T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA CEZA KOŞULU

DOKTORA TEZİ

Işıl YELKENCİ

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Mehmet ERDEM

HAZİRAN 2022

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ 1

BİRİNCİ BÖLÜM Ceza Koşulunun Kavramsal Çerçevesi: Ceza Koşulu Nedir, Ne İşe Yarar? 1

I. Terminoloji 1

II. Tanım ve Kavram 4

III. İsviçre-Türk Hukukundaki Ceza Koşuluna İlişkin Kuralların Tarihi Kökeni 7

A. Roma Hukukunda Ceza Koşulu 7

B. Orta Çağ Kanon Hukukunda Ceza Koşulu Kavramına İlişkin Önemli Gelişmeler 14

C. Mehaz Kanuna Bir Adım Kala: 1881 tarihli İsviçre Federal Borçlar Kanunu 16

D. Tarihi Değerlendirmeye İlişkin Sonuç 17

IV. Ceza Koşuluna İlişkin Kanuni Düzenlemeler 18

V. Ceza Koşulunun İşlevleri 20

A. Ceza Koşuluna Karakterini Veren Klasik İşlevler 21

1. Asli İşlev: Borçluyu İfaya Zorlamak 22

a. Borçluyu İfaya Zorlayıcı İşlevin İfa Menfaatinin Korunması Bakımından Önemi 23

b. Ceza Koşulu Üzerindeki Yargısal Denetimin İfaya Zorlama İşlevi Üzerindeki Etkisi 26

c. Etkin İhlal Teorisi: Borçluyu İfaya Zorlamanın Yerinde Bir Hukuk Politikası Tercihi Olup Olmadığı Sorunu Üzerine 29

i. Etkin İhlal Teorisinin Dayandığı Varsayım ve Sunduğu Önerme 29

ii. Etkin İhlal Teorisinin Farklı Senaryolardaki Görünümü 33

iii. Etkin İhlal Teorisine Yönelik Eleştiriler 37
(1) Ekonomik Etkinlik Kriterini Esas Alan Eleştiriler 38
(2) Ekonomik Etkinlik Kriterine Yönelik Eleştiriler 51
iv. Değerlendirmemiz 54
2. İkincil İşlev: Alacaklının Zararını Tazmin Etmek 56
a. Alacaklının Zararını Tazmin Edici İşlevin İfa Menfaatinin Korunması Bakımından Önemi 57
i. İspat Yükü Sorununu Aşmak 58
ii. Zarar Kavramının Dar Kalıplarını Aşmak 59
(1) Şans Kaybı 60
(2) Subjektif Zarar 62
b. Ceza Koşulu Üzerindeki Yargısal Denetimin Zararı Tazmin Edici İşlev Üzerindeki Etkisi 64
i. Anglo-Amerikan Hukuk Çevresi Bakımından 64
ii. İsviçre-Türk hukuku bakımından 69
B. Ceza Koşulunun Üstlenebileceği Diğer İşlevlere Bir Örnek: Borçlunun Güvenilirliği Konusunda Karşı Tarafa Sinyal Verme 70
İKİNCİ BÖLÜM Ceza Koşulunun Morfolojisi: Ceza Koşuluna Karakterini Veren Unsurlar ve Özellikler Nelerdir? 74
I. (Geniş Anlamda) Ceza Koşulunun Unsurları 74
A. Asıl Borç 74
1. Asıl Borcun Kaynağı 75
a. Sözleşme Dışında Bir Kaynaktan Doğmuş Borcun İfasına İlişkin Ceza Koşulu Kararlaştırılmasının Mümkün Olup Olmadığı Sorunu 75
b. Sözleşme Dışında Bir Kaynaktan Doğmuş Borcun İfasına İlişkin Ceza Koşulu Kararlaştırılmasının Sonuçları 79
2. Asıl Borcun Konusu 82
a. Kural: Sözleşme Serbestisi 82

i. Para Borçları 84

(1) Alacaklının asıl borç için işlemiş temerrüt faizi ile sözleşme cezasını birlikte talep edip edemeyeceği sorunu 86

