi	111

3.2. AKARYAKIT BAYİLİK SÖZLEŞMELERİNDE İFAYA EKLENEN CEZA KOŞULU	112
3.2.1. Akaryakıt Bayilik Sözleşmeleri	112
3.2.1.1. Genel Olarak	112
3.2.1.2. Sözleşmenin Süresi	113
3.2.1.3. Minimum Satış Taahhüdü	114
3.2.2. Akaryakıt Bayilik Sözleşmelerinde Ceza Koşulu Kararlaştırılması	115
3.2.2.1. Genel Olarak	115
3.2.2.2. Akaryakıt Bayilik Sözleşmelerinde Kararlaştırılan Ceza Koşulunun Türünün Belirlenmesi	116
3.2.2.3. Akaryakıt Bayilik Sözleşmelerinde Kararlaştırılan İfaya Eklenen Ceza Koşulunun Hükümleri	117
3.2.2.3.1. Kusur ve Zararla İlişkisi	117
3.2.2.3.2. Talep Edilebilmesi İçin Gerekli Şartlar	118
3.2.2.3.2.1. Minimum Alım Taahhüdüne Uyulmaması	118
3.2.2.3.2.2. Dağıtıcının Hakkından Açıkça Feragat Etmemesi	118
3.2.2.3.2.3. Dağıtıcının İfayı Çekincesiz Kabul Etmemesi	118
3.2.2.3.3. İfaya Eklenen Ceza Koşulunun İndirilmesi	120
3.2.2.3.4. Aşan Zararların Talep Edilebilmesi	121
3.3. SİSTEM KULLANIM ANLAŞMALARINDA İFAYA EKLENEN CEZA KOŞULU	122
3.3.1. Sistem Kullanım Anlaşmaları	122
3.3.1.1. Tanımı ve Tarafları	122
3.3.1.2. Hukuki Niteliği	123
3.3.1.3. Tarafların Hak ve Yükümlülükleri	124
3.3.2. Sistem Kullanım Anlaşmalarında Yer Alan Ceza Kayıtları	124
3.3.2.1. Genel Olarak	124
3.3.2.2. Sistem Kullanım Anlaşmalarında Yer Alan İhtar Şartı ve Yargıtay Uygulaması ...	125
3.3.2.3. Sistem Kullanım Anlaşmalarında Kararlaştırılan Ceza Koşulunun Türünün Belirlenmesi	127
3.3.2.4. Sistem Kullanım Anlaşmalarında Kararlaştırılan İfaya Eklenen Ceza Koşulunun Hükümleri	128
3.3.2.4.1. Kusur ve Zararla İlişkisi	128
3.3.2.4.2.2. TEİAŞ'ın Hakkından Açıkça Feragat Etmemesi	131
3.3.2.4.2.3. TEİAŞ'ın İfayı Çekincesiz Kabul Etmemesi	131
3.3.2.4.3. İfaya Eklenen Ceza Koşulunun İndirilmesi	132
3.3.2.4.4. Aşan Zararların Talep Edilebilmesi	133

KAYNAKÇA.....	142
EK 1: TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU	151
EK 2: ETİK KOMİSYON MUAFİYETİ FORMU	152



KISALTMALAR

bknz.	: Bakınız
c.	: clause
DEÜ	: Dokuz Eylül Üniversitesi
E.	: Esas
EPDK	: Enerji Piyasası Denetleme ve Düzenleme Kurumu
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	: Karar
KİK	: 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu
KİSK	: 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu
m.	: Madde
No.	: Numara
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayı
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu

TCO	: Turkish Code of Obligations
TEİAŞ	: Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
Vd.	: Ve devamı
Vol.	: Volume
Y.	: Yıl



GİRİŞ

Karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulan sözleşmelerde, borçlunun yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmesi büyük önem arz etmektedir. Kurulma aşamasında borçlu, tüm borçları gereği gibi yerine getireceği hususunda verdiği taahhüdü her zaman yerine getirmeyebilir. Kanun koyucu, tarafların karşılıklı irade beyanlarıyla oluşturdukları güven ortamının bozulmasını engellemek ve borcun gereği gibi ifasını sağlamak amacıyla bir takım teminatlar öngörmüştür. Genel anlamda ceza koşulu bu güveni korumak ve borcun gereği gibi ifasını teminat altına alma işlevini yerine getirmektedir.

Ceza koşulunun ve bir türü olan ifaya eklenen ceza koşulunun önemli fonksiyonlarından biri de, borçlu üzerinde asıl sözleşme ilişkisi içerisindeki yükümlülüklerini yerine getirmesi hususunda yarattığı psikolojik baskıdır. Bu baskı, ifaya eklenen ceza koşulunda, ceza koşulunun diğer türlerine göre daha açık bir şekilde kendini göstermektedir. İfaya eklenen ceza koşulu, borcunu sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde ifa etmeyen borçlu üzerinde yarattığı psikolojik baskı aracılığıyla, borcu gereği gibi yerine getirmeye zorlar ve bu sayede asıl borcu teminat altına alır.

Borçlu, yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda, herhangi bir zararın doğmuş olmasından bağımsız olarak, bir ceza koşulunu da yerine getirme külfeti altına girer. Borçlu bu sayede asıl borcunu ifa konusunda daha dikkatli, özenli ve istekli olur.

Asıl sözleşmede yer alan yükümlülüklerin ifasını teminat altına alan, borçluyu borcunu gereği gibi ifaya zorlayan ifaya eklenen ceza koşulu, uygulamada özellikle büyük bedelli sözleşmelerde sıklıkla kararlaştırılmaktadır. Bu bağlamda çalışmada ifaya eklenen ceza koşulu uygulamada yer alan bazı sözleşmeler kapsamında karşılaşılan problemler açısından değerlendirilmekte ve konuya ilişkin yargı kararları incelenmektedir. Bu çalışma ifaya eklenen ceza koşulunun tanımlanması, çerçevesinin ve hukuki niteliğinin belirlenmesi ile diğer bazı kavramlardan ayrıştırılması suretiyle uygulamada karşılaşılan problemlere çözüm üretmek açısından önem arz etmektedir.

Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır.

Birinci bölümde ifaya eklenen ceza koşulu tanımlanmakta, koşulun şekline ve unsurlarına ilişkin açıklamalar yapılmakta, hukuki niteliği ve genel çerçevesi belirlenmektedir. Ayrıca bu bölümde bir ceza koşulu kaydının ifaya eklenen ceza koşulu olduğunun belirlenmesi ve bu belirlemenin önemine değinilmektedir. Uygulamada ifaya eklenen ceza koşulu ile sıklıkla karıştırılan bir tazminat türü olan götürü tazminat kavramı ifaya eklenen ceza koşulu ile karşılaştırılmaktadır.

İkinci bölümde ifaya eklenen ceza koşulunun ne zaman muaccel olacağına değinilmektedir. İfaya eklenen ceza koşulunun muaccel olabilmesinin temerrüt şartına bağlanıp bağlanmayacağına ilişkin açıklamalar yapılmaktadır. Bununla birlikte muaccel hale gelmiş bir ifaya eklenen ceza koşulunun talep edilebilmesi için gereken ve TBK m. 179/2’de düzenlenen şartlar incelenmektedir. İfaya eklenen ceza koşulunun zarar ve kusurla olan ilişkisi de bu bölümde ele alınmaktadır. Ceza miktarını aşan bir zararın bulunması halinde talep edilebilmesinin ve fahiş miktardaki cezanın indirilebilmesinin şartları incelenmektedir.

Üçüncü bölümde Türk hukukunda ifaya eklenen ceza koşulunun sıklıkla görüldüğü sözleşme türleri incelenmektedir. Bu bağlamda özellikle inşaat sözleşmeleri, akaryakıt bayilik sözleşmeleri ve sistem kullanım anlaşmalarında yer alan ifaya eklenen ceza koşulu kayıtlarına değinilmektedir. Bu sözleşme türleri belirlenirken uygulamada ifaya eklenen ceza koşulunun sıklıkla kararlaştırıldığı ve Yargıtay kararlarına sıklıkla konu olmuş sözleşme türleri seçilmiştir. Ceza koşulunun bir türü olan ifaya eklenen ceza koşulunun saf bir biçimde görüldüğü bu sözleşmelerde yer alan ceza kayıtlarının niteliği incelenmektedir. Özellikle de inşaat sözleşmelerinde eserin zamanında teslim edilmemesine ilişkin ceza kayıtları ve Yargıtay kararlarında görülen kira kaybı tazminatının ifaya eklenen ceza koşulu ile olan ilişkisi değerlendirilmiştir. Akaryakıt bayilik sözleşmelerinde, sözleşme süresinin sona ermesinden sonra saklı tutma beyanında bulunmayan dağıtıcının hakları incelenmektedir. Yine bu bölümde Türkiye Elektrik İletim A.Ş.’nin sistem kullanım anlaşmalarında yer

alan ceza kayıtları, buna ilişkin getirilen ihtar şartı ve Yargıtay'ın bu konudaki uygulamaları incelenmiştir.



1. BÖLÜM

GENEL OLARAK İFAYA EKLENEN CEZA KOŞULU

1.1. İFAYA EKLENEN CEZA KOŞULU KAVRAMI, UNSURLARI VE ŞEKLİ

1.1.1. Ceza Koşulu ve İfaya Eklenen Ceza Koşulu Kavramı

1.1.1.1. Ceza Koşulu Kavramı

Ceza koşulu, TBK'nın genel hükümler kısmında ve borç ilişkilerinde özel durumlar bölümünün 179-182. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

TBK'da ceza koşulunun bir tanımı yapılmamış olsa da, doktrinde ve Yargıtay kararlarında ceza koşulunun tanımı bulunmaktadır. Ceza koşulu terimi, ceza koşulunu doğuran hukuki işlemi, yani ceza koşuluna ilişkin anlaşmayı ve hukuki işlem ile oluşturulan asıl borçtan ayrı olan edimi ifade etmektedir¹.

Reisoğlu ceza koşulunu, asıl borcun sözleşmede kararlaştırılan şekilde yerine getirilmemesi halinde alacaklının borçluya ödemeyi vadettiği *“ekonomik değeri haiz hukuki muamele ile belirlenmiş bir edim”* olarak tanımlamaktadır². Yargıtay'ın bir kararında ceza koşulu *“Geçerli bir borcun yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesi, ya da belli bir yerde, belli bir zamanda yerine getirilmemesi durumunda borçlunun ödemesi gereken ve malca değeri olup, bir hukuki işlem ile belli edilen götürü bir edimdir.”* şeklinde tanımlanmıştır³.

¹ **Eren**, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017., s.1209; **Hatemi Hüseyin/Gökyayla** Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s.345.

² **Reisoğlu** Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s.455; benzer yöndeki diğer tanımlar için bkz. **Hatemi/Gökyayla** s.351; **Eren**, s.1205.

³ İlgili karar için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 17.02.1971 tarih ve 1505/85 sayılı kararı www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 22.12.2016]

Ceza koşulu, bir tür geciktirici koşula bağlı, “*asıl borca dayanan fer’i nitelikli bir edim*” borcudur⁴. Asıl borca ilişkin ilave bir anlaşma niteliğinde sayılmaktadır⁵. Bu anlaşma, borçlunun sözleşmeye aykırılığı halinde alacaklıya ödemeyi kabul ettiği ceza hususundaki anlaşmadır⁶.

Ceza koşuluna ilişkin düzenlemelerin özel hükümler yerine genel hükümlerde yer almasının nedeni ceza koşulunun bağımsız bir hukuki işlem olmayıp, borçlar hukuku kapsamında her türlü hukuki ilişkiye uygulanabilmesidir⁷.

Ceza koşulu ile ilgili olarak yapılan tanımlarda; ceza koşulunun bir asıl borcun varlığında ve bu borca aykırı davranış sonucunda ortaya çıkması, asıl borca bağlılığı, ekonomik bir değer taşıması ve her tür borç ilişkisi için kararlaştırılabilmesi unsurları yer almaktadır.

Bu bağlamda ceza koşulunu tanımlamak gerekirse; ceza koşulu, her türlü borç ilişkisi için kararlaştırılabilen ve asıl borca aykırı davranılması halinde ifası gereken ekonomik değeri haiz fer’i nitelikteki edim borcudur.

1.1.1.2. İfaya Eklenen Ceza Koşulu Kavramı

TBK’da ifaya eklenen ceza koşuluna ilişkin olarak “*Ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir.*” şeklinde bir hüküm yer almaktadır. Bu hüküm alacaklıya ifa ile beraber ceza koşulunu da talep edebilmesine olanak tanıyan bir ceza koşulu türünü düzenlemektedir. Hükme göre alacaklı, borçlunun borcu sözleşmede kararlaştırılan yerde veya zamanda ifa edememesi durumunda hem ifanın gereği gibi yerine getirilmesini hem de

⁴ Eren, s. 1211; Kılıçoğlu Ahmet Mithat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s.971; Hatemi/Gökyayla, s.347; Nomer Haluk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, 15. Bası, Eylül 2017, s.361; İnan Ali Naim/Yücel Özge, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2014.

⁵ Nomer, s.361; Hatemi/Gökyayla, s.351; Tamer Ahmet, Tacirler Bakımından Cezai Şart (Ceza Koşulu), TAAD, yıl:4 Sayı:14, s.731-770, Temmuz 2013, s.735.

⁶ Eren, s.1209; Oğuzman Kemal/Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, 16. Baskı, İstanbul 2018, s.898; İnan/Yücel, s s.564; Tamer, s.735.

⁷ Kocağa Köksal, Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s.39.

ceza koşulunu talep edebilmektedir⁸. Bu özelliği nedeniyle ifaya eklenen ceza koşuluna “*toplu ceza*”, “*taleplerin birleşmesi*” denildiği olmuştur⁹.

İfa ile beraber talep edilebilen ceza koşulunda borçlunun, ifayı gereği gibi yerine getirmediği takdirde asıl borçla beraber ceza koşulunu da ifa etmek zorunda kalacağı korkusu, borçlu üzerinde oldukça yoğun bir psikolojik baskı yaratmaktadır.

TBK m. 179/2, bir sözleşmede ceza koşulu kaydının yer alması ancak bunun türüne ilişkin bir düzenleme yapılmamış olması durumunda ceza koşulunun türünün ne olacağına yönelik bir karineden başka bir şey değildir. Karineye göre ceza koşulu, borcun kararlaştırılmış olan zaman veya yerde yerine getirilmemesine ilişkin ise bu koşulun türü ifaya eklenen ceza koşuludur¹⁰. Bu iki ihlal hali dışındaki tüm borca aykırılık hallerinde ise aksine bir düzenleme olmadıkça seçimlik ceza koşulunun varlığı karine olarak kabul edilmelidir¹¹. Kanun koyucunun iki aykırılık hali dışındaki diğer tüm hallerde seçimlik ceza koşulunu karineten düzenlemesinden, borçlu yararına bir yorumlama yapılmasını amaçladığı anlaşılmaktadır. Zira seçimlik ceza koşulunda borçlu ya borcu ya cezayı ödeyerek borçtan kurtulmaktadır.

TBK m. 179/2 gereği hem asıl borcun hem de cezanın ifasının talep edilebilmesi için ceza koşulunun, borcun belirlenen yer veya zamanda yerine getirilmemesi hallerine özgü olarak kararlaştırılmış olması gerekmektedir. Ancak sözleşme

⁸ Kocaağa, s.150; Hatemi/Gökyayla, s.350; Nomer, s.354.

⁹ Bilge Necip, Cezai Şart, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1957, s.104; Eren, s.1211.

¹⁰ Tunçomağ Kenan, Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul Hukuk Fakültesi Yayınları, Baha Matbaası, İstanbul, 1963, s.46; Kocaağa, s.151.

¹¹ Kocaağa, s.151; Hatemi/Gökyayla, s.356; Tunçomağ, s.46; Yargıtay'ın bir kararında “...yasa hükmünden de açıkça anlaşılacağı gibi, ifaya eklenen ceza koşulunda, şart gerçekleştiği takdirde alacaklı, hem ifayı hem de cezayı talep edebilecektir. Buna öğretide taleplerin birleşmesi veya toplanması denmektedir. TBK, borcun belirlenen zamanda veya yerde ifa edilmemesi hali için kararlaştırılmış ceza koşulunun, ifaya eklenen ceza koşulu niteliğinde olacağına dair bir karine koymuştur. Bu iki olasılık dışında kalacak eksik ifa hallerinde TBK'nun 179/II. md. değil, 179/I. md. hükmü uygulanacaktır. Zira Kanun, 179. maddenin ikinci fıkrasında bütün eksik ifa hallerini değil, bunlardan sadece zaman veya yer itibarıyla aykırılık teşkil edenlerin ifaya eklenen ceza koşulu olduğunu kabul etmiştir...” denilmektedir. Bu kararda kanuni düzenlemeye ile benzer yönde, iki ihlal hali dışındaki borca aykırılık hallerinde seçimlik ceza koşulunun varlığının aranması gerektiği hüküm altına alınmıştır. İlgili karar için bkz. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi E. 2014/4912 K. 2014/8686 T. 5.5.2014 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com. [Erişim Tarihi: 22.12.2016]

serbestisi ilkesi gereği taraflar kanun hükmünde belirtilen haller dışında da ifaya eklenen ceza koşulu kararlaştırılabilirler. Örneğin bir eser sözleşmesinde eserin belirlenen vasıflara uygun durumda olmaması haline yönelik olarak ifaya eklenen ceza koşulu kararlaştırılabilir¹². İfaya eklenen ceza koşulu borcun kararlaştırılan şekilde teslim edilmediği anda muaccel olacaktır.

1.1.2. İfaya Eklenen Ceza Koşulunun Unsurları

1.1.2.1. Geçerli Bir Asıl Borcun Varlığı

İfaya eklenen ceza koşulundan söz edebilmek için her şeyden önce taraflar arasında kurulmuş geçerli bir borç ilişkisinin varlığı şarttır. Geçerli bir borç ilişkisinin olmadığı yerde bir ifaya eklenen ceza koşulunun varlığından da bahsedilemez. Bu aslen ceza koşulunun fer'i niteliğinin de sonucudur. İfaya eklenen ceza koşulunun hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi, asıl borcun *"tam ve kesin bir borç"* şeklinde ortaya çıkmasına bağlıdır. Asıl borç tam ve kesin bir şekilde ortaya çıkıncaya kadar onun ifasını teminat altına alan ifaya eklenen ceza koşulu da askıda kalır, hüküm ve sonuçlarını doğurmaz¹³.

Geçerli olması kaydıyla her türlü borcun ifaya eklenen ceza koşuluyla güvence altına alınması mümkündür¹⁴. Nitekim ifaya eklenen ceza koşulu, yapma borçlarında kararlaştırılabileceği gibi bir şeyin yapılmaması veya teslimine ilişkin sözleşmelerde kararlaştırılabilir. Bu sayede alacaklı geçerli olarak kurulmuş bir borç ifa edilmediğinde hem cezayı hem de ifayı talep edebilecektir. Bu husus borçlar hukukundaki sözleşme serbestisi ilkesinin bir gereğidir.

Asıl borcun geçersiz olması onu güvence altına alan ifaya eklenen ceza koşulunu da geçersiz kılar¹⁵. Gerçekten de bir borcun ifasından ya da ifa

¹² Kılıçoğlu, s.978; Kocağa, s.151; Tekinay S. Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Haluk/Altıtop Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul, 1993, s.351; Oğuzman/Öz, s.878; Bilge, s.104; Eren, s. 1211; Tunçomağ, s.46; Hatemi/Gökyayla, s.350.

¹³ Bilge, s.104; Tunçomağ, s.46; Kılıçoğlu, s.973; Kocağa, s.83; Hatemi/Gökyayla, s.346.

¹⁴ Kocağa, s.84; Hatemi/Gökyayla, s.347; Nomer, s.363.

¹⁵ Hatemi/Gökyayla, s.346; Eren, s.1211; Kılıçoğlu, s.973; Kocağa, s.93; Yıldırım Uğur: Cezai Şart, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010, s.366; benzer yönde Yargıtay kararları için bkz.

edilmemesinden bahsetmek istiyorsak her şeyden önce geçerli bir borç ilişkisine ihtiyaç duyarız. Geçersizlik hallerinden yok hükmünde, kesin hükümsüz, iptal edilebilir olan sözleşmelere konulan ceza koşulu kayıtları da aynı yaptırıma tabi olacaktır.

Asıl borcun geçerli olabilmesi için, sözleşme özgürlüğü içerisinde hukuk düzeninin tayin ettiği sınırlar içerisinde olması gereklidir. Türk Hukuku açısından da sözleşmenin özgürlüğünün sınırlarını; “*kişilik hakkına aykırılık, emredici hükümlere aykırılık, hukuka aykırılık, kamu düzenine aykırılık, ahlaka aykırılık, sözleşme konusunun imkânsızlığı*” olarak sıralamak mümkündür. Bu sınırlara uymayan sözleşmeler kesin hükümsüzlük yaptırımıyla karşılaşacaktır. Kesin hükümsüzlük yaptırımının ortaya çıkması için mahkeme kararına gerek yoktur. Sözleşme herhangi bir beyana ihtiyaç duymadan sözleşmenin yapıldığı andan itibaren (ex tunc) hüküm ve sonuçlarını doğurmaz¹⁶. Kanun hükmünde açıkça sayılmamasına rağmen şekil noksanlığı olan işlemler, muvazaalı işlemler ile ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerce yapılan hukuki işlemler kesin hükümsüz sayılmaktadır¹⁷. Borçlandırıcı sözleşmeler bakımından kesin hükümsüz bir işlem, fer’i hakların da doğmasına engel olur¹⁸. Eğer taraflardan biri edimini önceden ifa etmişse, ifa ettiği edimin iadesini somut olaya göre istihkak davası ya da sebepsiz zenginleşme davasıyla isteyebilir¹⁹.

Geçerli olarak kurulmuş olmakla birlikte, hak sahibi tarafından geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılabilen sözleşmeler iptal edilebilir sözleşmelerdir²⁰. Bir sözleşme ilişkisindeki taraflardan her birinin sakatlık hallerinin oluşması halinde sözleşmeyi iptal hakkı mevcuttur. Bu hak, sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılmasını sağlayan yenilik doğuran bir haktır²¹. İrade sakatlığı halleri ile gabin hallerinde sözleşmeler iptal edilebilir niteliktedir. Bir sözleşmenin

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E. 2016/169 K. 2016/2211 T. 11.4.2016; Yargıtay 23. Hukuk Dairesi E. 2015/5281 K. 2016/3331 T. 31.5.2016 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 19.08.2017].

¹⁶ **Kırkbeşoğlu** Nagehan, Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, Vedat Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2011, s.24

¹⁷ **Oğuzman/ Öz**, s. 137; **Reisoğlu**, s. 139.

¹⁸ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 376; **Kırkbeşoğlu**, s.24.

¹⁹ **Seliçi Özer**, Borçlar Kanuna Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977, s. 44.

²⁰ **Eren**, s. 370; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s.452.

²¹ **Oğuzman/Öz**, s.100.

iptal edilmesi halinde asıl borç ile birlikte onu teminat altına alan ifaya eklenen ceza koşulu da iptal edilir. Fakat iradesi sakatlanmış olan taraf asıl borcu doğuran işlemin sakatlığını öğrendikten sonra ceza ödemeyi taahhüt ederse, bu durumda zımnen hukuki işlemi iptal etmekten vazgeçtiği sonucuna ulaşılır²². Asıl borcun dayandığı sözleşmenin feshedilerek sona erdirilmesi halinde de ifaya eklenen ceza koşulundan bahsedilemeyecektir²³.

Alacaklısı tarafından dava veya takip konusu yapılamayan borçlara eksik borç denir²⁴. Kumar ve bahisten doğan borçlar, zamanaşımına uğramış borçlar, ahlaki ödevlerin yerine getirilmesinden doğan borçlar, evlenme tellallığından doğan borçlar eksik borçlardır. Kural olarak eksik borçların ifasını teminen ceza koşulu anlaşması yapılabilir. Ancak kumar borcundan doğan borçların ceza koşuluna bağlanması ahlaka aykırılık teşkil edeceğinden bu borçların ceza koşulu ile güvence altına alınması mümkün değildir²⁵. Zamanaşımı borçlarında ise ceza koşulu kararlaştırılabileceği kabul edilmektedir. Yargıtay kararlarında da zamanaşımının, alacağı eksik borç haline dönüştürdüğü kabul edilmektedir²⁶. Böyle bir durumda, asıl alacağa bağlı fer'i nitelikli bir borç olması sebebiyle ceza

²² **Kocağa**, s.99.

²³ Yargıtay'ın bir kararında "818 s. BK'nın 158/1 ve 2.fıkralarında (6098 s. TBK. m. 179/1-2) düzenlenen cezanın istenebilmesi için asıl borca dair sözleşmenin fesh olunmaması (veya sözleşmeden dönülmemesi) gerekir. Başka bir anlatımla, sözleşmenin yürürlükte olması gerekir. Zira, sözleşmeden dönen (veya sözleşmeyi fesheden) taraf, döndüğü veya feshettiği yani ortadan kaldırdığı sözleşmenin artık yürürlükten kalkmış olan hükümlerine dayanarak ceza isteyemez."denilmektedir. Kararda ceza koşulu içeren bir sözleşmenin feshedilmiş olması halinde cezanın artık talep edilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. İlgili karar için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2014/19-524 K.2016/192 T. 26.2.2016 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 11.03.2018].

²⁴ **Hatemi/Gökyayla**, s.20; **Kılıçoğlu**, s.23. Yargıtay bir kararında "...Gerçekten, bir borç ilişkisinde alacaklı borçluya karşı talep, dava ve cebri icraya başvurma yetkilerine sahip iken eksik borç adı verilen borçlarda bu yetkilerden tamamen veya kısmen yoksun bulunmaktadır..." hükmetmiştir. İlgili karar için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2015/7-932 K. 2017/315 T 22.2.2017 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 11.03.2018].

²⁵ **Feyzioğlu** Necmeddin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, 2. Bası, İstanbul, 1977 s.391-392; **Karahasan** M. Reşit, Para Borçlarında Cezai Şart, İstanbul barosu Dergisi Medeni Kanunun 40. Yılı Özel Sayısı, s.469-494, 1966, s.1376.

²⁶ İlgili karar için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2010/10-490 K. 2010/530 T. 20.10.2010. www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 11.03.2018].

koşulu da eksik borcun kaderine tabi olmakta ve dava veya takip konusu yapılamamaktadır²⁷.

İfaya eklenen ceza koşulu ile güvence altına alınacak asıl borcun kaynağı konusunda kanun ifadesinde netlik yoktur. TBK m. 179 sadece sözleşmenin belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi halini düzenlemektedir. Bu hükümden sadece sözleşmeden doğan borçların ifaya eklenen ceza koşuluna bağlanabileceği yönünde bir anlam çıkmaktadır. Kanunun bu ifadesine rağmen borcun kaynağı sözleşme, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme olması herhangi bir fark yaratmaksızın her türlü borcun ifasının teminat altına alınmasında ceza koşulu kararlaştırılabilir²⁸.

Ceza koşulu ile teminat altına alınacak borç, bir “*para borcu*” veya diğer türlerden bir borç da olabilir²⁹. Yargıtay içtihatlarında, para borçlarının da ceza koşulu ile güvence altına alınabileceği hususu 1960’lı yıllara kadar mümkün gözükmemekteydi. Zira Yargıtay, anaparaya eklenecek ceza koşulu taleplerinin kanuni sınırdan fazla faiz isteme niteliğinde olacağından bu tür taleplerin kabul edilmesini uygun görmemiştir³⁰. Bütün bunlara rağmen, Yargıtay’ın son dönem uygulamasında para borçlarında ceza koşulunun kararlaştırılmasının mümkün olduğu ve borcun geç veya eksik ödenmesi halinde ceza koşulu ile beraber temerrüt faizinin talep edilebileceği hükme bağlanmaktadır³¹.

1.1.2.2. Ceza Koşulu Anlaşması

Yukarıda da belirtildiği gibi ifaya eklenen ceza koşulunun varlığı için her şeyden önce geçerli bir asıl borcun bulunması gerekmektedir. Bununla beraber asıl

²⁷ **Saymen**, Ferit H., Borçlar Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler, Cilt I., İstanbul, 1950, s. 621; **Oğuzman /Öz**, s. 481; **Reisoğlu**, s. 391; **Yıldırım** Abdülkerim, Türk Borçlar Hukuku, 5. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2016, s.384.

²⁸ **Reisoğlu**, s.456; **Oğuzman/Öz** s.899; **Kocaağa**, s. 92; **İnan/Yücel**, s.565; **Tamer**, s.735; **Yıldırım**, s.384.

²⁹ **Kocaağa** s.85; **Kılıçoğlu**, s.972; **Hatemi/Gökyayla**, s.351; **Reisoğlu**, s.455; **Ozanoğlu**, s.22.

³⁰ İlgili karar için bkz. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 7.12.1965, E. 1964/9146, K. 1965/6973 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 11.03.2018].

³¹ İlgili kararlar için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2004/10-104 K. 2004/94 T. 18.2.2004; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E. 2004/4725 K. 2005/1740 T. 23.3.2005 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 11.03.2018].

borcun yerine getirilmesini temin etmek maksadıyla kararlaştırılacak ceza koşuluna ilişkin olarak taraflar arasında uyumlu bir şekilde kurulmuş irade beyanına da ihtiyaç vardır. Bu irade genellikle bir sözleşme vasıtasıyla tezahür eder. Belirli bir borca aykırılık halinde ifa edilecek cezanın taraflar yerine bizzat kanun tarafından kararlaştırılmış olduğu hallerde ceza koşulundan bahsedilemez zira ceza koşulu taraf iradelerine dayanmalıdır³².

İfaya eklenen ceza koşulu anlaşması dernek tüzüğü ve şirket esas sözleşmelerinde üyelere bazı yükümlülükler yüklenmek suretiyle dahi yapılabilir. Nitekim TTK m. 482/3'te de anonim şirketlerde esas sözleşmeye sermaye koyma borcuna aykırılık halinde ceza ödeneceğine ilişkin ceza koşulu konulabileceği düzenlenmiştir. Bu tür kayıtlar her ne kadar tek taraflı bir hukuki işlemle ceza koşulu kararlaştırılıyor gibi görünse de, bu kayıtların geçerli olduğu kabul edilmektedir³³.

Genel işlem koşulları veya tip sözleşme olarak da ifade edilen, taraflardan birinin önceden hazırlayıp sözleşmenin kurulması sırasında diğer tarafa sunduğu tipleştirilmiş şartlar içeren sözleşme türlerinde de ifaya eklenen ceza koşuluna yer vermek mümkündür³⁴. Bu tür sözleşmelerin geçerliliği, taraflarca her madde üzerinde tartışma yapılmış, müzakere edilmiş ve özellikle borçlunun aydınlatılmış olmasına bağlıdır. Bu husus TBK m. 21'de *"Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır."* şeklinde düzenlenmiştir. Aksi halde yine TBK m. 21 gereği genel işlem koşulu niteliğindeki kayıtlar

³² Eren, s.1210; Kocaağa, s.113; Hatemi/Gökyayla, s.346.

³³ Tunçomağ s.60; Ekinci Hüseyin, Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu Doktrin ve Uygulama, Seçkin Yayınları, Mart 2015, Ankara, s.92; Kocaağa, s.115; İnan/Yücel, s.567.

³⁴ Atamer, Yeşim, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2. Bası, İstanbul: Beta Basım Yayım. 2001, s.61; Hatemi/Gökyayla, s.351; Yelmen, Adem, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 12; Özel Çağlar, Genel İşlem Koşulları Meselesi ve Borçlar Kanunu Tasarısının Genel İşlem Koşullarına Yönelik Olarak Getirdikleri, Sosyo-Ekonomi Dergisi, S.1, s.153-167, Ocak-Haziran, 2006, s.155.

yazılmamış sayılacaktır³⁵. Bu tür sözleşmelere konulacak ceza koşulu kayıtlarının da geçerliliği asıl borcun kaderine tabi olacağından, genel işlem koşulu olarak kabul edilen sözleşmeye uygulanan yaptırım ifaya eklenen ceza koşuluna ilişkin kayıtlara da uygulanacaktır³⁶. Ancak TBK m. 22 gereği sözleşmenin tamamının değil fakat genel işlem koşulu niteliğindeki hükümlerin yazılmamış sayılması söz konusu olabilir³⁷. Böyle bir durumda sözleşmenin genel işlem koşulları haricindeki diğer koşulları geçerliliğini sürdürür. İfaya eklenen ceza koşulunun genel işlem koşulu niteliğinde olmadığına karar verilmesi halinde sözleşmenin yazılmamış sayılan dışındaki hükümleri açısından ifaya eklenen ceza koşulu geçerli olmaya devam edecektir.

Ceza koşulu anlaşmalarının sağlar arası işlemle yapılması gerekir. Ölüme bağlı tasarruflarla yapılan ceza koşulu kayıtları geçerli değildir³⁸. Tasarrufta bulunanın ölümünden sonra hüküm doğuran vasiyetname ve miras sözleşmesi gibi ölüme bağlı tasarruflarda ceza koşulu kararlaştırılması mümkün değildir. Çünkü ceza koşulu ancak hükümlerini sağlıkta doğuran hukuki işleme konu olabilir³⁹.

İfaya eklenen ceza koşulunun varlığından bahsedebilmek için asıl borç anlaşmasında olduğu gibi ceza koşulu anlaşmasının da hukuken geçerli olması gereklidir. TBK m. 27/1’de sayılan kesin hükümsüzlük halleri ceza koşulu anlaşmaları açısından da geçerlidir. “*Kanunun emredici hükümlerine*”, “*ahlaka*”, “*kamu düzenine*”, “*kişilik haklarına*” aykırı olan veya “*konusu imkânsız*” olan sözleşmeler kesin hükümsüzdür. Asıl borç geçerli olmasına rağmen, TBK m. 27/1’de sayılan hükümsüzlük hallerinden birine giren ceza koşulu kaydı mevcut ise, bu ceza koşulu hükümsüz sayılacaktır. Yine şekil şartına uyulmadan yapılmış sözleşmeler, muvazaalı sözleşmeler ile ayırt etme gücü olmayan

³⁵ “*Hukukumuzda hakim olan görüş, yazılmamış sayılmanın anlamının “yokluk” olduğu yönündedir. Buna göre, genel işlem koşullarının yazılmamış sayılması için, bir irade açıklaması veya dava açılması gerekmez.*” **Akçaal**, Mehmet, Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme, GÜHFD, Cilt XVIII, s.49-69, Y. 2014, s.56-57.

³⁶ **Kılıçoğlu**, s. 119; **Ayan**, s. 150; **Oğuzman / Öz**, s. 168; **Eren**, s. 221.

³⁷ **Reisoğlu** Seza, Banka Uygulamaları Açısından Yeni Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşulları ve Eleştirisi, Bankacılar Dergisi, S.77, s.108-117, 2011, s.112.

³⁸ **Özmen** Adem, Borçlar Hukukunda Cezai Şartın İndirilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011, s.34; **Kocaağa**, s.119.

³⁹ **Hatemi/ Gökyayla** s.355; **Eren** s.1212; **Tunçomağ**, s.61; **Feyzioğlu**, s.391.

kimseler tarafından yapılan sözleşmeler de kesin hükümsüzdür⁴⁰. Yargıtay'ın bir kararında *"...bilindiği üzere 1512 sayılı. Noterlik Kanunu'nun 60/3. ve 89.maddeleri hükmü uyarınca noterlikçe resmi şekilde yapılmayan gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi geçersizdir. Somut olayda adi şekilde yapılan davaya konu gayrimenkul satış vaadi sözleşmesinin geçersiz olması sebebiyle fer'i nitelikteki cezai şart hükmündeki gecikme bedeli de istenemeyecektir..."* denilerek şekle uygun yapılmayan anlaşmaya konulan ceza koşulunu geçersiz saymıştır⁴¹.

Ceza koşulu anlaşmasının kesin hükümsüz olması halinde asıl borcun akıbetinin ne olacağı hususuna TBK m. 27/2 hükmü uygulanabilir niteliktedir. TBK m. 27/2'de *"Sözleşmenin içerdiği hükümlerden birinin hükümsüz olması diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı hükümsüz sayılır."* düzenlemesi yer almaktadır. Hükme göre bir sözleşmenin kısmi olarak hükümsüz sayılabilmesi için objektif ve sübjektif iki şartın varlığı gereklidir⁴². Objektif şart TBK m. 27/1'de sayılan kesin hükümsüzlük hallerinden birinin varlığıdır. Sübjektif şart ise tarafların farazi iradelerinin kısmi hükümsüzlük yoluyla sözleşmenin hayatta kalması yönünde olmasıdır⁴³. Bu iki şartın varlığı halinde hükümsüz olan ifaya eklenen ceza koşulu, asıl sözleşmenin de hükümsüzlüğüne sebep olmayacaktır.

⁴⁰ Benzer yönde: Yargıtay 19. Hukuk Dairesi E. 2016/4146 K. 2016/15458 T. 5.12.2016, www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 11.03.2018]; **Kırkbeşoğlu**, s.24, **Oğuzman/Öz**, s.100.

⁴¹ İlgili karar için bkz. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi E.2014/13693 ve K.2014/17739; Yargıtay'ın bir başka kararında *"...Gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi mahiyetindeki protokolün resmi şekil şartına uygun olarak yapılmadığı ve geçersiz olduğu, sözleşmedeki cezai şartın da geçersiz olduğu..."* denilmektedir. Kararda geçerliliği resmi şekle bağlanmış sözleşmelerin bu şekle uyulmaksızın imzalanmasını müteakip geçersizliğine karar verilmesi halinde ceza koşulunun da geçersiz olacağı hüküm altına alınmıştır. İlgili karar için bkz. Yargıtay 19 Hukuk Dairesi E. 2011/2508 K. 2011/5638 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 18.03.2018].

⁴² Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Kırkbeşoğlu**, s.80 vd.

⁴³ **Kocağa**, s.124.

Kanunda aksi kararlaştırılmış olmadıkça, sözleşmeler herhangi bir şekle tabi değildir. Kanunda aksi öngörülmediği için ceza koşulu anlaşması da kural olarak herhangi bir şekil şartına tabi değildir⁴⁴.

Ceza koşulu anlaşmasının asıl borç ile aynı anda yapılması zorunlu değildir. Ceza koşulu ifasını güvence altına aldığı asıl borçtan önce kararlaştırılabileceği gibi, asıl borç ilişkisi doğduktan sonra da kararlaştırılabilir⁴⁵.

1.1.2.3. Asıl Borçtan Ayrı Bir Edim Kararlaştırılması

İfaya eklenen ceza koşulu olarak kararlaştırılacak edimin asıl borçtan ayrı bir edim taahhüdü olması gerekir. Bu ayrılık, miktar yönünden olabileceği gibi edimin niteliği yönünden de olabilir⁴⁶.

Ceza koşulunun miktar veya nitelik yönünden asıl borçtan ayrı olması taraf iradelerine dayanmalıdır. Varlığı kanuna dayanan edimler taraflarca kararlaştırılmış olmayacağından ayrı edim sayılmaz⁴⁷. Örneğin borçlunun temerrüdü halinde sözleşmenin feshedileceği, ticari iş sayılan bir sözleşmede geç ifa halinde faiz talep edileceği yönündeki anlaşmalar, kanuna dayalı haklar olduğundan ceza koşulu olarak kabul edilemez. Benzer şekilde asıl borca aykırılık bedel indirimi talep edilebileceği düzenlenen bir satım sözleşmesinde, bu indirimin kanundan doğan bir hak olması nedeniyle ceza koşulu niteliğinde olmayacağı kabul edilmelidir⁴⁸.

TBK m. 182’de tarafların ceza koşulunu serbestçe belirleyebileceği düzenlenmiştir. Yine TBK m. 26’ya göre *“taraflar bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde kalmak şartıyla özgürce”* belirleyebilmektedirler.

⁴⁴ Oğuzman/Öz, s. 141; Eren, s.1211; Tunçomağ, s.107; Eren, s.327; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak s.110; Kavak, Yalçın, Borçlar Hukukunda Yazılı Şekil, 1. Baskı, İstanbul 2015, s.3.

⁴⁵ Hatemi/Gökyayla, s.346; Kılıçoğlu, s.971; Tunçomağ, s. 83.

⁴⁶ Eren, s.1210; Kocaağa, s.102; Nomer, s.353; .

⁴⁷ Tamer, s.736; Kocaağa, s.103.

⁴⁸ Eren, s.1214; Hatemi/Gökyayla, s.344; Kocaağa, s.105.

Taraflar ifaya eklenen ceza koşulunun miktarını ilke olarak serbestçe belirleyebilirler. Hatta taraflarca ifaya eklenen ceza koşulunu belirleme yetkisi üçüncü kişilere bırakabileceği gibi, borçluya da bu koşulu belirleme yetkisi bırakılabilir⁴⁹. Asıl kural bu olmakla birlikte; TBK m. 260'ta taksitle satış sözleşmelerine ilişkin bir sınırlama yer almaktadır. Hükme göre alıcının temerrüde düşmesi durumuna yönelik ceza koşulu kayıtları peşin satış bedelinin yüzde onunu aşamaz⁵⁰. Hüküm emredici olmakla birlikte belirlenen sınırın üzerinde belirlenmiş bir ceza tümüyle hükümsüz olmayacak, sadece kanuni sınıra kadar olan kısmına geçerlilik tanınabilecek ve bunu aşan kısmı ise hükümsüz olacaktır. Benzer bir yasal sınırlama TBK m. 271'de yer almaktadır. Hükümde taksitle satış sözleşmelerinde ceza koşulu limitini belirleyen TBK m. 260'a atıf yapılarak, benzer bir limit ön ödemeli taksitle satış sözleşmeleri açısından da getirilmiştir. Ön ödemeli taksitle satış sözleşmelerinde alıcının temerrüdü halinde ceza koşulu ödeneceğine dair kayıtların yer alması halinde bu koşulun peşin satış bedelinin yüzde onunu aşamayacağı düzenlenmiştir⁵¹. Bu iki hüküm, tarafların ifaya eklenen ceza koşulu miktarını serbestçe belirleyebilecekleri yönündeki ilkeye getirilen yasal sınırlamalardandır.

1.1.2.4. Hem Asıl Borcun Hem de Ceza Koşulunun Talep Edilebilmesi

Borç konusu edimin belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi halinde hem gecikmiş veya belirlenen yerde ifa edilmemiş asıl borç hem de ceza koşulu talep edilebilecektir.

Hem asıl borcu hem de ceza koşulunu talep etme, zaman veya yer bakımından ihlalde bulunan borç açısından da işin niteliğine uygundur⁵². Uygulamada

⁴⁹ **Tunçomağ**, s.104; **Hatemi/Gökyayla**, s.351; ayrıca bkz. **Reisoğlu**, s.455; **Ozanoğlu**, s.22; **Kılıçoğlu**, s.972.

⁵⁰ TBK m. 253'te taksitle satış "*Taksitle satış, satıcının, satılan taşınırı alıcıya satış bedelinin ödenmesinden önce teslim etmeyi, alıcının da satış bedelini kısım kısım ödemeyi üstlendikleri satıştır. Taksitle satış sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz.*" şeklinde tanımlanmıştır.

⁵¹ TBK m. 264'te ön ödemeli satış "*Ön ödemeli taksitle satış, alıcının taşınırı bir malın satış bedelini önceden kısım kısım ödemeyi, satıcının da bedelin tamamen ödenmesinden sonra satılanı alıcıya devretmeyi üstlendikleri satıştır. Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz.*" şeklinde tanımlanmıştır.

⁵² Yargıtay'ın bir kararında "*Gerçekten tarafların iradesi özel biçimde cezai şart düzenlemesi yönünde ortaya çıkmış olmakla, iradeye değer verilmeli ve cezai şart hükümlerine göre çözüme*

genellikle eser sözleşmelerinde görülen bu tür kayıtlarda işi zamanında teslim etmeyen yüklenici geciktiği her gün/ay/yıl için kararlaştırılan cezayı -ki bu ceza maktu bir ceza olabileceği gibi gecikmeye bağlı artış gösteren ceza niteliğinde olabilir- ifa yükümü altına girecektir.

Borç kararlaştırılan zaman veya yerde ifa edilmediği takdirde alacaklıya asıl borcun ifasını seçmesi halinde ceza koşulunu da talep hakkı verilmiştir. Yani alacaklı TBK m. 125 vd. düzenlenen seçimlik haklarından aynen ifayı talep etmiş olmalıdır⁵³. Alacaklı bu hakkını makul bir süre içerisinde kullanmalıdır aksi halde gecikmeye mahal verdiği ve makul süreyi aştığı ölçüde gecikmeden sorumlu olacaktır. Alacaklı üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmez, kendisine tanınan yetki ve hakları makul süreyi aşacak ölçüde geciktirirse borçlunun bu ceza artışından sorumlu olmaması gerekir. Bu husus objektif iyi niyet kuralları ve *“herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uyma zorunluluğunun”* bir sonucudur.

Alacaklının asıl borcun ifası ile beraber ifaya eklenen ceza koşulunu talep edebilmesi için TBK m. 125'te kendisine tanınan seçimlik haklardan *“sözleşmeden dönme”* hakkını da kullanmamış olması gerekir⁵⁴. Zira böyle bir

gidilmelidir. İşçinin bakiye süre ücreti ölçüt alınarak kararlaştırılmış olan cezai şarttan başka, sözleşmenin kalan süresine ait ücretlerin de Borçlar Kanununun 325. maddesine göre talep edilip edilemeyeceği sorununa değinmek gerekir ki, koşulların varlığı halinde sözleşmenin kalan süresine ait ücretlerin ayrıca talep edilebileceği kabul edilmelidir. Gerçekten, Borçlar Kanununun 158/II maddesine göre, borcun belli zaman ve yerde ifa edilmemesi hali için cezai şart kararlaştırılmışsa, alacaklı hem ifa hem de cezai şartı talep edebilecektir.” denilmektedir. Yargıtay bu kararında taraf iradesi ölçütüne dayanarak işçinin bakiye ücretine ilişkin ceza kaydının ifaya eklenen olduğuna hükmetmektedir. İlgili karar için bkznz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2015/9-989 K. 2017/386 T. 1.3.2017, www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 18.03.2018].; ayrıca bkznz. **Kocaağa**, s.150; **Kılıçoğlu**, s.971; **Hatemi/Gökyayla**, s.346.

⁵³ **Ozanoğlu Hasan Seçkin**, İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya eklenen Ceza koşulu Kayıtları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 3, Sayı 1-2, s.60-118, Haziran-Aralık 1999, s.39; Yargıtay bir kararında *“... taraflar arasındaki sözleşmedeki kararlaştırma, BK. 158/2 maddesinde düzenlenmiş olan ifaya eklenen cezai şart niteliğinde olup, alacaklı sözleşmeye aykırılık halinde hem ifayı hem de cezai şartı isteyebileceği halde, davacı sözleşmeyi feshedip ifa talebinden vazgeçtiğinden cezai şart talep edemez. Öyle olunca Mahkemece cezai şarta yönelik talebin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır...”* denilmektedir. İlgili karar için bkznz. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 2015/33181 K. 2015/36796 T. 15.12.2015; benzer yönde bir diğer karar için bkznz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 09/10/2013 tarihli ve E. 2013/15-130 K. 2013/1464 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 18.03.2017].

⁵⁴ Yargıtay'ın konuya ilişkin bir kararında *“...iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, taraflar arasında imzalanan sözleşmeye göre sözleşmenin ifası zımında 2*

durum ifaya eklenen ceza koşulunun niteliğine uygun olmayacaktır. Aslen ifaya eklenen ceza koşulu kaydı ile alacaklı, borçlunun borcu zamanında veya kararlaştırılan yerde ifasını temin etmeyi amaçlamaktadır. Bu amaç ceza koşulunun ifaya zorlama fonksiyonundan yararlanmak suretiyle hayata geçirilmektedir. Borçluyu ifaya zorlamak amacıyla ifaya eklenen ceza koşulu kararlaştırıldıktan sonra sözleşmeden dönmek ifaya eklenen ceza koşulu ile bağdaşmayacaktır. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasıyla sözleşme geriye etkili olarak sona erecektir ve artık ne ifa talebinden ne de ifaya eklenen ceza koşulu talebinden bahsedilemeyecektir⁵⁵.

İfaya eklenen ceza koşulu kararlaştırılmış asıl borcun bir para borcu olması halinde alacaklı, bu borca hiç ceza koşulu bağlanmamış olması ihtimalinde talep edebileceği her türlü yan alacakları talep edebilecektir. Örneğin, asıl borcun para borcu olması sebebiyle 3095 sayılı Kanun gereğince temerrüt faizine hak kazanacak olan alacaklının, bununla beraber ifaya eklenen ceza koşulunu da talep hakkı olacaktır⁵⁶. Yine aynı şekilde ifaya eklenen ceza koşulu olarak bir para borcu kararlaştırılmışsa asıl borç ile beraber ceza koşulu ve ceza

ayrı banka teminat mektubu düzenleneceği, ilk teminat mektubu sözleşmenin imza tarihinde ikincisi hasada başlamadan 15 gün önce verileceği, sözleşmenin 8.2. maddesine göre şirket ek teminat mektubu vermediği takdirde hasada izin verilmeyeceği gibi daha önce verilen teminat mektubu nakde çevrilerek %10'u cezai şart olarak irat kaydedileceği ve teminattan geriye kalan miktar firmanın borcuna mahsup edileceği hükmünün bulunduğu, anılan cezai şartın ifaya eklenen cezai şart olduğu ve yapılan sözleşme gereği ikinci teminat mektubu davalı şirket tarafından davalı idareye verilmediği, ancak davacı idarenin ifadan vazgeçip akitten döndüğü 26.11.2008, 17.12.2008, 24.12.2008 tarihli yazı muhteviyatlarından anlaşıldığı gözetildiğinde her iki tarafın borcunun sona ereceği, sözleşmeden döndüğünden taraflar arasında kararlaştırılan cezai şartın hükümsüz kabul edileceği..." hüküm altına alınmıştır. İlgili karar için bkz. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi E. 2015/4678 K. 2016/638 T. 10.2.2016 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 18.03.2017]; ayrıca bkz. **Ozanoğlu**, s.51; **Hatemi/Gökyayla**, s.346; **Kılıçoğlu**, s.974.

⁵⁵ **Buz** Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Yetkin Yayınları, 2014, s. 118; **Hatemi/Gökyayla**, s.357; **Kılıçoğlu**, s.974; **Ayan**, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ekim 2016, s.347; Yeni dönme teorisini destekleyen yazarlara göre "Dönme işlemi ne geçmişe etkili ne de ileriye etkili sona erer; dönme işlemi sözleşmenin geçerliliğine dokunmayıp onu bir tasfiye ilişkisi haline getirir. Sözleşmeden dönmek hukuki etkileri ve sonuçları yasadan değil doğrudan sözleşmeden dönme hukuki işleminden doğar. Sözleşmeye aykırılık zararının tazmini talep edilmekle asli edim yükümünün yerine zararın tazmini yükümü, dönme ile asli edim yükümünün yerine geri verme yükümü geçmektedir. Dönme ile sadece sözleşmenin konusu değişmekte akdi verme yükümleri akdi geri verme yükümlerine dönüşmektedir." **Serozan** Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 1975, s.80 vd.; **Anık** Gülgün, Borçlunun Temerrüdünden Dolayı Sözleşmeden Dönme, TBB Dergisi, Sayı 59, s.214-236, 2005, s.214.

⁵⁶ **Tunçomağ**, s.113; **Kocaağa**, s.194; **Hatemi/Gökyayla**, s.349.

koşulunun 3095 sayılı Kanun gereğince hak kazanılacak temerrüt faizi de talep edilebilecektir⁵⁷.

100 liralık bir para borcuna ilişkin sözleşmede “*zamanında ifa edilmemesi halinde gecikilen her gün için yüzde bir oranında ceza koşulu ödeneceği ve ceza koşulunu ödememenin borçlunun asıl borcu yerine getirme yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağı*” yönünde bir düzenleme ile ifaya eklenen ceza koşulu kaydına yer verildiğini ve borçlunun borcu ödemede beş gün geciktiğini varsayalım. Bu borcu ödemede temerrüde düşen borçlu 100 liralık borcun 3095 sayılı Kanun’a göre kanuni temerrüt faizini⁵⁸ buna ek olarak gecikilen beş gün için doğan beş liralık ceza koşulunu talep edilebilecektir.