(2) Sözleşme cezasının TBK m. 88/II ve TBK m. 120/II uyarınca sınırlamaya tâbi olup olmadığı sorunu 90

ii. Eksik Borçlar 93

b. İstisna: Ceza Koşulu Yasakları 99

i. Kira Sözleşmesi Bağlamında TBK m. 346 Uyarınca Ceza Koşulu Yasağı 99

ii. Hizmet Sözleşmesinde TBK m. 420/I Uyarınca İşçi Aleyhine Tek Taraflı Ceza Koşulu Yasağı 104

iii. Tüketici İşlemlerinde Tüketici Aleyhine Ceza Koşulu Yasakları 105

iv. Kıymetli Evrak Hukukundaki Sıkı Şekil Şartlarından Kaynaklanan Ceza Koşulu Yasakları 108

v. Aile Hukukundaki Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Hakların Kullanılmasına İlişkin Ceza Koşulu Yasağı 109

vi. Dernekten veya Kooperatiften Çıkma Hakkının Kullanılmasına İlişkin Ceza Koşulu Yasağı 112

vii. Vekâlet sözleşmesini Sona Erdirme Hakkkının Kullanılmasına İlişkin Ceza Koşulu Yasağı 114

B. Sözleşme Cezası 120

1. Sözleşme Cezasının Konusu 120

a. Bir Miktar Paranın Ödenmesi 122

b. Para Dışındaki Edimlerin İfası 127

c. Borçlunun Bir Hakkı Veya Yetkiyi Kaybetmek Suretiyle Hukuki Olumsuzluğa Katlanması 128

2. Sözleşme Cezasının Belirlenmesi 136

3. Sözleşme Cezasının Miktarına İlişkin Sınırlar 138

a. TBK m. 27 Uyarınca Ahlâka Aykırılık Sınırı ile TBK m. 182/III Uyarınca Sözleşme Cezasının İndirilmesi 139
b. Aşırı Yararlanma 141
c. Sözleşme Cezası Miktarına İlişkin Özel Sınırlar 141
d. Faiz Sınırlamaları? 142
C. (Dar Anlamda) Ceza Koşulu 142
1. Bir Hukuki İşlem Olarak Ceza Koşulu 143
2. Taraflar 147
3. Ceza Koşulunun Kararlaştırılma Zamanı ve Yöntemi 150
4. Genel İşlem Koşulları Vasıtasıyla Ceza Koşulu Kararlaştırılması 151
5. Ceza Koşulunun Şekli 156
a. Ceza Koşulunun Şekil Şartına Tâbi Olduğu Hâller 158
i. Asıl Borcun Doğduğu Hukuki İşlemin Şekil Şartına Tâbi Olması 158
(1) Asıl Borcun Doğduğu Hukuki İşlemin Kanunen Şekil Şartına Tâbi Olması 159
(2) Asıl Borcun Doğduğu Hukuki İşlemin Tarafların İradesiyle Şekil Şartına Tâbi Kılınmış Olması 172
ii. Doğrudan Ceza Koşulunun Tarafların İradeleri Doğrultusunda Şekil Şartına Tâbi Olması 174
b. Ceza Koşulunun Şekil Şartına Uymamasının Sonuçları 175
II. Ceza Koşulu Açısından *Sine Qua Non* Özellikler 178
A. Ceza Koşulunun Ferî Niteliği ve Buna Bağlı Sonuçlar 178
1. Ferîlik İlişkisinin Özellikleri 179
a. Tek Yönlülük 179
b. Süre Bakımından Sınırlılık 181
c. Ceza Koşulu Nitelendirmesi Bakımından *Sine Qua Non* Olma 182
2. Ferîlik İlişkisinin Sonuçları 183

a. Asıl Borcun Geçersizliğinin Ceza Koşulu Üzerindeki Etkisi 183
b. Asıl Borcun Sona Ermesinin Ceza Koşulu Üzerindeki Etkisi 187
c. Asıl Alacağın Devri 190
i. Asıl Alacağın Sözleşme Cezası Henüz Muaccel Olmamışken Devri 190
ii. Asıl Alacağın Sözleşme Cezası Muaccel Olduktan Sonra Devri 196
d. Asıl Borcun Üstlenilmesi 196
e. Savunmalar ve Özellikle Zamanaşımı 198
f. Teminat Altına Alınma 200
i. Taşınmaz Rehninin Teminat Altına Aldığı Alacak Yönünden Kapsamı ve Sözleşme Cezası 201
ii. Taşınır Rehninin Teminat Altına Aldığı Alacak Yönünden Kapsamı ve Sözleşme Cezası 201
iii. Kefilin Sözleşme Cezasından Sorumluluğu 203
g. Ferîlik İlişkisinin Diğer Sonuçları 205
B. Zarardan Bağımsızlık 206
C. Ceza Koşulunun Yapısından Kaynaklanan Özellik: Koşula Bağlı Borç 207
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM Ceza Koşulunun Benzer Hukuki Kurumlar ile İlişkisi: Ceza Koşulunu Diğer Hukuki Kurumlardan Ayıran Nedir? 211
I. Götürü Tazminat Anlaşması 211
A. Ceza Koşulu ile Götürü Tazminat Anlaşması Arasındaki Kavramsal Sınır 212
B. Somut Olaydaki Anlaşmanın Ceza Koşulu veya Götürü Tazminat Anlaşması Olarak Nitelendirilmesi 221
C. Götürü Tazminat Anlaşmasına Uygulanacak Kurallar ve Özellikle Ceza Koşuluna İlişkin Hükümlerin Uygulanma Kabiliyeti 233
II. Bağlanma Parası 247
III. Cayma Parası 251
IV. Dönme cezası 257

V. Gerçek Olmayan Ceza Koşulu 261

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM Ceza Koşulunun Hükümleri: Ceza Koşulu Kararlaştırılmış Olmasının Sonuçları Nelerdir? 268

I. Sözleşme Cezasının Türleri: Seçimlik, İfaya Eklenen ve Münhasır Sözleşme Cezaları 268

A. Sözleşme Cezasının Türü Konusunda Kanunda Öngörülmüş Karineler 270

B. Tarafların Sözleşme Cezasının Türü Konusundaki İradelerinin Yorumu 278

II. Sözleşme Cezasının Muaccel Olmasının Koşulları 287

A. Borçlunun Asıl Borcu İhlal Etmesi Neticesinde Geciktirici Koşulun Gerçekleşmiş Olması 287

B. Borçlunun İhlalden Ötürü Sorumlu Tutulabiliyor Olması 297

C. Alacaklının Zarara Uğramış Olmasının Aranmaması 317

III. Sözleşme Cezasını Aşan Zararın Tazmini 318

IV. Sözleşme Cezasının Muacceliyetinin Sonuçları 325

A. Seçimlik Sözleşme Cezası 326

1. Alacaklının Asıl Borç İle Sözleşme Cezası Arasındaki Seçim Hakkının Hukuki Niteliği ve Kullanılması 326

2. Seçimlik Sözleşme Cezası ile Asıl Borcun İhlalinden Kaynaklanan Diğer Haklar Arasındaki Etkileşim 336

a. İfa imkânsızlığı 338

b. Borçlu Temerrüdü 339

c. Eksik İfa 344

d. Ayıplı İfa 347

B. İfaya Eklenen Sözleşme Cezası 347

1. İfaya Eklenen Sözleşme Cezası ile Asıl Borcun İhlalinden Kaynaklanan Diğer Haklar Arasındaki Etkileşim 348