1.1.2.5. İfaya Eklenen Ceza Koşulu Karinesi

⁵⁷ Yargıtay konuya ilişkin bir kararında “...Alacaklı tarafından, borçlular hakkında 01.09.2006 tarihli sözleşmeye dayanarak genel haciz yolu ile takip başlatılmış sözleşmenin 6.maddesinde işleticinin sözleşmenin devamına imkan vermediği takdirde, 50.000 dolar cezai şart öngörülmüş ve ödeme emrinde bu sözleşme hükmü gereğince asıl alacak ile birlikte cezai şart da talep edilmiş olup takip bu şekliyle kesinleşmiştir. İcra dairesi talep olunan cezai şartın asıl alacak niteliğinde olmadığı, bir çeşit faiz anlamında olduğu, bu nedenle cezai şarta faiz yürütülemeyeceği değerlendirmesi ile alacaklının faiz talebini reddetmiş, işbu kararın düzeltilmesi başvurusu üzerine, icra mahkemesi de cezai şartın, faiz niteliği taşıdığı gerekçesi ile şikayeti reddetmiştir. Cezai şart, esas borca bağlı olarak vücuda gelen ve borçlunun borcunu ifa etmemesi veya geç yerine getirmesi ve yahut noksan ifa etmesi ve nihayet şart kılınan mahalde ifa etmemesi halinde, alacaklıya muayyen bir meblağı çoğunlukla bir miktar paranın tediyesi şartını kapsayan bir taahhüttür (BK.158-161).Gecikme faizi kanun ile kabul edildiği halde, cezai şart bir hukuki muameleye dayanır. Gecikme faizinde bir para borcunun geç ödenmesi söz konusu iken cezai şartın para borçlarının yanında akdin icra edilmemesi, noksan olarak icrası, akdin muayyen zamanda ve şart kılınan mahalde icra edilmemesi hallerinde de, sözleşme ile kabul edilmesi mümkündür. (HGK.2004/19-357 K.2004/360 T.16.06.2004) Özetlenen Hukuk Genel Kurulu Kararına göre cezai şart sözleşmeye dayanan bir alacak olup, faiz değildir. Bu itibarla cezai şarta, sözleşme gereğini yerine getirmeyenin, temerrüde düştüğü tarihten itibaren faiz yürütülebilir....” hüküm altına almıştır. Kararda taraflarca kararlaştırılan ceza koşulunun bir faiz niteliğinde olmaması, sözleşmeye dayanan bir talep olması sebepleriyle temerrüt faizine konu olabileceği değerlendirilmiştir. İlgili karar için bkznz. 12. Hukuk Dairesi E. 2011/13943 K. 2012/463 T. 17.1.2012 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 18.03.2017].; ayrıca bkznz. **Tunçomağ**, s.112; **Hatemi/Gökyayla**, s.349.

⁵⁸ 3095 sayılı Kanun’a göre “bir miktar paranın ödenmesinde temerrüde düşen borçlu, sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça, geçmiş günler için 1 inci maddede belirlenen orana göre temerrüt faizi ödemeye mecburdur.” Aynı kanunun 1inci maddesine göre, “Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanununa göre faiz ödenmesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse bu ödeme yıllık yüzde oniki oranı üzerinden yapılır. Bakanlar Kurulu, bu oranı aylık olarak belirlemeye, yüzde onuna kadar indirmeye veya bir katına kadar artırmaya yetkilidir.” 19/12/2005 tarihli ve 2005/9831 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile kanuni faiz oranı 1/1/2006 tarihinden geçerli olmak üzere yıllık % 12’den % 9’a indirilmesi kararlaştırılmıştır.

TBK'nın ceza koşulunu düzenleyen 179 vd. maddelerinde sözleşme serbestisi ve taraf iradelerine dayalı bir anlayış benimsenmiştir. Nitekim m. 179 ile kanun düzenleyici nitelikteki bir hükme yer vermiştir⁵⁹. Hükme göre ceza koşulu, taraflarca bu konuda bir düzenleme yapılmadığı müddetçe, asıl borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesine yönelik olarak kararlaştırılmışsa, alacaklının diğer şartları da yerine getirerek hem cezayı hem ifayı talep imkânı mevcuttur.

Bir sözleşmede, borcun ifasını teminat altına almak, borçluyu yükümlülüklerini yerine getirmeye zorlamak, borcun ifası konusunda psikolojik baskı oluşturmak amacıyla bir ceza koşulu kaydına yer verilebilir. Sözleşmede bir ceza koşulu kararlaştırmış olmakla birlikte bunun türüne ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği hallerde TBK m. 179 devreye girmektedir.

TBK m. 179, ceza koşulunun türüne yönelik oluşturduğu karene ile tarafların hak ve yükümlülüklerinin çerçevesini belirlemektedir. Bu hükmün uygulanabilmesi için taraflar arasındaki sözleşmede bir ceza koşuluna yer verilmesi ve borca aykırı davranışa ilişkin bir belirlemede bulunulmuş olması şarttır.

Ceza koşulunun kanuna dayalı olarak ifa ile beraber talep edilebilmesi için, ifanın kararlaştırılan yer veya zamanda yerine getirilmemesi hallerine özgü olarak kararlaştırılmış olması gerekmektedir. Ancak sözleşme serbestisi ilkesi gereği taraflar kanun hükmünde belirtilen haller dışındaki borca aykırılık hallerinde ifa ile beraber talep edilebilen ceza koşulu kararlaştırabileceklerdir⁶⁰. Bu durumda taraf iradelerine dayalı ifaya eklenen ceza koşulu söz konusu olacaktır. Yargıtay kararına konu olan bir uyuşmazlıkta; taraflar arasında imzalanan 2.4.2008 tarihli çiğ süt alım sözleşmenin 10. maddesine göre

⁵⁹ Eren, s.1209; Kılıçoğlu, s.972; Hatemi/Gökyayla, s.346; Nomer, s.354.

⁶⁰ Tunçomağ, s.46; Kılıçoğlu, s.978; Kocaağa, s.151; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.351; Oğuzman/Öz, s.878; Bilge, s.104; Yargıtay'ın bir kararında "...Zira, Kanun, 179. maddenin ikinci fıkrasında bütün eksik ifa hallerini değil, bunlardan sadece zaman veya yer itibarıyla aykırılık teşkil edenlerin ifaya eklenen ceza koşulu olduğunu kabul etmiştir. TBK'nun 179/II. madde hükmü emredici yapıda olmayıp düzenleyici nitelikte olduğundan taraflar, yukarıda belirtilen iki hal dışında kalan eksik ifalarla, bütün ifa etmeme hallerinde de ifa ile birlikte cezai şartın istenebileceğini kararlaştırabilirler..." hükmü altına alınmıştır. İlgili karar için bkz. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, E. 2015/6834 K. 2015/17022 T. 16.12.2015 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 27.05.2017].

kooperatifin sözleşme gereği topladığı sütleri başka bir firma veya mandıraya veya şahsa devredemeyeceği düzenlenmiştir. Bu yükümlülüğe aykırı davranılması halinde ise ceza ödeneceği kararlaştırılmış ve Yargıtay hukuk dairesi bu cezanın ifaya eklenen ceza koşulu niteliğinde olduğu sonucuna ulaşmıştır⁶¹. Görüldüğü üzere ifaya eklenen ceza koşulu sadece yer ve zamana aykırılık hallerinde değil diğer borca aykırılık hallerinde de kararlaştırılabilecektir.

1.1.3. İfaya Eklenen Ceza Koşulunun Şekli

Bir sözleşme kurma niyetinde olan kişilerin irade beyanlarının dış dünyaya yansıtılması çeşitli yöntemlerle yapılabilir. Aslen iradeler bir şekil içerisinde vücut bulur. Şekle bağlı işlem ise iradenin vücut bulması için aranan şekil şartıdır⁶².

Kanunda aksi kararlaştırılmış olmadıkça, sözleşmeler hiçbir şekle tabi değildir. TBK'da ifaya eklenen ceza koşulunun şekli hakkında herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. İfaya eklenen ceza koşulu anlaşması da bu nedenle kural olarak herhangi şekle tabi değildir. TBK m. 17'ye göre kanunen herhangi bir şekilde yapılması öngörülmemiş sözleşmeler tarafların iradesiyle belirli şekilde yapılması kararlaştırılabilir. Böyle bir durumun varlığı halinde asıl borcun bağlı olduğu iradi şeklin ifaya eklenen ceza koşulu açısından da geçerli olup olmayacağı sorunu mevcuttur. Zira taraflar kendi iradeleriyle oluşturdukları şekil

⁶¹ İlgili karar için bkz. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 12.10.2011 tarihli E. 2011/5736 K. 2011/14279 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 27.05.2017].

⁶² **Oğuzman/Öz**, s. 141; **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip/**Hatemi**, Hüseyin/**Serozan**, Rona/**Arpacı**, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Cilt I, 7. baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul 2017, s. 270; **Eren**, s. 264; **Kılıçoğlu**, s. 102; **Avcı** Ali, Eser (İstisna) Sözleşmesinde Şekil Ve Bağlanan Sonuçlar, TAAD, Yıl:6, Sayı:21, s.285-335, Nisan 2015, s.291; **Eren**, s.267.

şartı yüzünden fer'i bir hakkın ortadan kalkmasını arzu ederler miydi? Taraf iradelerine dayanan şekil şartının ceza koşulunun geçerliliğine olan etkisine ilişkin bu soruna taraf iradelerine öncelik vererek çözüm bulmak gerekir⁶³. Yani taraf iradelerine dayalı bir şekil şartının varlığı halinde, asıl borcun fer'i niteliğindeki ifaya eklenen ceza koşulunun bu şekle uygun yapıp yapılmayacağına tarafların bu yöndeki niyetlerinin ve iradelerinin hakkaniyete uygun bir şekilde yorumlanmasıyla belirlenmelidir. Taraflar bir sözleşmeyi şekle bağlamışlarsa, sözleşmenin kurulmasını kararlaştırdıkları şeklin gerçekleşmesine bağlı kılmış oldukları konusunda bir karine oluşur. Tarafların bir şekil kararlaştırmaları bu şekli mutlak bir geçerlilik şekli olarak kabul etmelerini gerektirmez⁶⁴.

Doktrinde⁶⁵ ve Yargıtay uygulamalarında⁶⁶, ceza koşulunun şeklinin teminat altına aldığı asıl borcun şekline tabi olduğu yönünde bir görüş mevcuttur. Buna göre, asıl borcun geçerliliği şekil şartına bağlıysa ceza koşulu bu şekle uygun olarak yapılmadıkça geçerli olmayacak, asıl borcun geçerliliği şekil şartına bağlı değilse ceza koşulunun da geçerliliği şekle tabi olmayacaktır. Burada bahsedilen zorunluluğun kanuni şekil şartının varlığı halinde söz konusu olduğunu belirtmek gerekir. Örneğin; 4734 sayılı KİK hükümlerince gerçekleştirilecek ihaleler bir sözleşmeye dayanılarak yapılır ve bu sözleşmeler 4735 sayılı KİSK'e hükümleri doğrultusunda imzalanır. Bu kanuna göre; aslen TBK'ya göre herhangi bir şekil şartına uyulmaksızın imzalanabilecek eser sözleşmeleri, ancak yazılı şekilde yapıldığı halde geçerli olacaktır. Bu durumda kamunun mal ve hizmet alım ihalelerine ilişkin eser sözleşmesi uygulamasında

⁶³ Kavak, s.27; Kocaağa, s.128

⁶⁴ Kılıçoğlu, s.107; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.136; Eren, s. 269; Altaş, s. 71.

⁶⁵ Eren, s.1186; Kocaağa, s.126; Kılıçoğlu, s.974; Yıldırım, s.385.

⁶⁶ Yargıtay'ın bir kararında "...Cezai şart, asıl borcun bağlı olduğu şekle tabidir. Asıl borç bir geçerlilik şekline bağlanmışsa, cezai şartın borç doğurabilmesi aynı şekilde kararlaştırılmış bulunmasına bağlıdır. Ancak, geçerlilik şekline bağlı olan bir sözleşme bu şekle uygun olarak yapılmadığı halde, şekle aykırılığı ileri sürmenin dürüstlük kurallarıyla bağdaşmaması sebebiyle dinlenmediği hallerde, sözleşme geçerli sayıldığından, onun fer'i niteliğinde olan cezai şart da geçerli sayılacaktır..." denilmektedir. İlgili karar için bkz. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi E. 2015/6834, K. 2015/17022, T. 16.12.2015; benzer yönde diğer kararlar için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 10.11.1993 E.1993/13-25, K. 1993/711; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 18.5.1971 T K. 5488, K. 4815; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 19.3.1985 T. E. 1985/243 K. 1985/916, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 28.3.1973 T. E. 1971/4-31 K. 1973/31 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 27.05.2017].

sıkça görülen ifaya eklenen ceza koşulu da kanunen yazılı şekilde yapıldığı takdirde geçerli olacaktır.

İfaya eklenen ceza koşulu anlaşmasının asıl borç ile aynı anda yapılması zorunlu değildir. İfaya eklenen ceza koşulu ifasını güvence altına aldığı asıl borçtan önce kararlaştırılabileceği gibi, asıl borç ilişkisi doğduktan sonra da kararlaştırılabilir⁶⁷. Bu koşulun asıl borçtan sonra kararlaştırılması bir sözleşme değişikliği niteliğinde olacaktır. Bu durumda asıl borcun kanunen belirli bir şekilde yapılması öngörülmüşse, ifaya eklenen ceza koşulunun da TBK m. 13 uyarınca bu şekilde uygun yapılması gerekir. TBK m. 13 hükmü “*kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmeden*” bahsetmekte ve bu nedenle bu hükmün taraf iradelerine dayalı şekil şartı bulunan sözleşmeler açısından uygulama alanı bulunmamaktadır⁶⁸. Bu sebeple taraf iradelerine dayalı şekil şartına bağlanmış bir sözleşmeye sonradan sözleşme değişikliği ile ifaya eklenen ceza koşulu anlaşması dâhil edilmesi bu iradi şekle bağlı olmaksızın yapılabilecektir.

1.2. İFAYA EKLENEN CEZA KOŞULUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ, AMACI VE ÖZELLİKLERİ

1.2.1. İfaya Eklenen Ceza Koşulunun Hukuki Niteliği

Ceza koşulu esas olarak bir asıl borcu güçlendirme amacı güder. Bu anlamda bir asıl borcun varlığına ihtiyaç duyar. Ceza koşulu asıl borca ve geciktirici koşula bağlı bir yan edim borcudur⁶⁹. Buradaki koşul muaccel bir asli edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesidir⁷⁰. Ceza koşulu aslen bir sözleşmeden doğar ve bu nedenle “*sözleşme cezası*” da denir.⁷¹ TBK m. 179 vd. maddelerinde düzenleme alanı bulan ceza koşulu, bu özel hükümlere tabidir. Özel

⁶⁷ Hatemi/Gökyayla, s.346; Kılıçoğlu, s.971; Tunçomağ, s. 83

⁶⁸ Eren, s.266; Altaş Hüseyin, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998, s.82.

⁶⁹ Eren; s.1211; Hatemi/Gökyayla s. 347; Ekinci, s.39; Oğuzman/Öz s.898-899; Kayak Sevgi; Roma Hukukunda Cezai Şart; İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, S.1, s.237-258, 2006, s.245 vd; Arkan, Azra, Cezai Şart, İstanbul Barosu Dergisi, s.77-103, S.1-2-3, 1997, s.4.

⁷⁰ Oğuzman/Öz, s.868.

⁷¹ Eren, s.1217.

hükümlerde boşluk bulunan hallerde ise koşula bağlı borçların düzenlendiği TBK m. 170 vd. maddeleri uygulanacaktır.

Ceza koşulunun ceza niteliğinde olduğunu düşünen yazarlar, kanunda alacaklının herhangi bir zararı bulunmasa dahi kararlaştırılmış olan ceza koşulunu talep edebilmesinin ceza koşulunun amacının borçluyu cezalandırmak olduğunu savunmaktadırlar⁷².

Ceza koşulunun tazminatı önceden belirleme amacı olduğunu savunan yazarlara göre ise, bir hukuki ilişkinin tarafları *“borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde”* oluşabilecek zararı önceden bilebilecek öngörüye sahiptirler ve bu sebeple kanun buna yönelik olarak taraflara tazminatı önceden belirleme yetkisi vermektedir⁷³.

Ceza koşulunun diğer türlerinde de genel anlamda asıl borcu kuvvetlendirme amacı mevcuttur⁷⁴. İfaya eklenen ceza koşulunda ise asıl borcun kuvvetlendirilmesi fonksiyonu keskin bir biçimde kendini gösterir. Bu nedenle ceza koşulu türleri arasında borçluyu ifaya zorlama noktasında en etkili tür ifaya eklenen ceza koşuludur denilebilir.

İfaya eklenen ceza koşulu da bir asıl borcun varlığına ihtiyaç duyar ve esasen bu asıl borca ve geciktirici koşula bağlı bir yan edim borcudur⁷⁵. Buradaki koşul borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesidir⁷⁶.

Taraflar akdedecekleri sözleşmelerde gelecekte yaşanıp yaşanmayacağı belirsiz durumlara hukuki sonuç bağlama isteğinde olabilirler. TBK m. 170 vd. maddelerde bu tür istekler açısından *“Bir sözleşmenin hüküm ifade etmesi, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olguya bırakılmışsa, sözleşme geciktirici koşula bağlanmış olur. Aksi kararlaştırılmamışsa, geciktirici koşula bağlı sözleşme, ancak koşulun gerçekleştiği andan başlayarak hüküm ifade eder.”* şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Diğer bir ifadeyle bir hukuki

⁷² Arkan, s.4; Saymen/Elbir, s.829.

⁷³ Tekinay/Akman/Burçoğlu/Altop s.455-456; Tunçomağ s.50.

⁷⁴ Eren, s.1211.

⁷⁵ Kayak s.245 vd; Hatemi/Gökyayla s. 353; Ekinci, s.39; Arkan, s.4; Oğuzman/Öz s.898-899.

⁷⁶ Oğuzman/Öz, s.868.

işlemin hüküm ifade etmesi veya ortadan kalkmasının gelecekteki belirsiz bir olayın gerçekleşmesine bağlanmasına koşul adı verilir ve bu şüpheli olayın gerçekleşmesine bağlı borca da koşula bağlı borç denir⁷⁷.

İfaya eklenen ceza koşulu da kanun ifadesinde tanımlanan ve hüküm doğurması gelecekteki belirsiz bir olayın yaşanmasına bağlanmış bir koşul niteliğindedir. Geciktirilen koşul ise aksi taraflarca kararlaştırılmamışsa borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesidir. Gelecekteki belirsiz durum gerçekleştiğinde ifaya eklenen ceza talebi hüküm ifade edecek ve sonuçlarını doğuracaktır.

1.2.2. İfaya Eklenen Ceza Koşulunun Amacı

Ceza koşulunun borçluyu ifaya zorlama, zararı önceden tespit ve sözleşmeden dönebilme işlevleri vardır⁷⁸.

Ceza koşulunun işlevlerinden olan borçluyu ifaya zorlama ve borcun ifa edilmemesi halinde oluşacak zararı önceden tespit edilmesi işlevlerinin, birbirlerine olan üstünlüğü ile birinin varlığının diğerini dışlayacağı hususlarında doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre⁷⁹ ceza koşulunun tek amacı borçluyu ifaya zorlama iken, diğer bir görüşe göre⁸⁰ ceza koşulunun asıl amacının borçlunun borca aykırı davranışı halinde oluşacak zarara ilişkin tazminatı önceden götürü olarak tespit etmektir. Başka bir görüşe göre ise ceza

⁷⁷ Akıntürk Turgut, Şart Ve Mükellefiyet Kavramları Üzerinde Bir İnceleme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.27, S.3, s.219-247, 1970, s.224; Tunçomağ, s.38; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.328; Eren, s.1214; Kılıçoğlu, s.822; aksi yönde görüş için bkz Bilge, s.56 vd; Tunçomağ, s.71 vd.

⁷⁸ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. 1.2.1.1.

⁷⁹ Eren, s.1211; Kılıçoğlu, s.975; Oğuzman/Öz, s.870.

⁸⁰ Birsen, Kemalettin, Borçlar Hukuku, 4. Bası, İstanbul, 1967, s.361.

koşulunun amacı hem ifaya zorlama hem de tazminatın götürü olarak belirlenmesidir⁸¹.

Yargıtay içtihatları ise, ceza koşulunun hem borçluyu ifaya zorlama hem de tazminatın götürü olarak belirlenmesi amaçlarının olduğu yönündedir⁸². Kanımızca ceza koşulunun amacı belirlenirken ceza koşulunun türleri açısından bir ayrıma gitmek yararlı olacaktır. Örneğin ceza koşulunun türlerinden biri olan ifaya eklenen ceza koşulunda amaç tazminatın götürü olarak tespitinden çok, borçluyu ifaya zorlamaktır. Zira borçlunun borcunu yerine getirmemesi halinde bir ceza ödemekle birlikte, ifayı yerine getirme yükümlülüğünden kurtulamamaktadır. Bu nedenle tazminatın götürü olarak belirlenmesi amacı olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir. Ceza koşulunun bir diğer türü olan seçimlik ceza koşulunda ise amaç, borçlunun borca aykırı davranması durumunda oluşabilecek zararların tespit edilmesi ve alacaklıya ifa ile zararın tazmini arasında bir seçim hakkı tanımaktır. Gerçekten borca aykırı davranan borçlunun neden olacağı zararları bir mahkeme kararına ihtiyaç duymaksızın tespit etmiş olan alacaklı, ifadan vazgeçip ceza koşulunu talep ederek zararlarını giderme yolunu seçebilecektir.

Bu anlamda ifaya eklenen ceza koşulu kayıtları düşünüldüğünde borçluyu ifaya zorlama amacının ağırlığı görülecektir. Bir eser sözleşmesinde işi belirlenen zamanda bitirmemesi halinde geciktiği her gün için 1000 ABD Doları ceza ödeyeceğini bilen yüklenici ile herhangi bir ceza kararlaştırılmamış bir sözleşmenin yüklenicisinin ifayı zamanında yerine getirme motivasyonlarının aynı olacağı söylenemeyecektir.

1.2.2.1. Borçluyu İfaya Zorlama

⁸¹ Tunçomağ, s.48.

⁸² Yargıtay bir kararında, "Ceza koşulu borca aykırı davranılması durumunda oluşan ve alacaklının uğrayacağı zararın önceden ve götürü yol ile saptanmasıdır. Önceden belirlenen bir giderim olmasının yanı sıra ceza koşulu, borcun gereği gibi yerine getirilmesinde zorlayıcı bir işlev de görür; ceza koşulu, alacaklının borçluya karşı kullanabileceği hukuksal bir baskıdır." hüküm altına almıştır. Bu kararda ceza koşulunun hem tazminatı önceden götürü olarak belirleme hem de ifaya zorlama fonksiyonlarının bulunduğu kabul edilmiştir. İlgili karar için bkz. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 1981/7896 K. 1981/8497 25.12.1981, benzer yönde diğer bir karar için bkz. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi E. 1964/9861 K. 1965/2457 T. 8.5.1965 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 27.05.2017].

İfaya eklenen ceza koşulunun en önemli amaçlarından biri, borçlu üzerinde asıl sözleşme ilişkisi içerisindeki yükümlülüklerini yerine getirmesi hususunda yarattığı psikolojik baskıdır⁸³. Bu baskı ifaya eklenen ceza koşulunda, ceza koşulunun diğer türlerine göre daha açık bir şekilde kendini göstermektedir. Ceza koşulu, borcunu sözleşmede kararlaştırılan zamanda veya yerde ifa etmeyen borçlu üzerinde yarattığı psikolojik baskı aracılığıyla, borcu gereği gibi yerine getirmeye zorlar ve bu sayede asıl borcu teminat altına alır. Bu nedenle ifaya zorlama işlevi, teminat işlevi olarak da anılmaktadır⁸⁴. Borçlu asıl borcu belirlenen zaman veya yerde yerine getirmemesi halinde daha büyük bir ceza ile karşılaşacağı hususunu bilip asıl borcu gereği gibi yerine getirmeye yönelmektedir. Özellikle ceza miktarının yüksek oluşu ve bu miktarın mahkeme tarafından kararlaştırılacak tazminattan daha yüksek olabilmesi oldukça caydırıcı olmaktadır⁸⁵. Yine TBK m. 180 gereği alacaklının hiçbir zarara uğramasa dahi ceza koşulunu talep edebiliyor olması, ceza koşulunun borçluyu ifaya zorlama amacının bir görünümüdür.

Ceza koşulunun indirilebilmesine kanunen olanak tanıyan TBK m.182, ceza koşulunun ifaya zorlama işlevini ortadan kaldırmaz. Zira borçlunun borcu gereği gibi yerine getirmemesi durumunda ceza ödemesi kesinken, cezanın indirilmesi ise bir ihtimaldir⁸⁶.

1.2.2.2. Tazminatın Önceden Belirlenmesi

Borçlunun borca aykırı davranması sebebiyle zarara uğrayan alacaklı, zarara uğradığını ve zararın miktarını ispatla mükelleftir. Alacaklıya yüklenen bu külfet bazı hallerde; zararın varlığı ve miktarı konusunda yeterli delillere sahip olmasına rağmen ticari sırlarının açığa çıkacağı endişesiyle bu delillerin ibraz etmekten çekinmesi sebebiyle alacaklıyı zarara uğramaktadır⁸⁷. Alacaklı zararın

⁸³ Eren, s.1211; Kılıçoğlu, s.975; Oğuzman/Öz, s.870; Nomer, s.357; Hatemi/Gökyayla, s.344.

⁸⁴ Bilge, s.83; Kocaağa, s.42; İnan/Yücel, s.565; Gülseven Hilal, Cezai Şartın İndirilmesi, 1. Baskı, İstanbul, 2015, s.63.

⁸⁵ Tunçomağ, s.49; Kocaağa, s.44.

⁸⁶ Tunçomağ, s.50; Arsebük, s.988; Gülseven, s.51.

⁸⁷ Bilge, s.84; Kocaağa, s.45.

miktarı ve zarara uğradığının ispatı konusunda yaşayabileceği sıkıntılardan kurtulmak amacıyla önceden borçlunun da iradesiyle götürü olarak tazminatı belirlemektedir. Tarafların karşılıklı iradeleriyle tazminat miktarını belirlemeleri neticesinde alacaklı zararın varlığı ile miktarını ispat yükünden kurtulmuş olmaktadır. Bu sayede hem alacağını teminat altına almış oluyor hem de bu alacağın yerine getirilmemesi halinde uğrayacağı zararı önceden götürü olarak belirlemiş olmaktadır⁸⁸.

Borçlu alacaklının herhangi bir zararının bulunmadığını ispat ederek ceza ödemekten kaçınmaz⁸⁹. Hatta taraflar ceza koşulunun talep edilebilmesi için alacaklının zararını ispat etmesi şartını koymuşlarsa, ceza koşulunun amacı ile bağdaşmayacağından, böyle bir şart söz konusu kaydın ceza koşulu niteliğini kaybetmesine neden olacaktır⁹⁰.

İfaya eklenen ceza koşulunda da tazminatın götürü olarak belirlenmesi fonksiyonu söz konusudur ancak kendini açık bir biçimde göstermez. Zira ifaya eklenen ceza koşulunun varlığı halinde hem ifanın hem de asıl borcun talep ediliyor olması ve özellikle uygulamada çoğu kez ceza miktarının muhtemel zarar miktarından düşük belirlendiği düşünüldüğünde, tazminatın götürü belirlenmesi fonksiyonu tam olarak işlememektedir. Ancak örneğin borcun belirlenen yerde ifa edilmemesi haline özgü olarak ceza belirlenmesi ve belirlenen cezanın muhtemel tazminat miktarı kadar olması halinde tazminatın götürü olarak belirlenmesi fonksiyonu kendini gösterecektir.

1.2.2.3. Sözleşmeden Dönmeyi Kolaylaştırma

⁸⁸ **Tunçomağ**, s.48; **Kocaağa**, s.45.

⁸⁹ Yargıtay uygulamasında da alacaklının herhangi bir zararı bulunmadığını ispat ederek ceza ödemekten kaçınılamayacağı kabul edilmektedir. Yargıtay bir kararında, "...*Borçlunun borca aykırı davranışı halinde alacaklının ifaya ek olarak talep ettiği alacak bir ceza koşulu alacağı ise, zarar koşulunu gerektirmez. Alacaklı borca aykırılık nedeniyle bir zarara uğramasa bile ifaya ek olarak ceza koşulu talep edebilir. İfaya eklenen ceza koşulu zarar koşulunu gerektirmez. Alacaklı borçlunun borca aykırı davranışı nedeniyle zarara uğramasa dahi kararlaştırılan ceza koşulunu talep edebilir...*" hükmü altına almıştır. İlgili karar için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2013/15-1140 K. 2014/905 T. 12.11.2014 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 27.05.2017].

⁹⁰ **Bilge**, s.110.

Ceza koşulunun işlevlerinden biri de borçlunun sözleşmeden dönebilmesine olanak tanımadır. Ceza koşulunun bu işlevi, TBK m. 179/3'te yer alan ve kararlaştırılan cezayı ödeyerek sözleşmeden dönme yetkisi verilmesine yönelik düzenlemede kendini göstermektedir.

Ceza koşulunun bu işlevi TBK'da düzenlenen pişmanlık akçesine benzemektedir. Ancak pişmanlık akçesinde parayı veren taraf verdiği bu paradan vazgeçerek, parayı alan taraf ise aldığı iki katını ödeyerek sözleşmeden dönebilirken; ceza koşulunda cezayı ifa ederek sözleşmeden dönebilme hakkı sadece borçluya tanınmıştır. Burada görüleceği üzere, ceza koşulunun borçluyu ifaya zorlama işlevi gücünü kaybetmekte ve borçlu ifayı yerine getirmeyip bunun yerine sözleşme cezasını ifa etme imkânı elde etmektedir.

TBK m. 179/3'te düzenlenen ve borçluya kararlaştırılan cezayı ödeyerek asıl borcun ifasından kurtulabilme hakkı veren hüküm borçluyu ifaya zorlamanın aksine borcun hafiflemesi sonucunu doğurmaktadır⁹¹. Bundan dolayıdır ki, özel kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla⁹², ifayı engelleyen ceza koşulu ancak tarafların açık iradesiyle düzenlenebilir ve borçlu bu koşulun varlığını ispat etmekle yükümlüdür⁹³.

İfaya eklenen ceza koşulunun sözleşmeden dönmeyi kolaylaştırma fonksiyonu yoktur. Bu fonksiyon ceza koşulunun türlerinden olan ifayı engelleyen ceza koşuluna özgüdür. İfaya eklenen ceza koşulunda cezanın ödenmesi borçluya sözleşmeden dönme veya sözleşmeyi fesih hakkı tanımaz. Böyle bir hakkın tanınması ifaya eklenen ceza koşulunun ifaya zorlama fonksiyonu ile çelişecektir.

1.2.2.4. Borçluyu Cezalandırma

⁹¹ Eren, s. 1210; Hatemi/Gökyayla, s.348; Nomer, s.358; Oğuzman/Öz, s.880.

⁹² Örneğin TBK m. 446'da "Yasağa aykırı davranış bir ceza koşuluna bağlanmışsa ve sözleşmede aksine bir hüküm de yoksa işçi öngörülen miktarı ödeyerek rekabet yasağına ilişkin borcundan kurtulabilir; ancak, işçi bu miktarı aşan zararı gidermek zorundadır." şeklinde bir özel hüküm yer almaktadır.

⁹³ Kocağa, s.48.

İfaya eklenen ceza koşulunun diğer ceza koşulu türlerinin aksine cezanın yanında asıl borcun da ifasını talep hakkı vermesi sebebiyle borçluyu cezalandırıcı niteliktedir. İfaya eklenen ceza koşulu kararlaştırılmamış olması ihtimalinde alacaklının seçimlik haklarına maruz kalacak olan borçlu, artık hem bu hakların kullanımının sonuçlarına katlanacak hem de ceza koşulunu ifa yükümü altına girecektir. Burada ifaya eklenen ceza koşulunun cezalandırma amacı asıl borcun ifasını teminat altına almada önemli bir rol oynamış olmaktadır.

1.2.3. İfaya Eklenen Ceza Koşulunun Özellikleri

1.2.3.1. Her Türlü Borç İçin Kararlaştırılabilme Özelliği

Temel ilke her çeşit borç için ceza koşulu kararlaştırılabileceği yönündedir. Para borçlarında dahi asıl borcun yerine getirilmesini temin maksadıyla ifaya eklenen ceza koşulu kararlaştırılabilir. Yargıtay, para borçlarında ceza koşulu kararlaştırılamayacağına dair eski tarihli içtihadını⁹⁴ değiştirmiştir⁹⁵.

İfaya eklenen ceza koşulu ile güvence altına alınacak asıl borcun kaynağı sözleşme olabileceği gibi haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme kaynaklı borç da olabilir. TBK m. 179'da yer alan *"bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumundan"* şeklindeki hüküm, sanki sadece hukuki işlem ve sözleşmeden doğan borçların ceza koşuluna bağlanabileceği yönünde bir anlam taşımaktadır. Kanunun bu ifadesine rağmen doktrindeki genel görüşe

⁹⁴ Yargıtay bir kararında *"Nakde müteallik bir borcun ifasının gecikmesinden dolayı B.K. 103 ve B.K. 105. Maddeleri mucibince faiz ile alacaklı mutazarrır olmuş ise munzam zarar lazım gelir. Bu gibi taahhütlerde B.K. 158. maddesine istinaden cezai şartın cezai şartın hükmolunması yolsuzdur"* hükmetmiştir. İlgili karar için bkzn. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 16/08/1936; Bir başka kararda ise *"Paranın zarar ziyarı ancak faiz olup, başka şekilde tazminat ifası hakkındaki dava mesmu değildir"* denilmektedir. İlgili karar için bkzn. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 16/01/1938 tarihli kararı; Bir diğer kararda ise *"Akdin icra edilmemesi veya noksan olarak icrası halinde cezai şart taahhüt edilmesi para borçlarından maada akitler hakkında muteber olup para borçlarının tamamen veya kısmen ifa edilmemesi halinde yalnız faiz lazım geleceği yani para borcunun zarar ve ziyarı, faizden ibaret olduğu cihetle bu gibi borçlardan dolayı cezai şart taahhüdü hükümsüzdür"* denilmiştir. İlgili karar için bkzn. Yargıtay Hukuk Dairesi 22/12/1947 tarihli ve E. 7284/5387 sayılı kararı www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 27.05.2017].

⁹⁵ İlgili kararlar için bkzn. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E.2004/19-357 K.2004/360 T.16.06.2004; Yargıtay 12. Hukuk Dairesi E. 2011/13943 K. 2012/463 T. 17.1.2012 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 27.05.2017].

göre borç sözleşmeden, haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden kaynaklansa dahi ifasının teminat altına alınmasında ceza koşulu kararlaştırılabilir⁹⁶.

1.2.3.2. Her Türlü Edimin İfaya Eklenen Ceza Koşulu Olarak Kararlaştırılabilme Özelliği

İfaya eklenen ceza koşulu ediminin konusu genellikle bir miktar paranın ödenmesi taahhüdü şeklindedir ancak sadece bundan ibaret değildir⁹⁷. Ekonomik değeri bulunan herhangi bir edim ifaya eklenen ceza koşulunun konusunu oluşturabilir. Ancak ceza koşulu olarak belirlenen edimin mutlaka ekonomik bir değere sahip olup olmayacağı hususu tartışmalıdır.

Bu konuda farklı görüşler mevcuttur. Ağırlıklı görüş ceza koşulunun konusunun mutlak surette ekonomik değere sahip olması gerektiği şeklindedir⁹⁸. Buna göre, TBK'nın ceza koşulunu düzenleyen maddelerinde geçen “*ceza tutarı*”, “*aşan miktar*” vb. ifadeler nedeniyle ceza koşulunun ve dolayısıyla ifaya eklenen ceza koşulunun parasal/ekonomik değeri olması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Yine aynı görüşü savunan yazarlara göre, ifaya eklenen ceza koşulundan beklenen amacın gerçekleşmesi için ekonomik değere sahip olması elzemdir. Ceza, borcunu yerine getirmeme ihtimalinde borçlu açısından caydırıcı bir etkiye sahip olmalıdır⁹⁹. Bu görüşü destekleyenlerden Kocaağa da, ceza koşulunun parasal bir değeri olduğu ölçüde borçluyu ifaya zorlayacağı ancak parasal bir değeri olmayan bir ceza koşulunun ceza koşulundan beklenen amacı gerçekleştiremeyeceği görüşündedir.

Ceza koşulunun bir amacı borçlunun borcunu gereği gibi yerine getirmesi hususunda yarattığı psikolojik baskıdır. Gerçekten de cezanın ekonomik bir değere sahip olması borçlu üzerinde manevi baskı yaratması açısından

⁹⁶ Ayan, s.65; Eren, s.1213; Oğuzman/Öz s.899; Kocaağa, s. 92; Hatemi/Gökyayla, s.351.

⁹⁷ Kılıçoğlu, s.977; Hatemi/Gökyayla, s.352; Tamer, s.736; İnan/Yücel, s.565.

⁹⁸ Hatemi/Gökyayla, s.352; Tunçomağ, s.106 vd.; Oğuzman/Öz, s904; Kocaağa, s.106; Eren, s.1214; İnan/Yücel, s.565.

⁹⁹ Cansel Erol/Özel Çağlar, Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu, Yaşar Üniversitesi Dergisi, Özel Sayı Vol 8, s.713-734, Ocak 2014, s.715; Tunçomağ, s.106 vd.; Oğuzman/Öz, s904; Kocaağa, s.106.

caydırıcı niteliktedir. Ancak amaç borcun gereği gibi yerine getirilmesini temin ise, ekonomik değere sahip olmayan cezaların da kapsama alınması gerekir. Zira ekonomik bir değere sahip olmasa dahi borçlu açısından manevi baskı oluşturabilecek, borcunu gereği gibi ifaya zorlayacak ceza türleri olasıdır. Kanun metni içerisinde geçen tutar, miktar vb. diğer ifadeler sadece ekonomik değeri olan cezaların mümkün olduğu yönünde bir izlenim oluşturmaktadır. İfaya eklenen ceza koşulundan beklenen ifaya zorlama amacını gerçekleştirdiği sürece ekonomik değere sahip olmayan ceza koşulu belirlenmesi mümkün olmalıdır. TBK m. 182’de tarafların ceza koşulunu serbestçe belirleyebileceği düzenlenmiştir. Ayrıca TBK m. 26 uyarınca “*taraflar bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde kalmak şartıyla özgürce*” belirleyebilmektedirler. Borçluyu manevi olarak da olsa ifaya zorlayacak her türlü edimin ifaya eklenen ceza koşulu olarak kararlaştırılabilmelidir. TBK’da yer alan ceza koşulu hükümleri ile genel hükümler incelendiğinde, ekonomik değeri olmayan bir edimin ceza koşulu olarak kararlaştırılabilmesini engelleyici nitelikte bir hüküm bulunmamaktadır.

Ceza koşulunun konusu belirlenebilir olduğu müddetçe verme, yapma, yapmama edimi olarak kararlaştırılabileceği gibi bir irade açıklamasında bulunma şeklinde de kararlaştırılabilir¹⁰⁰. Kanuna dayalı bir yükümün kararlaştırılması ceza koşulu niteliğinde değildir. Bu nedenle örneğin borçlunun temerrüde düşmesi halinde faiz kararlaştırılması, edimin yerine getirilmemesi halinde sözleşmenin feshedilmiş olacağına dair kayıtlar ceza koşuluna vücut vermeyecektir¹⁰¹.

Ceza koşulunun miktarını belirleme konusunda TBK m. 182’de “*taraflar cezanın miktarını serbestçe belirleyebilirler.*” düzenlenmesi mevcuttur. Bu hüküm ile TBK m. 26 beraber düşünüldüğünde, tarafların sözleşmenin içeriğini ve ifaya eklenen ceza koşulunun miktar ve konusunu belirlemede özgür oldukları sonucuna ulaşılır. Ancak TBK m. 182/3 hükmü gereğince hâkim fahiş olan ceza miktarını

¹⁰⁰ Ceza koşulu ediminin “*objektifleştirilmiş bir belirlenebilirlik ölçütünün*” esas alınması gerek tiğine yönelik açıklamalar için bkz. **Hatemi/Gökyayla**, s.351; ayrıca bkz. **Reisoğlu**, s.455; **Ozanoğlu**, s.22; **Kılıçoğlu**, s.972.

¹⁰¹ **Hatemi/Gökyayla**, s.346; **Özmen**, s.36.

kendiliğinden indirir. Ceza koşulu miktarının önceden belirlenmiş olması zorunlu değildir. Öngörülebilir kıstaslara dayalı olması kaydıyla sonradan belirlenmek üzere ceza koşulu kararlaştırılabilir¹⁰².

1.2.3.3. Fer'i Bir Hak Olma Özelliği

Fer'i haklar asıl alacağa bağlı olarak meydana gelen haklardır. Fer'i hakların varlığı ve akıbeti asıl alacağın kaderine bağlıdır¹⁰³. İfaya eklenen ceza koşulunun da varlığı geçerli bir asıl borcun varlığına bağlıdır. Bu anlamda ifaya eklenen ceza koşulu tek başına bir borcun konusu olmayıp kefalet gibi ifası gereken bir asıl borcun varlığını gerektirir¹⁰⁴. İfaya eklenen ceza koşulu bu asıl borcun kaderine tabidir. Ceza koşulu ile asıl borç arasında bir aslilik-fer'ilik ilişkisi bulunmalıdır aksi halde bir ceza koşulundan değil seçimlik borçtan söz edilebilecektir¹⁰⁵. İfaya eklenen ceza koşulu muaccel olduğu andan itibaren bağımsız bir alacak haline dönüşür¹⁰⁶.

Fer'ilik ilişkisinden dolayı ifaya eklenen ceza koşulunun geçerliliği asıl borcun geçerliliğine bağlıdır. Bu nedenle asıl borcun ehliyetsizlik, imkânsızlık, hukuka veya ahlaka aykırılık, şekil eksikliği veya muvazaa gibi nedenlerden birinden dolayı kesin hükümsüz ise koşul da kesin hükümsüz olacaktır¹⁰⁷. Teminat altına aldığı asıl borcun iptale tabi olması (gabin veya irade sakatlığı halleri) halinde koşul bu asıl borcun iptal edilmesine kadar geçerliliğini sürdürür. Asıl borç iptal

¹⁰² **Reisoğlu**, s.455; **Tamer**, s.736.

¹⁰³ **Oğuzman**, M. Kemal/**Barlas**, Nami, Medeni Hukuk, Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 23. Baskı, İstanbul, Vedat Kitabevi, 2017, s. 150.

¹⁰⁴ **Hatemi/Gökyayla**, s.352; **Kocaağa**, s.134; Yargıtay bir kararında "...Fer'i haklar, borç ilişkisinin içerdiği alacak hakkının bir kısmı, bir parçası değildir. Asıl borca bağlı, **asıl borç** mevcut ve geçerli olduğu sürece geçerli olup, asıl alacak ile birlikte doğar, varlığını sürdürür, onunla birlikte sona ererler..." hükmetmiştir. İlgili karar için bkz. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi E. 2015/11162 K. 2017/2163 T. 14.3.2017 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 19.03.2018].

¹⁰⁵ **İnan/Yücel**, s.565; **Kocaağa**, s.134; Yargıtay bir kararında "bir borç ilişkisi, asıl hakla birlikte bazı fer'i hakları da içerir. Borç ilişkisinin içerdiği asıl hak, alacak hakkı; fer'i haklar ise, cezai şart, faiz, kefalet, rehin, hapis hakkı gibi haklardır." hükmetmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 01.03.2006 tarihli ve 2005/10-755 E, 2006/32 K. www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 19.08.2017].

¹⁰⁶ **Eren**, s.1211; **Kılıçoğlu**, s.974; **Hatemi/Gökyayla**, s.347.

¹⁰⁷ **Nomer**, s.363; **Ayan**, s.65; **Oğuzman/ Öz**, s. 137; **Reisoğlu**, s. 139; **Kırkbeşoğlu**, s.24; benzer yönde bir Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi E. 2015/9512 K. 2017/2365 T. 26.9.2017 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 19.03.2018].

edilirse asıl borç ile birlikte koşul da geçersiz hale gelir¹⁰⁸. Tersî durumunda ise, yani ifaya eklenen ceza koşulunun geçersiz olduğu durumlarda, asıl borcun bu geçersizlikten etkilenmesi söz konusu olmayacaktır¹⁰⁹. Zira TBK m. 182/2 *“Ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hâle gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez.”* hükmünü haizdir. Dolayısıyla ceza koşulunun geçersizliği asıl borcu etkilemeyecektir.

İfaya eklenen ceza koşulunun fer’î niteliğinin bir diğer sonucu ise, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece asıl borcun ifa yerinin ifaya eklenen ceza koşulunun da ifa yeri olmasıdır¹¹⁰. Koşulun muacceliyet anı hiçbir zaman asıl borçtan önce olamaz. Bu ifaya eklenen ceza koşulunun amacına aykırı olur.

Ceza koşulu şekil bakımından asıl borcun kaderine tabidir. Asıl borç kanunen veya taraf iradeleriyle şekil şartına bağlanmışsa ceza koşulunun da bu şekil şartına uygun yapılması gerekir¹¹¹. Örneğin, kanunen resmi şekilde yapılması öngörülen taşınmaz satışına ifaya eklenen ceza koşulu kaydı konulması halinde bu koşula ilişkin anlaşmanın da aynı şekilde yapılması gerekir¹¹². Asıl borcun kanunen veya taraf iradeleriyle şekil şartına bağlanması ve ifaya eklenen ceza koşulunun bu şekle uygun yapılmaması halinde, geçersiz sözleşmeye dayalı ifaya eklenen ceza koşulu anlaşması da geçersiz olacaktır¹¹³.

Asıl borcun *“ifa”, “ibra”, “zamanaşımına uğrama”, “takas”, “sonraki kusursuz imkânsızlık”* gibi nedenlerle son bulması durumunda ona bağlı ifaya eklenen ceza koşulu da asıl borçla birlikte kendiliğinden sona erer. Ancak aksi, yani

¹⁰⁸ Eren, s. 370; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.452; Oğuzman/Öz, s.100; Kocağa, s.135.

¹⁰⁹ Hatemi/Gökyayla, s.353; Yıldırım, s.384.

¹¹⁰ Kocağa, s.137; Hatemi/Gökyayla, s.346.

¹¹¹ Oğuzman/Öz, s.874; Hatemi/Gökyayla, s.355; İnan/Yücel, s.564.

¹¹² Yargıtay bir kararında *“...taşınmaz satışına dair olup, geçerlilik şartı olan resmi şekilde düzenlenmediği için geçersizdir. Sözleşme geçersiz olduğu için bu sözleşmede yer alan cezai şartta dair hükümler de aynı şekilde geçersizdir. Bu sebeple davacı, sözleşmede kararlaştırılan cezai şartı talep edemez...”* hükmetmiştir. İlgili karar için bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 13/04/2016 tarih ve 2016/6001 E. 2016/5752 K. www.kazanci.com[Erişim Tarihi: 19.03.2018].

¹¹³ Yargıtay bir kararında *“...Mahkemece, toplanan delillere göre araç ve taşınmaz mülkiyetinin nakli borcunu doğuran sözleşmelerin resmi şekil şartına tabi olup davaya konu sözleşmenin resmi şekilde düzenlenmediğinden geçersiz olduğu, geçersiz sözleşmeye dayalı cezai şartın da geçersiz olduğu, dolayısıyla davacının talebinin dinlenir nitelikte bulunmadığı gerekçeleriyle davanın reddine karar verilmiş...”* hükmetmiştir. İlgili karar için bkz. Yargıtay 16/6/2016 tarih 19. HD. 2016/2066 E. 2016/10889 K. www.kazanci.com[Erişim Tarihi: 19.03.2018].

ifaya eklenen ceza koşulunun sona ermesi halinde asıl borcun sona ermesi TBK m. 182/2 gereğince söz konusu değildir¹¹⁴.

Geçmişe etkili sona erme görüşüne göre asıl sözleşmeden dönülmesi halinde geçmişe dönük tüm borçlar ortadan kalkacağından ceza koşulu da sona erecek ve talep edilemeyecektir¹¹⁵. Taraflar dönme halinde de ifaya eklenen ceza koşulunun talep edilebileceğini kararlaştırabilirler. Sözleşmenin fesih ile sonlandırılması halinde ise sözleşme ilişkisi ileriye dönük olarak sonlanır¹¹⁶. İfaya eklenen ceza koşulunun fesih halinde akıbetine ilişkin olarak, fesih bildirimini anı esas alınmalıdır. Fesih bildiriminden önce doğmuş olan ifaya eklenen ceza koşulu talep edilebilecekken fesih bildiriminin yapılmasından sonra doğan koşul ise asıl borç ilişkisi artık ortadan kalkmış olduğundan talep edilemeyecektir¹¹⁷. Yargıtay içtihatlarında, sözleşmenin fesihle sonlandırılması halinde dahi ceza koşulunun talep edilebileceğine yönelik bir düzenleme bulunmadığı hallerde, ceza koşulunun talep edilemeyeceği kararlaştırılmaktadır¹¹⁸.

TBK m. 182'de asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hale gelmişse cezanın ifasının istenemeyeceği düzenlenmiştir. Bu

¹¹⁴ Eren, s.1213; Kılıçoğlu, s.746; Oğuzman/Öz, s.416; Hatemi/Gökyayla, s.353.

¹¹⁵ Nomer, s.364; Oğuzman/Öz, s.907; Buz, s.160; Hatemi/Gökyayla, s.357; Serozan Sözleşmeden dönme halinde sözleşmenin geçmiş dönük ortadan kalktığını kabul etmediğinden ceza koşulu da talep edilebilecektir, Serozan, s.612.

¹¹⁶ Kılıçoğlu, s.500; Serozan s.121; Eren, s.1297.

¹¹⁷ Kocaağa, s.143; Oğuzman/Öz, s.875.

¹¹⁸ Yargıtay bir kararında "...Yanlar arasında Noterliği'nde düzenlenen eser sözleşmesinin cezai şartlar başlıklı 8. maddesinde sözleşme şartlarına uymayan tarafın diğer tarafa 10.000,00 TL tazminat ödeyeceği kararlaştırılmıştır. Söz konusu maddedeki ceza akdin ifa edilmemesi ya da sözleşmeye uyulmaması halinde ödenmek üzere kararlaştırıldığından sözleşme tarihinde yürürlükte bulunan 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 158/l. ve dava tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiş bulunan 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 179/l. maddesinde düzenlenen seçimlik cezadır. Söz konusu yasa hükümlerine göre seçimlik cezanın varlığı halinde sözleşmede aksine hüküm olmadıkça alacaklı akdin icrası ya da cezanın ödenmesini isteyebilir. Cezai şartın kararlaştırıldığı 8. maddede fesih halinde de cezanın isteneceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Davacı yüklenici tarafından söz konusu sözleşme Noterliği'nden gönderilen 11.12.2012 gün yevmiye numaralı ihtarnameyle feshedilmiştir. Bu durumda mahkemece sözleşme ilişkisi fesihle sonuçlandırıldığı ve aksi sözleşmede kararlaştırılmadığından davacının asıl davadaki seçimlik cezanın tahsiliyle ilgili istemlerinin tümünden reddine karar verilmesi yerine bu husus gözden kaçırılarak kabulü doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur..." hükmütmüştür. İlgili karar için bknz. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 2/6/2016 tarih 2016/1698 E. 2016/3161 K.; benzer yönde bir diğer karar için bknz. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi E. 2015/6992 K. 2016/4966 T. 10.11.2016 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 19.03.2018].

düzenlemede taraflara aksini kararlaştırma yetkisi, sadece asıl borcun sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sona ermesi haline özgü olarak tanınmıştır. Bu durumda taraflar yine de ceza koşulunun talep edilebileceği hususunu kararlaştırabilirler. Esasen TBK m. 136/1'e göre borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsızlaşırsa borç sona erer. Asıl borcun sona ermesi halinde de ona bağlı bulunan ve ferî nitelikteki ceza koşulunun da sona ermesi gerekir¹¹⁹. Ancak kanun koyucu ceza koşuluna ilişkin olarak TBK m. 182'de taraflara bu hususun aksini kararlaştırabilme yetkisi vermiştir. Hükümde belirtilen imkânsızlık hali başlangıçtaki imkânsızlık değil, sonradan ortaya çıkan imkânsızlıktır zira başlangıçtaki imkânsızlık TBK m. 27 uyarınca kesin hükümsüzdür ve bu tür borçların ceza koşuluna bağlanması da mümkün değildir¹²⁰.

İfaya eklenen ceza koşulunun ferî niteliği gereği sona ermesinde de asıl borca bağlıdır. Bu bağlılık koşulun muaccel olmasına kadar devam eder¹²¹. Ceza koşulu muaccel olduktan sonra asıl borcun sona ermesi ceza koşulunun sona ermesine neden olmaz çünkü bu andan itibaren ceza koşulu bağımsız bir varlık kazanır¹²². Bu nedenle örneğin ifaya eklenen ceza koşulu muaccel olduktan sonra asıl alacağın temlik edilmesi halinde ceza koşulu alacağı devralana geçmeyecektir¹²³.

İfaya eklenen ceza koşulu ile teminat altına alınan asıl borcun talep edilmesi halinde yapılabilecek tüm def'i ve itirazlar ifaya eklenen ceza koşulu talebine de yapılabilir¹²⁴.

Asıl borcun sonlanması halinde ifaya eklenen ceza koşulunun da sona ereceğine dair ilkenin bir istisnası TBK m. 134'te yer almaktadır. Hükme göre,

¹¹⁹ Feyzioğlu, s. 9; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s.22; Kılıçoğlu, s.976; Hatemi/Gökyayla, s.354; Nomer, s.367.

¹²⁰ Yargıtay bir kararında "...Cezai şart, asıl borca dair ferî bir hak olup, geçersiz sözleşmelerde yer alan cezai şartlar da geçersizdir. Geçersiz sözleşmelere dayanarak taraflar birbirlerinden cezai şart isteyemezler..." hükmetmiştir. İlgili karar için bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 13/04/2016 tarih ve 2016/6001 E. 2016/5752 K. www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 19.03.2018], ayrıca bkz. Kocaağa, s.144.

¹²¹ Eren, s.1264; Feyzioğlu, s. 9; Kılıçoğlu, s.976; Hatemi/Gökyayla, s.354; Nomer, s.367

¹²² Eren, s.1213; Kılıçoğlu, s.974.

¹²³ Tunçomağ, s.89; Hatemi/Gökyayla, s.353.

¹²⁴ Kocaağa, s.145.

“çeşitli kalemlerin bir cari hesaba bağlanması ve bu kalemlerin güvence altına alınması halinde aksi kararlaştırılmadıkça hesabın kesilip sonucun kabul edilmiş olması güvenceyi sona erdirmez”. Ceza koşulu da bu madde anlamındaki güvencelerden biri olduğundan, borç sona ermiş olsa dahi ifaya eklenen ceza koşulu hüküm ifade etmeye devam edecektir.

1.3. CEZA KOŞULUNUN TÜRLERİ VE BİR CEZA KOŞULU KAYDININ İFAYA EKLENEN CEZA KOŞULU OLDUĞUNUN BELİRLENMESİ

1.3.1. Genel Olarak

Ceza koşuluna ilişkin düzenlemelerin bulunduğu TBK m. 179’da, ifayla birlikte kararlaştırılan ceza koşulunun da talep edilmesine ilişkin düzenleme yer almaktadır. Buna göre, *“ceza borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı hakkından açıkça feragat etmemiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir.”* denilmektedir.

Ceza koşulunun bu türünde aslen taleplerin yığılması söz konusu olmaktadır¹²⁵. Ceza koşuluna ilişkin taraflarca belirlenen koşulun gerçekleşmesi sonucunda alacaklı hem ifayı hem de asıl borcun ifasını talep etme hakkına erişmektedir.

TBK m. 179/2’de yer alan düzenleme emredici nitelikte değildir. İfaya eklenen ceza koşulu taraf iradeleri ile kararlaştırılabileceği gibi kanunlarla da ceza koşulu kayıtlarının ifaya ekli olduğuna ilişkin düzenleme yapılmış olabilir. TBK m. 179’da yer alan hüküm bu nitelikteki özel bir hükümdür. Bu hükümde, belirli niteliklere ve şartlara sahip ceza koşulu kayıtlarının ifaya ekli sayılması durumu mevcuttur. Buna göre ceza, borcun belirli zaman veya yerde ifa edilmemesine münhasır olarak kararlaştırılmışsa ve *“alacaklının hakkından açıkça feragat etmemiş”* veya *“ifayı çekincesiz kabul etmemiş”* olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi halinde alacaklı ifayla birlikte cezayı da talep edebilecektir. Alacaklı ifayı kabul aşamasında bir çekince koymazsa ceza koşulundan

¹²⁵ Kılıçoğlu, 751; Nomer, s.361; Oğuzman/Öz s.898.

vazgeçmiş sayılacaktır¹²⁶. Bütün bunlarla beraber taraflar, TBK m. 179/2’de düzenlenen *“ifanın belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi”* hallerinden başka hallerde de cezanın ifa ile beraber talep edilebileceğine ilişkin anlaşma yapabilirler¹²⁷. Yine aksi yönde de, taraflar ifanın belirli zaman veya yerde ifa edilmemesi hallerinde ifayla beraber ceza koşulunun talep edilemeyeceğine ilişkin de düzenleme yapabilirler¹²⁸.

Ceza miktarı ceza koşulunun türünün belirlenmesi konusunda yol gösterici olabilmektedir¹²⁹. Asıl borca kıyasla çok cüzi kalan ceza kayıtları bu anlamda ifaya eklenen ceza koşulu olarak kabul edilmelidir.

Ceza koşulunun her bir türü diğer türlerinden farklı hüküm ve sonuçların doğmasına sebebiyet verir. Bu sebeple bir ceza koşulu kaydının türünün belirlenmesi önem arz etmektedir.

1.3.2. Ceza Koşulunun Diğer Türleri

1.3.2.1. Seçimlik Ceza Koşulu

TBK m. 179/1’de, *“bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklının, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebileceği”* düzenlenmiştir. Bu hükümle alacaklıya ifa ile ceza arasından birinin seçimi konusunda bir yetki tanınmaktadır. Borçlunun sözleşmeye uygun davranmaması durumunda alacaklı borçludan ya cezayı ya da ifayı talep edebilecektir¹³⁰. Seçimlik ceza koşulu TBK m. 179’da düzenlenen borcun belirlenen zaman veya yerde yerine getirilmemesi durumunda kararlaştırılan ceza koşulu hali hariç, diğer tüm borca aykırılık hallerinde uygulama alanı bulur¹³¹. Ancak yukarıda ifaya eklenen ceza

¹²⁶ Eren, s.1210; Tunçomağ, s.115, Günay Cevdet İlhan, Cezai Şart (BK m.158-161), Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s.225; Kılıçoğlu, s.978

¹²⁷ Hatemi/Gökyayla, s.356; Kılıçoğlu, s.978; Nomer, s.357.

¹²⁸ Eren, s.1212; Hatemi/Gökyayla, s.351; Nomer, s.356; Oğuzman/Öz, s.906.

¹²⁹ Tunçomağ, s.47.

¹³⁰ Eren, s.1215; Günay, s.78, Kılıçoğlu, s.975.

¹³¹ Kocaağa, s.146-147; Oğuzman/Öz, s.904.

koşulunda da belirtildiği gibi, TBK m. 179 hükmü emredici nitelikte olmadığından taraflar, örneğin borcun belirlenen zaman ve yerde ifa edilmemesi hallerinde de seçimlik ceza koşulunun varlığına ilişkin anlaşma yapabilirler¹³².

Koşulun gerçekleşmesi yani “*borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi*” halinde alacaklı asıl borcu veya cezayı talep hakkını kazanacaktır. Her ne kadar “*seçimlik*” olarak ifade edilse de, burada esas anlamda bir seçimlik borçtan bahsetmek mümkün değildir¹³³. Birden fazla edim içerisinden birinin ifasının yeterli olduğu hallerde, birden fazla edimden birinin ifası ile borçlu borcundan kurtulmaktadır. Borcun konusunun birden fazla edim olmasına rağmen borçlunun bu edimlerden sadece birini ifa etmesinin yeterli olduğu borçlara seçimlik borç adı verilmektedir¹³⁴. Seçimlik borçta borçlardan her biri asli niteliktedir ancak ceza koşulunda alacaklı ceza koşulunu talep etmediği sürece borçlu sadece asıl borcu ifa ile yükümlüdür. Ceza koşulu seçimlik borç olarak kabul edilseydi, asıl borç imkânsız hale gelince ceza koşulu borcu sona ermeyecekti. Ancak asıl borcun fer’i niteliğinde olduğu kabul edilen ceza koşulu borcu benzer bir imkânsızlık halinde sona erecektir¹³⁵. Hâkim görüşüne göre ise kıyas yoluyla seçimlik borçlara ilişkin hükümler ceza koşuluna da uygulanmalıdır¹³⁶.

Alacaklıya tanınan ceza ile asıl borç arasında seçim yapma hakkı değiştirici nitelikte bir yenilik doğuran haktır¹³⁷. Bu hak, yenilik doğurucu her hakta olduğu gibi bir defa kullanılmakla tükenir ve bir kez kullanıldıktan sonra geri alınamaz¹³⁸. Ancak Bilge’ye göre, seçim konusunda bir ayrıma gitmek gerekmektedir. Buna göre; alacaklının seçim yetkisini cezanın ifası yönünde

¹³² **Tunçomağ**, s.44; **Günay**, s.78; **Oğuzman/Öz**, s.905; **Kocaağa**, s.149; **Bilge**, s.102; Özel hükümler içermesi sebebiyle bkzn. TBK m. 464.

¹³³ **Bilge**, s.98; **Kılıçoğlu**, s.976.

¹³⁴ **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar, s. 60; **Oğuzman/Öz**, s. 8

¹³⁵ **Bilge**, s.98; **Kocaağa**, s.148; bkzn yukarı B.3.

¹³⁶ **Eren**, s.1214; **Tunçomağ**, s.106; aksi yönde görüş bildiren Hatemi/Gökyayla, Seçimlik ceza koşulu denmesine rağmen burada tam anlamıyla seçimlik bir borç söz konusu olmadığını, sadece seçimlik yetki tanındığını savunmaktadır, **Hatemi/Gökyayla**, s.355.

¹³⁷ “*Mevcut bir hukuki ilişkiyi değiştiren haklara, değiştirici yenilik doğuran haklar denilmektedir. Değiştirici yenilik doğuran hakların kullanılması ile mevcut bir hukuki ilişkinin farklı şart ve hükümlerle yürürlüğünü devam ettirmesi amaçlanır.*” **Buz** Vedat, Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 192; **Eren**, s. 60; **Günay**, s.78; **Kılıçoğlu**, s.975; **Demirbaş** Harun, Yenilik Doğuran Haklar, Vedat Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2007, s.67 vd.

¹³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkzn.: **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar; **Eren** s.60 vd.

kullanması halinde bu karardan dönemeyecek ve kararını geri alamayacakken, kararını asıl borcun ifası yönünde kullanması halinde ve borçlunun asıl borcu ifa edememesi veya asıl borcun imkânsız hale gelmesi durumunda alacaklı seçim karardan dönerek cezanın ifasını talep edebilecektir¹³⁹.

Alacaklının seçimi konusundaki beyanı karşı tarafın hâkimiyet alanına ulaştığı anda hüküm ve sonuçlarını doğurur. Kanunda bu hakkın ne kadar sürede kullanılabileceğine ilişkin bir hüküm yoktur ancak bu hakkın makul bir sürede kullanılması gereklidir¹⁴⁰. Borçlu alacaklıyı hakkını kullanmaya davet edebilir¹⁴¹. Taraflar talep hakkının belirli bir süre ve şekilde kullanılacağı, aksi halde geçerli olmayacağına ilişkin hükümler de kararla tırabilirler.

Alacaklı “*yargı i i veya yargı dışı*” bir yolla asıl alacağı talep etmi se artık ceza koşulunu talep yetkisinden tamamen feragat etmiş sayılacaktır¹⁴². Yargıtay bir kararında eser sözleşmesinde seçimlik ceza kararla tırıldığından alacaklının ya sözleşmenin ifası ya da ceza koşulu talep edilebileceği, borçludan tapunun devrini talep etmesi durumunda iradesini asıl alacaktan yana kullandığı kabul edileceğinden ceza koşulu talebi yerinde g r lmemi tir¹⁴³. Ancak taraflar alacaklının önce asıl alacağı talep edebileceği, bunun yerine getirilmemesi halinde ceza koşulunu talep edebileceğine ilişkin anla ma yapabilirler. Oğuzman’a göre seçimlik ceza koşulu kararlaştırılan hallerde alacaklının ifa yerine ceza koşulunu seçebilmesi için TBK m. 106’da düzenlenen seçimlik haklarından “*ifadan vazgeçip olumlu zararının tazminini*” talep etmesi gerekir¹⁴⁴. TBK’da yer alan diğer seçimlik haklarını kullanması durumunda ceza koşulunu talep edemeyecektir.

¹³⁹ Bilge, s.100.

¹⁴⁰ Hatemi/Gökyayla, s.356.

¹⁴¹ Oğuzman/ z s.904: “Alacaklı mümkün olan ifa usulüne uygun olarak kendisine teklif edilinceye kadar ifa yerine cezayı seçtiğini bildirebilir.” Hatemi/Gökyayla, s.356.

¹⁴² Günay, s.78; Eren, s.1214.

¹⁴³ İlgili karar için bknz. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 17/06/1996 tarihli ve 1996/2702E, 1996/3402K www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 19.08.2017].

¹⁴⁴ Oğuzman/ z, s.905.

Alacaklı seçim hakkını ceza koşulu yönünde kullandığı takdirde asıl borç daha önce kısmen ifa edilmiş olsa dahi tamamen sona erer. Daha önce yerine getirilmiş kısımlar sebepsiz kalır. Alacaklının daha önce ifa edilen edimleri borçluya iadesi gereklidir¹⁴⁵.

Ceza koşulu kararlaştırılmış olması alacaklının kanuna dayanan haklarının ortadan kalkacağı anlamına gelmemektedir. Alacaklının asıl borcun ifasını seçmesi durumunda gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, ceza koşulunu seçmesi halinde diğer şartların oluşması koşuluyla ceza tutarını aşan zararlarının tazminini isteyebilecektir. Asıl borcun ifasından vazgeçip ceza koşulunun talep edilmesi durumunda, asıl alacağı teminat altına alan rehin ve kefaletin de ceza koşulunu güvence altına almaya devam edeceği kabul edilmektedir¹⁴⁶.

1.3.2.2. İfayı Engelleyen Ceza Koşulu

TBK m. 179/3'te borçlunun, *“kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkının saklı olduğu”* düzenlenmiştir. Bu sayede taraflar önceden yapacakları anlaşma ile borçluya ceza koşulunu ödeyerek sözleşmeden dönme hakkı sağlamaktadır. Borçlu kararlaştırılan miktarı alacaklıya ödeyerek asıl borcun ifasından kurtulabiliyorsa burada ifayı engelleyen ceza koşulu ya da dönme cezası söz konusu demektir¹⁴⁷. Bu tür ceza koşulunda borçlu ceza koşulunu ifa ederek sözleşmeden dönebilir veya sözleşmeyi feshedebilir. Taraflar dönme cezasını kararlaştırırken her iki tarafa da cezanın yerine getirilmesiyle asıl borçtan vazgeçme veya ifasını yerine getirmekten kurtulma imkânı tanıyabilirler¹⁴⁸. İfayı engelleyen ceza koşulunda ceza koşulunun yukarıda değinilen *“borçluyu ifaya zorlama”* ya da *“asıl borcun yerine getirilmesini temin etme”* maksatlarına uymamakta ve bu yönüyle ceza koşulunun zorlayıcılık dâhil diğer genel

¹⁴⁵ Bilge, s.102; Günay, s.79; Hatemi/Gökyayla, s.356.

¹⁴⁶ Oğuzman/Öz, s.905.

¹⁴⁷ Hatemi/Gökyayla, s.357; Eren, s.1216; Oğuzman/Öz, s.908; Kılıçoğlu, s.979.

¹⁴⁸ Eren, s.1216; Oğuzman/Öz, s.908; Dönme cezasını vererek sözleşmeyle bağlılıktan kurtulma yetkisi sadece alacaklıya ait olması gerektiği yönündeki aksi görüş için bkz. Hatemi/Gökyayla s.357; aksi görüşte Bilge, s.86.

özelliklerinden ayrılmaktadır¹⁴⁹. Zaten doktrinde kabul edilen görüşe göre dönme cezası veya ifayı engelleyen ceza koşulu, ceza koşulu niteliğinde değil ancak ceza koşuluna olan “*yakın ilgisinden*” dolayı kanun koyucu tarafından aynı madde içerisinde düzenlenmiştir¹⁵⁰. İfayı engelleyen ceza koşulu bu amaçların tam aksine borçlunun durumunu kolaylaştıran ve ifayı yerine getirme yükümünü hafifletici niteliktedir¹⁵¹.

Borçlunun cezayı ödeyerek borcun ifasından kurtulabilmesi için cezayı ödemesi veya en azından cezayı ödemeyi teklif etmesi şarttır¹⁵². Sadece dönme yönünde yapılacak bildirimin sözleşmeden dönmeyi sağlamayacağı kabul edilmektedir¹⁵³.

TBK m. 179'daki açık hüküm gereği kararlaştırılan ceza koşulunu yerine getirerek sözleşmeden dönme veya sözleşmeyi fesih yetkisi olduğunu ispat yükü borçludur¹⁵⁴. Bir ceza koşulu kaydının ifayı engelleyen ceza koşulu olup olmadığı yönündeki bir tereddüt halinde dönme cezasının değil diğer ceza koşulu türlerinin varlığı kabul edilmelidir¹⁵⁵.

Yargıtay içtihadına göre; sözleşmede dönme cezası kararlaştırılmışsa sözleşmenin ifa edilmemesi durumunda alacaklı sözleşmede belirtilen miktarla yetinmek zorundadır, fesih sebebiyle alacaklının uğramış olduğu zarar miktarı, dönme cezasından fazla olsa bile alacaklı borçludan bunun tazminini isteyemez¹⁵⁶. Ancak TBK m. 446/2'de kararlaştırılan cezayı ödeyerek sözleşmeden dönen ve rekabet yasağından kurtulan işçinin, alacaklının ceza miktarını aşan zararın karşılaması gerektiği düzenlenmektedir.

¹⁴⁹ **Tunçomağ**, s.47; ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkznz. 1.1.2.2.

¹⁵⁰ **Oğuzman/Öz** s.907; **Tunçomağ**, s.31 **Eren**, s.1214.

¹⁵¹ **Eren**, s.1214.

¹⁵² **Oğuzman/Öz**, s.907; **Hatemi/Gökyayla**, s.357.

¹⁵³ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s.352; **Oğuzman/Öz**, s.907.

¹⁵⁴ Kanunkoyucu TBK m. 446/3'te bu genel kurala bir istisna getirmiştir. Buna göre; rekabet yasağına aykırılığa ilişkin ceza koşulu kayıtları, karineten dönme cezası niteliğinde kabul edilmektedir. Bu sayede işçi kararlaştırılan cezayı ödeyerek rekabet yasağından kurtulmaktadır.

¹⁵⁵ **Hatemi/Gökyayla**, s.357; **Oğuzman/Öz**, s.907.

¹⁵⁶ İlgili karar için bkznz. Yargıtay 15. HD E. 2014/6689 K. 2015/2707 T. 22.5.2015 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 19.08.2017]; ayrıca bkznz. **Tunçomağ**, s.47, **Reisoğlu**, s.458, .

Yargıtay bir kararında, somut olayda taraflarca kararlaştırılmış iki tür ceza koşulu bulunmasına rağmen ifayı engelleyen ceza koşulunun varlığı sebebiyle bu türe öncelik vermiştir¹⁵⁷.

Doktrinde kabul edilen bir görüşe göre; TBK m. 182'deki düzenlemenin aksine, hâkimin aşırı gördüğü ifayı engelleyen ceza koşulunu indirme yetkisi olmadığı kabul edilmelidir¹⁵⁸. Bu görüşe göre, kanuni bir sebep olmaksızın sözleşmeden dönmek isteyen borçlu gerekçesiz dönme sebebiyle kararlaştırılan cezayı ödeme yükü altına girmeyi kabul etmektedir. Dönme cezası haklı veya kanunen tanınan yetkiye dayanıyor olsaydı zaten cezayı ödemeyecekti. Kanımızca, yürürlükte bulunan kanuni düzenlemede ceza koşulu türleri içerisinde dönme cezası da düzenlenmiş olduğundan ve devam eden maddelerde de hâkimin aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indireceği düzenlendiğinden ceza koşulu türleri arasında bir ayrıma gitmeksizin indirim yapılacağı kabul edilmiş olmaktadır. Bu nedenle hâkimin aşırı gördüğü dönme cezası niteliğindeki ceza koşulunu da diğer türlerde olduğu gibi re'sen indirmesi gereklidir.

¹⁵⁷ Bu kararda "Dava, satış sözleşmesi ile satışı yapılan 4 adet dükkânın, süresinde teslim edilmemesi sebebiyle sözleşme ile kararlaştırılan kira bedeli ve cezai şart alacaklarının tahsili istemine ilişkindir. 6098 Sayılı TBK'nun 179 ve devamı maddelerinde düzenlenen şart, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde borçlunun belirli bir miktar para ödeme taahhüdüdür. Anılan maddenin 1. fıkrasında seçimlik şart, 2. fıkrasında ise ifaya eklenen şart düzenlenmiştir. Seçimlik şartın düzenlendiği Borçlar Kanunu'nun 179. maddesinin 1. fıkrasında, Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir cezai şart kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir hükmü mevcut olup, madde metninden de açıkça anlaşıldığı üzere sözleşme gereği hiç ya da gereği gibi yerine getirilmediği takdirde aksine kararlaştırma yoksa alacaklı ya edimin ifasını ya da cezai şartın ödenmesini isteyebilir. İkisini bir arada talep etmesi mümkün değildir. Borçlar Kanunu'nun 179. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen Ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir hükmünü taşıyan eklenen şartta ise, alacaklı akdin ifası ile birlikte cezai şartın ödenmesini de talep edebilir. Bu açıklamaların ışığı altında davaya konu olaya bakacak olursak, taraflar arasındaki tarihsiz Sözleşmenin 7. maddesinde bu sözleşmeden dönme ve sözleşme şartlarını ihlal cezası ayriyeten her iki taraf için 30.000,00TL tazminattır hükmü ile kararlaştırılan cezai şart, ifa yerine geçen cezai şart niteliğindedir. Öyle olunca, mahkemece, davacının, cezai şart alacağı talebinin reddine karar verilmesi gerekirken, yanlış değerlendirme ile yazılı şekilde bu talebin de kabulüne karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir." denilmiştir. İlgili karar için bkz. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 2015/32027 K. 2016/4546 T. 16.2.2016 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 19.03.2018].

¹⁵⁸ Hatemi/Gökyayla, s.357; Oğuzman/Öz, s.908; Eren, s.1216.

Taraflar arasında kurulmuş geçerli bir borcun sona ermesi, taraf iradelerinden değil de kanunen tanınmış bir hakkın kullanımı neticesinde gerçekleşen bir sona erme niteliğindeyse, ifayı engelleyen ceza koşulu ödenmesi gerekmez¹⁵⁹.

1.3.3. Bir Ceza Kaydının İfaya Eklenen Ceza Koşulu Olduğunun Belirlenmesi

TBK m. 179/2’de düzenlenen ifaya eklenen ceza koşulu kanuni bir karine olarak ifanın geç veya başka mahalde yerine getirilmesine hasredilmiştir. Ancak aynı madde ile alacaklının ifa ile beraber ceza koşulunu istenebilmesi için “*bu hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz kabul etmiş olmama*” şartı koşulmuştur. Ayrıca kanunun “*asıl borçla birlikte cezanın ifasını isteyebilir*” şeklindeki emredici olmayan ifadesi ile de sadece geç veya başka mahalde yerine getirilmemesine bağlanmayabileceği sonucuna ulaşılmaktadır¹⁶⁰.

Bir ceza koşulunun türünün ne olduğu kanuni karinelere göre belirlenebileceği gibi taraf iradelerine dayanarak da belirlenebilir. Taraflar, kanunun da cevaz verdiği şekilde sadece geç veya başka mahalde yapılan ifalar dışındaki borca aykırılık hallerinde de hem asıl borcu hem de ceza koşulunu talep yetkisi tanıyabileceklerdir. Yine aynı doğrultuda, ifanın geç veya başka mahalde yerine getirilmesi halinde sadece asıl borç veya cezadan birinin talep edilebileceği yönünde de düzenleme yapabileceklerdir. Taraflar arasındaki anlaşma ile ifaya eklenen ceza koşulu olduğu kararlaştırılan kayıtların bu niteliğini ispat külfeti ise alacaklıda olacaktır¹⁶¹.

Taraflarca bir ceza koşulu kaydına yer verilip bunun asıl borçla beraber talep edilebilen ceza koşulu mu yoksa asıl borç ile ceza koşulundan birinin seçilebileceği bir tür mü olduğu belirli değilse, hak ve borçların doğru şekilde tayin edilmesini teminen ceza koşulu türünün bulunması gerekir.

¹⁵⁹ Oğuzman/Öz, s.908; Hatemi/Gökyayla s.357.

¹⁶⁰ Bilge, s.104; Hatemi/Gökyayla, s.356; Kılıçoğlu, s.978; Nomer, s.357.

¹⁶¹ Eren, s.1213; Kocaağa, s.152; Kılıçoğlu, s.979.

Bazen bir ceza koşulu kaydı işin niteliği gereği ifaya eklenen ceza koşulu sayılabilecektir. Gerçekten örneğin rekabet yasağının bir ceza koşulu ile temin edildiği durumda, alacaklı konumunda bulunan işveren, işçinin iş sözleşmesinin herhangi bir şekilde sona ermesinden sonra belirli alanlarda rekabet etmeme ya da bir yapmama borcuna uymasını beklemekte ve işçinin bu borca uyması yönünde bir zorlama yapmak amacıyla ceza kaydına yer vermektedir. Burada amaç işçiye yapmama borcuna uymaya zorlama iken, kararlaştırılan ceza koşulunun bir seçimlik ceza koşulu veya ifayı engelleyen ceza koşulu olduğunu kabul etmek işin niteliğine uymayacaktır¹⁶². Ancak Yargıtay'ın bir kararında bu durumun aksi yönde bir karşı oy görüşü verilmiştir¹⁶³. Karşı oy görüşünde ceza koşuluna ilişkin genel düzenlemelerin yanında TBK m. 393/2'de özel bir dönme düzenlendiği, TBK m.179'un aksine, m. 393/2 gereğince ifayı ya da sözleşme cezasını talep etmek isteyip istemediğini alacaklı seçemeyeceği savunulmaktadır.

Ceza koşulunun miktarı türünü belirlemede önemli bir rol oynar. Ceza koşulu miktarının az olması karineten ifaya eklenen ceza koşulunun varlığını gösterir¹⁶⁴. Ancak örneğin ceza miktarı olumlu zararların tamamını kapsıyor ise burada seçimlik ceza koşulunun varlığı söz konusu olabilir ve böyle bir durumda alacaklı ya asıl borcu ya da ceza koşulunu talep edebilecektir¹⁶⁵.

Ceza koşulunun amacı türü konusunda yol gösterici olabilir. Örneğin kiracının, kiralananda bazı davranışları yapması yasaklanmış ve bir yapmama borcu ile yükümlendirilmişse; örneğin gürültü yapmaması, apartman düzenine uyması vs gibi durumlarda kiraya verenin hem bu davranışlara uymasını bekleme hem de ceza koşulunu ifa etmeyi talep hakkı vardır. Zira burada alacaklı konumunda

¹⁶² **Feyzioğlu**, s.393 TBK m. 446 “*Rekabet yasağına aykırı davranan işçi, bunun sonucu olarak işverenin uğradığı bütün zararları gidermekle yükümlüdür. Yasağı aykırı davranış bir ceza koşuluna bağlanmışsa ve sözleşmede aksine bir hüküm de yoksa işçi öngörülen miktarı ödeyerek rekabet yasağına ilişkin borcundan kurtulabilir; ancak, işçi bu miktarı aşan zararı gidermek zorundadır.*”.

¹⁶³ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 01.03.2016 tarihli 2015/1658 esas 2016/2244; benzer yönde bir karşı oy görüşü olan karar için bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 2015/5612K. 2015/13054 T. 7.12.2015 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 26.08.2017].

¹⁶⁴ **Kocaağa**, s.153; **Hatemi/Gökyayla**, s.356.

¹⁶⁵ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s.350.

bulunan kiraya verenin ceza koşulunu koymadaki amacı kiracının apartman düzenine uymasındır¹⁶⁶.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bir ilamında taraflar arasındaki sözleşmede yer alan ceza koşulu kaydını¹⁶⁷ sözleşmenin 17. maddesinin 2. fıkrasında yer alan *“...Tarafların, işbu anlaşmayı süresinden önce tek taraflı fesih etmeleri yada anlaşma şartlarına uymamaları–işbu anlaşmanın 18.maddesinde belirtilen taahhüt hariçtir-halinde karşı tarafın uğramış olduğu/uğrayacağı tüm zararlarının yanı sıra 10.000\$ cezai şart miktarını da mağdur tarafın yazılı talebinden itibaren en geç 15 gün içerisinde karşı tarafın nakden ve defaten ödemesi zorunludur.”* hükmünden hareketle çoğunluk kararı ile ifaya eklenen ceza koşulu olduğunu kabul etmiştir. Azınlık görüş ise, burada seçimlik ceza koşulunun gündeme gelebileceğini ileri sürmüştür¹⁶⁸. Sonuç itibariyle; uyuşmazlıkta, ceza koşulu kaydının türü ifaya eklenen ceza koşulu olmakla birlikte ceza koşulunun istenebilmesi için taraflar arasındaki sözleşmenin ayakta yani feshedilmemiş olması gerekmektedir. Kanımızca da çoğunluk görüşü doğru yönde olmuş, uyuşmazlık konusu sözleşmenin 17. maddesinde yer alan ve karşı tarafın uğrayacağı tüm zararların yanında 10.000\$ ceza ödenmesine ilişkin kayıt ifaya

¹⁶⁶ Kocaağa, s.153.

¹⁶⁷ Yargıtay bu kararında *“Davacı vekili, taraflar arasında 1 yıl süreli Fransa Pazarı için İşbirliği ve Mümessillik Esasları Anlaşması'nın 28.11.2005 tarihinde imzalandığını, sözleşmenin 18.maddesine göre, davalı mümessilin bir takvim yılı içinde taahhüt ettiği 20.000 m² (F%20) satışı gerçekleştiremediği için, müvekkilinin satış kaybindan doğan zararı tazmin etme borcu altında bulunduğunu, ayrıca sözleşmenin 17.maddesiyle davalının anlaşma şartlarına uymaması sonucu 10.000 \$ cezai şart alacağını da doğduğunu, söz konusu tazminatın davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir. 28.11.2005 tarihli sözleşmesinin 17.maddesi 2.fıkrasında Tarafların, iş bu anlaşmayı süresinden önce tek taraflı fesih etmeleri ya da anlaşma şartlarına uymamaları–iş bu anlaşmanın 18.maddesinde belirtilen taahhüt hariçtir-halinde karşı tarafın olduğu/uğrayacağı tüm zararlarının yanı sıra 10.000\$ cezai şartı miktarını da mağdur tarafın yazılı talebinden itibaren en geç 15 gün içerisinde karşı tarafın nakden ve defaten ödemesi zorunludur şeklinde belirtilmesine göre, sözleşme feshedilmeden ihlali halinde, cezai şart talep etme imkanı tanınmış olduğu gözetilerek ve 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 158/2.maddesi hükmü de dikkate alınarak gerekli inceleme yapıp varılacak uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken, bu yöne dair açılan davanın da aynı gerekçelerle reddinde isabet görülmemiştir”* şeklinde karar verilmiştir. İlgili karar için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 26.2.2016 tarihli E. 2014/19-524 K.2016/192; benzer yönde diğer bir karar için bkz. Yargıtay 19.Hukuk Dairesinin 21.05.2013 gün ve E. 2012/12859, K. 2013/9319 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 26.08.2017].

¹⁶⁸ Karşı oy görüşünde *“Sözleşmenin 17. maddesinin 2. bendinde yer alan cezai şartta dair düzenlemede, 18. madde de belirtilen taahhüt ayrı tutularak, anlaşma şartlarına uyulmaması halinde uğranılacak zarar dışında 10.000 \$ cezai şart ödeneceği hususu, sözleşme tarihinde yürürlükte bulunan mülga 818 Sayılı BK'nın 158/1 maddesine uygun olup seçimlik cezadır.”* şeklinde belirtilmiştir. İlgili karar için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2014/19-524 esas 2016/192 karar ve 26.2.2016 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 26.03.2018].

eklenen ceza koşulu niteliğindedir. Bu nedenle karşı oy yazısında olduğu gibi seçimlik bir ceza koşulu olduğu kabul edilemeyecektir. Burada ifaya eklenen ceza koşulunun kanuni kriterlerinden olan belirlenen zaman veya yerde ifa etmeme değil gereği gibi ifa etmeme söz konusudur. Ancak yukarıda da açıklandığı üzere TBK m. 179'da düzenlenen seçimlik ve ifaya eklenen ceza koşulları düzenleyici nitelikte olup taraflar örnekte olduğu gibi ifa etmemeye ifaya eklenen ceza koşulu veya belirlenen zamanda ifa etmemeye seçimlik ceza koşuluna bağlayabileceklerdir. Bir ceza koşulunun türü belirlenirken; sözleşmenin yazım şekli, ceza koşulunun kararlaştırılma amacı ve miktarı gibi hususlar da göz önünde bulundurulmalıdır.

1.4. BENZER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

1.4.1. Götürü Tazminatla Karşılaştırılması

Taraflar sözleşmenin tarafını, şeklini, sözleşmenin içeriğini diledikleri şekilde belirleme özgürlüğüne sahiptir¹⁶⁹.

Götürü tazminat, tarafların aralarında akdettikleri bir sözleşmede ileride doğabilecek ve tazmin edilmesi gereken zararları önceden karşılıklı irade beyanlarıyla belirlemeleri ve bu sayede ileride doğabilecek ihtilafları gidermeyi amaçladıkları bir tazminat türüdür¹⁷⁰. Taraflar önceden yapacakları anlaşmayla ileride doğabilecek zararları 'makul bir tahmin' ile sınırlı olarak belirlemeye

¹⁶⁹ **Parlak Börü Şafak**, Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış, TBB Dergisi, s.197-228, 2017, s.196.

¹⁷⁰ **Hatemi/Gökyayla**, s.348; **Erdem Mehmet**, Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi, Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009, s.98; **Wuyts Filip**, 'Penalty Clauses and Liquidated Damages', Encyclopedia of Law and Economics, V.III, The Regulation of Contracts, Cheltenham-UK, 2000, s.141; **Kocaağa**, s.52.

çalışmaktadırlar¹⁷¹. Bu kavramın esasen iki temel fonksiyonu bulunmaktadır. İlki tarafların önceden tazminat miktarını kararlaştırarak alacaklıyı zararın varlığı ve miktarı konusundaki ispat yükünden kurtarmaktır. İkincisi ise, kararlaştırılan götürü tazminat miktarı ile talep edilecek zararların azami miktarını belirleme fonksiyonudur.

Borca aykırılık halinde belirli bir miktar bedelin ödenmesinin kararlaştırıldığı sözleşmelerde, bu tür kayıtların niteliğinin ne olduğunun belirlenmesi önem arz etmektedir. Zira ceza koşulu kayıtlarının hukuki nitelendirmesi ile götürü tazminatın hukuki nitelendirmesi farklı olacaktır. Örneğin sözleşmede yer alan kaydın ifaya eklenen ceza koşulu olduğu sonucuna varıldığı hâllerde, ifanın kabulü anında alacaklı bu hakkını saklı tutmamışsa, sonradan ceza koşulunu isteyemeyebilecektir¹⁷². Bu belirleme, Kıta Avrupası sisteminde anlaşmanın içeriğine uygulanacak hükümler açısından önem arz ederken, Anglo-sakson hukuk sisteminde anlaşmanın geçerliliğine etki edecek nitelikte olacaktır zira Anglo-sakson hukuk sistemi ceza koşulu kurumunu reddetmektedir¹⁷³. Bunun en geniş anlamdaki sebebi kusur ve zarardan bağımsız, her hal ve şartta ifa yükü doğuran nitelikteki cezaların genel hukuk ilkelerine uygun kabul edilmemesi olarak gösterilebilir¹⁷⁴.

¹⁷¹ **Bell** Matthew / **Manly** Richard, 'Liquidated Damages and The Doctrine of Penalties: Rethinking The War on Terrorem', The International Construction Law Review, Part 4, October 2012, s. 396

¹⁷² **Kocağa**, Köksal, İnşaat Sözleşmesinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart Mı Yoksa Götürü Tazminat Mıdır? TBB Dergisi, S. 74, s.149-157, 2008, s.154.

¹⁷³ **Goetz** Charles / **Scott** Robert, 'Liquidated Damages, Penalties and The Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach', Colombia Law Review, Vol.77, No.4, 1977, s.554; **Oluwadamilola** Odetola, 'Penalties and Liquidated Damages in a Changing World: Rethinking the Common Law Position', Afe Babalola University: Journal of Sustainable Development Law and Policy, Vol. 6:1, 2015, s.247-271; **Akkayan Yıldırım** Ayça, Cezai Şartın İşlevi, Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.LXI, S.1-2, s.357-414, 2003, s.393; **Kapancı** Berk, Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s.672.

¹⁷⁴ **Oluwadamilola**, s.249; **Goetz/Scott**, s.547.

TBK'da götürü tazminat ile ceza koşulu arasındaki farkları düzenleyen bir hüküm yoktur¹⁷⁵. Ceza koşulunda olduğu gibi götürü tazminat ilişkisinde de bir asıl borç söz konusudur ve bu asıl borcun kaderine tabidir¹⁷⁶.

Ozanoğlu, ceza koşulunun aksine götürü tazminatın borçluyu borcunu gereği gibi ifa konusunda bir baskı yaratma amacı olmadığını savunmaktadır¹⁷⁷. Zira ceza koşulunda herhangi bir zarar doğmasa dahi ifa gerekirken, götürü tazminat taraflarca ileride beklenen ve miktarı kanuna dayalı olarak oluşacak muhtemel miktara yakın bir belirleme yapılmaktadır.

Götürü tazminatın hukuki nitelendirmesi yapıldığında, bir tazminat türü ile karşılaşılmaktadır; bu neden dolayısıyla da zarar şartına bağlıdır ve zararı aşamaz¹⁷⁸. Tazminat *“zarara uğrayanın zenginleşmesine”* sebebiyet vermemelidir. Tazminatın talep edilebilmesi için zararın doğduğunun ispat edilmesi gerekirken ifaya eklenen ceza koşulunun talep edilebilmesi için zararın varlığı dahi aranmaz. Yine ifaya eklenen ceza koşulu kayıtlarında, saklı tutma beyanında bulunmaması hâlinde alacaklının ceza koşulunu talep hakkı kaybolurken götürü tazminatın talep edilebilmesi konusunda bu türden bir beyana ihtiyaç duyulmayacaktır.

Götürü tazminat kararlaştırılmış olması halinde alacaklının kararlaştırılan miktarı talep edebilmesi için zarara uğramış olması bir şarttır. Alacaklı tazminatı götürü olarak belirlemekle sadece zararın miktar ve kapsamını ispat yükünden kurtulmaktadır. Zararın doğmadığını veya götürü bedelin talep edilemeyeceğini ispat yükü ise borçludadır.

Sözleşmeye konulan bir kaydın ifaya eklenen ceza koşulu mu, götürü tazminat olarak kabul edilmesi gerektiği konusunda imzalayanların yaptıkları hukuki nitelendirmesi *“belirleyici”* olarak esas alınamaz¹⁷⁹. Bu belirleme yapılırken tarafların *“sözleşme yapma amaçları dikkate alınmalı”, “takip ettikleri gerçek amaç belirlenmeli”, “tarafların irade açıklamaları güven ilkesine göre*

¹⁷⁵ Ozanoğlu, s.24.

¹⁷⁶ Erdem, 100; Parlak Börü, s.204.

¹⁷⁷ Ozanoğlu, s.89; benzer yönde Erdem, s.103 vd.

¹⁷⁸ Tunçomağ, s.29; Ozanoğlu, s.24; Kılıçoğlu, s.977; Hatemi/Gökyayla, s.348.

¹⁷⁹ Ozanoğlu, s.24.

yorumlanmalı” ve “sözleşmenin lafzı ile diğer hâl ve şartlar” göz önünde bulundurulmalıdır¹⁸⁰. Yargıtay, sözleşmede belirlenen sürele uymayan yüklenicilerin, belirli bir miktar para ödemesine ilişkin hükümleri, bazı kararlarında ifaya eklenen ceza koşulu¹⁸¹ bazılarında ise götürü tazminat¹⁸² olarak nitelendirmiştir.

TBK’da götürü tazminata ilişkin hükümler yer almamaktadır. Bu nedenle götürü tazminat anlaşmalarına borçlar kanununun genel hükümleri uygulanmalıdır. Ancak götürü tazminat ceza koşulundan farklı olduğundan başta cezanın indirilmesi olmak üzere ceza koşuluna ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması mümkün değildir¹⁸³.

1.4.2. Seçimlik Borç ile Karşılaştırılması

Önceden belirlenmiş birden fazla alternatif borçtan birinin ifa edilmesiyle borcun sona erdiği borç türüne seçimlik borç denilmektedir¹⁸⁴. Burada seçimlik

¹⁸⁰ Erdem, s.122; Parlak Börü, s.224; Kocağa, Götürü Tazminat, s.154; Ozanoğlu, s. 24.

¹⁸¹ Yargıtay bir ilamında “Yanlar arasındaki 22.6.1993 tarihli Düzenleme Şeklinde Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi’ne göre inşaat süresi sözleşme tarihinden itibaren 34 aydır. Sözleşmenin 9. maddesine göre daireler süresinde teslim edilmezse geçen her ay için daire başına 3.000.000.- TL tazminat ödenecek, 6 aydan sonra tazminat miktarı daire başı 6.000.000.- TL olacaktır. Sözleşmede kararlaştırılan bu bedel ifaya ekli cezai şart niteliğindedir...” denilmiştir. İlgili karar için bkz. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 8.7.2004, E. 2003/6165, K. 2004/3813 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 26.08.2017].

¹⁸² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında ise ifaya eklenen ceza koşulu olabilecek bir kaydı gecikme tazminatı olarak nitelendirmiştir. Kararda “...Sözleşmenin ‘D’ maddesinde gecikme halinde davacının isteyebileceği aylık miktarın kira, davalının ödeyeceği miktarın gecikme cezası olduğu belirtilmiştir. İlk bakışta kararlaştırılanın gecikme tazminatı mı, yoksa gecikme cezası mı olduğu konusunda tereddüt ortaya çıkmakta ise de; 1086 sayılı HUMK’nın 76 ve 6100 sayılı HMK’nın 33.maddesine göre hakim Türk Kanunlarını (hukukunu) kendiliğinden uygulayacağı ve bu halde maddi vakıaları ileri sürüp ispatlamak taraflara, hukuki vasıflandırma hakime ait olduğundan sözleşmenin ‘D’ maddesinde kararlaştırılanın sözleşme ve dava tarihinde yürürlükte bulunan 818 s. BK’nun 158/II. maddesinde düzenlenen ifaya ekli ceza koşulu değil, aynı Kanunun 106/II. maddesinde öngörülen ve uygulamada kira kaybı-kira tazminatı diye de adlandırılan gecikme tazminatı olduğu Hukuk Genel Kurulu çoğunluğunca kabul edilmiştir...” denilmektedir. İlgili karar için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2013/15-1140 K. 2014/905 T. 12.11.2014. www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 26.08.2017].

¹⁸³ Erdem, s.54, Kocağa, s.54; Tunçomağ ise, kanun koyucunun götürü tazminata ilişkin bir düzenleme yapmamakla bu tarz anlaşmaları ceza koşulu kapsamında değerlendirdiği yönünde bir görüş sunmaktadır Tunçomağ, s.29; benzer yönde Sarı Suat, Götürü Tazminat Kavramı Üzerine, Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Önemli Gelişmeler Ve Güncel Sorunlar Sempozyumu, 12 Levha Yayınları, 2011, s.303.

¹⁸⁴ Saymen/Elbir, s.604; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.811; Eren, s.1023; Oğuzman/Öz, s.301; Nomer, s.206 .

borçlardan hangisinin ifa edileceği borçluya, alacaklıya veya üçüncü bir kişiye bırakılabilir. Bu hak yenilik doğurucu niteliktedir. Yenilik doğuran hakların özelliklerinin tamamı bu hakkın kullanımında da esastır. Hak bir kez kullanmakla tükenir, kullanıldıktan sonra geri alınamaz¹⁸⁵.

Seçimlik borç, ceza koşulu türlerinden olan seçimlik ceza koşuluna benzetilmektedir. Seçimlik ceza koşulunda iki borç varken, seçimlik borçta ise bir borç vardır¹⁸⁶. Seçimlik ceza koşulunda bu hakkın kullanılması aksi kararlaştırılabilmek kaydıyla kanunen alacaklıya bırakılmışken, seçimlik borçta bu hakkın kullanımı borçluya, alacaklıya ya da üçüncü bir kişiye bırakılmış olabilir. Ceza koşulunun fer'i niteliğinin bir sonucu olarak, asıl borç imkânsız hale geldiğinde ceza koşulu borcu da sona ererken, seçimlik borçta alternatif borçlardan birinin imkânsız hale gelmesi borcu sona erdirmez.

İfaya eklenen ceza koşulunda biri asli diğeri fer'i olmak üzere iki ayrı borç söz konusudur. Bir seçim hakkı söz konusu olmayıp asıl borç ile ceza koşulu birlikte talep edilebilmektedir. Seçimlik borçta ise tek bir borç vardır ve seçim yetkisi kendisine bırakılan taraf bu borçlardan birini seçerek ifa etmektedir¹⁸⁷.

1.4.3. Bağlanma Parası ve Cayma Parası ile Karşılaştırma

Sözleşme görüşmelerinin bittiği ve sözleşmenin kurulduğuna kanıt olarak sözleşme kurulurken verilen paraya bağlanma parası denmektedir¹⁸⁸. Cayma parası ise sözleşmenin yapılması sırasında taraflardan birinin diğere bir miktar para vermesi ve aralarındaki açık ya da örtülü anlaşmaya göre parayı veren verdiği parayı karşı tarafta bırakması karşılığında sözleşmeden cayma yetkisine

¹⁸⁵ **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, s. 192; **Eren**, s. 60; **Günay**, s.78; **Demirbaş**, s.67 vd.

¹⁸⁶ **Kılıçoğlu**, s.982; **Hatemi/Gökyayla**, s.348; **İzmirli** Mustafa Kağan, Cezai Şart, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Medeni Hukuk Bilim Dalı, Ankara, 2010. s.26.

¹⁸⁷ **Sengül** Mehmet, Seçimlik Borçlara İlişkin Temel Özellikler Ve Seçimlik Borçların İfası, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S. 3–4, s.207-248, 2011, s.209; **İzmirli**, s.26.

¹⁸⁸ **Yağcıoğlu** Burcu, Bağlanma Parası, Cayma Parası, Bunların Ceza Koşuluyla Benzerlikleri, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, s. 1207-1270, Özel Sayı, 2017, s.1211.

sahip olması halinde söz konusu olur¹⁸⁹. Sözleşme yapmak üzere bir araya gelen tarafların birbirlerine verdikleri paraların niteliği taraf iradelerine göre belirlenir. Sözleşme yapılmadan önceki dönemde verilen paraların niteliği taraflarca belirlenmemişse, bu durumda kanuni karinelere bakmak gerekecektir.

TBK m. 177 uyarınca *“sözleşme yapılırken bir kimsenin vermiş olduğu bir miktar para, cayma parası olarak değil sözleşmenin yapıldığına kanıt olarak verilmiş sayılır.”*. Kanun koyucu, sözleşme yapılırken verilen paraların niteliği taraf iradeleri ile belirlenmemişse bu paraların sözleşmenin yapıldığına kanıt olarak verildiğine yönelik bir karine yaratmıştır.

Cayma parası parayı verene önceden verdiği parayı geri almamak şartı ile ve parayı alana aldığı için iki katını vermek şartıyla sözleşme yapma iradesinden dönme yetkisi sağlar. Bu husus TBK m. 178’de *“Cayma parası kararlaştırılmışsa, taraflardan her biri sözleşmeden caymaya yetkili sayılır; bu durumda parayı vermiş olan cayarsa verdiği bırakır; almış olan cayarsa aldığı için iki katını geri verir.”* şeklinde düzenlenmiştir. Öğretide bu hakkın tarafları keyfiliğe yönelteceği ve denetiminin objektif iyi niyet kuralları çerçevesinde yapılmasının zor olacağı savunulmaktadır¹⁹⁰.

İfaya eklenen ceza koşulunun aksine, hem bağlanma parası hem de cayma parasının aşırı olması durumunda indirilmesi mümkün değildir¹⁹¹. TBK’da ceza koşulunun indirilmesine ilişkin hükümlere yer verilmişken, bağlanma parası veya cayma parasına ilişkin benzer bir düzenleme yer almamaktadır. Yargıtay içtihatlarında da bağlanma parasının indirilmesi mümkün görülmemiştir¹⁹².

¹⁸⁹ Yağcıoğlu, s.1230

¹⁹⁰ Kılıçoğlu, s.977; Reisoğlu, s.439.

¹⁹¹ Tunçomağ, s.142; Eren, s.1213; karşı yönde bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.319 vd.

¹⁹² Yargıtay bir kararında *“...Davacının davalıya sözleşme gereğince yaptığı ödemelerin cayma akçesi olduğu bir gerçektir. Böyle olunca, ceza şartında olduğu gibi kıyas yoluyla indirme yapıp yapılamayacağı irdelenmelidir. BK’nın pey akçesi zamanı rücuu düzenleyen 156. Maddesiyle, ceza şartından söz eden 158 ve sonraki maddeleri birbirinden tamamiyle ayrı niteliktedir. Özellikle 161. maddenin butlan ve tenkisi emreden hükmü ceza şartı için konulmuş, anılan maddenin 3. Fıkrasında da hakim, fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir denilmiştir. Bu açıklık karşısında ceza şartından olduğu gibi, 156. maddede yer alan cayma veya pey akçesinden indirim yapılamaz...”* denilmiştir. İlgili karar için bkz. Yargıtay Hukuk Genel

Cayma parası belirli bir miktar paranın ödenmesiyle sözleşmeden dönme hakkı tanıdığı ve bu nedenle sözleşmeyi zayıflattığı için ifaya eklenen ceza koşulunun ifaya zorlama fonksiyonuna tamamen zıttır¹⁹³.

2. BÖLÜM

İFAYA EKLENEN CEZA KOŞULUNUN HÜKÜMLERİ

2.1. İFAYA EKLENEN CEZA KOŞULUNUN TALEP EDİLEBİLMESİ

2.1.1. İFAYA EKLENEN CEZA KOŞULUNUN İFASININ TALEP EDİLEBİLMESİ İÇİN GEREKLİ ŞARTLAR

İfaya eklenen ceza koşulunun kararlaştırıldığı bir sözleşmede, koşulun talep edilebilmesi belirli şartların varlığına bağlıdır. Diğer ceza koşulu türlerinde olduğu gibi ifaya eklenen ceza koşulu da asıl borcun kaderine bağlıdır. Asıl borç geçerli olarak kurulmadıkça ifaya eklenen ceza koşulundan bahsedilemeyecektir. İfaya eklenen ceza koşulunun muaccel hale gelmesi ve

Kurulu'nun 24.01.1970 T. E.1966/4-1348 K.1970/50 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 26.08.2017].

¹⁹³ Tunçomağ, s.132, İnan/Yücel, s.574

ileri sürülebilmesi noktasında da asıl borca bağlılık kendini göstermektedir. İfaya eklenen ceza koşulunun muaccel hale gelmesi asıl borca aykırılık ile beraber TBK m. 179/2’de yer alan kaidelerin varlığı sonrasında talep edilebilecektir.

2.1.1.1. İfaya Eklenen Ceza Koşulunun Muacceliyeti

İfaya eklenen ceza koşulunun talep edilebilmesi muaccel olmasına bağlıdır. Bu anlamda ifaya eklenen ceza koşulunun ne zaman muaccel olacağının belirlenmesi şarttır. İfaya eklenen ceza koşulu kural olarak asıl borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi ile muaccel hale gelir. Diğer borca aykırılık hallerine yönelik olarak ifaya eklenen ceza koşulu kararlaştırılmışsa, muacceliyet için kararlaştırılan borca aykırılık halinin gerçekleşmesi gerekecektir. Asıl borca aykırı davranış olmadığı sürece ifaya eklenen ceza koşulunun ileri sürülmesinden bahsedilemez. Bu ifaya eklenen ceza koşulunun geciktirici koşula bağlı bir alacak olması ile ilgilidir¹⁹⁴. Buradaki şart asıl borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi veya taraf iradelerine dayalı borca aykırı davranışın gerçekleşmesidir. Bu şart oluşmadığı sürece ceza koşulu alacağı söz konusu olmayacaktır.

Ceza koşulunun talep edilebilmesi için asıl borca aykırı davranışın yeterli olup olmadığı, borçlunun örneğin belirlenen yer veya zamanda ifa etmemesinin yanında mütemerrit olmasının da gerekip gerekmediği yönünde tartışmalar vardır. Ancak bu tartışma belirli vadeli¹⁹⁵ olmayan borçlar açısından geçerlidir. Zira TBK m. 117 uyarınca taraflarca borcun yerine getirileceği güne ilişkin bir belirleme yapılmışsa bu tarihin geçmesiyle borçlu temerrüde düşmüş olur. İfaya eklenen ceza koşulunun asıl borcun belirlenen zamanda ifa edilmemesi halinde talep edilebilmesine ilişkin olarak; TBK m. 117 bağlamında “*taraflarca belirlenmiş*” bir vade söz konusu olacağından burada bir ihtarin olması

¹⁹⁴ Eren; s.1211; Kayak s.245 vd.; Hatemi/Gökyayla s. 353; Ekinci, s.39; Arkan s.4; Oğuzman/Öz s.898-899; İnan/Yücel, s.567.

¹⁹⁵ Tunçomağ, s.95; TBK m. 110’da yer alan “*Tarafların anlaşmasıyla borcun ifa edileceği gün belirlenmiş ise o gün ödeme yapılmaması halinde borçlu mütemerrit olmuş sayılacaktır.*” hükmünden hareketle belirli vade, tarafların kendi iradeleriyle borcun ifa zamanına ilişkin yaptıkları gün tayinidir.

gerekliliği tartışma konusu olmayacaktır. Borçlu belirlenen zamanda borcu ifa etmeyerek TBK m. 117 gereği temerrüde düşmüş olacaktır¹⁹⁶.