a. Borçlu Temerrüdü 349

b. Ayıplı İfa 358

2. Süreye Bağlı Sözleşme Cezaları Bakımından Gündeme Gelebilecek Sorunlar 360
3. Alacaklının Sözleşme Cezasına İlişkin Hakkını Sona Erdiren Özel Durumlar 363
a. Sözleşme Cezasından Feragat 363
b. Asıl Borcun İfasını Çekincesiz Kabul 364
C. Münhasır Sözleşme Cezası 372
D. Sözleşme Cezası Borcunun İfasına İlişkin Bazı Genel İlkeler 373
V. Sözleşme Cezasının İndirilmesi 376
A. Sözleşme Cezası Üzerindeki Yargısal Denetimin Tarihsel Gelişimi ve Kıta Avrupası Hukukuna Genel Bakış 378
B. TBK m. 182/III Uyarınca Yapılan İndirime Genel Bakış 381
C. TBK m. 182/III Uyarınca Yapılan İndirimin Hukuki Niteliği 384
D. Sözleşme Cezasında İndirim Yapılmasının Koşulları 390
1. Sözleşme Cezasının İndirilmesinin Ön Koşulu Olarak Ceza Koşulunun Geçerli Olması ve TBK m. 27'nin Sözleşme Cezasının Miktarı Bakımından Uygulanabilirliği Meselesi 390
2. Sözleşme Cezasının Muaccel Olması 395
3. Sözleşme Cezasının Aşırı Olması 396
a. Aşırılığın Değerlendirilmesi Bakımından Esas Alınacak An 398
b. Aşırılığın Değerlendirilmesi Bakımından Esas Alınacak Kriterler 401
i. Alacaklının İfa Konusundaki Menfaati 401
ii. Alacaklının Zararı 403
iii. Borca Aykırılığın Ağırlığı 404
iv. Borçlunun Asıl Borcun İhlalindeki Kusuru 405
vi. Tarafların ve Özellikle Borçlunun Ekonomik Durumu 406
vii. Borçlunun İhlal Neticesinde Elde Ettiği Yarar 408

viii. Diğer Kriterler 408
4. Henüz İfa Edilmemiş Olmanın Koşul Olarak Aranmaması 409
5. Borçlunun Talebinin Koşul Olarak Aranmaması 412
E. Sözleşme Cezasında İndirimin Gerçekleştirilmesi 415
F. Tacirler Açısından Sözleşme Cezasının İndirilmesi Yasağı 420
1. TTK m. 22'nin Uygulama Alanı 421
a. Borçlunun Tacir Sıfatı 422
b. Asıl Borcun Borçlu Tacir Açısından Ticari Borç Niteliği Taşıması 427
c. İspat Yükü 429
2. Sözleşme Cezası Miktarı Bakımından Gündeme Gelebilecek Alternatif Korumalar 429
a. Genel İşlem Koşulu Denetimi 430
b. Ahlâka Aykırılık 433
i. Ahlâka Aykırılık İçin Aranan Eşik 435
ii. Ahlâka Aykırılık Durumunda Yaptırımın Mahiyeti 438
BEŞİNCİ BÖLÜM İngiliz Hukukunda Ceza Koşulu: Karşılaştırmalı Hukuk Bize Ceza Koşulu Hakkında Ne Öğretebilir? 440
I. İngiliz Hukukunun Ceza Koşuluna Yaklaşımının Tarihi Kökeni 441
A. İlk Dönem Sözleşme Cezası Örnekleri 441
B. Geçersizleşme Koşullu Ceza Bonoları 443
C. *Equity*'nin Borçlulara Sunduğu Cezadan Kurtulma İmkânı ve Bu İmkânın Genişlemesi 453
D. *Equity*'nin Çözümünün *Common Law* Çerçevesinde Benimsenerek Genelleşmesi 459
E. On Dokuzuncu Yüzyılda Sözleşme Özgürlüğü Kavramının Yükselişi Karşısında Ceza Kayıtları 462
II. *Dunlop* Kararı Işığında Ceza Kayıtlarına İlişkin Yirminci Yüzyıl Uygulaması 469

III. *Cavendish/ParkingEye* Kararı Sonrasında İngiliz Hukukunun Ceza Koşuluna Güncel Yaklaşımı 479

A. Ön Değerlendirme: İlgili Hüküm Sözleşme Cezası Doktrininin Nitelik Testine Tâbi Tutulacak mı? 484

1. Tetikleyici Olgu Bakımından Ön Değerlendirme: Asli Yükümlülük İhlali 485

2. Konu Bakımından Ön Değerlendirme: Bir Miktar Paranın Ödenmesi Borcu veya Borçlu Nezdinde Olumsuzluk Yaratan Başkaca Durumlar 498

a. Borçlunun Para Dışında Kalan Malvarlığı Değerleri Üzerindeki Hakları Ve Özellikle Mülkiyeti Alacaklıya Devretmesi 499

b. Borçlunun Sözleşmeyi İhlal Etmeseydi Kazanacağı Menfaatlere İlişkin Alacak Hakkını Kaybetmesi 501

c. Borçlunun Kapora Olarak Alacaklıya Yapmış Olduğu Ödemenin İadesinden Yoksun Kalması 505