Borcun belirlenen yerde ifa edilmemesi ihtimalinde ise; asıl borcun muaccel olmasının yanında borçlunun temerrüdünün de varlığının gerekip gerekmeyeceği tartışması geçerli olmaya devam edecektir. Bu konudaki bir görüşe göre ceza koşulunun talep edilebilmesi için asıl borcun muaccel olması yetmez, alacaklının borçluya bir ihtarda bulunup onu temerrüde düşürmesi de şarttır¹⁹⁷. Bunun sebebi ise alacaklının asıl borcun yerine getirilmediğini ispat yükü altında olduğu ve ihtarın bu nedenle yapılması gerektiği yönündedir. Hâkim olan diğer görüş ise, ifaya eklenen ceza koşulunun talep edilebilmesi için asıl borcun muaccel olmasının yeterli olduğu, buna ek olarak borçlunun temerrüde düşürülmesine gerek olmadığı yönündedir¹⁹⁸. Gerçekten ilgili maddenin lafzı incelendiğinde bir borcun kararlaştırılan yer veya zamanda ifa edilmemesinden bahsedilmekte ve bundan başka temerrüt gibi herhangi bir şart aramamaktadır. Bu konuda Alman Medeni Kanunu'nun 339. paragrafında açıkça temerrüde düşürülme şartı aranması ancak Türk Hukukunda benzer bir düzenlemeye yer verilmemesi bu hâkim görüşü destekler niteliktedir. İfaya eklenen ceza koşulu kararlaştırmak suretiyle alacaklı borcun belirlenen yer veya zamanda ifa edilmemesi halinde bir talep hakkı kazanarak borca aykırı davranışın sonuçlarını akıcı hale getirmiş olmaktadır. Buna rağmen TBK m. 112 ile kendisine zaten hali hazırda tanınan hakları kullanabilmesinin gereği olan temerrüde düşürme şartını ifaya eklenen ceza koşulunun da ileri sürülebilmesi şartı haline getirmek işin niteliğine uygun düşmeyecektir¹⁹⁹. Kanımızca da asıl borcun belirlenen zaman veya yerde ifası konusunda zorlayıcı fonksiyonu olan

¹⁹⁶ “Tarafların anlaşmasıyla borcun ifa edileceği gün belirlenmiş ise o gün ödeme yapılmaması halinde borçlu mütemerrit olmuş sayılacaktır. Borcun ifa edileceği süre sözleşmede belirlenmişse, bu sürenin dolmasıyla ifada geciken borçlu mütemerrit duruma düşer. Ancak, ifa zamanı veya süresinin yasa ile düzenlendiği hallerde, borçlunun temerrüde düştüğünün kabulü için alacaklının ihtarda bulunması şarttır. İfa günü açık ve belirli bir gün olarak kararlaştırılmalıdır, aksi halde temerrüt için ihtar zorunlu sayılacaktır.” bkz. **Doğan** Gülmelahaç, Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü, 2014/4 s.387-413, Ankara Barosu Dergisi, 2014, s.397; **Kılıçoğlu**, s.682.

¹⁹⁷ **Berki**, Osman Fazıl, Pey Akçesi, Rücu Tazminatı ve Cezai Şart, İstanbul Barosu Dergisi, C.XVII, S.5, 279 vd. 1943, s.291.

¹⁹⁸ **Tunçomağ**, s.95; **Bilge**, s.89; **Feyzioğlu**, s.399; **Hatemi/Gökyayla**, s.347.

¹⁹⁹ **Bilge**, s.89; **Hatemi/Gökyayla**, s.347.

ifaya eklenen ceza koşulunun talep edilebilmesini temerrüde düşürmeye bağlamak ceza koşulunun niteliğine uygun düşmeyecektir.

2.1.1.1.1. Asıl Borcun Kararlaştırılan Zamanda veya Yerde İfa Edilememesi

TBK m. 179'da cezanın, *“borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için”* kararlaştırılması halinde alacaklının hem ifayı hem de kararlaştırılan ceza koşulunu talep hakkı olacağı düzenlenmiştir. Uygulamada en çok karşılaşılan borcun zamanında yerine getirilmemesi halinde ifa ile beraber ceza koşulunun talep edilebilmesi hakkı için niteliğine de uygundur²⁰⁰.

Asıl borcun ne zaman veya nerede ifa edileceği her şeyden önce taraf anlaşmalarına göre belirlenmelidir. Taraflar kesin bir zaman belirlemiş olabilecekleri gibi borcun edim zamanını alacaklının ihtarına bağlamış olabilirler²⁰¹.

Kanunun ifadesinde geçen belirlenen zaman ve belirlenen yer ifadelerinin sözleşmeyle kararlaştırılmış olan zaman ve yer olarak anlaşılmalıdır²⁰². İfa yeri veya zamanı TBK'nın 89 ila 96 maddelerinde düzenlenen ifa yeri ve ifa zamanına ilişkin düzenleyici nitelikteki hükümler ile belirleniyorsa ifa ile beraber ceza koşulu talep edilemeyecektir. Zaten kanunun lafzına bakıldığında ceza, *“borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa”* deyiminden bahsedildiği görülecektir. Buradaki *“kararlaştırma”* ile kanuni bir belirlemeye atıfta bulunulmadığı açıktır.

²⁰⁰ Yargıtay bir kararında *“818 s. BK'nın 158/2.fıkrasında (6098 s. TBK. m. 179/2) düzenlenen ceza, ifaya eklenen cezai şarttır. Burada ceza, asıl borcun belirli zamanda veya yerde yerine getirilmemesi halinde kabul edilmiştir. Alacaklı, kusuru ile temerrüde düşen borçlunun mevcut durumdaki ifasını kabul etmekte ve ancak ifa zamanında ve yerinde yapılmadığından, sözleşmede kararlaştırılan cezayı talep etme hakkını kazanmaktadır. İfaya eklenen cezai şart, özellikle borcun geç ifa edilmesi halinde uygulanır ve uygulamada en çok rastlanan cezai şart türüdür.”* hükmetmiştir. İlgili karar için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2014/19-524 K.2016/192 T. 26.2.2016 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 26.03.2018].

²⁰¹ Bilge, s.88.

²⁰² Hatemi/Gökyayla, s.356; Kocaağa, s.193.

İfa yeri ve ifa zamanı kavramları ifaya eklenen ceza koşulunun varlığı açısından önem arz etmektedir. Bu açıdan bu kavramların tanımlanması ve çerçevesinin belirlenmesi yararlı olacaktır.

2.1.1.1.1.1. İfa Yeri

2.1.1.1.1.1.1. Kavram

İfa yeri borçlunun borç konusu edimi alacaklının tasarruf edebileceği bir hâkimiyet sahası olup, borcun gereği gibi yerine getirilmesi için bu yerde ifa etmesinin gerektiği coğrafi bir mekândır²⁰³. Borç ifa yerinde yerine getirilmelidir. Alacaklı ifa yerinde yerine getirilmeyen borcu kabul etmek zorunda değildir meğerki dürüstlük ilkesine aykırı hareket etmiş olmasın.²⁰⁴

İfa yeri borcun gereği gibi yerine getirilmesini önemli ölçüde etkileyen bir konudur. Örneğin; TBK m. 211 uyarınca satım sözleşmeleri açısından “*aksine sözleşme veya âdet yoksa ölçme ve tartma gibi devir giderleri satıcıya, satılanı devralmak üzere yapılan giderler ve satılanın ifa yerinden başka yere taşınması gerektiğinde, taşıma giderleri alıcıya aittir.*”. Burada ifa yerinde teslimin gerekmesi durumunda giderler satıcıya ait olacakken, ifa yerinden başka bir yerde teslim gerçekleşecekse bunun maliyetine alıcı katlanacaktır. Yine alacaklı temerrüdünde borçlunun borçtan kurtulması için borç konusunu ifa yerine tevdi ettirmesi gerekecektir²⁰⁵. İfa yeri hukuk usulü muhakemesi açısından yetkili mahkemenin belirlenmesi açısından da önemlidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 5’te uyuşmazlığın bir sözleşme ilişkisinden çıkması durumunda davaya bakmaya yetkili mahkeme sözleşmenin ifa yeri mahkemesi veya davanın

²⁰³ **Kılıçoğlu**, s.519; Yargıtay bir kararında ifa yerini “*ifa yeri, hukuki bakımdan muteber bir ifanın kabulü için edada bulunulması gerekli olan bir yerdir; o halde borcunu orada ifa etmeyen borçlu temerrüde düşeceği gibi orada vuku bulan edayı kabul etmeyen alacaklı da temerrüde düşer.*” şeklinde tanımlamıştır. İlgili karar için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 1965/302 K. 1966/279 T. 26.10.1966 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 26.08.2017].

²⁰⁴ **Oğuzman/Öz**, s.255.

²⁰⁵ TBK m. 107: “*Alacaklının temerrüde düşmesi durumunda borçlu, hasar ve giderleri alacaklıya ait olmak üzere, teslim edeceği şeyi tevdi ederek borcundan kurtulabilir. Tevdi yerini, ifa yerindeki hâkim belirler. Bununla birlikte ticari mallar, hâkim kararı olmadan da bir ardiyeye tevdi edilebilir.*”.

açıldığı tarihte vekilinin bulunması koşuluyla sözleşmenin yapıldığı yerdeki mahkemedir²⁰⁶. Görüldüğü üzere burada da ifa yeri uyuşmazlığı çözmeye yetkili mahkemenin belirlenmesinde rol oynamaktadır.

2.1.1.1.1.2. Kanuna veya Taraf İradelerine Dayanan İfa Yeri Belirlemeleri

İfa yeri taraflarca kararlaştırılabileceği gibi kanuni karinelere dayanılarak da belirlenebilir. Bu belirleme sözleşmeye konulacak bir hükümle veya sonradan yapılacak bir anlaşmayla da olabilmektedir²⁰⁷. Taraflardan birine ifa yerini belirleme konusunda bir yetki verilmiş olması halinde de ifaya eklenen ceza koşulu açısından “*taraflarca belirlenen yer*” söz konusu olacaktır. Ancak bu belirleme yapılırken, kendisine belirleme yetkisi verilen tarafın bu hakkını makul sürede kullanması ve belirlemeyi dürüstlük kurallarına uygun şekilde yapması gereklidir. Zira sırf ifaya eklenen ceza koşulunu talep hakkı kazanabilmek adına yapılan belirlemeler hakkaniyete uygun düşmeyecektir.

TBK m. 89/1’de tarafların açık iradesi veya örtülü iradesiyle ifa yerinin belirlenebileceği düzenlenmiştir. Bu husus TBK m. 1’de geçen “*irade açıklaması, açık veya örtülü olabilir.*” hükmünün tekrarı niteliğindedir²⁰⁸.

Taraflarca ifa yerine ilişkin bir düzenleme yapılmamış olması halinde TBK m. 89/1 devreye girecektir. Bu düzenlemede borcun konusuna göre bir ayrıma gidilmiş ve değişik ihtimaller üzerinden ifa yeri tayini yapılmaya çalışılmıştır.

TBK m. 89 uyarınca “*para borçlarında ifa yeri alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yeridir.*” Borçlunun para borcunu götürüp alacaklıya ödemesi gerekeceğinden bu tür borçlara “*götürülecek borçlar*” denmektedir²⁰⁹. Alacaklının önceki yerleşim yerinin değiştirmesi sebebiyle ifası zorlaşan borcun

²⁰⁶ **Pekcanitez** Hakan/**Atalay** Oğuz/**Özekes**, Muhammet, Medenî Usûl Hukuku, 14. Bası, Ankara 2017, s. 168; **Yılmaz**, Ejder, İfa Yeri Mahkemesinin Yetkisi (Yargıtay’ın Bir Kararı Münasebetiyle) Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı, TBB Yayını, s.963-979, Ankara 1999, s. 965; **Kazmaz**, Büşra, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 10. Maddesi Uyarınca Sözleşmenin İfa Yerinin Tespiti, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 16, 2014, s. 1935-1950 (Basım Yılı: 2015), s.1938.

²⁰⁷ **Oğuzman/Öz**, s.256; **Kılıçoğlu**, s.521.

²⁰⁸ **Kılıçoğlu**, s.521.

²⁰⁹ **Kılıçoğlu**, s.522, **Oğuzman/Öz**, s.258.

önceki yerleşim yerinde ifası mümkündür. Ancak bunun için yerleşim yeri değişikliğinin borcun doğumundan sonra olması gerekir. Burada alacaklının yerleşim yeri belirlenirken TMK m.19 esas alınacaktır.

Parça borçlarında ifa yeri borç konusunun bulunduğu yerdir. Alacaklı borç konusunu bulunduğu yerden gidip almakla yükümlü kılındığından bu tür borçlara “*alınacak borçlar*” denilmektedir²¹⁰. Bir borcun alınacak borç olabilmesi için konusunun parça borcu olması şarttır ve borç konusunun sözleşmenin kurulduğu anda nerede olduğu taraflarca bilinmelidir²¹¹.

TBK m. 89 uyarınca “*para ve parça borçları dışında kalan diğer tüm borç türlerinde ifa yeri borcun doğum zamanındaki borçlunun yerleşim yeridir.*” Burada alacaklı borçlunun ifa zamanındaki ifa yerini bulacak ve borcu arayacaktır bu nedenle bu tür borçlara “*aranacak borçlar*” denilmektedir²¹². Borcun doğumundan sonra borçlunun ifa yeri değişse dahi kanunun açık hükmü gereği ifa yeri değişmeyecektir.

Borcun doğumu sırasında ifa yeri taraflarca veya kanuna dayalı olarak alacaklının yerleşim yeri olarak kararlaştırılmışsa ve bu yerleşim yeri borcun doğumundan sonra değişmişse ve bu değişiklik sebebiyle borçlunun borcu yeni yerleşim yerinden “*ifası önemli ölçüde güçleşmişse*” borç alacaklının önceki yerleşim yerinde ifa edilebilir.

2.1.1.1.1.3. Kanuna Dayanarak Belirlenen İfa Yerinin Varlığında İfaya Eklenen Ceza Koşulunun Talep Edilmesi

İfa yeri, kanunun belirlediği düzenleyici nitelikteki hükümler ile belirleniyorsa ifa ile beraber ceza koşulu talep edilemeyecektir. Zaten kanunun lafzına bakıldığında “*ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa*” deyiminden bahsedildiği görülecektir. Bu nedenle yukarıda yapılan açıklamalar ışığında para, parça ve cins borçlarının ifa yeri

²¹⁰ Oğuzman/Öz, s.258.

²¹¹ Kılıçoğlu, s.527.

²¹² Oğuzman/Öz, s.257; Kılıçoğlu, s.527.

düzenleyici hükümlerle belirleniyorsa asıl borçla birlikte ifaya eklenen ceza koşulu talep edilemeyecektir.

İfa yeri kanuna dayanarak belirleniyorsa kararlaştırılan ceza koşulunun akıbetinin ne olacağı sorusu akla gelmektedir. Böyle bir ihtimalde, ifa ile beraber ceza koşuluna özgü borca aykırılık halleri dışında kalan tüm borca aykırılık hallerinde seçimlik ceza koşulunun varlığı söz konusu olacaktır²¹³. Yani taraflarca ceza koşulu kararlaştırılmış, bunun koşulun türüne ilişkin bir belirleme yapılmamış ve bununla birlikte ifa yeri de kanuni karinelere dayanılarak belirleniyorsa, ifaya eklenen ceza koşulundan değil, seçimlik ceza koşulundan bahsedilebilecektir. Alacaklı böyle bir durumda ya asıl borcu ya da ceza koşulunu talep edebilecektir.

2.1.1.1.1.2. İfa Zamanı

2.1.1.1.1.2.1. Kavram

İfa zamanı, alacaklı açısından artık alacağını talebin mümkün olduğu, borçlunun ise borcunu ifa etmesi gereken zamana denir²¹⁴. İfa zamanı, tarafların anlaşmasına, kanuna veya hukuki ilişkinin niteliğine dayanarak tespit edilebilir. Eğer bu yollardan herhangi biri ile ifa zamanı belirlenemiyorsa, alacağın ifa zamanı doğduğu an olacaktır²¹⁵. Bu nedenle borcun ifa zamanına ilişkin düzenleme yapılması, borcun doğum anı ile ifa zamanının birbirinden ayrılması sonucuna yol açar.

TBK m. 90 gereğince taraflarca ifa zamanına ilişkin bir düzenleme yapılmadığı sürece ifa zamanı borcun doğduğu an olacaktır. Burada benzer diğer hükümlerde olduğu gibi taraf iradelerine öncelik tanınmış ve taraflarca böyle bir kararlaştırma yapılmaması durumunda düzenleyici nitelikteki hükme yer vermiştir. Taraflar ifa zamanı konusunda bu tür bir anlaşma yaptıklarında niteliği

²¹³ Hatemi/Gökyayla, s.356; Kocağa, s.151; Tunçomağ, s.46.

²¹⁴ Oğuzman/Öz, s.247; Kılıçoğlu, s.529.

²¹⁵ Doğan, s.395; Kocağa, s.164; Oğuzman/ Öz, s.477; Eren, s.1132; TBK m. 90: “- İfa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur.”.

itibariyle bir vade kararlaştırmış olacaklardır²¹⁶. Vadeye ilişkin anlaşmalar sözleşme imzalandığı anda yapılabileceği gibi sonradan bir anlaşma yoluyla da yapılabilir. Örneğin kira sözleşmesinde kiranın ödenme tarihi belirlenmemiş ancak kiracı tarafından iki ayda bir ödeme yapılmış ve kiraya veren de buna itiraz etmemişse taraflar arasından ifa zamanına ilişkin böyle bir anlaşmanın varlığı kabul edilir²¹⁷.

Taraflar, borcun doğum anından farklı bir tarihi ifa zamanı olarak kararlaştırdıklarında çoğu kez borçlunun yararına hareket etmiş olurlar. Borçlunun, kendisine tanınan bu yetkiden vazgeçerek kararlaştırılan zamandan önce ifada bulunması mümkündür. Ancak alacaklının, erken ifayı kabul etmeye zorlanabilmesi için, erken ifanın “*sözleşmenin hükümlerinden veya özelliğinden ya da durumun gereğinden tarafların aksini kastettiklerinin anlaşılmamış*” olması gerekir.

2.1.1.1.1.2.2. İfa zamanı ve Vade

Borcun ifa zamanı vadeden farklıdır. Vade aslen borcun ifası konusunda borçluya bir süre tanımadır. Taraflarca herhangi bir vade kararlaştırılmamışsa ifa zamanı borcun doğduğu an olacaktır²¹⁸. Vade kelime anlamıyla “*erim*” ya da (borcun ifası ile ilgili olarak) süre vermedir²¹⁹. Vade kararlaştırılmışsa ifa zamanı bu tarihin geldiği zaman olacaktır. Borç bu tarihte muaccel sayılacaktır. TBK’nın ifa zamanını düzenleyen hükümleri incelendiğinde süreye bağlanmış borçlarda doğumu anında, süreye bağlanmamış borçlarda ise farklı şekillerde muacceliyetin düzenlendiği görülecektir.

²¹⁶ Kılıçoğlu, s.531.

²¹⁷ Kılıçoğlu, s.531.

²¹⁸ Kılıçoğlu, s.529.

²¹⁹ “*Bir işin yapılması veya bir borcun ödenmesi için tanınan süre, mühlet, mehil.*” Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlüğü.

Bir asıl borç taraf iradeleriyle vadeye bağlanabileceği gibi, örneğin bir eser sözleşmesinde inşaatı teslim yükümünde olduğu gibi işin mahiyeti gereği de vadeye bağlanmış olabilir²²⁰.

Vadeye bağlanmış borçların prensip olarak vade tarihi gelmeden önce borçlu tarafından ifası mümkündür. Alacaklı erken ifayı kabul etmediği takdirde alacaklı temerrüdüne düşecektir²²¹. Ancak borçlunun aksine alacaklının vadeden önce ifayı talep hakkı yoktur.

Borçlunun temerrüde düşürülmesine ilişkin olarak “*olağan vade*”, “*belirli vade*” ve “*kesin vade*” olmak üzere üç çeşit vade türünden bahsedilebilir²²². Olağan vadeye bağlanmış bir borcun borçlusunu temerrüde düşürmek için TBK m. 117 gereğince muaccel olmasından sonra ihtar yapılması şarttır²²³. Belirli vadede ise borcun muaccel olması ile borçlunun temerrüdü aynı anda gerçekleşecektir. Ayrıca bir ihtara gerek kalmaksızın borçlu temerrüde düşmüş olacaktır. Kesin vadeli borçlarda ise belirli vadede olduğu gibi borcun muaccel olması ile borçlunun temerrüdü aynı anda gerçekleşecek, bununla birlikte alacaklının seçimlik haklarını kullanırken ek süre vermesine gerek kalmayacaktır²²⁴. Zira TBK m. 123’e göre “*sürekli borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan biri temerrüde düştüğü takdirde diğeri süre verilmesini isteyebilecektir.*” Ancak TBK m. 124’e göre “*borcun ifasının belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine artık ifanın kabul edilmeyeceği*” anlaşıyorsa ki bu tam da bu durumda kesin vade söz konusudur, ek süre vermeye gerek kalmayacaktır.

TBK m. 92’ye göre “*borçlu, belirli bir süre içinde yerine getirilmesi gereken bir borcu, bu sürenin dolmasından önce ifa etmekle yükümlüdür.*” Örneğin taraflarca sözleşmeye konulan “*ürün muayene edildikten tarihinden itibaren 30 gün içinde teslim edilir.*” şeklindeki kayıtlar, borcun 30 günlük süre dolmadan önce ifa edilmesi gerektiğine yönelik bir düzenlemedir.

²²⁰ Oğuzman/Öz, s.251.

²²¹ Oğuzman/Öz, s.247.

²²² Eren s.949.

²²³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 1231; Oğuzman/Öz, s.283; Anık, s.217.

²²⁴ Eren, s.950.

2.1.1.1.2. Asıl Borcun Kararlaştırılan Yer Veya Zamanda İfa Edilmemesinin Sonuçları

Borç konusu edimin belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi sonrasında hem gecikmiş veya belirlenen yerde ifa edilmemiş asıl borç hem de ceza koşulu talep edilebilecektir.

İfaya eklenen ceza koşulu kararlaştırılmış bir asıl borcun bir para borcu olması halinde alacaklının, bu borca ceza koşulu bağlanmamış olması ihtimalinde talep edebileceği her türlü yan alacakları talep hakkı devam edecektir. Asıl borcun para borcu olması sebebiyle 3095 sayılı Kanun gereğince temerrüt faizine hak kazanacak olan alacaklının, bununla beraber ifaya eklenen ceza koşulunu da talep hakkı olacaktır. Yine aynı şekilde ifaya eklenen ceza koşulu olarak bir para borcu kararlaştırılmışsa asıl borç ile beraber ceza koşulu ve ceza koşulunun 3095 sayılı Kanun gereğince hak kazanılacak temerrüt faizi de talep edilebilecektir²²⁵.

Borçlu borçlandığı edimi gereği gibi yerine getirmedeğinde şartları olduğu takdirde temerrüde düşecektir²²⁶. Buradaki gereği gibi yerine getirmeme aslında ifanın yalnızca kararlaştırılan zamanda ifa edilmemesi yani geç ifa edilmesinden ibaret değildir. Borcun niteliğinde aykırılık, ifa yerinden farklı yerde ifa edilmesi, miktarında aykırılık hallerinde de gereği gibi yerine getirmeme söz konusu olacaktır²²⁷. Borcun niteliğinde aykırılık olması durumunda ise “*kötü ifa*” söz konusu olmaktadır²²⁸.

TBK’da iki aykırılığın sonucu olarak ceza koşulunun ifa ile beraber talep edilebilmesi düzenlenmiştir. Borcun kararlaştırılan zamanda veya kararlaştırılan yerde ifa edilmemesi hallerinde ceza koşulu ile ifa birlikte talep edilebilecektir. Tarafların bir ceza koşulu kaydına yer vermesi ancak bunun türüne ilişkin bir

²²⁵ Konuya ilişkin bir Yrgıtay kararı için bkz. 12. Hukuk Dairesi E. 2011/13943 K. 2012/463 T. 17.1.2012 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 26.08.2017]; ayrıca bkz. **Tunçomağ**, s.112; **Hatemi/Gökyayla**, s.349

²²⁶ **Kılıçoğlu**, s.456; **Eren**, s.1098; **Oğuzman/Öz**, s.285; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s.911; **İnan/Yücel**, s.579.

²²⁷ **Oğuzman/Öz**, s.283; **Eren**, s.1055; **Serozan**, s.181; **Kocaağa**, s.165.

²²⁸ **Kocaağa**, s.165; **Eren**, s.1056.

düzenleme yapmamış olması durumunda kanun koyucu bir karineye yer vermiştir. Ceza koşulu, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesine ilişkin ise karineten bu koşulun türü ifaya eklenen ceza koşulu olacaktır.

İfaya eklenen ceza koşulunun kanuni karinelere dayanması halinde talep edilebilmesi “*asıl borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi*” gerekir. Diğer borca aykırılık hallerine yönelik olarak ifaya eklenen ceza koşulu kararlaştırılmışsa, kararlaştırılan borca aykırılık halinin gerçekleşmesi gerekecektir. Asıl borca aykırı davranış olmadığı sürece ifaya eklenen ceza koşulunun ileri sürülmesinden bahsedilemez. Bu ifaya eklenen ceza koşulunun geciktirici koşula bağlı bir alacak olması ile ilgilidir²²⁹. Buradaki geciktirici koşul asıl borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesidir. Bu şart gerçekleşmediği sürece ceza koşulu alacağı söz konusu olmayacaktır.

2.1.1.2. Alacaklının Hakkından Açıkça Feragat Etmemiş Olması

2.1.1.2.1. Genel Olarak

TBK m. 179/2’ye göre “*Ceza borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir.*” Hükümde de belirtildiği üzere alacaklının hem asıl borcu hem cezayı talep edebilmesi hakkında açıkça feragat etmemesine bağlıdır²³⁰. Belirtmek gerekir ki alacaklının “*hakkından açıkça feragat etmesi*” veya “*ifayı çekincesiz kabul etmesi*” hallerinde ceza koşulu talebi sadece ifanın belirlenen yer veya zamanda ifa edilmemesine özgü olmayıp, diğer borca

²²⁹ Eren, s.1211; Kayak s.245 vd; Hatemi/Gökyayla s. 353; Ekinci, s.39; Arkan s.4; Oğuzman/Öz, s.898-899.

²³⁰ Kılıçoğlu, s.978, İnan/Yücel, s.576; Tunçomağ, s.114; Hatemi/Gökyayla s. 355.

aykırılık hallerinde ifaya eklenen ceza koşulu kararlaştırılması halinde de aynı şartlar aranacaktır²³¹.

Alacaklının ifaya eklenen ceza koşulu isteme hakkından feragat etmesi halinde artık ceza koşulu talebi sona ermiş olacaktır. Bu talep hakkı kanun gereği kesin olarak sona ermektedir²³².

2.1.1.2.2. Feragat Beyanı

İfaya eklenen ceza koşulunu talep hakkından feragat etme tek taraflı bir hukuki işlem olup hüküm doğurabilmesi için feragat beyanının karşı tarafa ulaşması gereklidir²³³. Feragat hakkı niteliği itibarıyla bir yenilik doğurucu haktır. Bir kere kullanılmakla tükenir. Bu hak kullanıldıktan sonra geri alınamaz²³⁴. Bu nedenle ceza koşulunu talep hakkından açıkça feragat eden kişinin vazgeçmeden dönerek yeniden ceza talebinde bulunmasına ilişkin davalar dinlenmez²³⁵.

İfaya eklenen ceza koşulunu talep hakkından feragatin TBK m. 179/2'deki hüküm gereği açıkça yapılması gereklidir. Bu husus madde metninin "*açıkça feragat etmiş olmadıkça*" kısmı açısından geçerlidir. Fakat aynı maddenin devamında yer alan "*ifayı çekincesiz kabul etmeme*" kısmının, ceza koşulu talebinden zımnen feragat anlamına geldiği kabul edilmektedir²³⁶. Alacaklının ifaya eklenen ceza koşulunu talep hakkından feragat ettiğini ispat yükü borçluya aittir.

²³¹ Yargıtay bir kararında alım taahhüdüne uymayan bir bayiden ceza koşulu talep eden dağıtıcı, kanuni karineden başka bir borca aykırılık hali için düzenlenmesine rağmen ihtirazi kayıt koymadığından bahisle talep hakkını yitirmiştir. Kararda "...Davacının, yıllık ürün alım taahhüdüne uymaması nedeniyle davalılardan cezai şart talep etmesinde kural olarak bir usulsüzlük bulunmamaktadır. Ancak davacının bu cezai şartı talep edebilmesi için cezai şartın olduğu yıldan sonraki yıllarda ürün verirken ihtirazi kayıt koyarak bu hakkını saklı tutması gerekir..." denilmiştir. İlgili karar için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2013/19-690 K. 2014/507 T. 9.4.2014 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 09.09.2017].

²³² **Günay**, s.224; **Aydemir** Efrail, Yorum ve Çözümleriyle Aşkın Zarar, Sözleşmenin Uyarlanması, Ceza Koşulu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Aralık 2013, s.178 "...Öngörülen cezadan vazgeçme, anılan hakkı ortadan kaldırır..."

²³³ **Günay**, s.224; **Tunçomağ**, s.114; **Kocaağa**, s.198.

²³⁴ **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, s. 192; **Eren**, s. 60; **Günay**, s.78; **Demirbaş**, s.67 vd.

²³⁵ **Aydemir**, s.179.

²³⁶ **Kocaağa**, s.198; Yargıtay bir kararında zımni feragat olarak kabul etmiştir. İlgili karar için bkz. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 18.2.1993 T. 1993/221 E. 1993/1322 K. www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 09.09.2017].

Feragatin önceden yapılması zorunlu değildir. En geç ifa kabul edilmeden de yapılması mümkündür²³⁷.

2.1.1.3. Alacaklının İfayı Çekincesiz Kabul Etmemiş Olması

2.1.1.3.1. Genel Olarak

İfaya eklenen ceza koşulunun için aranan diğer şart, alacaklının asıl borcu kabul ederken *“ifayı çekincesiz kabul etmemiş olması”* yani, cezayı talep hakkını da saklı tutmuş olmasıdır.

Alacaklının saklı tutma beyanında bulunmaması Yargıtay kararlarında ve doktrinde ceza koşulunu talep hakkından zımni feragat şeklinde yorumlanmaktadır²³⁸. Ancak Yargıtay bir kararında²³⁹ alacaklının somut

²³⁷ **Hatemi/Gökyayla**, s.357; **Kocağa**, s.198; **Aydemir**, s.179; **Oğuzman/Öz**, s.907.

²³⁸ Yargıtay bir kararında *“...davacılar tarafından yapılan tespit isteminin teslimden yaklaşık 1,5 ay sonra talep edildiği, bu sebeple tespit dosyasının ihtirazi kayıt olarak kabul edilemeyeceği, davacıların başkada delil sunmadıkları, bu sebeple bağımsız bölümlerin ihtirazi kayıt ileri sürerek teslim alındığının davacılar tarafından ispat edilmediği, bu durumun zımnen cezai şart talep hakkından feragat anlamına geleceği gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir...”* denilmek suretiyle ihtirazi kayıt koymaksızın asıl borcu kabul eden alacaklı bakımından ceza koşulunu talep hakkının sona erdiği kabul edilmiştir. İlgili karar için bkz. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi E. 2016/6763 K. 2017/934 T. 27.3.2017 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 19.03.2018], ayrıca bkz. **Tunçomağ**, s.115, **Günay**, s.225; **Kılıçoğlu**, s.978.

²³⁹ Yargıtay'ın bir kararında *“Dava, sözleşmeye dayalı olarak cezai şartın tahsili istemine ilişkindir. Taraflar arasındaki, sonradan resmi şekilde devri gerçekleşen taşınmazın satışı için imzalanan sözleşmenin 3.5 ve 3.6 maddelerinde dairenin alıcıya 1.1.2013 tarihinde teslim edileceği, teslim süresine uyulmaması halinde satıcının her gecikme ayı için alınan gayrimenkulün bedelinin % 1 tutarındaki cezayı alıcıya ödemek zorunda olduğu kararlaştırılmıştır. Davacı, 4.3.2013 tarihinde taşınmazları tapudan devir ve teslim aldığı belirterek 2 ay geç teslim edilmesi sebebiyle sözleşmeden doğan cezai şart alacağı için eldeki davayı açmıştır. Mahkemece, sözleşmedeki cezai şartın ifaya ekli cezai şart olduğu, bu cezai şartın istenebilmesi için ihtirazi kayıtlı olarak teslimin kabul edilmesi gerektiği, davacının ise ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin taşınmazı teslim ve tapudan devir aldığı ve cezai şart talep hakkı bulunmadığı gerekçeleri ile davanın reddine karar verilmiştir. 6098 Sayılı TBK nun 179.ve devamı maddelerinde düzenlenen cezai şart, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde borçlunun belirli bir miktar para ödeme taahhüdüdür. Anılan maddenin 1. fıkrasında seçimlik cezai şart, 2. fıkrasında ise ifaya eklenen cezai şart düzenlenmiştir. Borçlar Kanunu'nun 179. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir hükmünü taşıyan ifaya eklenen cezai şartta ise, alacaklı akdin ifası ile birlikte cezai şartın ödenmesini de talep edebilir. Bu açıklamaların ışığı altında davaya konu olaya bakacak olursak, dava sözleşmeye aykırılık sebebiyle ifaya ekli cezai şartın tahsili istemine dair olup, sözleşmelere konu olan daireleri davalının tayin edilen süreden 2 ay sonra geç teslim ettiği ve böylece ifanın geciktirilmiş olmasından dolayı davalının temerrüdünün olduğu anlaşılmıştır. O*

uyuşmazlıkta daireleri kabul ederken ceza koşulunu talep hakkını saklı tutmamasına rağmen ceza koşulunu talep hakkının devam ettiği hüküm altına alınmıştır. Kanaatimizce TBK m. 179/2’de yer alan açık hükme rağmen saklı tutma beyanında bulunmayan alacaklıya ceza koşulunu talep hakkının verilmesi yerinde olmamıştır.

Feragat halinde ceza koşulu borcu kesin olarak sona ermektedir. Alacaklının saklı tutma beyanında bulunmamasına rağmen iradesinin saklı tutma yönünde olduğunu ispat etme imkânı yoktur²⁴⁰. Bu sona erme yalnızca ceza koşulu açısından geçerli olup asıl borcu etkilemeyecektir. Kanun bu hükmü ile aksi kanıtlanabilir bir karine yerine, ceza koşulunu kesin olarak sona erdiren bir hal olarak düzenlenmiştir²⁴¹. Muhtemel bir davada ifanın çekincesiz kabul edilip edilmediğinin hâkim tarafından res’en dikkate alınması gerekir²⁴².

2.1.1.3.2. Koşulları

Alacaklının ceza koşulundan zımni olarak feragat ettiğinin kabul edilebilmesi için; sözleşmeye uygun olmayan ifanın varlığı, bu ifanın alacaklı tarafından kabul edilmesi ve alacaklının ceza koşulunu talep hakkını saklı tutmaması gerekir. Bu şartların oluşması halinde alacaklının ifa ile beraber ceza koşulunu talep edebilme hakkı düşecektir. Ceza koşulu borcu kanun gereği kesin olarak sona ermiş olacaktır.

2.1.1.3.2.1. Asıl Borcun Kararlaştırılan Şekilde İfa Edilmemiş Olması

halde, mahkemece davalının sözleşmeye aykırı davranması nedeni ile davacının geç teslimden dolayı uğradığı zararı tespit edilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yanlış değerlendirme ile yazılı şekilde davanın reddine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.” denilmiştir. İlgili karar için bkz. Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 02.03.2016 T. E. 2014/44769 K. 2016/6412 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 19.03.2018].

²⁴⁰ Oğuzman/Öz, s.907.

²⁴¹ Eren, s.1216; Kocağa, s.199; Günay, s.225; Tunçomağ, s.115.

²⁴² Reisoğlu, s.457; Ayan, s.67.

Ceza koşulunun talep edilebilir hale gelmesinin şartı, asıl borcun kararlaştırılan şekle uygun ifa edilmemesidir. Borca aykırılık kanun gereği belirlenen zaman veya yere aykırılık olabileceği gibi, taraflarca kararlaştırılacak diğer aykırılık halleri de olabilir.

2.1.1.3.2.2. Uygun Olmayan İfanın Alacaklı Tarafından Kabul Edilmiş Olması

Alacaklının ifaya eklenen ceza koşulu talebinden zımnen vazgeçtiğinin varsayılabilmesi için, borçlunun kararlaştırılan şekle uygun olmayan ifasını kabul etmesi gerekir. Kabul, borçlu tarafından yapılan ifanın alacaklıyı tatmin ettiği veya sözleşmeye uygun yapıldığı yönündeki alacaklı tarafından yapılan irade beyanıdır²⁴³. İfanın alacaklı tarafından kabul edildiğini ispat yükü borçludur. Kabulün gerçekleşmesi için ifanın eksiksiz ve mükemmel olması şart değildir, alacaklının bazı eksiklikler daha sonra giderilmek üzere ifayı kabul etmesi mümkündür²⁴⁴. Bir irade beyanı olması sebebiyle kabul beyanı irade sakatlığı hallerinden herhangi biri sebebiyle iptal edilebilir.

2.1.1.3.2.3. Cezayı İsteme Hakkının Saklı Tutulmaması

Sözleşmede kararlaştırılan şartlara uygun olmayan ifayı kabul eden alacaklının, kabul beyanında ifaya eklenen ceza koşulunu talep hakkını saklı tutması gerekir. Aksi halde ceza koşulu talebi kanun gereği kesin olarak sona erecektir. Alacaklı ifayı kabul ederken ceza koşulunun saklı tutarak ileride doğması muhtemel bir hakkını ileri sürebilmesini olanak sağlar.

2.1.1.3.2.3.1. Saklı Tutma Beyanı

²⁴³ **Günay**, s.225.

²⁴⁴ **Tunçomağ**, s.116; **Günay**, s.226.

İfaya eklenen ceza koşulunu talep hakkını saklı tutma beyanı kural olarak herhangi bir şekil şartına tabi değildir²⁴⁵. Saklı tutma beyanının açık olarak yapılması gerekir²⁴⁶. Zımni saklı tutma beyanı geçerli değildir. Saklı tutma beyanının yapıldığını ispat yükü alacaklıdadır.

Ceza koşulunu talep hakkını saklı tutma niteliği itibariyle yenilik doğurucu bir haktır²⁴⁷. Yargıtay içtihatlarında da “*bir hakkın korunmasına yarayan yenilik doğurucu hak*” olarak nitelendirilmektedir²⁴⁸. Bu hakkın kullanımının hüküm ifade edebilmesi karşı tarafa ulaşması şartına bağlıdır. Bizzat alacaklı tarafından kullanılabilirliği gibi temsilci aracılığıyla da kullanılabilir²⁴⁹. Fakat yetkili olmayan kişilere yapılan ifalarda saklı tutma beyanında bulunulmadığı iddiası ileri sürülemez²⁵⁰. Beyanın direkt borçluya yapılması da zorunlu değildir. Borçlunun edimi ifa ile görevlendirdiği kişilere yapılan beyanlar da geçerlidir²⁵¹. Yapılacak beyanın ceza koşuluna yönelik olması şarttır. Örneğin temerrüt halinde tazminat haklarımız saklıdır şeklindeki ifadeler ceza koşuluna yönelik olmadığından saklı tutma beyanı olarak kabul edilmeyecektir²⁵².

Alacaklının kısmi ifayı kabulü sırasında saklı tutma beyanında bulunmaması halinde sadece ifa edilen kısma ait ceza koşulu talep hakkı düşecektir²⁵³. Kalan edimlerin her biri için saklı tutma beyanı yapılması durumunda ceza koşulu talebi sona ermeyecektir.

²⁴⁵ Bilge, s.105; Kılıçoğlu, s.978; Hatemi/Gökyayla, s.354; Oğuzman/Öz, s.141; Tunçomağ, s.107; Eren, s.327; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop s.110; Kavak, s.3.

²⁴⁶ Yargıtay’ın bir kararında “...bayiye mal vermeden önce ceza koşulu ile ilgili çekince (ihtirazi kayıt) bildirmesi ya da bu konuda bayiye noterden bir ihtarname göndermesi gerekir. Çekince için bir şekil şartı getirilmemiştir.” denilerek saklı tutma beyanının herhangi bir şekil şartına tabi olmadığına hükmedilmiştir. İlgili karar için bkz. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi E. 2013/10096 K. 2014/8175 T. 30.4.2014 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 09.09.2017]; Günay, s.226; Kılıçoğlu, s.979.

²⁴⁷ Tunçomağ, s.116. Buz, Yenilik Doğuran Haklar, s. 192; Eren, s. 60; Günay, s.78; Demirbaş s.67 vd.

²⁴⁸ İlgili karar için bkz. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2.11.1994 T. 1994/6201 E. 1994/1952 K. www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 09.09.2017].

²⁴⁹ Tunçomağ, s.116, Kocağa, s.203.

²⁵⁰ Aydemir, s.180.

²⁵¹ Bilge, s.105, “...ancak yardımcıya bu konuda yetki verilmediği sürece, ona karşı bildirilen saklı tutmalar hükümsüz saymak doğru olur...”, Tunçomağ, s.117.

²⁵² Kocağa, s.201.

²⁵³ Tunçomağ, s.118; Kocağa, s.203.

2.1.1.3.2.3.2. Beyan Anı

Saklı tutma beyanın yapılma anı geçerliliği açısından önem taşır. Kural olarak ceza koşulunu saklı tutma beyanının ifayı kabul anında yapılması gerekir. Fakat bazı durumlarda kabulden sonra yapılan saklı tutma beyanı da geçerli olarak yapılmış sayılabilir. Örneğin alacaklı yerine onun ifa yardımcısına yapılan ifa halinde kabulden sonra saklı tutma beyanında bulunulabilmelidir²⁵⁴. Benzeri bazı durumlar haricinde saklı tutma beyanının kabul sırasında veya en geç ifayı kabulden hemen sonra yapılması şarttır²⁵⁵.

Alacaklı tarafından kabul edilen ifanın gizli ayıplı olması halinde kabulden sonra yapılacak saklı tutma beyanı da geçerlidir. Yargıtay'ın bir kararında da borçlu tarafından kasten saklanan ayıplar ile usulüne uygun yapılmış bir muayene ile anlaşılamayacak ayıplar konusunda borçlunun sorumluluğunun devam edeceği, kabulün gizli ayıpları kapsamadığı, alacaklının gizli ayıbı öğrenir öğrenmez borçluya bildirmesi halinde saklı tutma beyanının sonradan yapılabileceği kabul edilmiştir²⁵⁶.

Alacaklının beyan hakkını zamanında kullanmaması halinde ceza koşulunu talep hakkı düşecektir. Fakat bu durum, genel hükümler çerçevesinde her türlü tazminat hakkı ile seçimlik haklarına hanel getirmeyecektir²⁵⁷.

Alacaklının borçludan farklı bir mahalde bulunması ve kabul beyanını mesafeli olarak göndermesi halinde saklı tutma beyanının kabul ile beraber gönderilmesi şarttır²⁵⁸.

2.1.2. CEZA KOŞULUNUN KUSUR VE ZARARLA İLİŞKİSİ

2.1.2.1. Ceza Koşulu ve Kusur İlişkisi

²⁵⁴ Kocaağa, s.201.

²⁵⁵ Oğuzman/Öz, s.907; Bilge, s.105; Tunçomağ, s.118; Aydemir, s.180; Kılıçoğlu, s.979.

²⁵⁶ İlgili karar için bkz. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 2.2.1978 T. 1978/175 E. 1978/174 K. www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 09.09.2017].

²⁵⁷ Bilge, s.105.

²⁵⁸ Günay, s.231; Tunçomağ, s.117; Kocaağa, s.202.

Ceza koşulunun talep edilebilmesinin borçlunun kusuruna bağlı olup olmayacağı tartışmalıdır. Doktrinde ceza koşulunun talep edilebilmesi için kusurun gerektiği ve kusurlu olmanın gerekmediği şeklinde iki ayrı görüş mevcuttur.

Bir görüşe göre ceza koşulunun talep edilebilmesi için “sözleşmenin ifa edilmemesinde” ya da “kötü ifa edilmesinde” kusur aranmamalıdır²⁵⁹. Bu görüşe göre ceza koşulunun ödenmesinde borçlunun kusuru olup olmadığına bakılmamalı, borçlunun kusurluluğuna veya alacaklının zarar görmesine bağlı olmaksızın ceza koşulu ifa edilmelidir. TBK m. 182/2’de yer alan “*Asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse, cezanın ifası istenemez.*” düzenlemesi de bu görüşün dayanağını oluşturmaktadır. Buna göre asıl borç, “*borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hale gelmişse*” yani sonraki kusursuz imkânsızlık söz konusuysa ceza koşulu borcu da sona erecektir. Ancak bu husus borçlunun kusurluluğuna yapılan bir atıf değil ceza koşulunu asıl borcun fer’i olması niteliğiyle ilişkilidir.

Yargıtay kararlarıyla da kabul edilen diğer görüşe göre ise ceza koşulunun talep edilebilmesi için, borçlunun kusurlu şekilde borca aykırı davranışta bulunması gereklidir²⁶⁰. Bu görüşü savunan yazarlar aynı kanun maddesini dayanak göstererek, kusursuz sonraki imkânsızlık halinde borçlunun cezayı ödemekten kurtulacağı hususunu dikkate alarak ceza koşulunu ifa yükümlülüğünün kusura dayandırıldığını savunmaktadırlar²⁶¹.

²⁵⁹ Cansel/Özel, s.717; Eren, 1210.

²⁶⁰ Ozanoğlu, s.45; Kocağa, s.130; Oğuzman/Öz, s. 909; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 359-360; Hatemi/Gökyayla, s.347; İnan/Yücel, s.569; Yıldırım, s.386; Yargıtay bir kararında “İşin uzmanı olan yüklenicinin sözleşmenin yapıldığı tarihte her yıl için var olan sezonluk çalışma yasağını bilmemesi ve bunu gecikme nedeni olarak savunması, herhalde kabul edilemez. Ancak sözleşmenin yapıldığı tarihte olmayan ve daha sonra konulan çalışma yasağı nedeniyle de yükleniciye bir kusur atfetmek de doğru olmaz...”, hükmetmiştir. İlgili karar için bkz. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E. 25/12/1996, K. 6551/6962; yine bir başka kararda Yargıtay “inşaat sözleşmesinin yapıldığı sırada yürürlükte bulunan imar planınınr sayılı kesinleşmiş ilamıyla iptal edildiği... bu durumda yükleniciye atfı kabil bir kusurun yüklenemeyeceği, yeni bir imar planının da hazırlanma durumunun bulunduğu gözetilmeden cezai şart hükmedilemeyeceğine...” karar vermiştir. İlgili karar için bkz. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi E. 2015/14 K. 2016/3738 T. 20.6.2016 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 19.03.2018].

²⁶¹ Oğuzman/Öz, s.909; Hatemi/Gökyayla, s.352.

Kanımızca iki farklı görüşün oluşmasına sebebiyet veren kanun hükmünün kanun koyucu tarafından daha açık şekilde ifade edilmesi gerekmektedir. Ancak mevcut metinde bahsi geçen, kusursuz sonraki imkânsızlık halinde borçlunun ceza ödeme borcundan kurtulması hususu, ceza koşulunun kusura bağlandığı anlamına gelemez. Bu durumun ceza koşulunun temel mantığına aykırı olduğunu, söz konusu madde hükmü ancak ve ancak ceza koşulunun fer'i niteliğini düzenlediğini düşünmekteyiz.

Kusurun varlığının gerektiği yönündeki görüş kabul edildiğinde bu kusurun varlığını ispat yükünün kimde olacağı önem arz edecektir. Sözleşme ilişkilerinde kusurun varlığı esas olduğundan kusursuzluğu ispat TBK m. 112 gereği borçludur. Borçlu kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe alacaklıya karşı ifaya eklenen ceza koşulunu ifa borcu altına girecektir²⁶².

2.1.2.2. Ceza Koşulu ve Zarar İlişkisi

Kural olarak borca aykırı davranan borçlu, bu sebeple alacaklının uğramış olduğu zararları tazminle yükümlüdür. Ancak borçludan sebep olduğu zararların tazmininin talep edilebilmesi için zararın ispat edilmesi gerekir. Ceza koşulunda ise alacaklı zararı ispatla yükümlü olmadığı gibi borca aykırı davranış sebebiyle hiçbir zarar doğmasa dahi ceza koşulunu talep edebilme hakkına sahiptir. Bu husus TBK m. 180/1'de *"Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir."* şeklinde düzenlenmiştir. Bu hüküm gereğince ceza koşulunu talep edebilmek için herhangi bir zarara uğranmış olması şart değildir. Zararın varlığı, borca aykırılık sebebiyle oluşan diğer zararların tazmini bakımından önem taşıyacaktır.²⁶³ Bu kapsamda taraflarca borca aykırılıktan doğması muhtemel zararların önceden tespit edildiği varsayılacağından, bundan başka zararın varlığını ve kapsamını kanıtlamaya lüzum olmayacaktır²⁶⁴.

²⁶² Kocaağa, s.175; Hatemi/Gökyayla, s.347; Yıldırım, s.386;.

²⁶³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, s.358; Tunçomağ, s.120; Bilge, s.119; Ozanoğlu, s.42.

²⁶⁴ Eren, s.1210; Kocaağa, Götürü Tazminat, s.153; Nomer, s.357; Yıldırım, s.386.

Ceza koşulu, alacaklının asıl borca aykırılıktan dolayı zarar görmesine bağlı değildir. Alacaklının uğradığı zararın derecesine bakılmaksızın ve hatta hiçbir zararın oluşmaması ihtimalinde dahi borçlunun ceza koşulunu ifa yükümlülüğü sürecektir. Fakat alacaklı, ceza koşulunu ifa eden ve aynı zamanda kusurlu olan borçludan aynı zarar için tazminat talebinde bulunamaz²⁶⁵. Aşan zararları talep hakkı saklıdır.

Alacaklının zararı ispatla mükellef olmaksızın ceza koşulunu talep edebilmesi ceza koşulunun yukarıda bahsedilen iki amacının işlerlik kazanmasında büyük önem arz eder. Alacaklı kendini daha güvende hissedecek ve borçlu asıl borcun yerine getirilmesi anlamında manevi bir baskı hissedecektir.

Bununla birlikte, ceza koşulunun zararlar ilişkisine yönelik hüküm emredici olmayıp düzenleyici nitelikteki hükmün aksi kararlaştırılabilecektir²⁶⁶.

2.1.3. İFAYA EKLENEN CEZA KOŞULUNU AŞAN ZARARLARIN TALEP EDİLEBİLMESİ

2.1.3.1. Genel Olarak

Borçlar Hukuku sisteminde, tazminat sorumluluğu zarar şartına bağlıdır. TBK m. 180'e göre ise alacaklı hiçbir zarar uğramasa dahi cezanın ifasını isteyebilir. Söz konusu hüküm ile özel hukuk sözleşmelerine hâkim olan ve tazminata hükmedilebilmesi için zarar şartını arayan ilkeye ceza koşulu ile bir istisna getirilmiş olmaktadır.

²⁶⁵ Eren, s.1211; Hatemi/Gökyayla, s.349; Oğuzman/Öz, s.910.

²⁶⁶ Ozanoğlu, s.43; Kılıçoğlu, s.979.

Ceza koşulu türlerinden seçimlik ceza koşulunda alacaklının ceza miktarını aşan zararlarını talep edebilmesinin mümkün olduğu doktrinde birçok yazar tarafından kabul edilmektedir²⁶⁷. Ancak ifaya eklenen ceza koşulunu aşan zararların tazmini konusunda tam bir görüş birliği söz konusu değildir. İfaya eklenen ceza koşulunu aşan zararların tazmin edilemeyeceği bazı yazarlarca kabul edilmektedir²⁶⁸.

TBK'nın ceza koşulunu aşan zararların talep edilebilmesine olanak tanıyan hükümlerinde, ceza koşulunun türleri arasında bir ayrıma gidilmemiştir. Bu sebeple kanımızca, aşan zararı talep imkânı tanınması konusunda ifaya eklenen ceza koşulunun dışlanması yersiz olacaktır. Nitekim ifaya eklenen ceza koşulu, niteliği itibarıyla de aşan zararların tazmin edilmesine müsaittir²⁶⁹. Yargıtay içtihatlarından da ifaya eklenen ceza koşulunu aşan zararların tazmininin mümkün olduğu anlaşılmaktadır²⁷⁰.

İfaya eklenen ceza koşulu kaydı içeren bir anlaşmada taraflar, borca aykırılık durumunda oluşabilecek zararların önceden belirlenmesi amacını taşıyor olabilirler. Bu belirleme, geleceğe dönük belirsiz bir duruma ilişkin olarak yapıldığından zararın tam olarak bilinmesi ve buna uygun ceza miktarı

²⁶⁷ **Tunçomağ**, s.122, **Günay**, s.158, **Kocaağa**, s.206; **Hatemi/Gökyayla**, s.352; **Nomer**, s.364; **İnan/Yücel**, s.570.

²⁶⁸ **Funk**, 231 (Kocaağa'dan aynen aktarılmıştır.).

²⁶⁹ **Eren**, s.1212; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.359; **Oğuzman/Öz**, s.883.

²⁷⁰ Yargıtay'ın bir kararında "...sözleşme ile kararlaştırılan cezai şart miktarından fazla zarara uğramış olan alacaklının, sözleşmede ifaya eklenen cezai şartın kararlaştırılmış olması ve borçlunun kusurlu olması halinde uğradığı bu fazla zararı da talep etmesi mümkündür. Somut olayda taraflar arasındaki 7.4.2009 tarihli tanıtım sözleşmesinin 5-e maddesinde, kararlaştırılan cezai şart hükmünün cezai şart türlerinden BK 158/3 maddesinde düzenlenen ifaya eklenen cezai şart niteliğinde bulunması sebebiyle sözleşmede kararlaştırılan cezai şart miktarını aşan zararını davacının talep hakkının bulunduğu kabulü doğru olmuştur..." denilmek suretiyle ifaya eklenen ceza koşulunu aşan zararların tazmini kabul edilmiştir. ilgili karar için bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 21.03.2016 tarihli E.2016/1483 K.2016/3107 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 19.03.2018] ; Yargıtay bir başka ilamında "...Sözleşme tarihinde yürürlükte bulunan mülga 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 159/2. maddesine göre ilke olarak, sözleşme ile kararlaştırılmış olan cezai şart miktarından fazla zarara uğramış olan alacaklının, sözleşmede ifaya eklenen cezai şartın kararlaştırılmış olması ve borçlunun kusurlu olması halinde uğradığı bu fazla zararı da talep etmesi mümkündür. Somut olayda, taraflar arasındaki 7.4.2009 tarihli tanıtım sözleşmesinin 5-e maddesinde, kararlaştırılan cezai şart hükmünün cezai şart türlerinden B.K'nın 158/3. maddesinde düzenlenen ifaya eklenen cezai şart niteliğinde bulunması sebebiyle sözleşmede kararlaştırılan cezai şart miktarını aşan zararını davacının talep hakkı bulunduğu kabulü ile, ...'in 86/1. maddesi gereği değerlendirme yapılmasının gerektiğinin kabulü doğru olmuştur..." hükmetmiştir. ilgili karar için bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 2016/1483 K. 2016/3107 T. 21.3.2016 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 19.03.2018].

kararlaştırılması her zaman mümkün olmayabilir. Böyle durumlarda alacaklıya ceza miktarını aşan zararlarını talep hakkı tanınmalıdır. Alacaklıya ceza miktarını aşan zararını talep imkânının tanınması, alacaklı kadar borçluyu da koruyucu niteliktedir. Aksi halde ceza miktarı, ileride ortaya çıkacak zararı tam olarak karşılayabilmesi amacıyla oldukça yüksek belirlenebilecek ve borçlunun cezanın tenkisi gibi yollara başvurusu gerekebilecektir²⁷¹. Yargıtay içtihatlarında da alacaklıya cezayı aşan zararını tazmin hakkının sağlandığına ilişkin kararlar mevcuttur²⁷².

TBK'da alacaklıya, ceza koşulunun türleri arasında bir ayrıma gidilmeksizin, ceza miktarını aşan zararlarının tazmini konusunda bir talep hakkı tanınmıştır. TBK m. 180/2'de *"Alacaklının uğradığı zarar kararlaştırılan ceza tutarını aşıyorsa alacaklı, borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmedikçe aşan miktarı isteyemez"* düzenlemesi yer almaktadır. Buna göre alacaklı taraflarca kararlaştırılmış ceza koşulu miktarından daha fazla bir zarara uğradığı iddiasında ise borçlunun kusurunu ispat etmekle yükümlüdür. Yani burada sözleşmeler hukukundaki kusur karinesine bir istisna getirilmiştir²⁷³. Ayrıca alacaklının ceza miktarını aşan fazla zararın tazminini isteyebilmek için

²⁷¹ Kocaağa, s.205.

²⁷² Yargıtay'ın bir kararında "... Uyuşmazlık konusu olan 15.12.1955 tarihli sözleşmenin 18. maddesi (Satıcının mukavelelerin tamaii tatbikinden bir gûna ilişiğı kalmadığı bilhesap anlaşıldığı takdirde teminatı iade olunur. Mukavele aktinden sonra satıcının mukaveleye her ne surette olursa olsun ademî riyeti halinde kurum her hangi bir ihtar ve kanunî merasime lüzum görmeden mukaveleyi fesihle satıcının katî teminatını irat kaydeder. Bu takdirde kurumun ahar şahıslardan hayvan tedariki sebebiyle dışar olacağı farkı fiat, masraf ve sair zararları 3. maddenin (d) fıkrası hükmüne göre %10 fazlasıyla birlikte teminatla karşılanamazsa satıcı kurum un bu zararını ve teminat katî miktara iblağ edilmemiş ise aradaki farkı defaten tediye kabul eder) denilmektedir. Bu maddenin ilk sözleri ile satıcı sözleşmeye riayet etmemesi halinde davacı kuruma yatırdığı teminat miktarında maktu bir tazminat ödemeğı kabul etmektedir. Sözleşmenin davalı tarafın akte aykırı davranışı sonucunda bozulduğu ise sabit olmuştur. Borçlar kanununun 159/2. maddesine göre şart olunan ceza miktarından fazla zarara uğrayan alacaklı borçlunun kusurunu ispat etmesi halinde bu fazla zararı isteyebilir. Bu bakımdan, akitte teminatın gelir yazılmasıyla karşılanmayan zararların tazmininin istenebileceğinin yazılmış olması, teminat ile karşılanmak istenilen edimin (edanın) ceza şartı olamayacağını göstermez. Sözleşmenin bu maddesinde yazılan şekli ile tarafların teminat parasını, müteahhidin akte aykırı davranışı sonunda alacaklıya ödemesi gerekli belli ceza şartının kolaylıkla alınmasını sağlayan bir türlü rehin olarak kabul ettikleri anlaşılması mahkemenin ısrar kararı akte ve kanuna uygundur..." denilmektedir. İlgili karar için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu; E.5/6/1961 K.25/12/1961 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 19.10.2017].

²⁷³ Nomer, s.365; İnan/Yücel, s.570; Koçhisarlıoğlu Cengiz, Objektif sorumluluğun Genel Teorisi, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.175-305, Ankara 1978 s.175; ayrıca bkz.Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2010/21-36 K. 2010/67 T. 3.2.2010 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 19.10.2017].

borçlunun kusuru ile beraber uğramış olduğu aşkın zararı da ispat etmesi gerekecektir²⁷⁴. Nihayet alacaklı, ceza koşulunda belirlenen miktarı aşan zararları tazmin için kusur, zarar, illiyet bağı unsurlarının varlığını ispat etmekle yükümlü olacaktır.

Alacaklı, asıl borca aykırılık halinde oluşacak zararlarından, sadece ceza koşulu miktarının aşan kısmını talep edebilir. Yani alacaklı borca aykırılık dolayısıyla uğradığı zararlardan ceza miktarı mahsubu yapıldıktan sonra geriye kalan miktar kadarını talep hakkına sahip olacaktır²⁷⁵.

İfaya eklenen ceza koşulu bir para borcu da olsa paradan başka bir edim de olsa aşan zararların talebi mümkündür. Zira kanunumuzda bu şekilde bir ayrıma gidilmemiştir. Bu yüzden ceza koşulunun konusu para veya paradan başka bir edim olsa dahi aşan zararların tazmini mümkündür. İfaya eklenen ceza koşulunun konusu paradan başka bir edim olsa dahi çoğu kez ekonomik değere sahiptir ve bu değerlerin tespiti zahmetli olması aşan zararların talep edilememesine gerekçe oluşturmayacaktır²⁷⁶. Ancak örneğin Alman Medeni Kanunu'nun 342. paragrafında ceza koşulunun konusunun paradan başka bir şey olması halinde ceza koşulunu aşan zararların talep edilemeyeceği düzenlenmiştir²⁷⁷. Ceza koşulunun konusunun paradan başka bir edim olması halinde aşan zararların tespit için öncelikle ceza koşulunun konusunun değeri tespit edilecektir. Bu durum da uygulamada önemli tartışma ve uyuşmazlıklara sebep olabilecektir²⁷⁸.

Alacaklı önceden yapacağı bir anlaşmayla ifaya eklenen ceza koşulu alacağından vazgeçebilir. Böyle bir durumda alacaklı artık aşan zararlarını isteyemeyecektir. İfaya eklenen ceza koşulunun ortadan kalkmasına yol açan

²⁷⁴ Eren, s.1211; Kılıçoğlu, s.982; Nomer, s.369; İnan/Yücel, s.570; Tekinay/Akman/Burcuolu/Altop, s.359; Oğuzman/Öz, s.882; Kocaağa, s.211; Altaş, s.123; Yıldırım, s.118; ayrıca bkz. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi E. 2014/9526 K. 2016/1901 T. 28.3.2016 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 19.03.2018].

²⁷⁵ Eren, s.1214; Kılıçoğlu, s.982.

²⁷⁶ Tunçomağ, s.122.

²⁷⁷ Alman Medeni Kanunu paragraf 342 "If, as penalty, performance other than the payment of a sum of money is promised, the provisions of sections 339 to 341 apply; the claim to damages is excluded if the obligee demands the penalty."

²⁷⁸ Günay, s.159; Tunçomağ, s.122.

ihirazi kayıt ileri sürmeksizin asıl borcu kabul etme veya ceza koşulunun ifasından açıkça vazgeçme durumlarında aşan zararları talep hakkının ortadan kalkmaması gerekir. Zira ilk halde kanuna ikinci halde alacaklı iradesine dayanarak ceza koşulu talebi ortadan kalkmakta ancak aşan zararları talep, kanuni bir hak olarak varlığını sürdürmektedir²⁷⁹. Ancak ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin asıl borcu kabul eden veya ceza koşulundan açıkça vazgeçen alacaklı, ifaya eklenen ceza koşulunu kesin olarak sona erdirmektedir. Bu andan itibaren cezayı aşan zararları tazmin hakkının da bir talep olmaktan çıkacağı kanaatindeyiz.

Niteliği gereği ifayı engelleyen ceza koşulunda borçlu zaten kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeden dönme hakkını elde ettiğinden aşan zararın tazmini istenemeyecektir²⁸⁰. TBK m. 446/2'da düzenlenen hizmet sözleşmelerinde rekabet yasağı anlaşmaları bakımından bu kurala bir istisna getirilmiştir. İlgili maddede rekabet yasağına aykırı davranan işçinin kararlaştırılan cezayı ödeyerek bu sınırlamadan kurtulabileceği düzenlenmiş ve bir dönme cezasına işaret edilmiştir. Aynı fıkranın devamında işverenin aşan zararlarının da işçi tarafından giderilmesi gerektiği düzenlenmiştir.

2.1.3.2. Aşan Zararın Talep Edilebilmesinin Koşulları

2.1.3.2.1. Kusurlu Olma ve Kusurluluğu İspat Etme

Alacaklının zararlarının ifaya eklenen ceza koşulu miktarını aşması halinde bu aşan miktarı talep hakkı bulunmaktadır. Bu sonuca TBK m. 180/2'de yer alan düzenlemeden ulaşılmaktadır. Hükümde alacaklının cezadan fazla bir zararı mevcut ise, borçlunun kusurluluğunu ispat ederek aşan miktarı talep edebileceği düzenlenmiştir. Yani alacaklının ceza miktarını aşan zararları talep edebilmesi borçlunun borca aykırı davranışında kusurlu olmasına bağlıdır.

²⁷⁹ Kocaağa, s.213.

²⁸⁰ Günay, s.159; Feyzioğlu, s.401; Kocaağa, s.207; Eren, s.1218; Tunçomağ, s.122; Oğuzman/Öz, s.870.

Borçlunun bizzat kendisi yerine, ifa yardımcılarının kusuruyla borca aykırılık halinde alacaklının aşan zararlarını talep hakkı mevcuttur²⁸¹.

Alacaklı, borçlunun kusurunu ispatla mükelleftir. TBK m. 112'de ise *“borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmediği durumlarda, borçlu kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlü olacağı”* düzenlemesi yer almaktadır. Borçlunun kusursuzluğunu ispat etmesi yerine ispat yükünün alacaklıya yüklenmesi TBK m. 112'de düzenlenen ispat yükü kuralına istisna teşkil etmektedir²⁸². Yargıtay kararlarında da ifaya eklenen ceza koşulunu aşan zararların tazmin edilebilmesi için aşkın zararın borçlunun kusurundan kaynaklandığını alacaklının ispatlamasının beklediği görülmektedir²⁸³.

2.1.3.2.2. İfaya Eklenen Ceza Koşulunu Aşan Zararın Bulunması

Alacaklının asıl borca aykırılık nedeniyle oluşacak zararlarından ceza miktarını aşan kısmını talep hakkı vardır. Bu zarar borcun kararlaştırılan şekilde ifa edilmemesinden, örneğin borcun belirlenen yerde veya zamanda ifa edilmemiş olması sebebiyle doğabilir. Ancak zarar taraflarca yapılan belirlemeden başka, diğer bir borca aykırılık sebebiyle doğmuşsa ve ifaya eklenen ceza koşulunu aşıyorsa da tazmini gereklidir²⁸⁴. Ceza miktarı zararla eşit veya daha fazla belirlenmişse aşan zarar bahis konusu olmayacağından herhangi bir talep

²⁸¹ **Tunçomağ**, s.123; **Nomer**, s.368; **İnan/Yücel**, s.570.

²⁸² **Kocaağa**, s.209; **Nomer**, s.368; **Koçhisarlıoğlu**, s.175.

²⁸³ Yargıtay bir kararında *“...Somut olayda taraflar arasındaki sözleşmenin cezai sorumluluk başlıklı 6. maddesinde gönderilerin protokol şartlarına ve niteliklerine uygun olarak dağıtılmaması halinde A... Ltd. Şti., İstanbul A... Üniversitesi'ne tüm gönderiler tutarının iki katı tutarında meblağı cezai müeyyide olarak ödemeyi şimdiden kabul ve taahhüt eder hükmüne yer verilmiş olup anılan hüküm uyarınca davacının cezai şartı aşan bir zarar talebinde bulunabilmesi ancak B.K.nun 159 maddesindeki şartlara bağlıdır. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda sözleşmenin 6. maddesi hükmü uyarınca, gereği gibi ifa edilmeyen tüm gönderiler üzerinden 458.784,20 TL cezai şart ve davacının talep edebileceği zarar atık kağıt firmasına satılan broşürler için 160.615,00 TL olarak hesaplanmış, mahkemece cezai şarttan %50 oranında indirim yapılarak 229.392,10 TL cezai şart ve 160.615,00 TL maddi tazminata hükmedilmiştir. Tüm bu yapılan açıklamalar çerçevesinde davacı tarafca cezai şartı aşan bir zararın varlığı iddia ve ispat olunamadığına göre mahkemece anılan yasa hükümleri nazara alınmadan cezai şart dışında ayrıca tazminata hükmedilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir...”* denilmektedir. İlgili karar için bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 2014/8593 K. 2014/12887 T. 4.7.2014 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 19.10.2017].

²⁸⁴ **Tunçomağ**, s.123; **Kocaağa**, s.209.

hakkından söz edilemeyecektir. Alacaklı, bu hakkı kullanabilmek için, uğradığı zararlar ile bu zararların miktarının ceza miktarını aştığını ispatla mükelleftir. Zararın ispat yükünün alacaklıya verilmesi genel kurala dönüş anlamına gelmektedir²⁸⁵.

Alacaklı borca aykırılık dolayısıyla uğradığı zararlardan ceza miktarı mahsup edildikten sonra geriye kalan miktarı talep hakkına sahip olacaktır. Alacaklının temerrüt faizine hak kazanmış olması durumunda bu miktar da aşan zararların hesabında dikkate alınacaktır²⁸⁶. Yine aynı şekilde Yargıtay uygulamalarında, teminatın irat kaydedileceğine ilişkin sözleşme hükümlerinin ceza koşulu niteliğinde olduğu kabul edilmekte ve teminattan elde edilecek gelirin aşan zararların hesabında dikkate alınacağı kabul edilmektedir²⁸⁷.

Ceza koşuluna ilişkin diğer düzenlemelere paralel şekilde aşan zararların tazmini konusundaki hükümler emredici olmayıp, hesaplamaya ilişkin olarak taraflarca farklı düzenlemeler kararlaştırılabilir.

2.1.3.2.3. Asıl Borcun İhlali ile Zarar Arasındaki İliyet Bağı

İliyet bağı, birbirini takip eden olaylar arasındaki neden sonuç ilişkisi olup tazminat hukukunda sorumluluğun temel şartıdır.²⁸⁸ Taraflarca belirlenen ceza miktarının, borca aykırılık halinde doğan zararlardan az olması durumunda alacaklıya aşan zararları tazmin edebilme imkânı tanınmaktadır. Bunun için

²⁸⁵ **Tekinay/Akman/Burcuolu/Altop**, s.359; **Oğuzman/Öz**, s.882; **Kocaağa**, s.211; **Altaş Hüseyin**, Munzam Zararda İspat Sorunu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 50 S.1, s.121-129, 2001, s.123

²⁸⁶ **Eren**, s.1217; **Kılıçoğlu**, s.982; **Hatemi/Gökyayla**, s.368.

²⁸⁷ İlgili Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 13. HD. 25.3.1985 tarihli ve 1985/1430 E. 1985/2018 K. www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 19.10.2017].

²⁸⁸ **Eren**, Fikret, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İliyet Bağı Teorisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No.361, Sevinç Matbaası, 1975, Ankara, s.48; **Kılıçoğlu**, s.320.

zarar ve kusur şartlarıyla beraber, ihlal ve doğan zarar arasında uygun illiyet bağının aranması gerekir²⁸⁹.

2.2. İFAYA EKLENEN CEZA KOŞULUNUN İNDİRİLMESİ VE SONA ERMESİ

2.2.1. İFAYA EKLENEN CEZA KOŞULUNUN İNDİRİLMESİ

2.2.1.1. Genel Olarak

TBK'daki sözleşme serbestisi ilkesi m. 26'da *"tafların bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilmeleri"* şeklinde vücut bulmuştur. Bu ilkenin ceza koşulu açısından görünümü TBK m. 182'de tarafların cezanın miktarını serbestçe belirleyebilecekleri şeklinde olmuştur. Taraflar ifaya eklenen ceza koşulunun kapsamını, miktarını, hangi borcu teminat altına aldığı, hangi şart ve hallerde talep edilebileceğini belirlemede söz konusu hüküm gereği özgürdür²⁹⁰. Bu özgürlük, TBK m. 27 vd. maddelerde çizilen sınırlamalara tabidir. TBK m. 182'de yer alan ceza koşulunun indirilmesi de bu özgürlüğün sınırlamalarından bir diğerini oluşturmaktadır. Zira bazı hallerde *"güçlünün ekonomik olarak zayıfı ezerek ona ağır bir ceza koşulu kabul ettirmesi"* söz konusu olabilir. Özgürce belirlenen ceza koşulu bir taraf için adaletsiz olabilmekte hatta ekonomik anlamda bir tarafın yıkımına sebebiyet verebilmektedir. Bunu engellemek adına kanun koyucu TBK m. 182/3'te hâkime *"aşırı gördüğü ceza koşulunu re'sen indirme"* konusunda bir görev yüklemiştir.

İfaya eklenen ceza koşulunun indirilmesi için, bu koşulun miktarının borçlunun mahvına yol açacak veya ekonomik yönden yıkımına sebebiyet verecek derecede olması gerekir. Böyle bir durumda da zaten ahlaka aykırılık söz konusu olacak ve buna ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır²⁹¹. Aslında

²⁸⁹ Tunçomağ, s.124, Kocağa, s.210.

²⁹⁰ Bilge, s.113; Hatemi/Gökyayla, s.345; Reisoğlu, s.455; Nomer, s.369; İnan/Yücel, s.570.

²⁹¹ Çınar Ömer, Türk Borçlar Kanunu ve Alman Medenî Kanununa Göre Cezaî Şartın İndirilmesi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl: 8, Sayı 16, Güz 2009 s. 91-115, s.93.

indirilmesi imkânı tanınarak ifaya eklenen ceza koşulunun borçluyu ifaya zorlama amacı hafifletilmektedir. İndirme kabul edilse bile bu indirmenin nasıl yapılacağı da ayrı bir sorun teşkil etmektedir. Gerçekten hâkime bu yetki verilerek içeriğini ve kapsamını tam olarak bilmesinin mümkün olmadığı bir sözleşmeye müdahale yetkisi tanınmış olmaktadır.

Aşırı miktardaki ifaya eklenen ceza koşulunun indirilmesi hususunun gerekli olduğunu savunan yazarlara göre uygulamada ekonomik yönden güçlünün zayıfı ezmenin önlenmesi, ancak yargıçlara verilecek bu tür bir yetkiyle mümkündür²⁹². Tunçomağ, ifaya eklenen ceza koşulunun indirilmesi yetkisinin ülke siyasetiyle doğrudan ilgili olduğunu ve devletin sosyal hayata müdahalesi ile devletçilik ilkeleriyle bağdaştığı, bu konuda bir seçim yapıldığı görüşündedir²⁹³. Kanaatimizce de kanun düzenlemesinde ifaya eklenen ceza koşulunun indirilmesine yönelik bir düzenleme yapılması neo-liberal yöntemler seçmek yerine sosyal devlet ilkelerine öncelik tanımakla ilgilidir.

Hâkime aşırı gördüğü ifaya eklenen ceza koşulunu indirilebilmesine yönelik olarak verilen yetki, bu aşırılığın giderilmesi amacıyla sınırlı olacak şekilde tanınmıştır. Bu yetki, ifaya eklenen ceza koşulunun tamamen kaldırılması anlamı taşımaz²⁹⁴. Ayrıca hâkimin indirme kararı ceza koşulu olarak kararlaştırılan edimin niteliğini değiştirici nitelikte olamaz²⁹⁵. Örneğin hâkim bir miktar paranın ödenmesi şeklindeki edimi, bir hizmetin görülmesi şeklinde değiştiremez.

İfaya eklenen ceza koşulunun indirilmesi tasarrufunun hukuki nitelendirmesinin nasıl olacağı tartışmalı bir konudur. Doktrinde yer alan bir görüş indirmenin bir butlan yaptırımı olduğunu savunmaktadır. Bu görüşe göre ahlaka aykırı olmasa bile kanunun emredici hükümlerine aykırı bir anlaşma kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olmalıdır²⁹⁶. Bir diğer görüşü savunan yazarlara göre ise

²⁹² Oğuzman/Öz, s.909; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.353; Ayan, s.68; Eren, s.373; Hatemi/Gökyayla, s.353.

²⁹³ Tunçomağ, s.134.

²⁹⁴ Hatemi/Gökyayla, s.359; Eren, s.1210; Bilge, s.124; Karşı görüş için bkz. Arsebük Ahmet Esat, Borçlar Hukuku, C.I-III, 3. Bası, Ankara, 1950, s.17 vd.

²⁹⁵ Oğuzman, s.912; Tamer, s.747; Hatemi/Gökyayla, s.359; Nomer, s.32.

²⁹⁶ Kunter, s.982, karşı görüş için, bkz. Tunçomağ, s.138.

buradaki indirme iptal yaptırımına tabi olmalıdır. Buna göre hukuki işlem başta geçerli olmakla birlikte borçlunun talebi üzerine geçmişe etkili olacak şekilde iptal edilmektedir²⁹⁷. Bu durumda ifaya eklenen ceza koşulunun indirilebilmesi borçlunun talebine bağlanmış olmaktadır. Bir diğer görüşe göre ise hâkimin aşırı gördüğü ceza miktarını azaltması borçlu açısından niteliği itibarı ile kazai yenilik doğurucu bir karardır²⁹⁸. Borçlu ceza miktarının indirilmesini talep ederek alacaklı ile olan anlaşmasını değiştirmek yönünde bir irade ortaya koymaktadır. Ancak bu talep hakkı bazı noktalarda yenilik doğuran haklardan ayrılmaktadır. Yenilik doğurucu hakların genel özelliklerine ek olarak, hakkın hüküm ifade edebilmesi için tek taraflı bir irade beyanıyla kullanılması tek başına yeterli olmayacak, hâkimin onayı da gerekecektir²⁹⁹. Ayrıca yenilik doğurucu hakların hüküm ifade edebilmesi için karşı tarafa yöneltilmesi gerekirken, indirme hakkı kullanılırken usul hukukuna uygun şekilde yapılması zorunludur³⁰⁰. Bu itibarla hak sahibinin iradesi yeterli olmayıp bir devlet organının kararına ihtiyaç duyulması sebebiyle bu karara “*yargısal yenilik doğuran hak*” denmektedir³⁰¹. Bu dava inşai bir davadır ve verilecek karar geçmişe etkili sonuçlar doğuracaktır³⁰².

2.2.1.2. Koşulları

İfaya eklenen ceza koşulunun fahiş olması durumunda indirilmesi TBK’da düzenlenmiştir. Fahiş ceza koşulunu indirebilmek için belirli koşulların oluşması gereklidir. Bu şartların bir kısmının mevcudiyeti kanun gereği bir kısmı ise ifaya eklenen ceza koşulunun ruhuna ve amacına uygun olması sebebiyle aranmaktadır.

²⁹⁷ Arsebük, s.17; bu görüş hakkında bkzn. Tunçomağ, s.138, Oğuzman/Öz, s.901.

²⁹⁸ Eren, s.1210; Hatemi/Gökyayla, s.359.

²⁹⁹ Bunun bir diğer örneği TMK’da düzenlenen ön alım hakkıdır. TMK m.734’e göre “...Önalım hakkı, alıcıya karşı dava açılarak kullanılır. Önalım hakkı sahibi, adına payın tesciline karar verilmeden önce, satış bedeli ile alıcıya düşen tapu giderlerini, hâkim tarafından belirlenen süre içinde hâkimin belirleyeceği yere nakden yatırmakla yükümlüdür...” ayrıca bkzn. Kocağa, s.221; Hatemi/Gökyayla, s.360.

³⁰⁰ Tunçomağ, s.139.

³⁰¹ Özmen, s.93

³⁰² Eren, s.1210; Hatemi/Gökyayla, s.360.

2.2.1.2.1. Geçerli Ceza Koşulunun Varlığı

Fahiş miktarda belirlenmiş bir ifaya eklenen ceza koşulunun indirilebilmesi için her şeyden önce geçerli şekilde kararlaştırılmış olması gerekir. Sözleşmenin geçerli olarak kurulması indirme açısından yeterli olacaktır. İfaya eklenen ceza koşulunun kendisi veya asıl borç geçersizse indirime gerek kalmayacaktır³⁰³.

İfaya eklenen ceza koşulunun indirilebilmesi için konusunun mutlaka para olması gibi bir zorunluluk yoktur. Paradan başka örneğin, kıymetli evrak mücevherat gibi ekonomik değeri haiz edimler açısından da indirme hakkı mevcuttur³⁰⁴. Zaten aksi kabul edilseydi, yani sadece para borçları açısından indirme mümkündür görüşü benimsenseydi, ifaya eklenen ceza koşulunun indirilmesine olanak sağlamamak adına para dışındaki ekonomik değeri haiz değerler örneğin kıymetli evrak ceza koşulu olarak kararlaştırılabilecekti³⁰⁵.

2.2.1.2.2. Koşulun Muaccel Olması

İfaya eklenen ceza koşulunun indirilebilmesinin bir diğer şartı, ceza koşulu alacağının muaccel olmasıdır. Ceza koşulunun muaccel olabilmesi fer'ilik ilkesi sebebiyle asıl borcun muaccel olmasına bağlıdır³⁰⁶. TBK'da ifaya eklenen ceza koşulunun indirilme zamanına ilişkin bir belirlilik olmamasına karşın ifaya eklenen ceza koşulu ancak muaccel olduktan sonra indirilebilecektir. Zira muaccel olana kadar ifaya eklenen ceza koşulu asıl borca bağlıdır ve henüz bağımsız bir edim niteliğinde değildir³⁰⁷. Kaldı ki ceza koşulu muaccel olmadan önce cezanın fahiş olduğu ve dolayısıyla indirilmesi gerektiği yönünde bir değerlendirme yapmak da mümkün olamayacaktır. TBK'nın aksine Alman

³⁰³ Eren, s.1218.

³⁰⁴ Tunçomağ, s.142.

³⁰⁵ Oğuzman/Öz, s.900; Tunçomağ, s.68.

³⁰⁶ Eren, 1210; Tunçomağ, s144; Kocaağa, s.159.

³⁰⁷ Eren, s.1211; Kılıçoğlu, s.974.

Medeni Kanunu paragraf 343'te aşırı ceza koşulunun indirilebilmesi muaccel hale gelmesine bağlanmıştır³⁰⁸.

2.2.1.2.3. Koşulun Fahiş Olması

İfaya eklenen ceza koşulunun indirilebilmesi konusunda en önemli koşul ceza koşulunun fahiş olmasıdır. İfaya eklenen ceza koşulunun fahiş olup olmadığına TBK m. 182 gereğince hâkim karar verecektir. Hâkim bu kararı verirken takdir hakkına sahiptir ancak bu takdir hakkını kullanırken tamamen keyfi davranamaz ve bazı prensiplere uyması beklenir.

Hâkim ceza koşulunun fahiş olduğuna karar verirken; *“hukuka ve hakkaniyete, asıl sözleşmenin ifa edilmesindeki menfaat ile ceza koşulu arasındaki orana, sözleşme ihlalinin ağırlığı, tarafların ekonomik durumlarına”* uygun hareket edecektir. Hâkim indirme kararını verirken alacaklının menfaatlerini ölçecek, borca aykırı davranışın ağırlığını tespit edecek, borca aykırı davranışta kusurun ağırlığını ve tarafların ekonomik durumlarını göz önünde bulunduracaktır³⁰⁹. Ancak bu karar verilirken ifaya eklenen ceza koşulunun caydırıcılık ve teminat fonksiyonlarının zedelenmemesine dikkat edilmelidir³¹⁰. Yargıtay içtihatları da hâkimin ceza koşulunu indirirken; tarafların ekonomik durumları, borçlunun kusur durumu, uğranılan zararın ağırlığı gibi hususların hakkaniyet ve nesafet kurallarına göre değerlendirilmek suretiyle bir karara varılması yönündedir³¹¹.

³⁰⁸ Alman Medeni Kanunu paragraf 343- *“If a payable penalty is disproportionately high, it may on the application of the obligor be reduced to a reasonable amount by judicial decision. In judging the appropriateness, every legitimate interest of the obligee, not merely his financial interest, must be taken into account. Once the penalty is paid, reduction is excluded.”*

³⁰⁹ **Reisoğlu**, s.459; **Oğuzman/Öz**, s.911; **Bilge**, s.122; **Tunçomağ**, s.149; **Hatemi/Gökyayla**, s.354; Yargıtay bir kararında *“Dava tarihinde yürürlükte bulunan mülga 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 161/son maddesinde, fahiş cezai şartın hâkim tarafından tenkis edilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Mahkemece, niteliği itibarıyla cezai şart olan söz konusu tazminattan Borçlar Kanunu' nun 161/son maddesi uyarınca indirimde gidilmemesi hatalıdır. 120.673,33 TL cezai şart oldukça fahiştir. Mahkemece fahiş cezai şarttan hakkaniyete uygun indirimde gidilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır...”* hükmütmüştür. ilgili karar için bknz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E. 2017/1891 K. 2017/4121 T. 16.3.2017 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 19.03.2018].

³¹⁰ **Oğuzman/Öz**, s.912; **Hatemi/Gökyayla**, s.359.

³¹¹ Yargıtayın ilamında hâkimin indirme kararı verirken dikkat etmesi gereken ilkeler *“...Bir olayda, cezai şart miktarının fahiş olup olmadığı belirlenirken;*
- *Tarafların ekonomik durumları, özel olarak borçlunun ödeme gücü,*

Hâkimin fazla gördüğü cezayı indirmekte yetkisi olmakla beraber, takdir hakkını kullanırken alacaklının hakkını kötüye kullanıp kullanmadığına ve alacaklının borçluya göre üstün bir konumda olmasından istifade ederek böyle fahiş bir ceza koşulu koyup koymadığına dikkat etmesi gerekir³¹². İfaya eklenen ceza koşulunun bağlandığı asıl borca aykırılık fahiş derecedeysen, örneğin rekabet yasağı anlaşmasına rağmen borçlu rakip firma lehine çalışıyor ve alacaklıya zarar verme niyetiyle hareket ediyor ise ceza koşulundan indirim yapılmaması adil olur³¹³.

2.2.1.2.4. Koşulun İfa Edilmemiş Olması

TBK'da aşırı ceza koşulunun indirilmesini isteme hakkı ifaya eklenen ceza koşulunun ifa edilmemiş olması şartına bağlanmamıştır³¹⁴. Bu nedenle ceza koşulu ifa edilmiş olsa dahi indirilebileceğini savunan yazarlar mevcuttur³¹⁵. Baskın görüşe göre ise, ifaya eklenen ceza koşulunun indirilmesinin talep edilebilmesi için bu koşulun ifa edilmemiş olması gereklidir³¹⁶. Cezayı ifa eden borçlu cezanın indirilmesini talep hakkını yitirecektir. Zira cezanın ifası, ceza koşulu borcunu sona erdirirken borçlunun ceza koşulunun indirilmesi talebinden

- Alacaklının, asıl borcun ifa edilmesi halinde elde edeceği yarar ile, cezai şartın ödenmesinin sağlayacağı yarar arasındaki makul ve adil ölçü,
 - Sözleşmeye aykırı davranılması yüzünden alacaklının uğradığı zarar; borçlunun borcunu yerine getirmemek suretiyle sağladığı yarar,
 - Borçlunun kusur derecesi ve borca aykırı davranışının ağırlığı,
 Ölçüt alınmalı ve sonuçta hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun bir cezai şart miktarına hükmedilmelidir. Hakimin, bu kuralı uygularken kullanacağı takdir hakkının, Yargıtay denetimine elverişli esaslara dayanması da zorunludur. Yine, fahişliğin belirlenmesinde, cezai şartın borcunu yerine getirmesi için borçlu üzerinde, hukuk düzeninin izin verdiği ruhsal bir baskı aracı olduğu da gözden kaçırılmamalı, bu baskının ortadan kaldırılmasına yol açacak biçimde indirimden kaçınılmalıdır. Yerel mahkemelerin, bu ilkeleri gözden uzak tutarak ve dayanaklarını da göstermeksizin yapacağı indirimler, Yargıtay'ın kanun gereğince yaptığı hukuka uygunluk denetiminin kapsamında, bozma nedeni oluşturur..." şeklinde belirtilmiştir. İlgili karar için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2004/9-759 K. 2005/9 T. 2.2.2005 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 19.10.2017].

³¹² Eren, s.1214; Kılıçoğlu, s.984; Birsen, s. 368-369.

³¹³ Bilge, 123.

³¹⁴ Alman Medeni Kanunu'nda ceza koşulunun ifa edilmiş olması halinde indirmenin söz konusu olmayacağı düzenlenmiştir. "...Once the penalty is paid, reduction is excluded..."

³¹⁵ Hatemi/Gökyayla s.354; Kunter, s.940.

³¹⁶ Reisoğlu, s.460; Oğuzman/Öz, s.912; Eren, s.1219; Hatemi/Gökyayla aşırı cezanın ödendikten sonra da indirilebileceğini ancak böyle bir durumda aşırılığın daha da titizlikle incelenmesi gerektiğini savunmaktadır. Hatemi/Gökyayla s.360.

vazgeçtiğini ve ayrıca cezanın borçlu açısından ödenebilir olduğunu da ispatlamış olacaktır³¹⁷.

Borçlunun ifaya eklenen ceza koşulunu icra takibi gibi zorlayıcı sebeplerle ifa etmiş olması durumunda; ihtirazi kayıt konulmuş olması halinde sonraki dönemde de aşırı ceza koşulunun indirilmesi talep edilebilmelidir³¹⁸. Yani borçlunun ihtirazi bir kayıtlı ceza koşulunu ifa ettiği durumlarda indirme hakkının devam ettiği kabul edilmelidir. Nitekim benzer bir durumu düzenleyen TBK m. 134 hükmü, aşırı ifa güçlüğü halinde borçlunun borcunu ifa etmemesi veya haklarını saklı tutarak ifa etmesi halinde uyarılama hakkının olduğunu söyler³¹⁹. Bunun dışında örneğin ifaya eklenen ceza koşulu için senet verilmesi, ödeme taahhüdünde bulunulması gibi durumlarda ceza koşulu tam anlamıyla ödenmiş sayılmayacağından indirim yapılması halen mümkün olacaktır³²⁰.

2.2.1.2.5. Borçlunun Talebi

TBK m. 182/3'te açıkça *“hâkimin aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indireceği”* düzenlenmiştir. Bu açık hüküm gereği borçlunun talebine gerek olmaksızın hâkimin önüne gelen bir davada aşırı gördüğü ifaya eklenen ceza koşulunu indirmesi beklenir. Hâkim aşırı gördüğü bir ceza kaydını borçlunun herhangi bir talebi olmaksızın res'en araştırma ve cezayı indirme yükümlülüğü altındadır³²¹. Alman Medeni Kanunu'nun 343. paragrafına göre ise aşırı ceza koşulunun indirilebilmesi borçlunun talebi üzerine gerçekleştirilir³²².

³¹⁷ Cansel/Özel, s.732; Yıldırım, s. 133; Eren, s.1219; Tunçomağ, s.156.

³¹⁸ Özmen, s.78.

³¹⁹ TBK m.138'da "... -Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır..." hükmü yer almaktadır.

³²⁰ Tunçomağ, s.156.

³²¹ Ayan, s.68; Eren, s.1210; Serozan, s.232-234; Kılıçoğlu, s.761; Tunçomağ, s.151; Nomer, s.32; İnan/Yücel, s.571; Cansel/Özel, s.732.

³²² Alman Medeni Kanunu paragraf 343- "...it may on the application of the obligor..."

Esasen mülga borçlar kanunu döneminde yazılmış eserlerde savunulmuş olmakla birlikte, 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemenin yeterince açık olmaması sebebiyle borçlunun talebinin mutlaka bulunması yönünde görüşler mevcuttu³²³. Ancak TBK m. 182/3'te geçen “*kendiliğinden*” ibaresi bu muğlaklığı gidermiştir. Bu durumda aşırı ceza koşulu borçlunun talebi olmaksızın hâkim tarafından kendiliğinden indirilecektir.

2.2.1.3. Tacirler Bakımından İndirim

2.2.1.3.1. Tacir Kavramı

Tacir olma TTK uygulamasında ayrı bir tanıma, hukuki statüye ve özellikli hak ve sorumluluklara bağlanmıştır. Bu anlamda tacir kavramının nasıl tanımlanacağı ile kapsamı büyük önem arz etmektedir. TTK'da tacir m. 12'de tanımlanmıştır. Hükümde tacirler gerçek ve tüzel kişiler açısından ayrı ayrı düzenlemiştir.

2.2.1.3.1.1. Gerçek Kişi Tacirler

Gerçek kişiler açısından tacir sıfatı “*Bir ticari işletmeyi, kısmen de olsa, kendi adına işleten kişiye tacir denir.*” şeklinde tanımlanmıştır. Burada iki unsurdan bahsedilmektedir. Birincisi bir “*ticari işletmenin bulunması*” ikincisi ise “*ticari işletmenin kısmen de olsa bu kişi adına işletiliyor*” olmasıdır. Bu iki şart dışında ticaret siciline kaydolmuş olma gibi şartlar tacir sıfatı açısından kurucu nitelikte değildir³²⁴.

Ticari işletme kavramı ise TTK m. 11'de tanımlanmıştır. Bu maddede ticari işletme “*Ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü*

³²³ **Tunçomağ**, s.136, **Hatemi/Gökyayla**, s.360; aksi yönde **Reisoğlu**, s.355.

³²⁴ **Arkan**, s.113; **Karayalçın** Yaşar, Ticaret Hukuku Dersleri, C. I, Giriş-Ticari İşletme, 2. Baskı, Ankara, 1960, s.123; **İmregün** Oğuz, Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, 1. Baskı, Yasa Yayınları, İstanbul, 1989, s.43; **Ülgen** Hüseyin, Ticari İşletme Hukuku, 1. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006, s.209; **Tamer**, s.738.

işletmedir.” şeklinde ifade edilmiştir. Bu tanıma bakıldığında ticari işletmeden bahsedebilmek için gelir sağlayıcı faaliyetlerde bulunulması, bu faaliyetlerin süreklilik arz etmesi ve başka işletmelerle bağlantısı olmaması şartlarını taşıyor olması gereklidir³²⁵. Bununla beraber işletmenin esnaf işletmesi sınırını aşması da şarttır³²⁶. Bu sınır, bakanlar kurulu kararnamesi ile belirlenmektedir.

Kanunda ticari işletme faaliyetinin sürdürülmesi şartına bir istisna getirilmektedir. Buna göre *“bir ticari işletmeyi kurup açtığını, sirküler, gazete, radyo, televizyon ve diğer ilan araçlarıyla halka bildirmiş veya işletmesini ticaret siciline tescil ettirerek durumu ilan etmiş olan kimse, fiilen işletmeye başlamamış olsa bile tacir sayılır. Bir ticari işletme açmış gibi, ister kendi adına, ister adi bir şirket veya her ne suretle olursa olsun hukuken var sayılmayan diğer bir şirket adına ortak sıfatıyla işlemlerde bulunan kimse, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olur.”* denilerek maddede belirtilen bazı hallerde

³²⁵ **Arkan**, s.31; **Ülgen**, s.150; **Helvacı M**, Ticari İşletme Hukuku, Dördüncü Baskı, İstanbul, Onki Levha Yayıncılık, 2015, s.149.

³²⁶ 2007/12362 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayicinin Ayırımına İlişkin Karar'da “ 1) 5362 sayılı *Esnaf ve Sanatkârlar Meslek Kuruluşları Kanununun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi ve 63 üncü maddesi ile 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 12 nci ve 17 nci maddelerinin uygulaması bakımından; a) Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunun tespit edeceği ve Resmî Gazete’de yayımlanacak esnaf ve sanatkâr meslek kollarına dâhil olup, ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedeni çalışmasına dayandıran ve kazancı tacir veya sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda olan, basit usulde vergilendirilenler ve işletme hesabına göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunanlardan 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 177 nci maddesinin birinci fıkrasının (1) ve (3) numaralı bentlerinde yer alan nakdi limitlerin yarısını, (2) numaralı bendinde yazılı nakdi limitin tamamını aşmayanların esnaf ve sanatkâr sayılmaları ile esnaf ve sanatkâr siciline ve dolayısıyla esnaf ve sanatkârlar odalarına kaydedilmeleri, Ancak, esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı iken, daha sonraki yıllarda yıllık alış veya satış tutarları ya da gayri safi iş hasılatı, esnaf ve sanatkâr sayılma hadlerini aşanların kendileri istemedikçe ticaret siciline ve dolayısıyla Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği bünyesindeki odalara kayıt için zorlanmaması, yıllık alış veya satış tutarları ya da gayri safi iş hasılatı esnaf ve sanatkâr sayılma hadlerinin altı katını aşanların ise kayıtlarının, esnaf ve sanatkâr sicili marifetiyle ticaret siciline aktarılması, b) 213 sayılı Vergi Usul Kanununa istinaden birinci sınıf tacir sayılan ve bilanço esasına göre defter tutanlar ile işletme hesabına göre defter tutan ve bu Kararın (a) bendinde belirtilenlerin dışında kalanların tacir ve sanayici sayılmaları ile ticaret siciline ve dolayısıyla Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinin bünyesindeki odalara kaydedilmeleri, kararlaştırılmıştır. 9Bkz. 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun, md.10, aynen; Türk Ticaret Kanunu’nun 11 inci maddesinin 2 inci fıkrasında öngörülen Bakanlar Kurulu kararı çıkarılıncaya kadar yürürlükte bulunan düzenlemeler uygulanır....10Bkz. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, md. 15, aynen; ister gezici olsun ister bir dükkânda veya bir sokağın belirli yerlerinde sabit bulunsun, ekonomik faaliyeti sermayesinden fazla bedeni çalışmasına dayanan ve geliri 11’inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca çıkarılacak kararnamede gösterilen sınırı aşmayan ve sanat veya ticaretle uğraşan kişi esnaftır. Ancak tacirlere özgü 20 ve 53’üncü maddeler ile Türk Medeni Kanununun 950’inci maddesinin ikinci fıkrası hükmü bunlara da uygulanır.” www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/07/20070721-4.htm [Erişim Tarihi: 03.02.2018].*

kişiler ticari işletme işletmiyor olsa dahi tacir sayılmıştır. Ancak tacir sayılma, tacir olmaya bağlanan haklardan yararlanma anlamına gelmeyip sadece tacir olmaya bağlanan yükümlülöklere tabi olma anlamına gelmektedir³²⁷.

Ticari işletmeyi kendi adına işletme ise, müşteri çevresiyle ilişkiye girilerek hukuki münasebetlerde ve ticari faaliyetlerde bulunulmasını ifade eder³²⁸. Bir başkası ad veya hesabına ticari işletmeyi işleten kimseler tacir sayılmazlar³²⁹.

2.2.1.3.1.2. Tüzel Kişi Tacirler

Tüzel kişiler bakımından kimlerin tacir olduğu TTK m.16'da düzenlenmiştir. Bu düzenlemede tüzel kişi tacirler *“Ticaret şirketleriyle, amacına varmak için ticari bir işletme işleten vakıflar, dernekler ve kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar da tacir sayılırlar.”* şeklinde sayılmışlardır. Bu madde uyarınca kollektif, komandit, anonim ve limited şirketleri ile kooperatifler tacir sayılmaktadırlar³³⁰.

2.2.1.3.2. Tacirler Açısından İfaya Eklenen Ceza Koşulunun İndirilmesi

2.2.1.3.2.1. Kural

³²⁷ Arkan, s.114; Karayalçın, s.119.

³²⁸ Tamer, s.740.

³²⁹ Yargıtay'ın bir kararında *“...bir ticari işletmeyi, kısmen dahi olsa, kendi adına işleten kimse tacir sayıldığından, birden fazla gerçek kişinin bir ticari işletmeyi adi ortaklık şeklinde işletmeleri durumunda da her birinin tacir sıfatını kazandıklarının kabulü gerekir...”* denilmektedir. İlgili karar için bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 24.12.2002 tarihli E.2002/7112, K. 2002/11937 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 19.10.2017].

³³⁰ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Arkan, s.117 vd.; Ülgen, s.214 vd.

Ticari hayatta borçlunun borcu anlaşılmaya uygun şekilde yerine getirebilmesini teminen ifaya eklenen ceza koşulu kayıtlarına yer verildiği sıklıkla görülmektedir. Kanun ifaya eklenen ceza koşuluna yer verilen anlaşmalarda borçlunun tacir olduğu durumlar için özel sınırlamalar getirmiştir. Bu hususta TTK m. 22’de *“Tacir sıfatını haiz borçlu, Türk Borçlar Kanununun 121 inci maddesinin ikinci fıkrasıyla 182nci maddesinin üçüncü fıkrasında ve 525 inci maddesinde yazılı hâllerde, aşırı ücret veya ceza kararlaştırılmış olduğu iddiasıyla ücret veya sözleşme cezasının indirilmesini mahkemeden isteyemez.”* şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu hüküm dolayısıyla TBK m. 182’de düzenlenen aşırı ceza koşulunun hâkim tarafından kendiliğinden indirileceğine ilişkin hüküm tacirler bakımından uygulama alanı bulamayacaktır. Tacirler açısından ceza koşulunun indirilmesi yasağının temel sebebi, *“basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümüdür”*³³¹. Tacir sıfatına sahip olanlardan kanun koyucu tarafından, yaptıkları işlemlerde öngörülü ve basiretli olması, riskleri doğru hesaplayarak dikkatli ve tutarlı davranmaları beklenmektedir.

TTK m. 22’de yer alan yasaklama, tacir sıfatına bağlanmış bir yasaklamadır. Hükmün lafzına rağmen ceza koşulunun indirilmesi tacir sıfatına değil; *“tacirin ticari iş niteliğindeki işlemlerinde”* kararlaştırılan ceza koşulunun indirilmesinin talep edilemeyeceği şeklinde kabul edilmelidir³³². Yasak tacirler açısından öngörüldüğü için TTK m. 19’da yer alan ticari iş karinesi gereği, tacir aracılığıyla ticari iş yaptığı varsayılan kimseler bakımından ifaya eklenen ceza koşulunun indirilmesi yasağının mevcudiyetinden bahsedilemeyecektir³³³.

Aşırı ceza koşulunun indirilmesi hariç, tacir sıfatını taşıyan taraflar arasında imzalansalar dahi TBK m. 179-182’de düzenlenen ceza koşulu hükümleri uygulama alanı bulur. Zira TTK m. 1’de *“Türk Ticaret Kanunu, 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun ayrılmaz bir parçasıdır.”* ve TBK m. 646’da *“Bu Kanun, 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun Beşinci Kitabı olup, onun tamamlayıcısıdır.”* düzenlemeleri yer almaktadır. Aşırı ceza koşulunun indirilmesi konusunda bir sınırlama getirilmiş olması bu sonucu

³³¹ Arkan, s.145; Tamer, s.749.

³³² Arkan, s.139; Oğuzman/Öz, s.913. Aksi görüş için bkz. Ayan, s.69; Kocağa, s.259.

³³³ Oğuzman/Öz, s.913; Tamer, s.751.

değiştirmez. Bu nedenle ceza koşuluna ait diğer düzenlemeler tacirler açısından da uygulama alanı bulur. Dolayısıyla tacir ifaya eklenen ceza koşulunun geçersizliği de dâhil olmak üzere diğer tüm def'ileri ileri sürme hakkına sahiptir.

2.2.1.3.2.2. Yargıtay Uygulaması

Doktrin ve Yargıtay kararlarında aşırı miktardaki ifaya eklenen ceza koşulunun borçlunun mahvına ve ekonomik yönden çökmesine neden olması ve bu sebeple ahlaka, ticari kişilik hakkına, hakkaniyete aykırı olması durumlarında indirilebileceği savunulmaktadır³³⁴. Yargıtay tacir açısından ceza koşulunun indirilebileceğine hükmettiği kararlarda özetle; sözleşme özgürlüğü gereği tarafların ceza koşulu miktarını belirlemede serbest olduğu ancak TBK m. 27'nin bunun sınırını oluşturduğu, ceza koşulunun belirlemede serbest olsalar dahi tarafların belirlediği ahlaka ve adaba aykırı ceza koşulu miktarlarının batıl olması gerektiği düşüncesindedir.³³⁵

Yargıtay uygulaması ile ifaya eklenen ceza koşulunun indirilmesini tacirler açısından sınırlayan hüküm bir nebze yumuşatılmış olmaktadır³³⁶. Hâkim bu durumda yapacağı indirim karar verirken TBK m. 27/1'i göz önünde bulunduracak ve lüzum görmesi halinde TBK m. 27/2 uyarınca kısmen

³³⁴ Eren, s.1217; Kılıçoğlu, s.985; Kocağa, s.261; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 359; Hatemi/Gökyayla, s.354; karşı yönde hüküm kurulan bir Yargıtay kararında "Keza, 6098 Sayılı T.B.K.nın 161. maddesine göre, hakim fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükellef ise de, hüküm yerinde hesaplanan cezai şartın ne surette fahiş olduğu açıklanmadığı gibi, 6102 Sayılı T.T.K.nın 22. maddesi uyarınca tacir olan davalının cezai şartın tenkisini istemesinin mümkün bulunmadığı gözetilmeden, cezai şarttan indirim yapılması yoluna gidilmesi de hatalı olmuştur..." denilmiştir. İlgili karar için bkz. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi E. 2013/8243 K. 2014/1011 T. 13.2.2014 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 19.10.2017].

³³⁵ Yargıtay'ın bir kararında "...B.K.'nın 161/3. maddesi hükmüne karşı olarak Ticaret Kanunu'nun 24. maddesi ile tarafların ceza miktarını serbestçe tespit edebilecekleri esası kabul edilmiştir. Ceza tutarı borçlunun taahhüdünden elde edeceği menfaate tecavüz etse bile cezanın indirilmesi düşünülemez. Ancak T.K.'nın 24. maddesi ile tacir olan şahsa ve akdine tanınmış olan bu akit serbestisi bütün akitler için sınır çekmiş olan B.K.'nın 20. maddesi ile tahdit edilmiştir. Cezai şart borçlunun iktisaden mahvını mucip olacak derecede ağır ve yüksek ise adap ve ahlaka aykırı sayılarak tamamen veya kısmen iptal edilmesi gerekir. Borçlu tacir olsa dahi böyle bir durumda ceza iptal edilebilir. Çünkü ahlak ve adaba aykırılık dolayısıyla şartın butlanı genel bir hükümdür. T.K.'nın 24. maddesi hükmünün bu genel müeyyidenin uygulanmasına engel sayılacağı düşünülmaz." denilmektedir. İlgili karar için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 1970/1053 K. 1974/222 T. 20.3.1974 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 19.10.2017].

³³⁶ Eren, s.1219; Oğuzman/Öz, s.913; benzer yönde kararlar için bkz. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 03.02.2003 tarihli ve 587 E. 1034 K., Yargıtay 15. HD 23.03.2010 tarih ve 2010/1643 K.

geçersizlik kararı verebilecektir³³⁷. Fakat hâkim ceza koşulunun indirilmesine dayanak olarak TBK m. 27 yerine ceza koşulunun indirilmesine ilişkin hükümleri de uygulayabilir

Gerçek kişi tacirin yaptığı her hukuki işlemin ticari olmamasından hareketle, özel hayatıyla ilgili işlemlerinde aşırı miktardaki ifaya eklenen ceza koşulunun indirilmesini talep hakkının olduğu kabul edilmelidir³³⁸. Yargıtay kararlarına da konu olan bazı durumlarda tacirin işveren ilişkisi içerisinde bulunduğu haller ticari bir işten çok İş Kanunu anlamında bir hizmet ilişkisi kabul edilerek ifaya eklenen ceza koşulunun indirilmesinin mümkün olduğu ifade edilmiştir³³⁹.

2.2.2. İFAYA EKLENEN CEZA KOŞULUNUN SONA ERMESİ

İfaya eklenen ceza koşulu fer'i niteliği gereği asıl borç ile beraber sona erebileceği gibi, asıl borçtan bağımsız olarak tek başına da sona erebilir. İfaya

³³⁷ Eren, s. 1142; Kılıçoğlu, s.985; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 359; Yargıtay bir kararında “...Bir akdin, taraflardan biri için iktisadi yıkım teşkil ettiği ve bu sebeple ahlak ve adaba aykırı olduğu, taraflar veya hâkimin bu husustaki subjektif görüşüne değil, doğru ve makul kimselerin vasatı görüşlerine göre tayin ve takdir edilmelidir. Bununla beraber adap ve ahlaka aykırılığın tayini bir hukuk sorunudur. Hukuk sorununun çözülmesi, mahkemeye ait bir görevdir. Bu görev yerine getirilirken, iktisadi durumun tespitinde özel bilgisi olan bilirkişiden yararlanılabilir...” denilmektedir. İlgili karar için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 1970/1053 K. 1974/222 T. 20.3.1974 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 19.10.2017].

³³⁸ Oğuzman, s. 913; Tamer, s.762.

³³⁹ Yargıtay bir kararında: “...Taraflar arasında, davacının davalı şirkette genel müdür olarak çalışması konusunda 06.04.2001 günlü ve altı yıl süreli sözleşme düzenlenmiş, 6. maddede, işverenin sözleşmeyi haksız şekilde feshetmesi halinde, İş Kanunu'ndan doğan hakların yanı sıra, sözleşme süresinin bitimine kadar geçecek süreye ait ücret, ikramiye, prim ve ferilerinin işçiye tazminat olarak ödeneceği belirtilmiştir. Davalı, 21.02.2003 tarihli yazı ile sözleşmeyi 1475 sayılı İş Kanunu'nun 13. maddesi uyarınca feshettiğini davacıya bildirmiştir.... Hukuk Genel Kurulu'ndaki görüşme sırasında; davalının anonim şirket statüsünde olması nedeniyle, Türk Ticaret Kanunu'nun 24. maddesindeki hüküm karşısında, somut olayda Borçlar Kanunu'nun 161/3. maddesi çerçevesinde cezaî şart tutarından indirim yapılmasına hukuken olanak bulunup bulunmadığı hususu da tartışılıp, değerlendirilmiştir...İşverenin, tacir statüsünde olması, iş akdindeki cezaî şart bakımından Türk Ticaret Kanunu'nun 24. maddesindeki kuralın işveren hakkında uygulanmasını gerektirmeyecektir. Yani, cezaî şart borçlusu işveren tacir de olsa, Borçlar Kanunu'nun 161/3. maddesindeki emredici hüküm uyarınca, fahiş görüldüğü takdirde cezaî şarttan re'sen indirim yapılmasının zorunludur...” denilmektedir. İlgili karar için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2.2.2005 tarihli ve 2004/9-759 E. ve 2005/9 K. ayrıca bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 15.10.1997 tarih ve 486 E. 822 K. www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 19.10.2017]

eklenen ceza koşulu muaccel oluncaya kadar asıl borcun kaderine bağlıdır ve asıl borç sona ererse onunla birlikte sona erer.

2.2.2.1. Bağımsız Bir Borç Olarak Sona Ermesi

Asıl borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse ifaya eklenen ceza koşulu asıl borçtan bağımsız bir alacağa dönüşür³⁴⁰. İfaya eklenen ceza koşulu alacağı borçlunun ifa etmesi ile sona erebilir. Yine diğer borcu sona erdiren sebeplerin varlığı, takas, ibra, alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi, yenileme halinde de ifaya eklenen ceza koşulu borcu sona erecektir³⁴¹. TBK m. 136'ya göre *“borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer.”*. Ceza koşulunun bağımsız bir alacak haline dönüşmesinden sonra imkânsızlaşması halinde borç sona erecektir. Borçlunun borcundan kurtulabilmesi için imkânsızlığın sözleşme imzalandıktan sonra meydana gelmiş olması şarttır. Eğer sözleşmenin kuruluşunda imkânsızlık mevcut ise TBK m. 27'ye göre koşul kesin hükümsüz sayılacaktır³⁴². Borcun bu şekilde sona erebilmesinin bir diğer şartı ise borçlunun imkânsızlığa kusuru ile sebebiyet vermemiş olmasıdır.

İfaya eklenen ceza koşulunun zamanaşımı süresi; buna ilişkin özel bir düzenleme olmaması ve TBK m. 146'da yer alan *“Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir.”* hükmü gereği genel süre olan 10 yıldır.

2.2.2.2. Asıl Alacağa Bağlı Olarak Sona Erme

³⁴⁰ Eren, s.1211; Kılıçoğlu, s.974; Hatemi/Gökyayla, s. 347.

³⁴¹ Tunçomağ, s.182.

³⁴² TBK m. 27: *“Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.”*

İfaya eklenen ceza koşulu henüz bağımsız bir borç niteliğinde değilken asıl borcun feri niteliğinde sayılır ve asıl borcun sona ermesi halinde diğer tüm hallerde olduğu gibi asıl borcun kaderine tabi olur ve sona erer³⁴³.

Asıl borç ehliyetsizlik imkânsızlık hukuka veya ahlaka aykırılık şekil eksikliği veya muvazaa gibi nedenlerden birinden dolayı kesin hükümsüz ise ifaya eklenen ceza koşulu da kesin hükümsüz olacaktır³⁴⁴.

Asıl borcun gabin veya irade sakatlığı halleri nedenleri ile iptale tabi olması halinde ifaya eklenen ceza koşulu bu asıl borcun iptal edilmesine kadar geçerliliğini sürdürür. Asıl borç iptal edilirse asıl borç ile birlikte ifaya eklenen ceza koşulu da geçersiz hale gelir³⁴⁵. Tersî durumunda ise, yani ifaya eklenen ceza koşulunun geçersiz olduğu durumlarda asıl borcun bu geçersizlikten etkilenmesi söz konusu olmayacaktır. Zira TBK m. 182/2 *“Ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hâle gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez.”* hükmünü haizdir. Dolayısıyla ifaya eklenen ceza koşulunun geçersizliği asıl borcu etkilemeyecektir.

Geçmişe etkili sona erme görüşüne göre asıl sözleşmeden dönülmesi halinde geçmişe dönük tüm borçlar ortadan kalkacağından ifaya eklenen ceza koşulu da sona erecek ve talep edilemeyecektir³⁴⁶. Fakat taraflar dönme halinde de ifaya eklenen ceza koşulunun talep edilebileceğini kararlaştırabilirler.

Sözleşmenin feshi sözleşme ilişkisini ileriye yönelik sonuçlar doğuracak şekilde olarak sona erdirir³⁴⁷. Ceza koşulunun fesih halinde akıbetine ilişkin olarak,

³⁴³ **Oğuzman/Öz**, s.416; **Kocaağa**, s.142; **Eren**, s.1155; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s.345; Yargıtay bir kararında *“...Borcu sona erdiren en önemli neden, tarafların kendilerine yüklenen edimleri ifa etmeleridir. Genel olarak ifa, borçlanılmış edimin yerine getirilmesi suretiyle alacaklının tatmin edilerek borcun sona erdirilmesidir. Kural, asıl borç sona erdiğinde, bu borca bağlı ferî borçların da sona ereceğidir. Bu sonuç, ek bir işleme gerek olmaksızın kendiliğinden gerçekleşir...”* denilmektedir. İlgili karar için bkz. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi E. 2015/11162 K. 2017/2163 T. 14.3.2017 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 12.03.2018].

³⁴⁴ **Nomer**, s.363, **Ayan**, s.65, **Oğuzman/Öz**, s.874.

³⁴⁵ **Kocaağa**, s.135; **Nomer**, s.363.

³⁴⁶ **Nomer**, s.363; **Oğuzman/Öz**, s.875; **Buz**, s.160 *“Serozan Sözleşmeden dönme halinde sözleşmenin geçmiş dönük ortadan kalktığını kabul etmediğinden ceza koşulu da talep edilebilecektir.”* s.612.

³⁴⁷ **Kılıçoğlu**, s.500; **Serozan**, s.121; **Eren**, s.1277.

fesih bildirimi anı esas alınmalıdır. Buna göre fesih bildiriminden önce doğmuş ifaya eklenen ceza koşulunun talep edilebilmesi gerekir³⁴⁸. Fesih bildiriminin yapılmasından sonra doğan ifaya eklenen ceza koşulu ise asıl borç ilişkisi ortadan kalkmış olduğundan talep edilemeyecektir.

Asıl borcun ifa edilmesi, imkânsız hale gelmesi, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, takas veya yenileme tabi olması, zamanaşımı³⁴⁹ sebepleriyle sona ermesi halinde ifaya eklenen ceza koşulu da sona erecektir³⁵⁰.

2.2.2.3. İfaya Eklenen Ceza Koşulunun Uygulanmasının Yasaklandığı Durumlar

Kanun koyucu bazı hukuki işlemlere ceza koşulu konulmasını yasaklamaktadır. Bu bazen açık bir yasaklamadan kaynaklanabileceği gibi, bazen de işin niteliğinden veya borçlandırıcı işlemin özelliğinden kaynaklanır. Aşağıda bu yasaklama durumlarından bahsedilecektir.

TMK m. 119'e göre evlenmeden kaçınma hali için kararlaştırılan ceza koşulu kayıtları dava edilemez³⁵¹. Kanun koyucu bu tür kayıtlardan doğan borçları eksik borç olarak kabul etmiştir. Nişanlandıktan sonra ceza koşulu ile bir tarafın nişandan cayma konusundaki özgürlüğünü sınırlamak ve böylece evlendirmeye zorlamak yürürlükte bulunan Medeni Kanun gereği eksik bir borç teşkil eder³⁵². Bu borç ifa edilirse iadesine ilişkin davalar dinlenmez.

Aile hukukuna ilişkin diğer müesseselerde de ceza koşulu kaydına yer verilmesi kişilik haklarına aykırılık teşkil edecektir. Bu nedenle evlenmeye, boşanmaya veya evlat edinmeye zorlamaya yönelik ceza koşulu kayıtları batıl sayılmalıdır³⁵³.

³⁴⁸ Kocaağa, s.143; Oğuzman/Öz, s.875.

³⁴⁹ TBK madde 152 "Asıl alacak zamanaşımına uğrayınca, ona bağlı faiz ve diğer alacaklar da zamanaşımına uğramış olur." Ceza koşulunun burada geçen "diğer alacaklar"dan olduğu kabul edilmelidir.

³⁵⁰ Tunçomağ, s.183; Kocaağa, s.142.

³⁵¹ TMK madde 119/2'de "Evlenmeden kaçınma hali için öngörülen cayma tazminatı veya ceza şartı dava edilemez; ancak yapılan ödemeler de geri istenemez." denmektedir.

³⁵² Balkaya Tuğba, Nişanlılık Hukuku Ve Nişanlılıktaki Tazminat Davaları, İstanbul, 2005, s.9.

³⁵³ İnan/Yücel, s.429; Kocaağa, s.79.

Kişilik haklarının sınırlandırılması sonucunu doğuran ceza koşulu kayıtları da geçersiz sayılacaktır. Örneğin bir dernekten çıkma halinde ceza ödeneceğine ilişkin kayıtlarda durum böyledir. Zira TMK m. 66'ya göre *“hiç kimse dernekte üye kalmaya zorlanamaz”*. Bu hükmün uygulanmasını zorlaştıran ceza koşulu kayıtları geçersizdir. Aynı durum kooperatif üyeliklerinde de söz konusudur. Kooperatifler Kanunu m. 10'a göre bir kimsenin kooperatiften çıkmayacağına ilişkin kayıtlar geçersizdir. Bu doğrultuda üyelikten çıkma halinde bir miktar cezanın ödeneceğine ilişkin hükümler geçersiz sayılacaktır.

TTK'da düzenlenen poliçe bono ve çeklerde yer alan kayıtların bir kısmı geçersiz sayılırken, bir kısmı yazılmamış sayılmaktadır. TTK m. 671'de poliçelerde yer alması gereken unsurlar sıralanmıştır. Bunlar dışında taraflarca bir kısım kayıtların konulması mümkündür. Ancak ceza koşulu kayıtları poliçede yer almasına izin verilmeyen caiz olmayan kayıt niteliğindedir³⁵⁴. Bu kayıtlar yazılmamış sayılmakta ve poliçenin geçerliliğini etkilememektedir.

3. BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA İFAYA EKLENEN CEZA KOŞULU UYGULAMALARI

³⁵⁴ **Öztan**, Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, 20. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s.487; **Kocağa**, s.79.

3.1. İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE İFAYA EKLENEN CEZA KOŞULU

3.1.1. İnşaat Sözleşmesi'nin Tanımı ve Tarafları

İnşaat sözleşmesi, “yüklenicinin bir bedel karşılığında taşınmaz bir yapı eseri meydana getirip, bunu teslim etmeyi borçlandığı tam iki tarafa borç yükleyen rızai bir sözleşmedir”³⁵⁵. İnşaat sözleşmesi, hukuki niteliği itibarıyla bir eser sözleşmesidir. TBK’da eser sözleşmesiyle ilgili maddelerde eseri teslim borcundan bahsedilmesi nedeniyle inşaat sözleşmelerinin de esaslı unsurlarının “eserin imali” ile “iş görme” olduğunu kabul etmek gerekir³⁵⁶.

İnşaat sözleşmesinin tarafları, yüklenici ve iş sahibidir. Yüklenici gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi ve özellikle anonim, limitet veya kolektif şirket şeklinde kurulmuş bir ticari ortaklık da olabilir³⁵⁷. Aynı şekilde iş sahibi de gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir.

3.1.2. İnşaat Sözleşmesi'nin Özellikleri

İnşaat sözleşmesi “karşılıklı edimleri içeren”, “tam iki tarafa borç yükleyen” ve “ivazlı” bir sözleşmedir³⁵⁸. İnşaat sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleme niteliği, müteahhidin eseri meydana getirip iş sahibine teslimi ile iş sahibinin

³⁵⁵ Eren Fikret, Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1996 s.49; Şeremet Melis, İnşaat sözleşmeleri ve “FIDIC”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 80, S. 4, s.1549-1562, 2006, s.1553 “Eser sözleşmesi taraflara hak ve borçlar yükleyen bir iş görme sözleşmesidir. Bu sözleşmede, yüklenici eseri teknik ve sanatsal kurallar ve amaca uygun olarak imal edip iş sahibine teslim etmekle, iş sahibi de eserin bedelini ödemekle yükümlüdür.” Benzer yönde bir Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 23.01.2006 T 7623/166 K. www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 19.10.2017].

³⁵⁶ Ozanoğlu, s.2; Kocaağa Köksal, İnşaat Sözleşmesi, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s.57.

³⁵⁷ Eren, İnşaat, s.50.

³⁵⁸ Öz Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin İlgili Hükümleri İle Birlikte, İstanbul, 1989, s.20; Karataş İzzet, Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Sözkesen Yayınları, 2004, s.23; Eren, İnşaat, s.51.

ücret ödeme edimlerinden meydana gelmektedir. Eser sözleşmesinin en geniş uygulama alanını oluşturan inşaat sözleşmelerinin konusunu maddi varlığa sahip eserler oluşturur³⁵⁹.

İnşaat sözleşmesinde ücret unsurunun kararlaştırılmış olması zorunludur. Müteahhit, eseri ivazsız yerine getirmeyi yüklenmişse, inşaat sözleşmesinden söz edilemez³⁶⁰. Bu sözleşmeler her ne kadar sürekli edimli bir sözleşme görünüm olsalar da ani edimli sözleşmelerdir.

3.1.3. İnşaat Sözleşmesi'nin Unsurları

3.1.3.1. İnşaa Eseri Meydana Getirme

İnşaat sözleşmesinin konusu inşaat olup, bu sözleşmenin en tipik unsuru inşaat yapma yani inşa eseri meydana getirmedir³⁶¹. İnşaat esas itibariyle yapı olarak kabul edilmekte olup, yapı kavramı İmar Kanunu m. 5'te tanımlanmıştır. Hükümde yapı *"Karada ve suda sürekli veya geçici resmi ve özel yer altı ve yer üstü inşaatı ile bunların ilave değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesislerdir."* şeklinde tanımlanmıştır. İnşaat sözleşmesinin konusu kural olarak taşınmazlar olsa da; tanımda da belirtildiği üzere, taşınmaz inşaatlara ait ilave değişiklikler ve taşınmaz inşaatın bütünleyici parçası olan taşınır inşaat işleri de inşaat sözleşmesinin konusunu oluşturabilir.

Meydana getirme çok çeşitli şekillerde olabilir. Hiç yoktan yeni bir eser oluşturma olabileceği gibi, mevcut bir inşaatta ilave veya değişiklik yapma da meydana getirme sayılır³⁶².

³⁵⁹ Kocaağa, İnşaat, 26.

³⁶⁰ Eren, İnşaat, s.52.

³⁶¹ İnşaa eseri: *"Doğrudan doğruya veya dolaylı olarak toprağa bağlı olan, insan veya havyan gibi canlıların barınmalarına veya diğer ihtiyaçlarının giderilmesine, eşya gibi cansız şeylerin saklanması veya konulmasına yarayan, etrafı veya üstü az çok kapalı, insan emeği ile sun'i olarak yapılmış veya düzenlenmiş her türlü şeydir."* Bilir Dilek, Kamu İhale Mevzuatına Tabi İnşaat Sözleşmelerinin Sona Ermesi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2010, s.11; Kocaağa, İnşaat, s.57.

³⁶² Bilir, s.11; Kocaağa, s.61 vd.

3.1.3.2. Ücret

Eser sözleşmesinden bahsedebilmek için bir ücret karşılığında eser imal etme yükümlülüğü altına girilmiş olunmalıdır³⁶³. Aksi halde eser sözleşmesinden bahsedilemez. Ücret unsuru yoksa ya bir “*vekâlet sözleşmesi*” ya da “*isimsiz bir sözleşme*” ilişkisi söz konusu olabilir. Ücretin kararlaştırılmış olması yeterli olup belirlenebilir bir miktar olması bu açıdan yeterlidir³⁶⁴. Ücret genellikle bir miktar para şeklinde kararlaştırılır³⁶⁵.

3.1.4. İnşaat Sözleşmesinde Tarafların Borçları

İnşaat sözleşmesinde taraflar, karşılıklı bir takım edimlerin yerine getirilmesi konusunda bir anlaşmaya varmaktadırlar. Bu anlaşmayla yüklenicinin; inşa eserini meydana getirme ve teslim, inşa eserini yaparken özen gösterme ve sadakat borcu bulunmaktadır³⁶⁶. Bunun karşısında iş sahibi ise, sözleşmede kararlaştırılan ve inşaat sözleşmesinin zorunlu unsuru olan ücreti ödemekle yükümlüdür.

3.1.4.1. İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicin Eseri Meydana Getirme ve Zamanında Teslim Borcu

3.1.4.1.1. Teslim Borcu

Yüklenici inşa eserini meydana getirmekle iş sahibine karşı borcunu ifa etmiş sayılmaz, imal ettiği eseri teslim etmesi de gerekir. TBK m. 470’de eser sözleşmesi tanımı içerisinde teslim borcundan bahsedilmese de yüklenicin eseri teslim borcu olduğu da kabul edilmektedir. Yüklenicin teslim borcuna karşılık

³⁶³ Öz, s. 53; Ayan, s.29; Kocaağa, İnşaat, s.63.

³⁶⁴ Eren İnşaat, s.52.

³⁶⁵ Karataş, s.23.

³⁶⁶ Ayrıntılı inceleme için Kocaağa, İnşaat, s.71 vd.

olarak ise iş sahibinin eseri fiilen teslim alma borcu vardır³⁶⁷. Eserin tesliminin yapılabilmesi için tamamlanmış olması gereklidir³⁶⁸. İnşaat sözleşmelerinde teslim zilyetliğin fiilen geçirilmesi şeklinde değil, yüklenicinin eserin açıkça veya zımnen tamamlamayı bildirmesi yoluyla gerçekleşir³⁶⁹. Taraflar sözleşme serbestisi kapsamında teslimin gerçekleşmiş sayılmasını farklı şartlara bağlayabilirler.

3.1.4.1.2. Tarafların Teslim Zamanı Kararlaştırmaması Durumu

Yüklenicinin imal ettiği inşaatı teslim zamanı sözleşmede taraflarca kararlaştırılabilir. Bununla beraber taraflar belirli bir tarihi veya bir takvim gününü göstererek de süreyi tayin edebilirler³⁷⁰.

Teslim tarihi belirlenmemişse borçlar kanunun genel hükümleri doğrultusunda bir vade belirlenecektir. TBK m. 90'da ifa zamanına ilişkin düzenleyici nitelikte bir hüküm yer almaktadır. Bahse konu madde *“ifa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur.”* hükmünü haizdir. Ancak bu hüküm inşaat sözleşmelerine uygulanabilir nitelikte değildir³⁷¹. Zira işin niteliği gereği borcun doğumu anında ortada bir inşa eseri yoktur ve bu eseri meydana getirmek hayatın olağan akışında belirli bir zaman gerektirir. Bu durumda TBK m. 90 hükmü TMK m. 2'den hareketle yapılacak bir yoruma ihtiyaç duymaktadır³⁷². Vade belirlenmeyen böyle durumlarda *“işin niteliğine”, “boyutuna”* ve diğer tüm özelliklerine bakarak *“makul bir süre”* tayin ve tespit edilir. Bu tespit yapılırken

³⁶⁷ Eren, İnşaat, s.72.

³⁶⁸ Kaplan, İbrahim: İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s.75.

³⁶⁹ Ozanoğlu, s.5; Kaplan, s.76.

³⁷⁰ Kaplan, s.78.

³⁷¹ Yargıtay bu konuda verdiği kararda *“İstisna sözleşmesi ani edimli sözleşmeler gurubunda mütalaa edilmekte ise de istisna sözleşmesinin türü olan inşaat sözleşmelerinde müteahhidin emeğe ve masrafa dayanan edim borcunun genellikle uzun bir zaman süresi içinde yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden sürekli borç ilişkilerine özgü kurallarında göz önünde tutulması gerekir. İnşaat sözleşmeleri geçici-sürekli karmaşığı bir özellik taşımaktadır. Bu açıdan işin gereği icabı BK 74 burada mutlak olarak uygulanamaz.”* Hükmetmiştir. İlgili karar için bkz. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu, 25.01.1984 T. 1983/2 Esas ve 1984/1 sayılı K. için bkz. RG. 27.02.1984, S.18325 www.resmigazete.gov.tr [Erişim Tarihi: 03.02.2018].

³⁷² Öz, s.155; Şahin Turan, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2012, s.133.

tedbirli ve deneyimli bir yüklenicinin mutat araçlarla ve çalışma şekliyle zamanında başlayıp olağan çalışma gücüyle inşa işinin ne kadar zamanda bitirebileceği esas alınmalıdır³⁷³.

3.1.5. Yüklenicinin Teslim Borcuna Aykırı Davranmasının Sonuçları ve İfaya Eklenen Ceza Koşulu Kayıtları

3.1.5.1. Genel Olarak

İnşaat sözleşmelerinde yüklenicinin işi zamanında bitirip teslimi gerçekleştirmesi iş sahibi açısından büyük önem arz eder. Bu sebeple diğer özel hukuk sözleşmelerinde olduğu gibi inşaat sözleşmelerinde de, işin zamanında teslimi konusunda bir teminat ve yüklenici üzerinde manevi bir baskı aracı olarak ceza koşulu kayıtlarına yer verilmektedir.

Bir inşaat sözleşmesinde yüklenicinin teslim borcunu gereği gibi ifa edememesi durumunda iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüde ilişkin hükümler uygulama alanı bulmaktadır³⁷⁴. Taraflar bunun yanında “*sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi*”, “*eksik ifa edilmesi*” veya “*belirlenen zaman ve yerde ifa edilmemesi*” hallerine özgü olarak ifaya eklenen ceza koşulu kaydına yer verebileceklerdir.

İnşaat sözleşmelerinde kararlaştırılan ceza koşulunun talep edilebilmesi için her şeyden önce “*geçerli bir ceza koşulu anlaşmasının*” mevcut olması, bu anlaşmayla teminat altına alınan bir “*asıl borcun varlığı*” ve ceza koşulunun talep edilmesine yol açacak koşulun, yani “*borca aykırılığın*” gerçekleşmesi zorunludur³⁷⁵.

³⁷³ Vadenin bu şekilde belirlenmesi halinde TBK m. 179/2 kapsamında borcun “*taraflarca belirlenen zamanda*” ifa edilmemesi halinin doğup doğmayacağına ilişkin açıklamalarımız için bkz. 2.1.1.1.

³⁷⁴ Kocağa Götürü Tazminat, s.150; Ozanoğlu, s.7; Kaplan, s.110.

³⁷⁵ Eren, s.1211; Ozanoğlu, s.43.

3.1.5.2. İnşaat Sözleşmelerinde Yer Alan Ceza Kayıtlarının Türünün Belirlenmesi

Bir ceza koşulunun türünün ne olduğu kanuni karinelere göre belirlenebileceği gibi taraf iradelerine dayanarak da belirlenebilir. Taraflar, sözleşme serbestisi gereği geç veya başka mahalde yapılan ifalar dışındaki borca aykırılık hallerinde hem asıl borcu hem de ceza koşulunu talep yetkisi tanıyabileceklerdir³⁷⁶. Eserin geç veya başka mahalde teslim edilmesi halinde sadece asıl borcun veya sadece cezanın talep edilebileceği yönünde de düzenleme yapılabilecektir. Taraflar arasındaki anlaşma ile ifaya eklenen ceza koşulu veya seçimlik ceza koşulu olduğu kararlaştırılan kayıtların bu niteliğini ispat külfeti ise alacaklıda olacaktır³⁷⁷.

Seçimlik ceza koşuluna ilişkin kanuni düzenleme olan TBK m. 179/1 gereğince *“ceza koşulu anlaşması asıl sözleşmeden doğan edimin tam ve gereği gibi ifasını sağlamaya yönelik olarak yapılmış ise sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça ya sözleşmenin ifasını ya da ceza koşulunu talep edebilecektir.”* Yani bir inşaat sözleşmesinde eserin sözleşmede *“belirtilen niteliklere uygun olarak teslim edilmemesi”* halinde ceza koşulunun ifa edileceği kararlaştırılmış ancak ceza koşulunun türüne ilişkin bundan başka bir belirleme yapılmamışsa, kanun gereği bu türden bir kaydın seçimlik ceza koşulu olacağı kabul edilmektedir³⁷⁸. O halde eserin sözleşmede belirtilen niteliklere uygun olmadığı gerekçesine dayanan ceza koşulu talepleri seçimlik ceza koşulu niteliğinde olacaktır³⁷⁹.

İnşaat sözleşmelerinde yüklenicinin borca uygun davranmasını temin maksadıyla ifa ile birlikte talep edilebilen ceza koşulu kayıtlarına sıklıkla yer verilmektedir. Özellikle arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde gecikmelerin yaşamasını engellemek adına ifa ile birlikte talep edilebilen ceza koşulu kayıtlarına yer verilmektedir. Bu tür kayıtların türünün belirlenmesi

³⁷⁶ Bilge, s.104; Hatemi/Gökyayla, s.356; Kılıçoğlu, s.978; Nomer, s.357

³⁷⁷ Eren, s.1213; Kocağa, s.152; Kılıçoğlu, s.979.

³⁷⁸ Eren, s.1212; Ozanoğlu, s.22.

³⁷⁹ Seçimlik Ceza Koşuluna ilişkin açıklamalar için bkz. 1.3.2.1.

noktasında “ceza koşulunun miktarı”, “sözleşmede kullanılan ifadeler”, “sözleşmenin niteliği”, “ceza koşulunun sözleşmenin belirli yer ve zamanda ifası için kararlaştırılmış olması”, “ceza koşulunun amacı” yol göstericidir³⁸⁰. Bu anlamda örneğin yüksek ceza koşulu kayıtları veya gecikilen her gün için iş sahibinin yükleniciden belirli bir miktar para talep edebilme imkânı veren ceza koşulu kayıtları ifaya eklenen ceza koşulu kaydı niteliğindedir.

İnşaat sözleşmelerinde yukarıda da açıklandığı üzere seçimlik ceza koşulu kararlaştırılabileceği gibi, uygulamada sıklıkla görülen ifaya eklenen ceza koşulu da kararlaştırılmış olabilir. Bu kısımdaki açıklamalar, bir inşaat sözleşmesinde yer alan ceza koşulu kaydının TBK m. 179/2 gereği veya taraf iradeleriyle ifaya eklenen olarak belirlenmesine yönelik olarak yapılacaktır.

3.1.5.3. Kira Kaybı Tazminatı İfaya Eklenen Ceza Koşulu İlişkisi ve Yargıtay Uygulamaları

Yüklenicinin inşaatı sözleşmede belirlenen zamanda veya belirlenen şartlarda teslim edememesi halinde, iş sahibinin yükleniciden aynen ifa ile beraber gecikme tazminatı talep etmesi mümkündür. TBK m. 118’de “*Temerrüde düşen borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmedikçe, borcun geç ifasından dolayı alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür.*” hükmü yer almaktadır. Gecikme tazminatı, eserin sözleşmede kararlaştırılan teslim tarihi ile fiilen teslim tarihleri arasındaki dönem için talep edilebilecek farazi bir hesaba dayalı mahrum kalınan kaybı ifade eder³⁸¹. Sözleşmeye aykırılıktan dolayı yükleniciden talep edilecek olan gecikme tazminatı hukuki niteliği açısından “*müspet zararın*” sınırlı bir tipidir³⁸². Zarar hesaplanırken fiili zararlar yoksun kalınan kar arasındaki fark hesaplanacaktır.

Kira kaybı tazminatı uygulamada inşaat sözleşmelerinde geç teslim halinde inşa eserinin kiraya verilememesi veya iş sahibinin kirada kalması sebebiyle zarara

³⁸⁰ Tunçomağ, s.47; Ozanoğlu, s.37.

³⁸¹ Kılıçoğlu, s.972; Nomer, s.365.

³⁸² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 925.

uğrayan iş sahibinin bu zararının giderilmesi amacıyla kararlaştırılmaktadır. Bu açıdan kira kaybı tazminatı hukuki niteliği itibarıyla bir gecikme tazminatıdır. Kira kaybı tazminatı ile taraflar eserin geç teslimi sebebiyle ileride oluşacak gecikmelerden doğacak zararları önceden götürü olarak belirlemiş olmaktadır. Zaten götürü tazminat da, tarafların aralarında akdettikleri bir sözleşmede ileride doğabilecek ve tazmin edilmesi gereken zararları önceden karşılıklı irade beyanlarıyla belirlemeleri ve bu sayede ileride doğabilecek ihtilafları gidermeyi amaçladıkları bir tazminat türüdür³⁸³. Taraflar önceden yapacakları anlaşmayla ileride doğabilecek zararları “*makul bir tahmin*” ile sınırlı olarak belirlemeye çalışmaktadırlar³⁸⁴. Sözleşmede kira kaybı tazminatına ilişkin düzenleme bulunmasa dahi iş sahibi genel hükümler uyarınca bu tazminatı talep edebilir³⁸⁵.

Yargıtay kararlarında kira kaybı tazminatı bir çeşit götürü tazminat olarak değerlendirilmektedir³⁸⁶. Kira kaybı tazminatı, TBK m. 179’da düzenlenen ceza türlerinden olmayıp tazminat niteliğini taşımaktadır ve bu sebeple zararı aşamaz³⁸⁷. Tazminat iş sahibinin zenginleşmesine neden olmamalıdır. Zira tazminatın talep edilebilmesi için zararın doğduğunun ispat edilmesi gerekirken, ifaya eklenen ceza koşulunun talep edilebilmesi için zararın varlığı dahi aranmaz³⁸⁸. Yine ifaya eklenen ceza koşulu kayıtlarında, saklı tutma beyanında bulunmaması hâlinde alacaklının ceza koşulunu talep hakkı kaybolurken kira

³⁸³ **Erdem Mehmet**, Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi, Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009, s.98; **Wuyts**, s.141; **Kocaağa**, s.52.

³⁸⁴ **Bell/Manly**, s. 396.

³⁸⁵ Yargıtay kararında bu husus “sözleşmede yazılı olmasa bile kira tazminatı talebinde bulunabilir.” şeklinde kararlaştırılmaktadır. İlgili karar için bkz. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi E. 2016/8825 K. 2017/2964 T. 30.10.2017 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 26.03.2018].

³⁸⁶ Bu yönde verilmiş kararlar için bkz. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, E.1980/960, K.1980/959, T.11.4.1980; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, E.1986/861, K.1986/3147, T.06.10.1986; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E.1997/10061, K.1997/10663, T.22.12.1997; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, E.2003/6165, K.2004/3813, T.08.7.2004; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, E.2003/4480, K.2004/1811, T.31.3.2004. www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 12.10.2017]

³⁸⁷ **Ozanoğlu**, s.24; Bu yönde verilen bir Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi E. 2016/823 K. 2017/2914 T. 26.10.2017 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 12.10.2017].

³⁸⁸ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.358; **Tunçomağ**, s.120; **Bilge**, s.119; **Ozanoğlu**, s.42; İfaya eklenen ceza koşulunun talep edilebilmesine ilişkin olarak zarar şartı hakkındaki açıklamalar için bkz. 2.3.2.

kaybı tazminatının talep edilebilmesi konusunda bu türden bir beyana ihtiyaç duyulmayacaktır³⁸⁹.

Sözleşmeye konulan bir kaydın ifaya eklenen ceza koşulu mu, yoksa kira kaybı tazminatı mı olduğu belirlenirken tarafların sözleşmede öngördükleri nitelendirme belirleyici olarak kabul edilemez³⁹⁰. Yargıtay, sözleşmede belirlenen sürelerle uymayan yüklenicilerin, belirli bir miktar para ödemesine ilişkin hükümleri, bazı kararlarında ifaya eklenen ceza koşulu³⁹¹, bazılarında ise götürü tazminat olarak nitelendirmiştir³⁹². Yargıtay bir kararında taraflar arasında imzalanan bir inşaat sözleşmesinde gecikilen her gün için 1000 dolar gecikme cezası ödeneceğine dair hüküm bulunmasına rağmen, bu sözleşme hükmünü bir kira kaybı tazminatı olarak nitelendirmiş ve yerel mahkemece verilen tenkis kararını hatalı olarak bozmuştur³⁹³. Her ne kadar sözleşmede yer alan bu tür kayıtlara ilişkin taraflarca yapılan nitelendirme tek başına yeterli kabul edilmese de; somut uyuşmazlıkta olduğu gibi taraflarca açıkça gecikme cezası olarak nitelendirilmiş bir kaydın taraf iradelerine müdahale edilerek kira kaybı tazminatı olarak kabul edilmesi hatalı olmuştur.

Yine bir Yargıtay kararında hem ifaya eklenen ceza koşulunun hem de kira kaybı tazminatının düzenlendiği bir inşaat sözleşmesi için; açıkça her iki tazminatın da talep edilebileceği kararlaştırılmadıkça zararın ceza miktarını aşmaması halinde yalnızca ceza koşulunun ödenmesine hükmedilebileceğine

³⁸⁹ Yargıtay bir kararında, taraflar arasında imzalanmış bir inşaat sözleşmesinde yer alan “*bu tarihte teslim edilmemesi halinde her bir bağımsız bölüm için 200,00 USD ödenmesi*” şeklindeki hükmü kira tazminatı olarak kabul etmiş ve davalı vekilinin kaydın ifaya eklenen ceza koşulu olmasına rağmen saklı tutma beyanında bulunulmadığına yönelik itirazlarını reddetmiştir. İlgili karar için bknz. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi E. 2015/4815 K. 2017/2393 T. 27.9.2017 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 16.03.2018].

³⁹⁰ Ozanoğlu, s.24.

³⁹¹ İfaya eklenen ceza koşulu olarak nitelendirilen karar için bknz. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi E.2016/2412 K. 2016/3392 T. 2.6.2016; benzer yönde Yargıtay 23. Hukuk Dairesi E. 2014/4110 K. 2014/6535 T. 22.10.2014 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 26.10.2017].

³⁹² Kira kaybı tazminatı olarak nitelendirdiği karar için bknz. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi E. 2016/823 K. 2017/2914 T. 26.10.2017; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, E.2011/515, K.2011/7200, T.6.12.2011; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, E.2014/5423, K.2014/6515, T.22.10.2014. www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 26.10.2017].

³⁹³ İlgili karar için bknz. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi E. 2016/823 K. 2017/2914 T. 26.10.2017 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 16.03.2018].

karar verilmiştir³⁹⁴. Yargıtay bu kararda ceza koşulunu aşan bir zararın varlığı halinde, buna ilişkin hükümlerin saklı olduğuna hükmetmiştir. Ceza koşulunun bir tazminat türü olan kira kaybı tazminatına kıyasla alacaklı lehine olması, alacaklının bir zarara uğradığını ve zararı ispat etme yükümlülüğü olmaması sebebiyle Yargıtay tarafından ceza koşuluna öncelik verilmesi isabetli olmuştur.

3.1.5.4. İnşaat Sözleşmelerinde Kararlaştırılan İfaya Eklenen Ceza Koşulunun Hükümleri

3.1.5.4.1. Kusur ve Zararla İlişkisi

3.1.5.4.1.1. Kusurla İlişkisi

İş sahibinin, ifaya eklenen ceza koşulunu isteyebilmesi için müteahhitin sözleşmenin “*zamanında ifa edilmemesinde*” ya da “*kötü ifa edilmesinde*” kusurunun aranıp aranmayacağı hususu tartışmalı bir konudur. Yüklenicinin inşa eseri meydana getirme ve bu eseri iş sahibine teslim yükümlülüğüne uymaması halinde oluşan borca aykırılık halinde yüklenicinin kusuru aranmamalıdır³⁹⁵. İş sahibinin, ceza koşulunu isteyebilmesi için yüklenicinin inşaat sözleşmesinin “*ifa edilmemesinde*” ya da “*kötü ifa edilmesinde*” kusurlu olup olmamasının bir önemi yoktur³⁹⁶.

3.1.5.4.1.2. Zararla İlişkisi

³⁹⁴ İlgili Yargıtay Kararı için bkz. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi E.2016/2412 K. 2016/3392 T. 2.6.2016; benzer yönde diğer kararlar için bkz. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi E. 2015/936 K. 2016/4530 T. 13.10.2016, Yargıtay 23. Hukuk Dairesi E. 2016/8825 K. 2017/2964 T. 30.10.2017, Yargıtay 23. Hukuk Dairesi E. 2015/936 K. 2016/4530 T. 13.10.2016 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 16.03.2018].

³⁹⁵ Konuya ilişkin doktrinde yer alan görüşler ve diğer açıklamalar için bkz. 2.1.2.1.

³⁹⁶ Cansel/Özel, s.717; Eren, 1210.

Kural olarak borca aykırı davranması halinde yüklenici, bu sebeple iş sahibinin uğramış olduğu zararları tazminle yükümlüdür³⁹⁷. İfaya eklenen ceza koşulunda ise iş sahibi zararı ispatla yükümlü olmadığı gibi borca aykırı davranış sebebiyle hiçbir zarar doğmasa dahi ceza koşulunu talep edebilme hakkına sahiptir. Bu husus TBK m. 180/1'de *“Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir.”* şeklinde düzenlenmiştir. Hüküm gereğince iş sahibinin eserin zamanında teslim edilmemesi veya diğer bir borca aykırı davranış nedeniyle ceza koşulu talebinde bulunabilmesi için zarara uğraması şartı aranmaz. Zararın oluşması ancak aşan zararların tazmini açısından önem taşır³⁹⁸. İş sahibinin uğradığı zararın derecesine bakılmaksızın ve hatta hiçbir zararın oluşmaması ihtimalinde dahi müteahhitin ceza koşulunu ifa yükümlülüğü devam eder³⁹⁹.

3.1.5.4.2. Talep Edilmesi İçin Gerekli Şartlar

3.1.5.4.2.1. Eserin Sözleşmede Kararlaştırılan İhlal Sebebiyle Teslim Edilememesi

İnşaat sözleşmesinin konusu inşaat olup, bu sözleşmenin en tipik unsuru inşaat yapma yani inşa eseri meydana getirme unsurudur⁴⁰⁰. İnşaat sözleşmesinde taraflar, karşılıklı edimlerin yerine getirilmesi konusunda bir anlaşmaya varmaktadırlar. Bu anlaşmada yüklenicinin; inşa eserini meydana getirme ve teslim borcu bulunmaktadır⁴⁰¹. Taraflar özellikle işin zamanında teslimi konusunda bir teminat ve yüklenici üzerinde manevi bir baskı aracı olarak ceza koşulu kayıtlarına yer vermektedir. Ancak zamanında teslimden başka ihlaller açısından da ifaya eklenen ceza koşulu kararlaştırılabilir. İfaya eklenen ceza

³⁹⁷ TBK m. 112: *“Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.”*

³⁹⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s.358; Tunçomağ, s.120; Bilge, s.119; Ozanoğlu, s.42.

³⁹⁹ Oğuzman/Öz, s.910; konuya ilişkin açıklamalar için bkz. 2.3.2.

⁴⁰⁰ İnşa eseri: *“Doğrudan doğruya veya dolaylı olarak toprağa bağlı olan, insan veya hayvan gibi canlıların barınmalarına veya diğer ihtiyaçlarının giderilmesine, eşya gibi cansız şeylerin saklanması veya konulmasına yarayan, etrafı veya üstü az çok kapalı, insan emeği ile sun’i olarak yapılmış veya düzenlenmiş her türlü şeydir.”* Bilir, s.11; Kocaağa, s.57.

⁴⁰¹ Ayrıntılı inceleme için Kocaağa, s.71 vd.

koşulunun talep edilebilmesi için sözleşmede kararlaştırılan bu ihlalin gerçekleşmesi şarttır. Uygulamada genellikle bu ihlal hali eserin zamanında teslim edilmemesi olarak görülmektedir. Eserin gerekli sürede teslim edilmemesi halinde her gün, ay veya yıl için bir miktar paranın ödenmesine ilişkin kayıtlarda durum böyledir.

3.1.5.4.2.2. İş Sahibinin Hakkından Açıkça Feragat Etmemesi

Alacaklı konumunda bulunan iş sahibinin hem asıl borç olan eseri hem cezayı talep edebilmesi, hakkından açıkça feragat etmemesine bağlıdır⁴⁰². Bu husus TBK m. 179/2’de “*Ceza borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir.*” şeklinde düzenlenmektedir. Belirtmek gerekir ki iş sahibinin “*hakkından açıkça feragat etmesi*” veya “*ifayı çekincesiz kabul etmesi*” hallerinde ceza koşulu talebi sadece ifanın belirlenen yer veya zamanda ifa edilmemesine özgü olmayıp, diğer borca aykırılık hallerinde ifaya eklenen ceza koşulu kararlaştırılması halinde de aynı şartlar aranacaktır⁴⁰³.

İş sahibinin ifaya eklenen ceza koşulu isteme hakkından feragat etmesi halinde artık ceza koşulu talebi sona ermiş olacaktır⁴⁰⁴. Talep hakkı kanun gereği kesin olarak sona ermektedir⁴⁰⁵.

İfaya eklenen ceza koşulunu talep hakkından feragat etme tek taraflı bir hukuki işlem olup iş sahibi tarafından kullanılabilir. Hakkın kullanımının hüküm ifade edebilmesi feragat beyanının müteahhide ulaşmasına bağlıdır⁴⁰⁶. Feragat etme hakkı niteliği itibarıyla bir yenilik doğurucu haktır⁴⁰⁷. Bir kere kullanılmakla tükenir. Bu hak kullanıldıktan sonra geri alınamayacaktır. Bu nedenle ceza

⁴⁰² Kılıçoğlu, s.988; İnan/Yücel, s.576; Tunçomağ, s.114; Hatemi/Gökyayla s. 355.

⁴⁰³ Tunçomağ, s.113.

⁴⁰⁴ Günay, s.224; Aydemir, s.178.

⁴⁰⁵ Aydemir, s.178 “...Öngörülen cezadan vazgeçme, anılan hakkı ortadan kaldırır...”

⁴⁰⁶ Günay, s.224; Tunçomağ, s.114; Kocağa, s.198.

⁴⁰⁷ Buz, Yenilik Doğuran Haklar, s. 192; Eren, s. 60; Günay, s.78; Demirbaş, s.67 vd.

koşulunu talep hakkından açıkça feragat eden iş sahibi, vazgeçmeden dönerek yeniden ceza talebinde bulunamayacaktır⁴⁰⁸.

İfaya eklenen ceza koşulunu talep hakkından feragatin TBK m. 179/2'deki hüküm gereği açıkça yapılması gereklidir. Bu husus maddede yer alan “*açıkça feragat etmiş olmadıkça*” ifadesinden de anlaşılmaktadır. Aynı maddenin devamında yer alan “*ifayı çekincesiz kabul etmeme*” ifadesi, ceza koşulu talebinden zımnen feragat anlamına geldiği kabul edilmektedir⁴⁰⁹. İş sahibinin ifaya eklenen ceza koşulunu talep hakkından feragat ettiğini ispat yükü yükleniciye aittir.

3.1.5.4.2.3. İş Sahibinin İfayı Çekincesiz Kabul Etmemesi

İş sahibinin ifayla birlikte ceza koşulunu talep edebilmesi ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmama şartına bağlıdır. Bu durum iş sahibinin ceza koşulundan zımnen vazgeçmesi olarak nitelendirilmektedir.

İş sahibinin ceza koşulundan zımni olarak feragat ettiğinin kabul edilebilmesi için; sözleşmeye uygun olmayan ifanın varlığı, bu ifanın iş sahibi tarafından kabul edilmesi ve bu kabul esnasında ceza koşulunu talep hakkının saklı tutulmamış olması gerekir. Bu şartların oluşması halinde iş sahibinin ifa ile beraber ceza koşulunu talep edebilme hakkı düşecektir. Ceza koşulu borcu, kanun gereği kesin olarak sona ermiş olacaktır.

İfaya eklenen ceza koşulunu talep hakkını saklı tutma beyanı kural olarak herhangi bir şekil şartına tabi değildir⁴¹⁰. Saklı tutma beyanının açık olarak

⁴⁰⁸ Aydemir, s.179.

⁴⁰⁹ Zımnen feragat olarak kabul edildiğine ilişkin bir Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 18.2.1993 T. 1993/221 E. 1993/1322 K. Benzer yönde Yargıtay 23. Hukuk Dairesi E. 2016/8825 K. 2017/2964 T. 30.10.2017 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 11.02.2018]; ayrıca bkz. Kocaağa, s.198.

⁴¹⁰ Bilge, s.105; Kılıçoğlu, s.988; Hatemi/Gökyayla, s.354; Oğuzman/Öz, s.141; Tunçomağ, s.107; Eren, s.327; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop s.110; Kavak, s.3.

yapılması gerekir⁴¹¹. Saklı tutma beyanının yapıldığını ispat yükü alacaklıdadır⁴¹².

İş sahibinin kısmi ifayı kabulü sırasında saklı tutma beyanında bulunmaması halinde sadece ifa edilen kısma ait ceza koşulu talep hakkı düşer⁴¹³. Kalan edimlerin her biri için saklı tutma beyanı yapılması durumunda ceza koşulu talebi sona ermeyecektir.

Kural olarak ceza koşulunu saklı tutma beyanının ifayı kabul anında yapılması gerekir. Fakat bazı durumlarda kabulden sonra yapılan saklı tutma beyanı da geçerli olarak yapılmış sayılabilir. Örneğin ifanın iş sahibi yerine onun ifa yardımcısına yapılması halinde, kabulden sonra saklı tutma beyanında bulunulabilmelidir⁴¹⁴. Benzeri durumlar haricinde saklı tutma beyanının kabul sırasında veya en geç ifayı kabulden hemen sonra yapılması şarttır⁴¹⁵.

İş sahibinin beyan hakkını zamanında kullanmaması halinde ceza koşulunu talep hakkı düşecektir. Fakat bu durum iş sahibinin, genel hükümler çerçevesinde her türlü tazminat hakkı ile seçimlik haklarına halel getirmeyecektir⁴¹⁶. Taraflar inşaat sözleşmesinde ceza koşulunun talep edilebilmesi için ihtirazi kayıt konulmasına gerek olmadığı yönünde de düzenleme yapabilirler⁴¹⁷.

3.1.5.4.3. İfaya Eklenen Ceza Koşulunun İndirilmesi

⁴¹¹ **Günay**, s.226.

⁴¹² Yargıtay bir kararında “*Somut uyuşmazlıkta ise, arsa sahibinin bağımsız bölümlerinin dava tarihinden önceki tarihte teslim aldığı saptanmış, ancak teslim sırasında ihtirazi kayıt ileri sürüldüğü kanıtlanamamıştır. Bu itibarla, cezai şart isteminin anılan gerekçeyle reddi gerekirken...*” hükmetmiştir. Kararda bir inşaat sözleşmesinde kararlaştırılan ceza koşulu ifaya eklenen ceza koşulu olarak kabul edilerek ihtirazi kayıt koymaksızın kabul yapıldığının ispatı isabetli şekilde alacaklı konumunda bulunan iş sahibine yüklenmiştir. İlgili karar için bkz. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi E. 2014/4110 K. 2014/6535 T. 22.10.2014; benzer yönde bir diğer karar için bkz. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E. 2017/1675 K. 2017/4546 T. 21.12.2017 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 11.02.2018].

⁴¹³ **Tunçomağ**, s.118; **Kocaağa**, s.203.

⁴¹⁴ **Kocaağa**, s.201.

⁴¹⁵ **Oğuzman/Öz**, s.907; **Bilge**, s.105; **Tunçomağ**, s.118; **Aydemir**, s.180.

⁴¹⁶ **Bilge**, s.105.

⁴¹⁷ Yargıtay da bir kararında “*...Sözleşmede cezai şartı talep edebilmek için teslimde ihtirazi kayıt konulmasına gerek olmadığına dair bir düzenleme bulunmadığı...*” hükmetmiştir. İlgili karar için bkz. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E. 2017/1675 K. 2017/4546 T. 21.12.2017 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 16.03.2018].

İnşaat sözleşmelerinde ifaya eklenen ceza koşulunun indirilebilmesi için ceza koşulunun fahiş olması gerekir. İfaya eklenen ceza koşulunun fahiş olup olmadığına TBK m. 182 gereğince hâkim karar verecektir. Hâkim ceza koşulunun fahiş olduğuna karar verirken; *“hukuka ve hakkaniyete, asıl sözleşmenin ifa edilmesindeki menfaat ile ceza koşulu arasındaki orana, sözleşme ihlalinin ağırlığı, tarafların ekonomik durumlarına”* uygun bir karar vermelidir. Hâkim indirme kararını verirken iş sahibinin menfaatlerini ölçecek, borca aykırı davranışın ağırlığını tespit edecek, borca aykırı davranışta kusurun ağırlığını ve tarafların ekonomik durumlarını göz önünde bulunduracaktır⁴¹⁸. Örneğin Yargıtay bir kararında taraflar arasında imzalanan inşaat sözleşmesinde yer alan 10.000,00 TL’lik cezayı fahiş bulup indirilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁴¹⁹. Bir başka hukuki ilişkide bahse konu ceza miktarı fahiş sayılmayabilecekken, bu uyuşmazlıkta hakkaniyete, tarafların ekonomik durumuna yönelik yapılan değerlendirme neticesinde fahiş sayılmıştır.

İfaya eklenen ceza koşulunun indirilebilmesinin bir diğer şartı, ceza koşulu alacağının muaccel olmasıdır⁴²⁰. Ceza koşulunun asıl borca bağlı olması yani fer’i niteliği sebebiyle ceza koşulunun muaccel olabilmesi asıl borcun muaccel olmasına bağlıdır⁴²¹.

İnşaat sözleşmelerinde, ceza koşulu ödeneceği kararlaştırılan borca aykırılığın gerçekleşmesiyle ceza koşulu muaccel olacak ve indirilmesi bu andan sonra talep edilebilecektir. Müteahhidin ceza koşulunun indirilmesini talep edebilmesi için ifaya eklenen ceza koşulunu yerine getirmemesi gerekir. Bununla birlikte müteahhitin indirme talebinde bulunması da gerekir.

⁴¹⁸ **Reisoğlu**, s.459; **Oğuzman**, s.911; **Bilge**, s.122; **Tunçomağ**, s.149; Yargıtay bir kararında *“Dava tarihinde yürürlükte bulunan mülga 818 Sayılı Borçlar Kanunu’nun 161/son maddesinde, fahiş cezai şartın hâkim tarafından tenkis edilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Mahkemece, niteliği itibarıyla cezai şart olan söz konusu tazminattan Borçlar Kanunu’ nun 161/son maddesi uyarınca indirime gidilmemesi hatalıdır. 120.673,33 TL cezai şart oldukça fahiştir. Mahkemece fahiş cezai şarttan hakkaniyete uygun indirime gidilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır...”* hükmetmiştir. İlgili karar için bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E. 2017/1891 K. 2017/4121 T. 16.3.2017 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 26.10.2017].

⁴¹⁹ İlgili karar için bkz. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi E. 2015/6301 K. 2016/4649 T. 20.10.2016 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 26.10.2017].

⁴²⁰ İfaya eklenen ceza koşulunun ne zaman muaccel olacağına ilişkin açıklamalar için bkz. 2.1.1.1.

⁴²¹ **Eren**, 1210; **Tunçomağ**, s144; **Kocaağa**, s.159.

İnşaat sözleşmesinde müteahhidin veya iş sahibinin tacir sayılan kimselerden olması durumunda bu kişiler, TTK m. 22’de yer alan *“Tacir sıfatını haiz borçlu, Türk Borçlar Kanununun 121 inci maddesinin ikinci fıkrasıyla 182nci maddesinin üçüncü fıkrasında ve 525 inci maddesinde yazılı hâllerde, aşırı ücret veya ceza kararlaştırılmış olduğu iddiasıyla ücret veya sözleşme cezasının indirilmesini mahkemeden isteyemez.”* hükmü gereği ceza koşulunun indirilmesi talebinde bulunamayacaktır. Ancak yukarıda değinilen ve doktrin ve Yargıtay uygulamaları ile kabul gören görüşe göre ceza koşulunun tacir sıfatını haiz bayinin mahvına, ekonomik yönden çöküşüne sebep olacaksa indirilmesi söz konusu olabilir⁴²².

3.1.5.4.4. Aşan Zararların Talep Edilebilmesi

İnşaat sözleşmelerinde iş sahibi ceza miktarını aşan zararlarının tazminini talep edebilir. TBK m. 180/2’de *“Alacaklının uğradığı zarar kararlaştırılan ceza tutarını aşıyorsa alacaklı, borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmedikçe aşan miktarı isteyemez”* düzenlemesi yer almaktadır. Buna göre iş sahibi sözleşmede belirlenen borca aykırılık sebebiyle ceza koşulu miktarından daha fazla bir zarara uğradığı iddiasında ise müteahhidin kusurunu ispat ederek aşan zararını talep edebilir⁴²³. Yargıtay kararlarında da inşaat sözleşmelerinde kararlaştırılan aşırı ceza koşulunun hâkim tarafından tenkise tabi tutulması gerektiği kabul edilmektedir⁴²⁴.

İş sahibinin bu durumda ceza miktarını aşan fazla zararın tazminini isteyebilmek için müteahhidin kusuru ile beraber uğramış olduğu aşkın zararı da ispat etmesi gerekecektir⁴²⁵. Dolayısıyla iş sahibi, ceza koşulunda belirlenen miktarı aşan

⁴²² Tacir sayılan kişilerin cezanın indirilmesini talep hakkına ilişkin olarak yapılan açıklamalar için bkz. 2.2.1.3.

⁴²³ **Kocaağa**, s.209. **Koçhisarlıoğlu**, s.175; **Nomer**, s.197.

⁴²⁴ Bu yönde verilmiş kararlar için bkz. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi E. 2015/936 K. 2016/4530 T. 13.10.2016; Yargıtay 23. Hukuk Dairesi E. 2016/8825 K. 2017/2964 T. 30.10.2017 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 16.03.2018].

⁴²⁵ **Eren**, s.1211; **Kılıçoğlu**, s.982; **Nomer**, s.369; **İnan/Yücel**, s.570; **Tekinay/Akman/Burcuolu/Altop**, s.359; **Oğuzman/Öz**, s.882; **Kocaağa**, s.211; **Altaş**, s.123; **Yıldırım**, s.118; ayrıca bkz. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi E. 2014/9526 K. 2016/1901 T. 28.3.2016 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 26.10.2017].

zararları tazmini için kusur, zarar, illiyet bağı unsurlarının varlığını ispat etmekle yükümlü olacaktır.

3.2. AKARYAKIT BAYİİLİK SÖZLEŞMELERİNDE İFAYA EKLENEN CEZA KOŞULU

3.2.1. Akaryakıt Bayilik Sözleşmeleri

3.2.1.1. Genel Olarak

Bayilik; *“karşılıklı yükümlülüklerin, ekinde fizibilite olan bir sözleşmeye bağlanarak akaryakıt dağıtım şirketleri tarafından gerçek ve tüzel kişilere akaryakıtın kullanıcılara ikmal yetkisi verilmesi işlemi”* ifade eder. 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu’nda yer alan bu tanımdan hareketle bayilik sözleşmelerinin taraflarının akaryakıt dağıtım şirketleri ile bayiiler olduğu görülmektedir. Akaryakıt dağıtım şirketleri; *“akaryakıt dağıtım yetkisi olan ve lisansına işlenmesi halinde depolama, taşıma, ihrakiye ve madeni yağ üretimi işlemleri yapabilen sermaye şirketleridir.”* Bayiiler ise; *“bayilik faaliyeti için gerekli donanımına sahip gerçek ve tüzel kişiler”* olabilir.

Akaryakıt bayilik sözleşmesinin tarafları, ekinde *“fizibilite raporu”* olan bir sözleşmeyle karşılıklı yükümlülük altına girmektedirler. Fizibilite raporları; *“Enerji Piyasası Düzenleme Kurumuna verilmesi gerekli olmayan fakat bayilik sözleşmesi ekinde yer alan ve yapılacak yatırımların analizini içeren raporu”* ifade etmektedir.

5015 sayılı Kanun’dan hareketle akaryakıt bayilik sözleşmelerinin (i) karşılıklı yükümlülükler doğuran (ii) bayilere akaryakıt ikmal yetkisi veren (iii) ekinde fizibilite raporu olan sözleşmeler olduğu görülmektedir⁴²⁶.

⁴²⁶ **Kayıkçı** Mehmet Suat, Akaryakıt Bayilik Sözleşmelerinde Asgari Satış Taahhütleri ve Cezai Şart, LBF Partners s.1.

5015 sayılı Kanun m. 7’de dağıtıcılara, m. 8.’de ise bayilere rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmiştir. Akaryakıt ürünlerinin dağıtımına ilişkin esasları düzenleyen m. 7’de *“Dağıtıcı lisansı sahipleri, akaryakıt olarak tanımlanan ürünlerin dağıtım hakkına sahip olur. Dağıtıcı lisansı sahipleri, kendi mülkiyetlerindeki veya sözleşmelerle oluşturacakları bayilerinin istasyonlarına akaryakıt dağıtımının yanı sıra, serbest kullanıcılara akaryakıt toptan satışı ve depolama tesislerinin yakınındaki tesislere boru hatları ile taşıma faaliyetlerinde bulunabilir. Dağıtıcılar başka akaryakıt dağıtıcılarının bayilerine dağıtım yapamazlar.”* denilmiştir. İlgili kanun m. 8/1 ise *“bayiler lisansının devamı süresince bayisi olduğu dağıtıcı haricinde diğer dağıtıcı ve onların bayilerinden akaryakıt ikmali yapmama ile yükümlüdür.”* hükmünü haizdir. Burada *“tek elden satın alma”* niteliğinde olan bir sözleşme ve kanun kaynaklı bir rekabet yasağı söz konusudur⁴²⁷. Tek elden satın alma sözleşmeleri atipik sözleşmelerdir. Bu sözleşme ile dağıtıcı ürünlerini inhisari olarak bayiye satmak, tek satıcı olan bayi de gönderilen malları kendi hesabına satarak sürümünü arttırmak yükümlülüğü altına girmektedir⁴²⁸. Bir bayi, sadece *“bayisi olduğu dağıtıcıdan”* veya onun bayilerinden akaryakıt alabilecek; başka dağıtıcı ya da bayilerden akaryakıt satın alamayacaktır⁴²⁹. Bu hükümlerle kanun koyucu, lisanslı bir akaryakıt bayisinin, farklı sağlayıcılardan satın almasını engellemek ve bu sayede bu lisanslı bayinin farklı sağlayıcı firmalarla kaçak akaryakıt satışı yapmasını engellemektedir⁴³⁰.

3.2.1.2. Sözleşmenin Süresi

Akaryakıt bayilik sözleşmeleri süre bakımından herhangi bir sınırlamaya tabi değildir. Ancak 5015 sayılı Kanun m. 7 ve 8’de düzenlenen rekabet etmeme

⁴²⁷ Tek satıcılık sözleşmelerinde; *“üreticinin ürettiği ürünlerin tamamını veya bir kısmını belirli bir coğrafi bölgede inhisari olarak satmak üzere sadece tek bir satıcıya göndermeyi, buna karşılık tek satıcı da sözleşme konusu ürünleri kendi hesabına satarak bu malların sürümünü arttırmak için faaliyette bulunmak yükümlülüğünü”* üstlenir. **İşgüzar** Hasan, Tek Satıcılık Sözleşmesi, Ankara, 1989, s.14.

⁴²⁸ **Yıldız** Selim /**Yıldız Öztürk** Seren / **Yıldız** Tuba, Akaryakıt ve LPG Hukuku, Adalet Yayınları, Ankara, 2011, s.29.

⁴²⁹ **Akkan** Çiğdem, Akaryakıt Bayilik Sözleşmelerinde Rekabet Etmeme Yükümlülüğü, Rekabet Dergisi, No:15, s.3-58, Nisan 2014, s.8.

⁴³⁰ Kaçak akaryakıtı önlemek maksatlı bu düzenlemenin rekabet hukuku bağlamındaki değerlendirmesi için bkz. **Akkan**, s.8.

yükümlülüğü ile düşünüldüğünde herhangi bir süre sınırı bulunmaması uygulamada sıkıntılara yol açmaktadır. Zira bir dağıtıcı ile sözleşme imzalayan bayi belirsiz süreli bir sözleşme boyunca rekabet etmeme yükümlülüğü altına girmektedir. Bu nedenle bayilik sözleşmelerinin süresi yargı kararları ve özellikle Rekabet Kurumunun konu hakkında verdiği kararlarla belirlenmektedir. Rekabet Kurumunun “30.10.2008 tarihli Total-Akdağ, 05.03.2009 tarihli Barbaros-Alper ve Polpet-Moil” kararlarında “2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği’nde koşulları belirtilen muafiyetten yararlanabilmek için bayilik sözleşmeleri ile getirilen rekabet yasağı süresinin 5 yılı aşamayacağı” kararlaştırılmıştır⁴³¹. 2002/2 sayılı Tebliğ m. 2’ye göre dikey anlaşmalar “Üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren iki ya da daha fazla teşebbüs arasında belirli mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımı amacıyla yapılan anlaşmalar” olarak tanımlanmıştır. Akaryakıt bayilik sözleşmeleri bahse konu tebliğ açısından; “sağlayıcılar ile dağıtıcılar arasında akdedilen, sağlayıcıların temin ettiği mal ya da hizmetlerin dağıtıcılar tarafından belirli bir bölgede yeniden satışının yapılmasının üstlenildiği sözleşme” niteliğindedir.

3.2.1.3. Minimum Satış Taahhüdü

Minimum satış taahhüdü, akaryakıt sektöründe dağıtım şirketleri ile bayiler arasında bayilik sözleşmesinin geçerli olacağı her bir yıl için yıllık bazda belirli miktarda akaryakıtın satışını içeren taahhüttür⁴³². 5015 sayılı Kanun’a göre dağıtıcılar, “lisans başvurularında asgarî yıllık 60.000 ton beyaz ürün (benzin, motorin) dağıtım projeksiyonu ile bayi bilgilerini EPDK’ya vermek zorundadır.” Dağıtıcılar kanundan gelen bu yükümlülükleri akaryakıt bayilik sözleşmeleri

⁴³¹ Rekabet Kurulunun “Total Akdağ Karar sayısı: 08-61/997-389 T.30.10.2008”, “Barbaros-Alpet 09-09/187-57 T.05.03.2009”, “Polpet-Moil 09-09/186-5y T. 05.03.2009” www.rekabet.gov.tr [Erişim Tarihi: 10.06.2017]; Akan, s.20, “...Rekabet Kurulunca 2002/2 sayılı Tebliğ ile bayinin rekabet etmeme yükümlülüğü azamî beş yıl ile sınırlandırıldıktan sonra buna bir istisna getirilmiştir. Buna göre, bayinin anlaşmaya dayalı faaliyetlerini sürdürürken kullanacağı tesisin - mülkiyetinin, arazi ile birlikte sağlayıcıya ait olması halinde veya - sağlayıcı tarafından bayi ile bağlantısı olmayan üçüncü kişilerden bir üst hakkı sağlanarak yahut bir aynî ya da şahsî kullanım hakkı elde ederek bayinin faaliyetine bırakılması halinde bayiye getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü, söz konusu tesisin bayi tarafından kullanılacağı süreye bağlanabilir...”

⁴³² **Kayıkçı** Mehmet Suat, Petrol Piyasası Hukuku, 12 Levha Yayınları, Şubat 2015, s.68.

aracılığıyla bayilere yansıtmaktadır. Bayilik sözleşmesine konulan bu tür şartlar “*minimum satış kaydı*” olarak adlandırılmaktadır ve buna “*miktar zorlama anlaşmaları*” da denilmektedir⁴³³. Minimum satış taahhüdünün yerine getirilmesi amacıyla dağıtıcılar tarafından akaryakıt bayilik sözleşmelerinde bayilere ceza koşulunu ifa yükümlülüğü getirilmektedir⁴³⁴.

3.2.2. Akaryakıt Bayilik Sözleşmelerinde Ceza Koşulu Kararlaştırılması

3.2.2.1. Genel Olarak

Taraflar, bayinin borcunun ifasını teminat altına almak, bayiye asgari alım yükümlülüğünü yerine getirmesi konusunda zorlamak, borcun ifası konusunda psikolojik baskı oluşturmak amacıyla sözleşmede bir ceza koşulu kaydına yer verebilirler. Uygulamada Yargıtay kararların da görüldüğü üzere bu yükümlülüğe aykırılık halinde sıkça ceza koşulu ifası kararlaştırılmaktadır. Özellikle bayilik sözleşmelerindeki minimum satış taahhüdüne uyulabilmesini sağlamak maksadıyla ceza koşuluna sıklıkla yer verildiği görülmektedir⁴³⁵.

Dağıtıcı şirketlere getirilen ve dağıtıcıları belirli miktarda satış yapma yükümlülüğü altına sokan minimum satış taahhüdü, dağıtıcılar tarafından bayilik sözleşmeleri aracılığıyla bayilere yansıtılmaktadır. Rekabet Kurumunun

⁴³³ Akan, s.43.

⁴³⁴ İfaya eklenen ceza koşulunun ifaya zorlama işlevi hakkındaki açıklamalar için bkz. 1.2.2.1.

⁴³⁵ Bayiiler ile dağıtıcılar arasında imzalanan bayilik sözleşmesini bir örneğinde ceza koşulunun “...BAYİ; bu anlaşmayı imzalamış olmasına rağmen gerek tek yanlı olarak onu ve eklerini uygulamaya yanaşmaması yahut onun uygulanmasından vazgeçmesi, gerek bu anlaşmada ve onun ekleri kabul edilmiş olan tüm belge ve bağıtlarda yer alan hükümlerden herhangi birine aykırı davranması ve gerekse o hükümlerde belirlenmiş yükümlülüklerinden herhangi birisini zamanında yerine getirmemesi halinde;(şirket).....’in önceden kendisine uyarıda bulunması, ihtar göndermesi, önel tanınması, Mahkemedan hüküm alması veya başkaca bir merasim uygulaması asla gerekmez; hem işbu anlaşmayı tek yanlı olarak feshetmekte (bozmakta) serbest ve yetkili olacağını; hem (taraflar ticari işletme sahibi ve tacir oldukları, işbu sözleşme ile aralarında kurulmuş bu ilişki de ticari nitelikte bulunduğu için tenkisini hiçbir zaman ve surette isteyemeyeceğini şimdiden kabul, beyan ve taahhüt ettiği) ...100.000... (yalnız ...Yüz bin amerikan doları...) ABD Dolarının fiili ödeme tarihindeki T.C. Merkez Bankası’nca ilan edilmiş döviz satış kuru üzerinden hesaplanacak olan karşılığı tutarındaki Türk Lirasını cezai şart olarak(şirket).....’ e derhal...” şeklinde düzenlendiği görülmüştür. Bu maddede yer alan ceza koşulu asıl borçla beraber talep edilen ifaya eklenen ceza koşuludur. <http://www.likpetder.com> [Erişim Tarihi: 10.06.2017].

yukarıda değinilen kararlarına⁴³⁶ kadar bayilik sözleşmelerine konulan ceza koşulu kayıtlarının uyuşmazlığa yol açtığı pek görülmemiştir⁴³⁷. Ancak bahse konu karar sonrasında en fazla 5 yıllık süreyle imzalanabilen akaryakıt bayilik sözleşmelerinde minimum alım taahhüdünü yerine getirmeyen bayiler ile dağıtıcılar arasında ceza koşulunu ifa uyuşmazlık konusu olmaya başlamıştır. Zira bayilik sözleşmesinin belirsiz süreli olduğu dönemde yıllık taahhütler yıllara sâri şekilde yerine getirilse dahi herhangi bir uyuşmazlığa sebep olmuyordu. Ancak bayilik sözleşmelerinin en çok 5 yıllık süreyle yapılabileceğine yönelik karar sonrasında, bayilik sözleşmesinin sona ermesine yaklaşılrken minimum satış taahhütlerine uyulmaması durumları ortaya çıkmaya başlamış ve bu da bayilik sözleşmelerinde uyuşmazlıklara sebep olmuştur.

3.2.2.2. Akaryakıt Bayilik Sözleşmelerinde Kararlaştırılan Ceza Koşulunun Türünün Belirlenmesi

Bir ceza koşulunun türünün ne olduğu kanuni karinelere göre belirlenebileceği gibi taraf iradelerine dayanarak da belirlenebilir. Taraflar, kanunun da cevaz verdiği şekilde sadece geç veya başka mahalde yapılan ifalar dışındaki borca aykırılık hallerinde de hem asıl borcu hem de ceza koşulunu talep yetkisi tanıyabileceklerdir. İfanın geç veya başka mahalde yerine getirilmesi halinde sadece asıl borcun veya sadece cezanın talep edilebileceği yönünde de düzenleme yapabileceklerdir⁴³⁸. Taraflar arasındaki anlaşma ile ifaya eklenen ceza koşulu olduğu kararlaştırılan kayıtların bu niteliğini ispat külfeti ise alacaklıda olacaktır⁴³⁹.

Akaryakıt bayilik sözleşmelerinde minimum alım taahhüdüne uyulmaması halinde ifası talep edilebilen ceza koşulu kayıtları da bu niteliktedir. Taraflar kanuni karinenin aksine asıl borcun eksik yerine getirilmesi veya gereği gibi yerine getirilmemesi hallerine özgü olarak ceza koşulu kararlaştırmaktadırlar.

⁴³⁶ Rekabet Kurulunun “*Total Akdağ Karar sayısı: 08-61/997-389 T.30.10.2008*”, “*Barbaros-Alpet 09-09/187-57 T.05.03.2009*”, “*Polpet-Moil 09-09/186-5y T. 05.03.2009*” www.rekabet.gov.tr [Erişim Tarihi: 10.06.2017]

⁴³⁷ **Kayıkçı**, Petrol, s.68.

⁴³⁸ **Bilge**, s.104; **Hatemi/Gökyayla**, s.356; **Kılıçoğlu**, s.978; **Nomer**, s.357

⁴³⁹ **Eren**, s.1213; **Kocaağa**, s.152; **Kılıçoğlu**, s.979.

Bayinin yıllık alım taahhüdüne uymamasına yönelik ceza koşulu kararlaştırılması halinde dağıtıcı bayiden hem minimum alım taahhüdünü yerine getirmesini hem de kararlaştırılan ceza koşulunu ifayı talep edebilir. Bu sebeple yıllık minimum alım taahhüdüne uyulmaması halinde öngörülen ceza TBK m.179/2'deki ifaya eklenen ceza koşulu niteliğindedir⁴⁴⁰.

3.2.2.3. Akaryakıt Bayilik Sözleşmelerinde Kararlaştırılan İfaya Eklenen Ceza Koşulunun Hükümleri

3.2.2.3.1. Kusur ve Zararla İlişkisi

İfaya eklenen ceza koşulunda alacaklı zararı ispatla yükümlü olmadığı gibi borca aykırı davranış sebebiyle hiçbir zarar doğmasa dahi ceza koşulunu talep edebilme hakkına sahiptir⁴⁴¹. Akaryakıt bayilik sözleşmelerinde minimum alım taahhüdüne uymayan bayi, dağıtıcının herhangi bir zararı doğmasa dahi ifaya eklenen ceza koşulunu ifa etmekle yükümlü olacaktır. Taraflar, minimum alım taahhüdünün gereği gibi yerine getirilmemesi hâlinde doğması muhtemel zararları önceden tespit etmiş olacağından, bundan başka zararın varlığını ve kapsamını kanıtlamaya lüzum olmayacaktır⁴⁴².

Ceza koşulunun talep edilebilmesi için kusurun aranıp aranmayacağı konusunda yukarıda⁴⁴³ değinilen ve TBK m. 182/2 hükmü sebebiyle doğan farklı görüşler, akaryakıt bayilik sözleşmelerinde de geçerlidir. Kanaatimizce akaryakıt bayilik sözleşmelerinde ceza koşulunun talep edilebilmesi için bayinin minimum alım taahhüdüne uymaması konusunda kusurun varlığı aranmayacaktır.

⁴⁴⁰ Yargıtay verdiği kararlarda akaryakıt bayilik sözleşmelerinde kararlaştırılan ceza koşulunun ifaya eklenen ceza koşulu olduğuna hükmetmiştir. İlgili kararlar için bkz. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi E. 2015/18494 K. 2016/3582 T. 1.3.2016; Yargıtay 19. Hukuk Dairesi E. 2014/4912 K. 2014/8686 T. 5.5.2014; Yargıtay 19. Hukuk Dairesi E. 2016/7556 K. 2017/2930 T. 10.4.2017 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 08.01.2018].

⁴⁴¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.358; Tunçomağ, s.120; Bilge, s.119; Ozanoğlu, s.42; İfaya eklenen ceza koşulunun zararlar ilişkisi hakkındaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. 2.1.2.2.

⁴⁴² Eren, s.1210; Kocağa, Götürü Tazminat, s.153; Nomer, s.357; Yıldırım, s.386.

⁴⁴³ İfaya eklenen ceza koşulunun kusurla ilişkisi hakkındaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. 2.1.2.1.

Kendisine herhangi bir kusur atfedilememesine rağmen bayinin alım taahhüdüne uymaması halinde ceza koşulunu ifa etmesi gerekecektir⁴⁴⁴.

3.2.2.3.2. Talep Edilebilmesi İçin Gerekli Şartlar

3.2.2.3.2.1. Minimum Alım Taahhüdüne Uyulmaması

İfaya eklenen ceza koşulunun ifasının talep edilebilmesi için bayinin minimum alım taahhüdüne uymaması gerekecektir. Asıl borca aykırı davranış olmadığı sürece ifaya eklenen ceza koşulunun ileri sürülmesinden bahsedilemez. Bu ifaya eklenen ceza koşulunun geciktirici koşula bağlı bir alacak olması ile ilgilidir⁴⁴⁵.

3.2.2.3.2.2. Dağıtıcının Hakkından Açıkça Feragat Etmemesi

Dağıtıcı hem asıl borcu hem de cezayı talep hakkı tanıyan TBK m. 179/2'ye göre *“Ceza borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir.”* Hükümde de belirtildiği üzere dağıtıcının hem alım taahhüdüne uyulmasını hem de cezayı talep edebilmesi hakkında açıkça feragat etmemesine bağlıdır⁴⁴⁶.

3.2.2.3.2.3. Dağıtıcının İfayı Çekincesiz Kabul Etmemesi

İfaya eklenen ceza koşulunun talep edilebilmesi için aranan diğer şart, dağıtıcının asıl borcu kabul ederken ifayı çekincesiz kabul etmemiş olması yani, cezayı talep hakkını da saklı tutmuş olmasıdır⁴⁴⁷.

⁴⁴⁴ Aksi yönde değerlendirmeler için bkz. **Ozanoğlu**, s.45; **Kocaağa**, s.130; **Oğuzman/Öz**, s. 909; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 359-360.

⁴⁴⁵ **Eren**, s.1211; **Kayak** s.245 vd; **Hatemi/Gökyayla** s. 353; **Ekinci**, s.39; **Arkan**, s.4; **Oğuzman/Öz** s.898-899.

⁴⁴⁶ **Kılıçoğlu**, s.978, **İnan/Yücel**, s.576; **Tunçomağ**, s.114; **Hatemi/Gökyayla** s. 355.

⁴⁴⁷ İfayı çekincesiz kabul etmemeye ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. 2.1.3.

Dağıtıcının saklı tutma beyanında bulunmaması Yargıtay kararlarında ve doktrinde ceza koşulunu talep hakkından zımni feragat şeklinde yorumlanmaktadır⁴⁴⁸. Feragat halinde ceza koşulu borcu, kesin olarak sona ermektedir. Dağıtıcının saklı tutma beyanında bulunmamış olmasına rağmen iradesinin aslında saklı tutma yönünde olduğunu ispat etme imkânı yoktur.

Dağıtıcının ifaya eklenen ceza koşulu talebinden zımnen vazgeçtiğinin varsayılabilmesi için, bayinin alım taahhüdüne uymamasına rağmen dağıtıcının takip eden yılda mal vermeye devam etmesi gerekir. İfanın alacaklı tarafından kabul edildiğini ispat yükü borçludadır.

Yargıtay verdiği kararlarla; ceza koşulunu talep hakkını saklı tutma beyanında bulunmayan dağıtıcıların bu haklarından zımnen vazgeçtiklerine hükmetmektedir⁴⁴⁹. Bu kararlarda, *“sözleşme süresi içinde çekince konmadan uzun süre ifaya devam edilmesi üzerine borçluda, “ceza koşulu istenmeyeceği” ne dair haklı bir güven oluşmuş ise oluşan bu haklı güven ve dürüstlük ilkesi nedeniyle önceki yıla veya yıllara ait ceza koşullarının talep edilemeyeceğinin kabulünün gerektiğine”* hükmedilmektedir. Bayilik sözleşmesi imzalayan dağıtıcı ve bayi arasında yıllık alım taahhüdünden doğmuş ceza koşulu talepleri saklı tutulmaksızın yeni yıla ilişkin dağıtıma devam edilmesi halinde ceza koşulu talebinden zımnen vazgeçilmiş olunmaktadır.

⁴⁴⁸ Yargıtay bir kararında alım taahhüdüne uymayan bir bayiden ceza koşulu talep eden dağıtıcı, kanuni karineden başka bir borca aykırılık hali için düzenlenmesine rağmen ihtirazi kayıt koymadığından bahisle talep hakkını yitirmiştir.: *“...Davacının, yıllık ürün alım taahhüdüne uymaması nedeniyle davalılardan cezai şart talep etmesinde kural olarak bir usulsüzlük bulunmamaktadır. Ancak davacının bu cezai şartı talep edebilmesi için cezai şartın olduğu yıldan sonraki yıllarda ürün verirken ihtirazi kayıt koyarak bu hakkını saklı tutması gerekir...”* denilmiştir. İlgili karar için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2013/19-690 K. 2014/507 T. 9.4.2014; benzer yönde bir diğer kararlar için Yargıtay 23. Hukuk Dairesi E. 2016/6763 K. 2017/934 T. 27.3.2017; Yargıtay 19. Hukuk Dairesi E. 2015/18494 K. 2016/3582 T. 1.3.2016 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 08.01.2018]; ayrıca bkz. **Tunçomağ**, s.115; **Günay**, s.225.

⁴⁴⁹ Yargıtay bir kararında *“davacı şirketin ilk üç yıl için taahhüt edilen ürün miktarı alınamadığı halde dördüncü yıl içinde, çekince koymadan davalıya ürün vermeye ve onun ödemelerini kabul etmeye devam ettiği, bu durumda davacı şirketin artık geçen üç yıl için ceza koşulu isteyemeyeceğine...”* hükmetmiştir. Bu kararda da görüldüğü üzere herhangi bir ihtirazi kayıt konulmaksızın önceki yıla ait cezalar talep edilememektedir. İlgili karar için bkz. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi E. 2016/12352 K. 2017/6176 T. 21.9.2017, benzer yönde diğer bir kararlar için bkz. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi E. 2016/10153 K. 2017/8072 T. 19.12.2017, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2013/19-690 K. 2014/507 T. 9.4.2014 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 08.01.2018].

Akaryakıt bayilik sözleşmelerinde dağıtıcı her bir alım yılının bitiminden önce, o yıla ait taahhütlerin durumu ile bu taahhütlere ilişkin ceza koşulu taleplerinin saklı tutulduğuna dair bir ihtarname göndermek suretiyle bu haklarını koruyabilecektir.

3.2.2.3.3. İfaya Eklenen Ceza Koşulunun İndirilmesi

Akaryakıt bayilik sözleşmelerinde ifaya eklenen ceza koşulunun indirilebilmesi mümkündür. İfaya eklenen ceza koşulunun indirilebilmesine yönelik olarak yukarıda⁴⁵⁰ yapılan açıklamalar akaryakıt bayilik sözleşmelerinde ifaya eklenen ceza koşulu kayıtlarında da geçerlidir.

Akaryakıt bayilik sözleşmelerinde asıl borç minimum alım taahhüdüdür. Bayinin minimum alım taahhüdüne uymaması halinde ceza koşulu muaccel olacak ve indirilmesi bu andan sonra talep edilebilecektir. Bayinin ceza koşulunun indirilmesi talep edebilmesi için ifaya eklenen ceza koşulunu yerine getirmemesi gerekir. Muaccel olan ceza koşulunu ifa etmeyen bayinin indirme talebinde bulunması şarttır.

Akaryakıt bayilik sözleşmesinin tarafı olan bayi, 5015 sayılı Kanun gereği gerçek veya tüzel kişi olabilir. Bayinin gerçek kişi veya tüzel kişi tacir olması durumunda TTK m.22’de yer alan *“Tacir sıfatını haiz borçlu, Türk Borçlar Kanununun 121 inci maddesinin ikinci fıkrasıyla 182nci maddesinin üçüncü fıkrasında ve 525 inci maddesinde yazılı hâllerde, aşırı ücret veya ceza kararlaştırılmış olduğu iddiasıyla ücret veya sözleşme cezasının indirilmesini mahkemeden isteyemez.”* hükmü gereği ceza koşulunun indirilmesi talebinde bulunamayacaklardır⁴⁵¹. Ancak yukarıda değinilen ve doktrin ve Yargıtay

⁴⁵⁰ İfaya Eklenen ceza koşulunun indirilmesine ilişkin açıklamalar için bkznz. 2.2.1.

⁴⁵¹ Yargıtay verdiği bir kararda *“Davalı taşımacılık kooperatifi olup, akaryakıt satım işletmeciliği yaptığı da gözetildiğinde tacir olduğunun kabulü gerekir. Mahkemece bu durumda TTK.nun 24. maddesindeki cezai şartın tenkis edilemeyeceği hükmü gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir.”* denilmektedir. Yargıtay kararında akaryakıt bayilik sözleşmesinin tarafı olan bayinin tacir olması halinde ceza koşulunun tenkisini talep

uygulamaları ile kabul gören görüşe göre ceza koşulunun tacir sıfatını haiz bayinin mahvına, ekonomik yönden çöküşüne sebep olacaksa indirilmesi söz konusu olabilir⁴⁵². Yargıtay bir kararında isabetli olarak, akaryakıt bayilik sözleşmesinde bayinin tacir sıfatını haiz olmasına rağmen kararlaştırılan ceza koşulunun *“bayinin ekonomik yönden yıkımına neden olacak derecede fahiş olduğunun saptandığı hallerde”* ceza koşulunda indirim yapılması gerektiğini kabul etmiştir⁴⁵³.

3.2.2.3.4. Aşan Zararların Talep Edilebilmesi

Akaryakıt bayilik sözleşmelerinde dağıtıcıya ceza miktarını aşan zararlarının tazmini konusunda bir talep hakkı tanınmıştır. TBK m. 180/2’de *“Alacaklının uğradığı zarar kararlaştırılan ceza tutarını aşıyorsa alacaklı, borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmedikçe aşan miktarı isteyemez”* düzenlemesi yer almaktadır. Buna göre dağıtıcı bayinin minimum alım taahhüdüne uymaması nedeniyle ceza koşulu miktarından daha fazla bir zarara uğradığı iddiasında ise bayinin kusurunu ispat etmekle yükümlüdür⁴⁵⁴. Ayrıca dağıtıcı ceza miktarını aşan fazla zararın tazminini isteyebilmek için bayinin kusuru ile beraber uğramış olduğu aşkın zararı da ispat etmesi gerekecektir⁴⁵⁵. Dolayısıyla dağıtıcı ceza

edemeyeceğine hükmedilmiştir. İlgili karar için bkzn. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi E. 1999/4667 K. 1999/7746t. 16.12.1999 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 08.01.2018].

⁴⁵² Eren, s.1217; Kılıçoğlu, s.985; Kocaağa, s.261; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 359; Hatemi/Gökyayla, s.354; karşı yönde hüküm kurulan bir Yargıtay kararında *“Keza, 6098 Sayılı T.B.K.nın 161. maddesine göre, hakim fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükellef ise de, hüküm yerinde hesaplanan cezai şartın ne surette fahiş olduğu açıklanmadığı gibi, 6102 Sayılı T.T.K.nın 22. maddesi uyarınca tacir olan davalının cezai şartın tenkisini istemesinin mümkün bulunmadığı gözetilmeden, cezai şarttan indirim yapılması yoluna gidilmesi de hatalı olmuştur...”* denilmiştir. İlgili karar için bkzn. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi E. 2013/8243 K. 2014/1011 T. 13.2.2014 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 08.01.2018].

⁴⁵³ Yargıtay bu kararda *“...Dava tarihinde yürürlükte bulunan 6762 sayılı TTK’nun 24. maddesi uyarınca kural olarak tacir olan borçlu, cezai şartın fahiş olduğu gerekçesi ile indirim yapılmasını isteyemez. Ancak, kararlaştırılan cezai şartın borçlunun ekonomik yönden yıkımına neden olacak derecede fahiş olduğunun saptandığı hallerde cezai şarttan indirim yapılacağı kabul edilmektedir. Ne var ki, böyle bir indirimle gidilebilmesi için borçlunun ekonomik durumunun uzman bir bilirkişiye incelenilerek...”* hükmetmiştir. İlgili karar için bkzn. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi E. 2013/14851 K. 2014/1302 T. 16.1.2014; benzer yönde diğer bir karar için bkzn. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi E. 2013/3969 K. 2014/6195 T. 1.4.2014 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 08.01.2018].

⁴⁵⁴ Eren, s.1215; Kocaağa, s.209. Koçhisarlıoğlu, s.175; Nomer, s.197.

⁴⁵⁵ Eren, s.1211; Kılıçoğlu, s.982; Nomer, s.369; İnan/Yücel, s.570; Tekinay/Akman/Burcuolu/Alttop, s.359; Oğuzman/Öz, s.882; Kocaağa, s.211; Altaş, s.123;

koşulunda belirlenen miktarı aşan zararları tazmini için kusur, zarar, illiyet bağı unsurlarının varlığını ispat etmekle yükümlü olacaktır.

3.3. SİSTEM KULLANIM ANLAŞMALARINDA İFAYA EKLENEN CEZA KOŞULU

3.3.1. Sistem Kullanım Anlaşmaları

3.3.1.1. Tanımı ve Tarafları

Sistem kullanım anlaşmaları *“bir üretim şirketi, tedarik lisansı sahibi şirket veya tüketicinin iletim sistemini ya da dağıtım sistemini kullanımına ilişkin genel hükümleri ve ilgili kullanıcıya özgü koşul ve hükümleri içeren anlaşmalardır.”* Sistem kullanım anlaşmaları Elektrik Piyasası Kanunu m. 2’de *“Bir üretim şirketi, tedarik lisansı sahibi şirket veya tüketicinin iletim sistemini ya da dağıtım sistemini kullanımına ilişkin genel hükümleri ve ilgili kullanıcıya özgü koşul ve hükümleri içeren anlaşma”* olarak tanımlanmıştır. Sistem kullanım anlaşmalarında bir tarafta TEİAŞ diğer tarafta ise anonim veya limitet şirketler yer almaktadır.

Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği m. 7’ye göre *“Piyasada faaliyet göstermek üzere lisans başvurusunda bulunacak özel hukuk hükümlerine tabi tüzel kişilerin 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümleri doğrultusunda anonim şirket ya da limited şirket olarak kurulmaları zorunludur.”* Diğer tarafta yer alan TEİAŞ ise *“elektrik iletim sistemini tekel olarak işleten”, “hisseleri kamuya ait olan”* bir anonim şirkettir⁴⁵⁶. TEİAŞ’ın esas sözleşmesi m. 3’te *“Bu anastatü ile teşkil*

Yıldırım, s.118; ayrıca bkz. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi E. 2014/9526 K. 2016/1901 T. 28.3.2016 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 08.01.2018].

⁴⁵⁶ Doğan Beşir Fatih, TEİAŞ’ın Uyguladığı Cezai Şartların Hukuka Uygunluğu, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4 S.1, s.61-84, 2013, s.62.

olunan Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi (Teşekkül) tüzel kişiliğe sahip, faaliyetlerinde özerk sorumluluğu sermayesiyle sınırlı bir İktisadi Devlet Teşekkülüdür.” denilmektedir. 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m. 4’te *“Teşebbüsler, bu kanun hükmünde kararname ile saklı tutulan hususlar dışında özel hukuk hükümlerine tabidir.”*. Bu iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde TEİAŞ’ın *“özel hukuk hükümlerine tabi bir anonim şirket”* olduğu sonucuna varılır. Dolayısıyla TEİAŞ her ne kadar hisseleri kamuya ait olsa da kamu gücü kullanan bir kamu tüzel kişisi değil, yaptığı hukuki işlemler açısından eşit taraf konumundadır⁴⁵⁷.

İletim şirketi olan TEİAŞ, sisteme erişmek isteyen herkesi sistem kullanım anlaşmaları aracılığıyla sisteme dâhil etmek zorundadır. Sistem kullanım anlaşması akdedilmese dahi sisteme dâhil olmak isteyen herkesin erişim hakkı mevcuttur. Biz bu kısımda, sisteme dâhil olmak isteyenlerin TEİAŞ ile sistem kullanım anlaşması imzalamış olmaları durumunu inceleyeceğiz.

3.3.1.2. Hukuki Niteliği

Sistem kullanım anlaşmaları TEİAŞ tarafından hazırlanmaktadır. Elektrik iletim piyasasında yer alan aktörler, tip sözleşme niteliğindeki bu anlaşmayı kabul etmek durumundadırlar. Anlaşmanın maddeleri üzerinde tarafların müzakere etmesi veya bazı hükümlerini değiştirmesi mümkün değildir. Bu sebeplerle TEİAŞ’ın elektrik iletim sistemine dâhil olmak isteyen isteklilerle imzaladığı sistem kullanım anlaşmaları genel işlem koşulu niteliğindedir⁴⁵⁸.

TEİAŞ’ın *“özel hukuk hükümlerine tabi bir tüzel kişi”* olması nedeniyle piyasadaki istekliler ile yapacağı anlaşmalar da özel hukuka ait anlaşmalar olacaktır. Tarafların hak ve yükümlülükleri de özel hukuk hükümlerine göre belirlenecektir. Dolayısıyla sistem kullanım anlaşmalarının idari sözleşme olarak nitelendirilmesi doğru değildir⁴⁵⁹. Sistem kullanım anlaşmaları özel hukuk

⁴⁵⁷ **Günday** Metin, İdare Hukuku, 11.Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2017, s.86; **Doğan**, s.65.

⁴⁵⁸ **Atamer**, s.61; **Hatemi/Gökyayla**, s.351; **Yelmen**, s. 12; **Özel**, s.155; **Akçaal**, s.56, **Doğan**, s.78.

⁴⁵⁹ İdari Sözleşmeler hakkında ayrıntılı bilgi için **Günday** s.75 vd.; **Doğan**, s.76.

sözleşmesi olarak kabul edildiğinden bu sözleşmelerde yer alan ceza kayıtları “*idari para cezası*” olarak yorumlanamaz⁴⁶⁰.

3.3.1.3. Tarafların Hak ve Yükümlülükleri

Elektrik Piyasası Kanununa göre “*hisseleri gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine ait özel hukuk tüzel kişisi konumunda olan anonim veya limited şirketler*” iletim sistemine sistem kullanım anlaşmaları aracılığıyla dâhil olabilmektedirler. Bunun için, iletim faaliyetleri konusunda tekel konumunda bulunan TEİAŞ ile sistem kullanım anlaşması imzalamaları gerekmektedir. Sistem kullanım anlaşmasını imzalamakla şebeke işleticisi konumunda bulunan TEİAŞ iletim sisteminde ayırdığı belirli bir kapasiteyi tahsis etmek, gerçek veya tüzel kişi konumunda olan diğer taraf ise iletim bedelini ödeme yükümlülüğü altına girmiş olmaktadır⁴⁶¹.

Sistem kullanım anlaşmalarında TEİAŞ’ın iletim sistemine dâhil olan müşterileri sistemden yararlandırma ve bunun karşılığında bir bedel almanın yanında bazı borca aykırılık hallerinde cezai hükümler öngörmektedir. Anlaşmada tanımlanan borca aykırılık hallerinin gerçekleşmesi halinde ceza koşulu ödeme yükümlülüğü söz konusu olmaktadır.

3.3.2. Sistem Kullanım Anlaşmalarında Yer Alan Ceza Kayıtları

3.3.2.1. Genel Olarak

TEİAŞ’ın hazırladığı ve EPDK’nın onayına sunduğu sistem kullanım anlaşmalarında kullanıcı belirli ihlallere sebep olması durumunda ceza koşulu ifa etmekle mükellef kılınmıştır. TEİAŞ’ın sistem kullanım anlaşması Nisan

⁴⁶⁰ Doğan, s.76.

⁴⁶¹ Doğan, s.75.

2012⁴⁶² tarihinde bir değişikliğe uğramıştır. Özellikle uygulamada pek çok soruna yol açan “ihtar şartı” değişiklikle beraber kaldırılmıştır. Anlaşmanın yeni yayımlanan halinin cezai şartların düzenlendiği m. 9’da “*Kullanıcının ilgili mevzuat, taraflar arasında imzalanan bağlantı anlaşması ve bu anlaşma hükümlerinin herhangi birini ihlal etmesi durumunda, TEİAŞ, aşağıda belirlenen cezai şartları uygular. TEİAŞ’ın uğradığı zararlar ayrıca tazmin edilir. Aşağıdaki ihlallerin tespitine ilişkin olarak TEİAŞ’a ait trafo merkezlerinde; fider açma sayıları, reaktif enerji ve maksimum enerji alışı/verişi miktarının tespitine yönelik dağıtım lisansı sahibi tüzel kişi tarafından kurulması talep edilecek izleme sistemlerine TEİAŞ tarafından gerekli izin verilir.*” hükmü yer almaktadır. Hükme göre kullanıcı, m. 9’da belirtilen ihlallerden birine sebep olması halinde yine aynı maddede her ihlal için belirlenen miktardaki cezayı ödeme yükümlülüğü altına girecektir. Bunun için ise kullanıcıya herhangi bir bildirimde bulunma yükümlülüğü bulunmamaktadır.

TBK’dan sonra yürürlüğe sokulan sistem kullanım anlaşmalarına ilişkin tebliğde, “ceza koşulu” ifadeleri yerine, TBK ile uyum gözetilmeksizin “ceza şart” ifadelerinin kullanılmaya devam edilmesi eleştirilmesi gereken bir noktadır.

3.3.2.2. Sistem Kullanım Anlaşmalarında Yer Alan İhtar Şartı ve Yargıtay Uygulaması

Mülga sistem kullanım anlaşması m. 10’da “*Kullanıcının ilgili mevzuat, taraflar arasında imzalanan bağlantı anlaşması ve bu anlaşma hükümlerinin herhangi birini ihlal etmesi, söz konusu ihlali TEİAŞ’ın uyarısına rağmen uyarıda belirtilen süre içinde sona erdirmemesi durumunda, TEİAŞ, aşağıda belirlenen cezai şartları uygulayacaktır.*” hükmü yer almaktadır. Hükmün bu halinde TEİAŞ herhangi bir ihlal gerçekleştiği anda kullanıcıya bir uyarıda bulunacak ve ancak bundan sonra ihlal devam ederse ceza koşulu uygulayabilecekti. Yargıtay

⁴⁶² Elektrik Piyasasında İletim Ve Dağıtım Sistemlerine Bağlantı Ve Sistem Kullanımı Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tebliğ, 5 Ocak 2012 Perşembe Resmî Gazete, Sayı:28164, www.resmigazete.gov.tr [Erişim Tarihi: 11.01.2018].

kararlarına sıkça konu olan ihtar şartı sebebiyle birçok kez haksız bulunan⁴⁶³ kurum, 2012 tarihli değişiklikle ihtar şartını kaldırmıştır.

Sistem kullanım anlaşmalarında taraflar sözleşme serbestisi gereği ceza koşulunun ifasını talep hakkını yukarıda bahsedildiği gibi şekli bazı şartlara bağlayabilirler. Bu usuli şart yerine getirilmeksizin sözleşmenin gereği gibi uygulanması söz konusu olmayacağından ceza koşulunun talep edilmesi de mümkün olmayacaktır. Yani sistem kullanıcısı sözleşmede belirlenen ve uyulmaması halinde ceza koşulu ödemekle yükümlü olduğu bir borca aykırılığa sebep olsa bile, usule ilişkin şart yerine getirilmeden ceza koşulu talep edilemeyecektir. Usule ilişkin konulan bu tarz hükümler niteliği itibarıyla ceza koşulunun muaccel hale gelmesinin bir şartı olmaktadır. Bu sebeple TEİAŞ, kullanıcının herhangi ihlaline dayanarak ceza koşulu uygulaması, söz konusu ihlali TEİAŞ'ın uyarısına rağmen sona erdirmemesi durumunda söz konusu olabilecektir. Bu ihtar şartı yerine getirilmeden ceza koşulu talep edilmesi mümkün olmayacaktır.

İhtar şartına uyulmaksızın ceza koşulu uygulanması işlemleri Yargıtay kararlarına sıklıkla konu olmaktadır⁴⁶⁴. Yargıtay verdiği kararlarda ihtar şartını yerine getirmeksizin ceza koşulunun ifasını talep eden kurumu haksız bulmaktadır. Yargıtay bir kararında sözleşmede yer alan ihtar şartına rağmen

⁴⁶³ Yargıtay bir kararında “*taraflar arasında imzalanmış 08/11/2010 tarihli Sistem Kullanım Anlaşması ve 13/07/2010 tarihli Bağlantı Anlaşması bulunduğu, Sistem Kullanım Anlaşması'nın 10.1. maddesi ve Bağlantı Anlaşmasının 16. maddesinde; cezai şartın hangi şartlarda uygulanacağını düzenlendiği, sözleşmede kullanıcıların ilgili mevzuat, sistem kullanım anlaşması ya da bağlantı anlaşması hükümlerinden herhangi birini ihlal etmesi halinde, söz konusu ihlali TEİAŞ'ın uyarısına rağmen uyarıda belirtilen süre içinde sona erdirmemesi durumunda, TEİAŞ'ın cezai şart uygulayabileceği belirtilmiş olmasına rağmen; davalı tarafça; fatura düzenlenmesinden önce bir ihlal mevcut ise sözleşme gereği davacıyı uyardığına dair ve ihlalin giderilmesi yönünde süre verildiğine dair bir delil sunulmadığı gerekçesiyle; asıl ve birleşen davaların kabulüne...*” hükmetmiştir. İlgili karar için bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 2017/118 K. 2017/383 T. 19.1.2017; benzer yönde diğer kararlar için bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 2015/14685 K. 2016/9088 T. 24.11.2016; T.C. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 2015/14208 K. 2016/9122 T. 24.11.2016; Yargıtay 23. Hukuk Dairesi E. 2015/6190 K. 2016/3339 T. 31.5.2016 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 03.02.2018].

⁴⁶⁴ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 2015/14685 K. 2016/9088 T. 24.11.2016; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 2015/14208 K. 2016/9122 T. 24.11.2016; T.C. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi E. 2015/6190 K. 2016/3339 T. 31.5.2016 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 03.02.2018].

iharda bulunulmaksızın ceza faturası düzenleyen TEİAŞ'ı haksız bulmuş ve cezanın ifasının reddine karar vermiştir⁴⁶⁵.

3.3.2.3. Sistem Kullanım Anlaşmalarında Kararlaştırılan Ceza Koşulunun Türünün Belirlenmesi

Sistem kullanım anlaşmasının tarafları her ne kadar hisseleri kamuya ait olsa da bir anonim şirket olarak yapılandırılmış TEİAŞ ile *“hisseleri gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine ait özel hukuk tüzel kişisi konumunda olan anonim veya limited şirketlerdir.”* Bu nedenle taraflar arasında imzalanan sistem kullanım anlaşmasına idari sözleşme denilemeyeceği gibi, anlaşmada yer alan cezalara idari para cezası da denilemez⁴⁶⁶. Bu anlaşmada kararlaştırılan cezalar özel hukuk sözleşmelerine konulan ve TBK'da düzenlenen ceza koşulu niteliğindedir.

TBK düzenleyici nitelikteki hükümlerle, ceza koşulu kayıtlarına yönelik bir takım karineler belirlemiştir. Bir ceza koşulunun türünün ne olduğu bu karinelere göre belirlenebilir. TBK m. 179'da ifanın belirlenen zaman veya yerde yerine getirilmemesine özgü olarak bir ceza koşulu kaydına yer verilmiştir. Ancak ifanın geç veya başka mahalde yerine getirilmesi halinde sadece asıl borcun veya

⁴⁶⁵ Yargıtay bu kararında *“...taraflar arasındaki sistem kullanım anlaşmalarının 10. maddesine göre davalı TEİAŞ'ın ceza faturası düzenlemeden önce uyarıda bulunmak zorunda bulunduğu, eldeki davaya konu Şubat 2012 dönemine ait ceza faturasından önce davacıya uyarı yapılarak süre tanınmadığı, sözleşmeye aykırı olarak ceza faturası düzenlendiğinden, davanın kabulüyle 168.525,36 TL tutarlı fatura nedeni ile davacının davalıya borçlu olmadığına tespitine, ödenen 203.141,11 TL'nin 17.06.2014 tarihinden itibaren işleyecek avans faizi ile birlikte davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine...”* karar verilmiştir. Sözleşmede kararlaştırılan ihtar şartına rağmen bu usule uyulmadan ceza faturası kesilmesi hatalı olup Yargıtay'ın bu konudaki kararı isabetli olmuştur. İlgili karar için bkz. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi E. 2015/8395 K. 2017/596 T. 27.2.2017 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 03.02.2018].

⁴⁶⁶ **Doğan**, s.76; **Günday**, s.187; **Çolak** Haluk/**Altun** Uğurtan, Bir Yaptırım Türü Olarak Para Cezalarının Teori ve Uygulamadaki Analizi, TBB Dergisi, S. 69, s.241-338, Ankara, 2007, s. 273; Anayasa mahkemesine göre, *“bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için; sözleşmenin taraflarından birinin bir kamu idaresi, kamu kurumu veya kamu kuruluşu olması, sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunması ve idareye özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması şartlarının tamamının aynı anda gerçekleşmiş olması şarttır.”* İlgili karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, 09.12.1994 tarih ve E.1994/43, K.1994/42-2, 24 Ocak 1995 kararı, www.resmigazete.gov.tr [Erişim Tarihi: 03.02.2018].

sadece cezanın talep edilebileceği yönünde de düzenleme yapabilir. Taraflar arasındaki anlaşma ile ifaya eklenen ceza koşulu olduğu kararlaştırılan kayıtların bu niteliğini ispat külfeti ise alacaklıda olacaktır⁴⁶⁷.

TEİAŞ ile kullanıcılar arasında imzalanan sistem kullanım anlaşmalarında da kanuni karineden başka bir kararlaştırma söz konusudur. Sistem kullanım anlaşmalarından belirli zaman veya yerde ifadan farklı borca aykırılık hallerinde ceza koşulu ödeneceğine dair hükümler yer almaktadır⁴⁶⁸. Kullanıcı, anlaşmada belirlenen ihlallere sebep olması halinde hem ceza koşulunu ifa yükümlülüğü altına girecek hem de sistem kullanım bedelini ödemeye devam edecektir. TEİAŞ açısından ise bir ihlal meydana geldiğinde, söz konusu ihlal için belirlenmiş ceza miktarı ile beraber sistem kullanım bedellerini talep yetkisi olacaktır. Bu anlamda sistem kullanım anlaşmalarında kararlaştırılan ceza, TBK m. 179/2’de düzenlenen ifaya eklenen ceza koşulu niteliğindedir.

3.3.2.4. Sistem Kullanım Anlaşmalarında Kararlaştırılan İfaya Eklenen Ceza Koşulunun Hükümleri

3.3.2.4.1. Kusur ve Zararla İlişkisi

İfaya eklenen ceza koşulunda alacaklı uğradığı zararı ispatla yükümlü değildir. Alacaklı borca aykırı davranış sebebiyle hiçbir zarar doğmasa dahi ceza koşulunu talep edebilme hakkına sahiptir. Bu husus TBK m. 180/1’de “*Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Alacaklının ceza koşulu talebi zarar şartına bağlı değildir⁴⁶⁹.

TEİAŞ, sistem kullanım anlaşması m. 9’da tanımlanan durumlardan birinin kullanıcı tarafından ihlal edilmesi halinde herhangi bir zararı olmasa dahi ceza koşulunu talep hakkı olacaktır. Örneğin sistem kullanım anlaşması m. 9’da yer

⁴⁶⁷ Eren, s.1213; Kocağa, s.152; Kılıçoğlu, s.979.

⁴⁶⁸ Örneğin TEİAŞ’ın sistem kullanım anlaşmasının 9. maddesinde yer alan ihlal hallerinden biri “*Kullanıcının bağlantı noktasına maksimum enerji veriş kapasitesinin üzerinde elektrik enerjisi vermesi*” olarak düzenlenmektedir.

⁴⁶⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.358; Tunçomağ, s.120; Bilge, s.119; Ozanoğlu, s.42; ceza koşulunun zararlar ile ilişkisi hakkındaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. 2.1.2.2.

alan “Kullanıcının ilgili mevzuatta tanımlanan emniyet tedbirlerini almaması, yanlış manevrası, test ve işletme hatası veya teçhizat arızası gibi nedenlerle TEİAŞ çalışanlarının, tesislerinin, iletim sisteminin olumsuz yönde etkilenmesi” durumunda “Kullanıcının o ayki Sistem Kullanım Fiyatına göre hesaplanan bedelin % 5’i oranında ceza” uygulanacaktır. Bu halde kullanıcının mevzuatta tanımlanan “emniyet tedbirlerini” almaması durumunda TEİAŞ’ın herhangi bir zararı bulunmasa dahi o ayki sistem kullanım fiyatının yüzde beşi oranında cezayı talep hakkı mevcuttur. Taraflar, borcun gereği gibi yerine getirilmemesi hâlinde doğması muhtemel zararlar önceden tespit edilmiş olacağından, bundan başka zararın varlığını ve kapsamını kanıtlamaya lüzum olmayacaktır⁴⁷⁰.

TEİAŞ’ın, ceza koşulunu talep edebilmesi için kullanıcının, anlaşmada belirlenen ihlal oluşmasında kusurlu olup olmaması hususu tartışmalı bir konudur. Doktrinde bu konuda ceza koşulunun talep edilebilmesi için kusurun gerektiği⁴⁷¹ ve kusurlu olmanın gerekmediği⁴⁷² şeklindeki iki ayrı görüş mevcuttur. Kanaatimizce ceza koşulunun doğası gereği kullanıcının ihlalin gerçekleşmesinde bir kusuru bulunmasa dahi TEİAŞ’ın ceza miktarını talep edebiliyor olması gerekir⁴⁷³. Ancak ceza miktarından fazla bir zarara uğradığını iddia etmesi durumunda TEİAŞ’ın kusuru ve zararı ispat ederek talep etmesi mümkün olabilecektir.

3.3.2.4.2. Talep Edilebilmesi İçin Gerekli Şartlar

3.3.2.4.2.1. Anlaşmada Belirlenen İhlal Hallerinden Birinin Gerçekleşmesi

TEİAŞ’ın sistem kullanım anlaşması m. 9’da 8 ihlal hali düzenlenmiştir. Bunlar;

“- TEİAŞ tesislerinde kullanıcının bağlı olduğu fidere 00.00-24.00 saatleri arasında 4 (dört) veya daha fazla arıza intikal ederek kesicinin açması,

⁴⁷⁰ Eren, s.1210; Kocaağa, Götürü Tazminat, s.153; Nomer, s.357; Yıldırım, s.386.

⁴⁷¹ Cansel/Özel, s.730; Eren, 1210.

⁴⁷² Ozanoğlu, s.45; Kocaağa, s.130; Oğuzman/Öz, s. 909; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 359-360.

⁴⁷³ Ceza koşulunun zararlı olan ilişkisi hakkındaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. 2.1.2.2.

- Kullanıcının bağlantı noktasına maksimum enerji veriş kapasitesinin üzerinde elektrik enerjisi vermesi,
- Kullanıcının bağlantı noktasından maksimum enerji alış kapasitesinin üzerinde elektrik enerjisi alması,
- Kullanıcının tesis ve/veya teçhizatının bağlantı anlaşmasında ve ilgili mevzuatta belirtilen bozucu etkilere ilişkin sınır değerlerini aşması üzerine yapılan uyarı bildiriminden itibaren 30 (otuz) gün içerisinde bu ihlalin sonlandırılmaması,
- İletim sistemine doğrudan bağlı tüketiciler ve dağıtım lisansına sahip tüzel kişiler için acil yük düşme talimatlarına uyulmaması, üreticiler için acil durum yük düşme ve ilave (emre amade kapasitesi bulunmak kaydıyla) yüklenme talimatlarına uyulmaması,
- Kullanıcının ilgili mevzuatta tanımlanan emniyet tedbirlerini almaması, yanlış manevrası, test ve işletme hatası veya teçhizat arızası gibi nedenlerle TEİAŞ çalışanlarının, tesislerinin, iletim sisteminin olumsuz yönde etkilenmesi,
- Bağlantı anlaşması kapsamında temin ve tesis edilmesi gereken iletişim ve TEİAŞ SCADA sistemine bağlantı ve sekonder frekans kontrolü ile ilgili teçhizatın/sistemlerin kurularak servise alınması konusundaki eksikliklerin giderilmemesi, işletmede olan tesislerde ise kullanıcıya ait arızalı iletişim teçhizatının TEİAŞ'ın yazılı uyarısına rağmen onarılmaması/değiştirilmemesi ve bu durumu ile kullanılmaya devam edilmesi,
- İletim sistemine doğrudan bağlı tüketiciler ve dağıtım lisansına sahip tüzel kişilerin iletim sisteminin her bir ölçüm noktasında çekecekleri endüktif reaktif enerjinin/verecekleri kapasitif reaktif enerjinin, aktif enerjiye oranının ilgili mevzuata uygun olmaması,”

durumlarında her bir ihlal haline özgü olarak belirlenen ceza miktarını ödeme yükümlülüğü doğmaktadır. İfaya eklenen ceza koşulunun talep edilebilmesi için belirtilen ihlal hallerinden en az birinin gerçekleşmesi gerekmektedir⁴⁷⁴.

3.3.2.4.2.2. TEİAŞ'ın Hakkından Açıkça Feragat Etmemesi

İfaya eklenen ceza koşulu, ifanın belirlenen yer veya zamanda yerine getirilmemesine ilişkin olarak kararlaştırılması halinde alacaklının hakkından açıkça feragat etmemesi durumunda hem ifayı hem cezayı talep hakkı tanımaktadır. Ancak diğer borca aykırılık hallerine özgü olarak ifaya eklenen ceza koşulu kararlaştırılması halinde de alacaklının hem ifayı hem de cezayı talep edebilmesi için *“hakkından açıkça feragat etmemesi”* gereklidir.

TEİAŞ'ın ifaya eklenen ceza koşulunu talep hakkından feragat etmesi tek taraflı bir hukuki işlem olup hüküm doğurabilmesi için feragat beyanının kullanıcıya ulaşması gereklidir⁴⁷⁵. Feragat etme hakkı niteliği itibarıyla bir yenilik doğurucu haktır. Bir kere kullanılmakla tükenir. Bu hak kullanıldıktan sonra geri alınamayacaktır. Bu nedenle TEİAŞ'ın ceza koşulunu talep hakkından açıkça feragat ettikten sonra, vazgeçmeden dönerek yeniden ceza talebinde bulunmasına ilişkin davalar dinlenmez⁴⁷⁶.

3.3.2.4.2.3. TEİAŞ'ın İfayı Çekincesiz Kabul Etmemesi

Sistem kullanım anlaşmalarında yer alan ifaya eklenen ceza koşulunun talep edilebilmesi için TEİAŞ'ın sistem kullanım bedelini tahsil ederken ifayı çekincesiz kabul etmemiş olması yani, cezayı talep hakkını da saklı tutmuş olması gerekmektedir. Alacaklının saklı tutma beyanında bulunmaması Yargıtay

⁴⁷⁴ Asıl borca aykırı davranışa ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. 2.1.1.1.

⁴⁷⁵ **Günay**, s.224; **Tunçomağ**, s.114; **Kocaağa**, s.198.

⁴⁷⁶ **Aydemir**, s.179; Feragate ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. 2.1.1.2.

kararlarında ve doktrinde ceza koşulunu talep hakkından zımni feragat şeklinde yorumlanmaktadır⁴⁷⁷.

Sistem kullanım anlaşmasının “Karşılıklı Yükümlülükler” başlıklı üçüncü maddesinde “*Kullanıcı, aylık olarak, iletim sistemi kullanım fiyatı üzerinden tahakkuk ettirilen bedel ile iletim sistemi işletim fiyatı üzerinden tahakkuk ettirilen bedeli TEİAŞ’a öder.*” hükmü yer alır. TEİAŞ’ın aylık olarak yapacağı ödeme bildiriminde cezayı talep hakkını saklı tutabileceği gibi ödemeyi kabul anında muhtemel cezaların talep hakkının saklı olduğunu beyan edebilir. Saklı tutma beyanı kural olarak herhangi bir şekil şartına tabi değildir⁴⁷⁸. Ancak saklı tutma beyanının açık olarak yapılması gerekir. Zımni saklı tutma beyanı geçerli değildir. Saklı tutma beyanının yapıldığını ispat yükü TEİAŞ’ta olacaktır.

Ceza koşulunu talep hakkını saklı tutma niteliği itibariyle yenilik doğurucu bir haktır⁴⁷⁹. Bu hakkın kullanımının hüküm ifade edebilmesi karşı tarafa ulaşması şartına bağlıdır.

3.3.2.4.3. İfaya Eklenen Ceza Koşulunun İndirilmesi

Sistem kullanım anlaşmalarında ifaya eklenen ceza koşulunun indirilebilmesi için ceza koşulunun fahiş olması gerekir. İfaya eklenen ceza koşulunun fahiş olup olmadığına TBK m. 182 gereğince hâkim karar verecektir⁴⁸⁰. İfaya eklenen

⁴⁷⁷ Yargıtay bir kararında “...davacılar tarafından yapılan tespit isteminin teslimden yaklaşık 1,5 ay sonra talep edildiği, bu sebeple tespit dosyasının ihtirazi kayıt olarak kabul edilemeyeceği, davacıların başkada delil sunmadıkları, bu sebeple bağımsız bölümlerin ihtirazi kayıt ileri sürerek teslim alındığının davacılar tarafından ispat edilmediği, bu durumun zımnen cezai şart talep hakkından feragat anlamına geleceği gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir...” denilmek suretiyle ihtirazi kayıt koymaksızın asıl borcu kabul eden alacaklı bakımından ceza koşulunu talep hakkının sona erdiği kabul edilmiştir. ilgili karar için bkz. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi E. 2016/6763 K. 2017/934 T. 27.3.2017 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 03.02.2018]; **Tunçomağ**, s.115; **Günay**, s.225.

⁴⁷⁸ **Bilge**, s.105; **Kılıçoğlu**, s.978; **Hatemi/Gökyayla**, s.354; **Oğuzman/Öz**, s.141; **Tunçomağ**, s.107; **Eren**, s.327; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop** s.110; **Kavak**, s.3.

⁴⁷⁹ **Tunçomağ**, s.116.

⁴⁸⁰ **Reisoğlu**, s.459; **Oğuzman/Öz**, s.911; **Bilge**, s.122; **Tunçomağ**, s.149; Yargıtay’ın bir kararında “Dava tarihinde yürürlükte bulunan mülga 818 Sayılı Borçlar Kanunu’nun 161/son maddesinde, fahiş cezai şartın hâkim tarafından tenkis edilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Mahkemece, niteliği itibarıyla cezai şart olan söz konusu tazminattan Borçlar Kanunu’ nun 161/son maddesi uyarınca indirimine gidilmemesi hatalıdır. 120.673,33 TL cezai şart oldukça fahiştir. Mahkemece fahiş cezai şarttan hakkaniyete uygun indirimine gidilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır...” denilmiştir. ilgili karar için

ceza koşulunun indirilmesine ilişkin yukarıda⁴⁸¹ yapılan açıklamalar sistem kullanım anlaşmaları açısından da geçerlidir.

Sistem kullanım anlaşmalarında kullanıcının anlaşmada belirlenen ihlallerden birine sebep olması halinde ceza koşulu muaccel olacak ve indirilmesi bu andan sonra talep edilebilecektir. Kullanıcının ceza koşulunun indirilmesi talep edebilmesi için ifaya eklenen ceza koşulunu yerine getirmemesi gerekir. Muaccel olan ceza koşulunu ifa etmeyen kullanıcı son olarak indirme talebinde bulunarak şartların tümünü yerine getirmiş olacaktır.

Sistem kullanım anlaşmalarının tarafı kanun gereği *“hisseleri gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine ait özel hukuk tüzel kişisi konumunda olan anonim veya limited şirketler”* olabilir. Bu kişiler tacir sayıldığından TTK m.22’de yer alan *“Tacir sıfatını haiz borçlu, Türk Borçlar Kanununun 121 inci maddesinin ikinci fıkrasıyla 182nci maddesinin üçüncü fıkrasında ve 525 inci maddesinde yazılı hâllerde, aşırı ücret veya ceza kararlaştırılmış olduğu iddiasıyla ücret veya sözleşme cezasının indirilmesini mahkemeden isteyemez.”* hükmü gereği ceza koşulunun indirilmesi talebinde bulunamayacaklardır. Ancak yukarıda⁴⁸² değinilen ve doktrin ve Yargıtay uygulamaları ile kabul gören görüşe göre ceza koşulunun tacir sıfatını haiz kullanıcının mahvına, ekonomik yönden çöküşüne sebep olacaksa indirilmesi söz konusu olabilir⁴⁸³.

3.3.2.4.4. Aşan Zararların Talep Edilebilmesi

Sistem kullanım anlaşmalarında TEİAŞ ceza miktarını aşan zararlarının tazminini talep edebilir. TBK m. 180/2’de *“Alacaklının uğradığı zarar*

bknz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E. 2017/1891 K. 2017/4121 T. 16.3.2017 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 03.02.2018].

⁴⁸¹ Ceza koşulunun indirilmesine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bknz. 2.2.1.

⁴⁸² Tacirler açısından ceza koşulunun indirilmesine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bknz. 2.2.1.3.

⁴⁸³ Eren, s.1217; Kılıçoğlu, s.985; Kocağa, s.261; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 359; Hatemi/Gökyayla, s.354; karşı yönde hüküm kurulan bir Yargıtay kararında “Keza, 6098 Sayılı T.B.K.nın 161. maddesine göre, hakim fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükellef ise de, hüküm yerinde hesaplanan cezai şartın ne surette fahiş olduğu açıklanmadığı gibi, 6102 Sayılı T.T.K.nın 22. maddesi uyarınca tacir olan davalının cezai şartın tenkisini istemesinin mümkün bulunmadığı gözetilmeden, cezai şarttan indirim yapılması yoluna gidilmesi de hatalı olmuştur...” denilmiştir. İlgili karar için bknz. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi E. 2013/8243 K. 2014/1011 T. 13.2.2014 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 03.02.2018].

kararlaştırılan ceza tutarını aşıyorsa alacaklı, borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmedikçe aşan miktarı isteyemez” düzenlemesi yer almaktadır. Buna göre TEİAŞ kullanıcının anlaşmada belirlenen ihlallere sebep olması nedeniyle ceza koşulu miktarından daha fazla bir zarara uğradığı iddiasında ise kullanıcının kusurunu ispat ederek aşan zararını talep edebilir⁴⁸⁴. TEİAŞ’ın ceza miktarını aşan fazla zararın tazminini isteyebilmesi için kullanıcının kusuru ile beraber uğramış olduğu aşkın zararı da ispat etmesi gerekecektir⁴⁸⁵. Dolayısıyla TEİAŞ ceza koşulunda belirlenen miktarı aşan zararları tazmini için kusur, zarar, illiyet bağı unsurlarının varlığını ispat etmekle yükümlü olacaktır.

SONUÇ

Günümüzde ekonomik koşulların da bir sonucu olarak, kanunlarla tanınan hakların yanı sıra yeni güvenceler oluşturmak önemli bir problem haline gelmiştir. Mahkemelerin uzun süren yargılamaları ile bürokratik işlemlerden kaçınmak amacıyla bir takım yöntemler kullanılmaktadır. Bunların başında rehin, kefalet banka teminat mektubu gelmektedir. Ceza koşulunun bir türü olan ifaya eklenen ceza koşulu da özellikle teslim zamanına riayet etmeyen borçluya karşı sıklıkla uygulanmaktadır. TBK m. 179/2’de düzenlenen ifaya eklenen ceza koşulu bir tür *“geciktirici koşula bağı, asıl borca dayanan fer’i nitelikli bir edim borcu”* olup borçlunun borcunu gereğı gibi yerine getirmemesi halinde alacaklıya ödemeyi kabul ettiğı ceza hususundaki bir anlaşmadır.

TBK m. 179/2’de, bir sözleşmede ceza koşulu kaydının yer alması ancak bunun türüne ilişkin bir düzenleme yapılmamış olması durumunda ceza koşulunun türünün ne olacağına yönelik bir karine yer almaktadır. Karineye göre, ceza koşulu *“borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesine”* ilişkin ise bu koşulun türü ifaya eklenen ceza koşuludur. Bu iki borca aykırılık hali dışındaki tüm borca aykırılık hallerinde ise aksine bir düzenleme olmadıkça seçimlik ceza koşulunun varlığı karine olarak kabul edilmelidir.

⁴⁸⁴ Eren; s.1211; Kocağa, s.209. Koçhisarlıoğlu, s.175; Nomer, s.197.

⁴⁸⁵ Eren, s.1211; Kılıçoğlu, s.982; Nomer, s.369; İnan/Yücel, s.570; Tekinay/Akman/Burcuolu/Altop, s.359; Oğuzman/Öz, s.882; Kocağa, s.211; Altaş, s.123; Yıldırım, s.118; ayrıca bkz. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi E. 2014/9526 K. 2016/1901 T. 28.3.2016 www.kazanci.com [Erişim Tarihi: 03.02.2018].

İfaya eklenen ceza koşulundan söz edebilmek için her şeyden önce taraflar arasında kurulmuş geçerli bir borç ilişkisinin varlığı şarttır. İfaya eklenen ceza koşulunun fer'i niteliğinin bir sonucu olarak; asıl borcun geçersiz olması onu güvence altına alan ifaya eklenen ceza koşulunu da geçersiz kılar.

İfaya eklenen ceza koşulu ile güvence altına alınacak asıl borcun kaynağı konusunda kanun ifadesinde açıklık yoktur. TBK m. 179 sadece sözleşmenin belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi halini düzenlemektedir. Bu hükümden sadece sözleşmeden doğan borçların ifaya eklenen ceza koşuluna bağlanabileceği yönünde bir anlam çıkmaktadır.

İfaya eklenen ceza koşulu olarak kararlaştırılacak edimin asıl borçtan ayrı bir edim taahhüdü olması gerekir. Bu ayrılık, miktar yönünden olabileceği gibi edimin niteliği yönünden de olabilir. Ceza koşulunun miktar veya nitelik yönünden asıl borçtan ayrı olması taraf iradelerine dayanmalıdır. Varlığı kanuna dayanan edimler taraflarca kararlaştırılmış olmayacağından, ayrı edim sayılmaz. Taraflar ifaya eklenen ceza koşulunun miktarını ilke olarak serbestçe belirleyebilirler.

Ceza koşulunun işlevlerinden olan borçluyu ifaya zorlama ve borcun ifa edilmemesi halinde oluşacak zararı önceden tespit edilmesi işlevlerinin, birbirlerine olan üstünlüğü ile birinin varlığının diğerini dışlayacağı hususlarında doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Yargıtay içtihatları ise, ceza koşulunun hem borçluyu ifaya zorlama hem de tazminatın götürü olarak belirlenmesi amaçlarının olduğu yönündedir. Kanımızca ceza koşulunun fonksiyonları belirlenirken ceza koşulunun türleri açısından bir ayrıma gitmek yararlı olur. Örneğin ceza koşulunun türlerinden biri olan ifaya eklenen ceza koşulunda amaç tazminatın götürü olarak tespitinden çok, borçluyu ifaya zorlamaktır. Zira borçlu borcunu yerine getirmemesi halinde bir ceza ödemekle birlikte, ifayı yerine getirme yükümlülüğünden kurtulamamaktadır. Bu nedenle tazminatın götürü olarak belirlenmesi amacı olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir. Ceza koşulunun bir diğer türü olan seçimlik ceza koşulunda ise amaç, borçlunun borca aykırı davranması durumunda oluşabilecek zararların tespit edilmesi ve alacaklıya ifa ile zararın tazmini arasında bir seçim

hakkı tanımaktır. Gerçekten borca aykırı davranan borçlunun neden olacağı zararları bir mahkeme kararına ihtiyaç duymaksızın tespit etmiş olan alacaklı, ifadan vazgeçip ceza koşulunu talep ederek zararlarını giderme yolunu seçebilmektedir.

İfaya eklenen ceza koşulu ediminin konusu genellikle bir miktar paranın ödenmesi taahhüdü şeklindedir, ancak sadece bundan ibaret değildir. Ekonomik değeri bulunan herhangi bir edim ifaya eklenen ceza koşulunun konusunu oluşturabilir. İfaya eklenen ceza koşulunun konusunun ekonomik değere sahip olup olmayacağı konusunda farklı görüşler mevcuttur. TBK'nın ceza koşulunu düzenleyen maddelerinde geçen *“ceza tutarı”*, *“aşan miktar”* vb. ifadeler nedeniyle ceza koşulunun ve dolayısıyla ifaya eklenen ceza koşulunun parasal/ekonomik değeri olması gerektiği gibi bir sonuca ulaşılmaktadır. Ceza koşulunun bir amacı borçlunun borcunu gereği gibi yerine getirmesi hususunda yarattığı psikolojik baskıdır. Gerçekten de cezanın ekonomik bir değere sahip olması borçlu üzerinde manevi baskı yaratması açısından caydırıcı niteliktedir. Ancak amaç borcun gereği gibi yerine getirilmesini temin ise, ekonomik değere sahip olmayan cezaların da kapsama alınması gerekir. Zira ekonomik bir değere sahip olmasa dahi borçlu açısından manevi baskı oluşturabilecek, borcunu gereği gibi ifaya zorlayacak ceza türleri olasıdır. Kanun metni içerisinde geçen tutar, miktar vb. diğer ifadeler sadece ekonomik değeri olan cezaların mümkün olduğu yönünde bir izlenim oluşturmaktadır. İfaya eklenen ceza koşulundan beklenen ifaya zorlama amacını gerçekleştirdiği sürece ekonomik değere sahip olmayan ceza koşulu belirlenmesi mümkün olmalıdır. TBK m. 182'de tarafların ceza koşulunu serbestçe belirleyebileceği düzenlenmiştir. Ayrıca TBK m. 26'da *“taraflar bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde kalmak şartıyla özgürce”* belirleyebilmektedirler. Borçluyu manevi olarak da olsa ifaya zorlayacak her türlü edim ifaya eklenen ceza koşulu olarak kararlaştırılabilir. TBK'da yer alan ceza koşulu hükümleri ile genel hükümler incelendiğinde, ekonomik değeri olmayan bir edimin ceza koşulu olarak kararlaştırılabilmesini engelleyici nitelikte bir hüküm bulunmamaktadır.

Bir ceza koşulunun türünün ne olduğu kanuni karinelere göre belirlenebileceği gibi taraf iradelerinin yorumlanmasıyla da belirlenebilir. Taraflar, kanunun da cevaz verdiği şekilde sadece geç veya başka mahalde yapılan ifalar dışındaki borca aykırılık hallerinde de hem asıl borcu hem de ceza koşulunu talep yetkisi tanıyabileceklerdir. İfanın geç veya başka mahalde yerine getirilmesi halinde sadece asıl borcun veya sadece cezanın talep edilebileceği yönünde de düzenleme yapabilmektedir. Taraflar arasındaki anlaşma ile ifaya eklenen ceza koşulu olduğu kararlaştırılan kayıtların bu niteliğini ispat külfeti ise alacaklıda olmaktadır.

İfaya eklenen ceza koşulu götürü tazminat ile sıklıkla karıştırılmaktadır. Götürü tazminat kavramı, tarafların aralarında akdettikleri bir sözleşmede ileride doğabilecek ve tazmin edilmesi gereken zararları önceden karşılıklı irade beyanlarıyla belirlemeleri ve bu sayede ileride doğabilecek ihtilafları gidermeyi amaçladıkları bir tazminat türüdür. Sözleşmeye konulan bir kaydın ifaya eklenen ceza koşulu mu, yoksa götürü tazminat mı olduğunu belirlerken tarafların sözleşmede öngördükleri nitelendirme belirleyici olarak kabul edilemez. Bu belirleme yapılırken tarafların *“sözleşme yapma amaçları dikkate alınmalı”, “takip ettikleri gerçek amaç belirlenmeli”, “tarafların irade açıklamaları güven ilkesine göre yorumlanmalı”* ve *“sözleşmenin lafzı ile diğer hâl ve şartlar”* göz önünde bulundurulmalıdır.

İfaya eklenen ceza koşulu kural olarak asıl borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi ile muaccel hale gelir. Diğer borca aykırılık hallerine yönelik olarak ifaya eklenen ceza koşulu kararlaştırılmışsa, kararlaştırılan borca aykırılık halinin gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunun yanı sıra TBK m. 179/2’de yer alan diğer şartlar olan; asıl borca aykırı davranılması, alacaklının hakkından açıkça feragat etmemesi ve kabul sırasında ceza koşulunu talep hakkının saklı tutulması şartlarının oluşması gerekmektedir. Alacaklının ceza koşulundan zımni olarak feragat ettiğinin kabul edilebilmesi için; sözleşmeye uygun olmayan ifanın varlığı, bu ifanın alacaklı tarafından kabul edilmesi ve alacaklının ceza koşulunu talep hakkını saklı tutmaması gerekir. Bu şartların oluşması halinde

alacaklının ifa ile beraber ceza koşulunu talep edebilme hakkı düşer. Ceza koşulu borcu kanun gereği kesin olarak sona ermiş olmaktadır.

Ceza koşulu talebinin kusura bağlı olup olmayacağı hususu tartışmalıdır. Doktrinde bu konuda ceza koşulunun talep edilebilmesinde kusura ilişkin olarak iki ayrı görüş mevcuttur. Kanımızca iki farklı görüşün oluşmasına sebebiyet veren kanun hükmünün kanun koyucu tarafından daha açık şekilde ifade edilmesi gerekmektedir. Ancak kanunun mevcut metinde borçlunun, kusursuz sonraki imkânsızlık halinde ceza ödeme borcundan kurtulması ceza koşulunun kusura bağlandığı anlamına gelmemelidir. Bu durum ceza koşulunun temel mantığına aykırı olup madde hükmünün ancak ve ancak ceza koşulunun fer'i niteliğini düzenlediği kabul edilmelidir.

Ceza koşulu, alacaklının asıl borca aykırı davranıştan dolayı zarar görmesine bağlı değildir. Alacaklının uğradığı zararın derecesine bakılmaksızın ve hatta hiçbir zararın oluşmaması ihtimalinde dahi borçlunun ceza koşulunun ifa yükümlülüğü sürer. Fakat alacaklı, ceza koşulunu ifa eden ve aynı zamanda kusurlu olan borçludan aynı zarar için tazminat talebinde bulunamaz.

Alacaklı ceza miktarından fazla bir zarara uğradığı iddiasında ise bu zararını ve borçlunun kusurunu ispat ederek aşan zararlarını tazmin edebilir. TBK'nın ceza koşulunu aşan zararların talep edilebilmesine olanak tanıyan hükümlerinde, ceza koşulunun türleri arasında bir ayrıma gidilmemiştir. Bu sebeple kanımızca aşan zararı talep imkânı tanınması konusunda ifaya eklenen ceza koşulunun dışlanması yersiz olur. İfaya eklenen ceza koşulu niteliği itibarıyla de aşan zararların tazmin edilmesine müsaittir. Yargıtay içtihatlarında da ifaya eklenen ceza koşulunu aşan zararların tazmininin mümkün olduğu savunulmaktadır.

Geçerli bir ceza koşulunun fahiş olması halinde hâkime resen aşırı miktardaki cezayı indirme yetkisi tanınmıştır. İfaya eklenen ceza koşulunun fahiş olup olmadığına TBK m. 182 gereğince hâkim karar verecektir. Hâkim ceza koşulunun fahiş olduğuna karar verirken; *“hukuka ve hakkaniyete, asıl sözleşmenin ifa edilmesindeki menfaat ile ceza koşulu arasındaki orana, sözleşme ihlalinin ağırlığı, tarafların ekonomik durumlarına”* uygun bir karar

verir. Hâkim indirme kararını verirken alacaklının menfaatlerini ölçmeli, borca aykırı davranışın ağırlığını tespit etmeli, borca aykırı davranışta kusurun ağırlığını ve tarafların ekonomik durumlarını göz önünde bulundurmalıdır.

TTK m. 22 gereği TBK m. 182’de düzenlenen aşırı ceza koşulunun hâkim tarafından kendiliğinden indirileceğine ilişkin hüküm tacirler bakımından uygulanmamaktadır. Tacirler açısından ceza koşulunun indirilmesi yasağının temel sebebi, *“basiretli bir iş adamı gibi hareket etme”* yükümüdür. Doktrin ve Yargıtay kararlarında ise aşırı miktardaki ifaya eklenen ceza koşulunun borçlunun mahvına sebep olması ve ekonomik yönden çökmesine neden olması ve bu nedenle ahlaka, ticari kişilik hakkına, hakkaniyete aykırı olduğu durumlarda indirilebileceği savunulmaktadır. Yargıtay tacir açısından ceza koşulunun indirilebileceğine hükmettiği kararlarda özetle; sözleşme özgürlüğü gereği tarafların ceza koşulu miktarını belirlemede serbest olduğu ancak TBK m. 27’nin bunun sınırını oluşturduğu, ceza koşulunun belirlemede serbest olsalar dahi tarafların belirlediği ahlaka ve adaba aykırı ceza koşulu miktarlarının batıl olması gerektiği savunulmuştur.

Aile hukukuna ilişkin müesseselerde ceza koşulu kaydına yer verilmesi kişilik haklarına aykırılık teşkil etmektedir. Bu nedenle evlenmeye, boşanmaya veya evlat edinmeye zorlamaya yönelik ceza koşulu kayıtları batıl sayılmalıdır. TMK m. 119’a göre evlenmeden kaçınma hali için kararlaştırılan ceza koşulu kayıtları dava edilemez. Kanun koyucu bu tür kayıtlardan doğan borçları eksik borç olarak kabul etmiştir.

İnşaat sözleşmelerinde yüklenicinin işi zamanında bitirip teslimi gerçekleştirmesi iş sahibi açısından büyük önem arz eder. Bu sebeple diğer özel hukuk sözleşmelerinde olduğu gibi inşaat sözleşmelerinde de, işin zamanında teslimi konusunda bir teminat ve yüklenici üzerinde manevi bir baskı aracı olarak ifaya eklenen ceza koşulu kayıtlarına yer verilmektedir. İnşaat sözleşmesinde yüklenicinin; inşa eserini meydana getirme ve teslim, inşa eserini yaparken özen gösterme ve sadakat borcu bulunmaktadır.

Eserin teslim tarihinin taraflarca kararlaştırılmadığı durumlarda bu tarih, TBK m. 90 ve TMK m.2 uyarınca bir yorum yapılarak belirlenir. Böyle bir durumda da TBK m. 179/2 anlamında “taraflarca kararlaştırılmış” bir teslim tarihinin varlığı kabul edilmemelidir.

TBK m. 118’e göre yüklenici *“temerrüde düştükten sonra borcunu ifa etmişse temerrüt tarihi ile ifa günü arasında geçen süre için gecikme tazminatı ödemekle yükümlü olacaktır.”* Gecikme tazminatı eserin sözleşmede kararlaştırılan teslim tarihi ile fiilen teslim tarihleri arasındaki dönem için talep edilebilecek farazi bir hesaba dayalı mahrum kalınan kira kaybı alacağını ifade eder. Yargıtay kararlarında bu tazminat kira kaybı tazminatı olarak geçer. Kira kaybı tazminatı; taraflar eserin geç teslimi sebebiyle ileride oluşacak gecikmelerden doğacak zararları önceden götürü olarak belirlemeleridir. Bu açıdan götürü tazminat niteliğindedir ve ifaya eklenen ceza koşulundan farklıdır.

İnşaat sözleşmelerinde ifaya eklenen ceza koşulunun talep edilebilmesi için sözleşmede kararlaştırılan ihlalin gerçekleşmesi şarttır. Alacaklı konumunda bulunan iş sahibinin hem asıl borç olan eseri hem cezayı talep edebilmesi hakından açıkça feragat etmemesine bağlıdır. Ayrıca iş sahibinin ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmamalıdır. Bu durum iş sahibinin ceza koşulundan zımnen vazgeçmesi olarak nitelendirilmektedir.

İfaya eklenen ceza koşulunun sıklıkla kararlaştırıldığı bir diğer sözleşme türü olan akaryakıt bayilik sözleşmesinin tarafları, ekinde fizibilite raporu olan bir sözleşmeyle karşılıklı yükümlülük altına girmektedirler. 5015 sayılı Kanun m. 7’de dağıtıcılara, m. 8’de ise bayilere rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmiştir. 5015 sayılı Kanunda akaryakıt bayilik sözleşmelerinin süresine ilişkin herhangi bir sınırlama mevcut değildir. İlgili kanun m. 7 ve 8’de düzenlenen rekabet etmeme yükümlülüğü ile düşünüldüğünde herhangi bir süre sınırı bulunmaması uygulamada sıkıntılara yol açmaktadır. Bu nedenle sözleşmelerin süresi yargı kararları ve özellikle Rekabet Kurumunun konu hakkında verdiği kararlarla belirlenmektedir. 5015 sayılı Kanun’a göre *“dağıtıcılar, lisans başvurularında asgarî yıllık 60.000 ton beyaz ürün (benzin, motorin) dağıtım projeksiyonu ile bayi bilgilerini EPDK’ya vermek zorundadır.”* Minimum satış taahhüdünün yerine

getirilmemesi halinde bayilere ceza koşulunu ifa yükümlülüğü getirilmektedir. İfaya eklenen ceza koşulunun ifasının talep edilebilmesi için bayinin bu minimum alım taahhüdüne uymaması gerekir. Dağıtıcının hem alım taahhüdüne uyulmasını hem de cezayı talep edebilmesi hakkında açıkça feragat etmemesine ve asıl borcu kabul ederken ifayı çekincesiz kabul etmemiş olmasına bağlıdır.

İfaya eklenen ceza koşulunun sıklıkla kararlaştırıldığı bir diğer anlaşma türü sistem kullanım anlaşmalarıdır. TEİAŞ, kanun gereği sisteme dahil olmak isteyen herkesi sistem kullanım anlaşmaları aracılığıyla sisteme dâhil etmek zorundadır. Bunun için, iletim faaliyetleri konusunda tek el konumunda bulunan TEİAŞ ile sistem kullanım anlaşması imzalamaları gerekmektedir. Gerçek veya tüzel kişi konumunda olan taraf iletim bedelini TEİAŞ'a ödeme yükümlülüğü altına girmiş olmaktadır. TEİAŞ'ın hazırladığı ve EPDK'nın onayına sunduğu sistem kullanım anlaşmalarında kullanıcı belirli ihlallere sebep olması durumunda ceza koşulu ifa etmekle mükellef kılınmıştır. TEİAŞ herhangi bir ihlal gerçekleştiği anda kullanıcıya bir uyarıda bulunacak ve ancak bundan sonra ihlal devam ederse ceza koşulu uygulayabilir. Yargıtay kararlarına sıkça konu olan ihtar şartı sebebiyle birçok kez haksız bulunan Kurum, 2012 tarihli değişiklikle ihtar şartını kaldırmıştır.

TEİAŞ, sistem kullanım anlaşması m. 9'da tanımlanan durumlardan birinin kullanıcı tarafından ihlal edilmesi halinde herhangi bir zararı olmasa dahi ceza koşulunu talep hakkı olmaktadır. TEİAŞ'ın hem cezanın hem asıl borcun ifasını talep edebilmesi için anlaşmada belirlenen ihlal hallerinden birinin gerçekleşmesi, hakkından açıkça feragat etmemesi ve ifayı kabul ederken saklı tutma beyanında bulunmuş olması şarttır.

KAYNAKÇA

AKÇAAL, Mehmet. Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt XVIII, s.49-69, Y. 2014.

AKKAN, Çiğdem. Akaryakıt Bayilik Sözleşmelerinde Rekabet Etmeme Yükümlülüğü, Rekabet Dergisi, No:15, s.3-58, Nisan 2014.

AKKAYAN YILDIRIM, Ayça. Cezai Şartın İşlevi, Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt LXI, S.1-2, s.357-414, 2003.

AKINTÜRK, Turgut. Şart Ve Mükellefiyet Kavramları Üzerinde Bir İnceleme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 27, S.3, s.219-247,1970.

ALTAŞ, Hüseyin. Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 1998.

ALTAŞ, Hüseyin. Munzam Zararda İspat Sorunu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 50 S.1, s.121-129, 2001.

ANIK, Gülgün. Borçlunun Temerrüdünden Dolayı Sözleşmeden Dönme, TBB Dergisi, Sayı 59, s.214-236, 2005.

ARKAN, Azra. Cezai Şart, İstanbul Barosu Dergisi, s.77-103, S.1-2-3, 1997.

ARSEBÜK, Ahmet Esat. Borçlar Hukuku, C.I-III, 3. Bası, Ankara 1950.

ATAMER, Yeşim. Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi. 2.Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul 2001.

AVCI, Ali. Eser (İstisna) Sözleşmesinde Şekil Ve Bağlanan Sonuçlar, TAAD, Y:6, S:21, s.285-335, Nisan 2015.

AYAN, Mehmet. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ekim 2016.

AYDEMİR, Efrail. Yorum ve Çözümleriyle Aşkın Zarar, Sözleşmenin Uyarlanması, Ceza Koşulu, Seçkin Yayıncılık, Ankara Aralık 2013.

BALKAYA, Tuğba. Nişanlılık Hukuku Ve Nişanlılıktaki Tazminat Davaları, İstanbul 2005.

BELL, Matthew/**MANLY**, Richard. Liquidated Damages and The Doctrine of Penalties Rethinking The War on Terrorem, The International Construction Law Review, Part 4, October 2012.

BERKİ, Osman Fazıl. Pey Akçesi, Rücu Tazminatı ve Cezai Şart, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt XVII, S.5, 279 vd. 1943.

BİLGE, Necip. Cezai Şart, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara 1957.

BİLİR, Dilek. Kamu İhale Mevzuatına Tabi İnşaat Sözleşmelerinin Sona Ermesi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2010.

BİRSEN, Kemalettin. Borçlar Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 1967.

BUZ, Vedat. Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.

BUZ, Vedat. Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Yetkin Yayınları 2014.

CANSEL, Erol/**ÖZEL**, Çağlar. Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu, Yaşar Üniversitesi Dergisi, Özel Sayı Vol 8, s.713-734, Ocak 2014.

ÇINAR, Ömer. Türk Borçlar Kanunu Ve Alman Medenî Kanununa Göre Cezai Şartın İndirilmesi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Y: 8, S.16, s.91-115, Güz 2009.

ÇOLAK, Haluk/**ALTUN**, Uğurtan. Bir Yaptırım Türü Olarak Para Cezalarının Teori ve Uygulamadaki Analizi, TBB Dergisi, S. 69, s.241-338, Ankara 2007.

DEMİRBAŞ, Harun. Yenilik Doğuran Haklar, Vedat Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2007.

DOĞAN, Beşir Fatih. TEİAŞ'ın Uyguladığı Cezai Şartların Hukuka Uygunluğu, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt IV, S.1, s.61-84, 2013.

DOĞAN, Gülmelahat. Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü, 2014/4 s.387-413, Ankara Barosu Dergisi, 2014.

EKİNCİ, Hüseyin. Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu Doktrin ve Uygulama, Seçkin Yayınları, Mart 2015.

EREN, Fikret. Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1996 (İnşaat).

EREN, Fikret. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.

EREN, Fikret. Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No.361, Sevinç Matbaası, 1975, Ankara (Uygun İlliyet).

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, 2. Bası, İstanbul 1977.

GOETZ, Charles/**SCOTT**, Robert. Liquidated Damages, Penalties and The Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach', Columbia Law Review, Vol.77, No.4 1977

GÜLSEVEN, Hilal. Cezai Şartın İndirilmesi, 1. Baskı, İstanbul 2015.

GÜNAY, Cevdet İlhan. Cezai Şart(BK m.158-161), Turhan Kitabevi, Ankara 2002.

GÜNDAY, Metin. İdare Hukuku, 11.Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2017.

HATEMİ, Hüseyin/**GÖKYAYLA**, Emre. Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.

HELVACI, Mehmet. Ticari İşletme Hukuku, Dördüncü Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015.

İMREGÜN, Oğuz. Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, 1. Baskı, Yasa Yayınları, İstanbul, 1989.

İNAN, Ali Naim/**YÜCEL**, Özge. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Seçkin, Yayıncılık, Ankara 2014.

İŞGÜZAR, Hasan. Tek Satıcılık Sözleşmesi, Ankara 1989.

İZMİRLİ, Mustafa Kağan. Cezai Şart, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Medeni Hukuk Bilim Dalı, Ankara 2010.

KAPANCI, Berk. Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013.

KAPLAN, İbrahim. İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2013.

KARAHASAN, M.Reşit. Para Borçlarında Cezai Şart, İstanbul barosu Dergisi Medeni Kanunun 40. Yılı Özel Sayısı, s.469-494, 1966.

KARATAŞ, İzzet. Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Sözkese Yayınları 2004.

KARAYALÇIN, Yaşar. Ticaret Hukuku Dersleri, C. I, Giriş-Ticari İşletme, 2. Baskı, Ankara 1960.

KAVAK, Yalçın. Borçlar Hukukunda Yazılı Şekil, 1. Baskı, İstanbul 2015.

KAYAK, Sevgi. Roma Hukukunda Cezai Şart; İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, S.1, s.237-258, 2006.

KAYIKÇI, Mehmet Suat. Akaryakıt Bayiilik Sözleşmelerinde Asgari Satış Taahhütleri ve Cezai Şart, LBF Partners. (Akaryakıt)

KAYIKÇI, Mehmet Suat. Petrol Piyasası Hukuku, 12 Levha Yayınları, Şubat 2015. (Petrol)

KAZMAZ, Büşra. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 10. Maddesi Uyarınca Sözleşmenin İfa Yerinin Tespiti, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C.16, s.1935-1950, 2014.

KILIÇOĞLU, Ahmet Mithat. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2017.

KIRKBEŞOĞLU, Nagehan. Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, Vedat Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2011.

KOCAĞA, Köksal. İnşaat Sözleşmesinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart Mı Yoksa Götürü Tazminat Mıdır? TBB Dergisi, S. 74, s.149-157, 2008. (Götürü Tazminat)

KOCAĞA, Köksal. Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.

KOCAĞA, Köksal. İnşaat Sözleşmesi, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2014. (İnşaat)

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/**HATEMİ**, Hüseyin/**SEROZAN**, Rona/**ARPACI**, Abdülkadir. Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, 7. baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul 2017.

KOÇİSARLIOĞLU, Cengiz. Objektif sorumluluğun Genel Teorisi Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.175-305, Ankara 1978.

KUNTER, Nurullah : Ödendikten Sonra Azaltılabilirmeleri Bakımından Cezai Şart, Adliye Ceridesi 1940.

NOMER, Haluk. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, 15. Bası, Eylül 2017.

OLUWADAMİLOLA, Odetola. Penalties and Liquidated Damages in a Changing World: Rethinking the Common Law Position', Afe Babalola University: Journal of Sustainable Development Law and Policy, Vol. 6:1 2015.

OĞUZMAN, Kemal/**ÖZ**, Turgut. Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 16. Baskı, İstanbul 2018.

OĞUZMAN, M. Kemal/**BARLAS**, Nami. Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar 23. Baskı, Vedat Kitabevi, İstanbul 2017.

OZANOĞLU, Hasan Seçkin. İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya eklenen Ceza koşulu Kayıtları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 3, Sayı 1-2, s.60-118, Haziran-Aralık 1999.

ÖZ, Turgut. İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin İlgili Hükümleri İle Birlikte, İstanbul 1989.

ÖZEL, Çağlar. Genel İşlem Koşulları Meselesi ve Borçlar Kanunu Tasarısının Genel İşlem Koşullarına Yönelik Olarak Getirdikleri, Sosyo-Ekonomi Dergisi, S.1, s.153-167, Ocak-Haziran 2006.

ÖZMEN, Adem. Borçlar Hukukunda Cezai Şartın İndirilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2011.

ÖZTAN, Fırat. Kıymetli Evrak Hukuku, 20. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2016.

PARLAK BÖRÜ, Şafak. Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış, TBB Dergisi, s.197-228, 2017.

PEKCANITEZ, Hakan/**ATALAY**, Oğuz/**ÖZEKES**, Muhammet. Medenî Usûl Hukuku, 14. Bası, Ankara 2017.

REİSOĞLU, Safa. Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2014.

REİSOĞLU, Seza. Banka Uygulamaları Açısından Yeni Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşulları ve Eleştirisi, Bankacılar Dergisi, S. 77, s.108-117, 2011.

SARI, Suat. Götürü Tazminat Kavramı Üzerine, Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Önemli Gelişmeler Ve Güncel Sorunlar Sempozyumu, 12 Levha Yayınları 2011.

SAYMEN, Ferit H. Borçlar Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler, Cilt I, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası 1950.

SAYMEN Ferit H./**ELBİR** Kemal. Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, İstanbul 1966.

SELİÇİ, Özer. Borçlar Kanuna Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1977.

SEROZAN, Rona. Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975.

ŞAHİN, Turan. Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2012.

ŞENGÜL, Mehmet. Seçimlik Borçlara İlişkin Temel Özellikler Ve Seçimlik Borçların İfası, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15, S. 3-4, s.207-248, 2011.

ŞEREMET, Melis. İnşaat sözleşmeleri ve “FIDIC”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 80, S. 4, s.1549-1562, 2006.

TAMER, Ahmet. Tacirler Bakımından Cezai Şart (Ceza Koşulu), TAAD, Y:4 S:14, s.731-770, Temmuz 2013.

TEKİNAY, S.Sulhi/**AKMAN**, Sermet/**BURCUOĞLU**, Haluk/**ALTOP**, Atilla Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.

TUNÇOMAĞ, Kenan. Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul Hukuk Fakültesi Yayınları, Baha Matbaası, İstanbul 1963.

ÜLGEN, Hüseyin. Ticari İşletme Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık 2006.

WUYTS, Filip. Penalty Clauses and Liquidated Damages, Encyclopedia of Law and Economics, V.III, The Regulation of Contracts, Cheltenham-UK 2000.

YAĞCIOĞLU, Burcu. Bağlanma Parası, Cayma Parası, Bunların Ceza Koşuluyla Benzerlikleri, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C.19 s. 1207-1270, Özel Sayı 2017.

YELMEN, Adem. Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

YILDIRIM, Uğur. Cezai Şart, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010.

YILDIRIM, Abdülkerim. Türk Borçlar Hukuku, 5. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2016.

YILDIZ, Selim/**YILDIZ**, Seren Öztürk/**YILDIZ**, Tuba Enes. Akaryakıt ve LPG Hukuku, Adalet Yayınları, Ankara 2011.

YILMAZ, Ejder. İfa Yeri Mahkemesinin Yetkisi (Yargıtay'ın Bir Kararı Münasebetiyle) Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı, TBB Yayını, s.963-979, Ankara 1999.

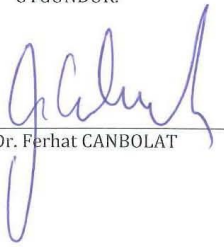
www.rekabet.gov.tr

www.resmigazete.gov.tr

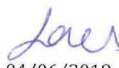
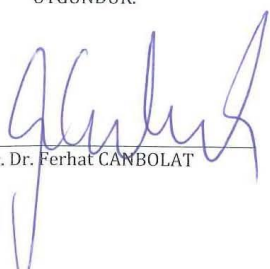
www.likpetder.com



EK 1: TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU

	HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ YÜKSEK LİSANS TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU								
HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI BAŞKANLIĞI'NA									
Tarih: 04/06/2018									
Tez Başlığı: İFAYA EKLENEN CEZA KOŞULU Yukarıda başlığı gösterilen tez çalışmamın a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 154 sayfalık kısmına ilişkin, 04/06/2018 tarihinde tez danışmanım tarafından Turnitin adlı intihal tespit programından aşağıda işaretlenmiş filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezimin benzerlik oranı % 9'dur. Uygulanan filtrelemeler: 1- ☒ Kabul/Onay ve Bildirim sayfaları hariç 2- ☒ Kaynakça hariç 3- ☒ Alıntılar hariç 4- ☐ Alıntılar dâhil 5- ☒ 5 kelimeden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nı inceledim ve bu Uygulama Esasları'nda belirtilen azami benzerlik oranlarına göre tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim. Gereğini saygılarımla arz ederim.  04/06/2018 <table style="width: 100%; margin-top: 20px;"> <tr> <td style="width: 30%;">Adı Soyadı:</td> <td>Savaş KORKMAZ</td> </tr> <tr> <td>Öğrenci No:</td> <td>N13225068</td> </tr> <tr> <td>Anabilim Dalı:</td> <td>Özel Hukuk Anabilim Dalı</td> </tr> <tr> <td>Programı:</td> <td>Tezli Yüksek Lisans Programı</td> </tr> </table>		Adı Soyadı:	Savaş KORKMAZ	Öğrenci No:	N13225068	Anabilim Dalı:	Özel Hukuk Anabilim Dalı	Programı:	Tezli Yüksek Lisans Programı
Adı Soyadı:	Savaş KORKMAZ								
Öğrenci No:	N13225068								
Anabilim Dalı:	Özel Hukuk Anabilim Dalı								
Programı:	Tezli Yüksek Lisans Programı								
<u>DANIŞMAN ONAYI</u> UYGUNDUR.  Doç. Dr. Ferhat CANBOLAT									

EK 2: ETİK KOMİSYON MUAFİYETİ FORMU

	HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ TEZ ÇALIŞMASI ETİK KOMİSYON MUAFİYETİ FORMU
HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI BAŞKANLIĞI'NA	
Tarih: 04/06/2018	
Tez Başlığı: İFAYA EKLENEN CEZA KOŞULU	
Yukarıda başlığı gösterilen tez çalışmam:	
1. İnsan ve hayvan üzerinde deney niteliği taşımamaktadır, 2. Biyolojik materyal (kan, idrar vb. biyolojik sıvılar ve numuneler) kullanılmasını gerektirmemektedir. 3. Beden bütünlüğüne müdahale içermemektedir. 4. Gözlemsel ve betimsel araştırma (anket, mülakat, ölçek/skala çalışmaları, dosya taramaları, veri kaynakları taraması, sistem-model geliştirme çalışmaları) niteliğinde değildir.	
Hacettepe Üniversitesi Etik Kurullar ve Komisyonlarının Yönergelerini inceledim ve bunlara göre tez çalışmamın yürütülebilmesi için herhangi bir Etik Kurul/Komisyon'dan izin alınmasına gerek olmadığını; aksi durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.	
Gereğini saygılarımla arz ederim.  04/06/2018	
Adı Soyadı: Savaş KORKMAZ Öğrenci No: N13225068 Anabilim Dalı: Özel Hukuk Programı: Tezli Yüksek Lisans Statüsü: ☒ Yüksek Lisans ☐ Doktora ☐ Bütünleşik Doktora	
<u>DANIŞMAN GÖRÜŞÜ VE ONAYI</u>	
UYGUNDUR.  Doç. Dr. Ferhat CANBOLAT	