B. Sözleşme Cezası Doktrininin Nitelik Testi Işığında Götürü Tazminat ile Sözleşme Cezası Ayrımı 509

1. Alacaklının İfa Konusunda Meşru Menfaati 514

a. İlgili Yükümlülüğün Önemi Ve Bu Yükümlülüğün İhlal Edilmesinin Doğuracağı Sonuçların Ciddiyeti 524

b. İhlalin Üçüncü Kişilerin Ve Genel Olarak Kamunun Menfaati Üzerindeki Etkisi 525

c. Para İle Ölçülemeyen Menfaatlerin Korunması 527

2. Borçluya Yüklenmiş Yükümlülüğün Alacaklının Meşru Menfaatine Kıyasla Aşırılığı 528

3. Tarafların Özellikleri ve Sözleşmenin Akdedildiği Koşullar Doğrultusunda Götürü Tazminat Karinesi 530

4. Değerlendirmede Hangi Anın Esas Alınacağı 532

5. İspat Yükü 534

C. Götürü Tazminat veya Sözleşme Cezası Nitelendirmesinin Sonuçları 535
1. Götürü Tazminat Anlaşması Nitelendirmesinin Sonuçları 535
a. Alacaklının Gerçekte Uğramış Olduğu Zarar Götürü Tazminattan Daha Az İse 537
b. Alacaklının Gerçekte Uğramış Olduğu Zarar Götürü Tazminattan Daha Fazla İse 537
2. Ceza Koşulu Nitelendirmesinin Sonuçları 540
IV. Genel Değerlendirme 544
SONUÇ 551
KAYNAKÇA 559

KISALTMALAR

AlmMK	: Alman Medeni Kanunu *(Bürgerliches Gesetzbuch)*
ATF	: Arrêt du Tribunal fédéral
BGH	: Bundesgerichtshof
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
c.	: Considérant
çev.	: Çevirmen
dn.	: Dipnot
ed.	: Editör
eBK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
eMK	: 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi
eİsvBK	: 1881 tarihli İsviçre Federal Borçlar Kanunu *(Code fédéral des obligations (du 14 juin 1881) / Bundesgesetz über das Obligationenrecht. (vom 14. Juni 1881))*
eTTK	: 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu
FrMK	: Fransız Medeni Kanunu *(Code civil)*
İsvBK	: İsviçre Borçlar Kanunu *(Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) du 30 mars 1911 / Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911)*
JdT	: Journal des Tribunaux
m.	: Madde
PECL	: Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri *(Principles of European Contract Law)*
para.	: Paragraf

S.	: Sayı
s.	: Sayfa
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TC	: Tribunal cantonal
TF	: Tribunal fédéral
TKHK	: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
UNIDROIT İlkeleri	: Uluslararası Ticari Sözleşmeler İçin UNIDROIT İlkeleri *(UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts)*
Y.	: Yıl

RESUME

La clause pénale est un accord entre le débiteur et le créancier, en vertu duquel le débiteur promet de fournir une prestation ou de subir un certain désavantage juridique s'il viole le contrat. La prestation ou le préjudice juridique est de nature « pénale », car il dépasse le préjudice prévisible subie par le créancier et les dommages-intérêts prévisibles à accorder par le tribunal en cas de violation du contrat.

À ce jour, les clauses pénales remplissent deux fonctions importantes. La fonction principale de la clause pénale est de contraindre le débiteur à exécuter l'obligation principale. La clause pénale augmente le coût d'une violation potentielle, de sorte qu'elle fonctionne à un stade antérieur à la violation et incite le débiteur à exécuter. On s'attend à ce qu'un débiteur rationnel s'exécute une fois que la clause pénale augmente le coût de la violation pour dépasser le coût de l'exécution. Par conséquent, la clause pénale protège mieux l'intérêt d'exécution et sert lorsque l'exécution en nature est insuffisante. Si l'obligation principale est violée d'une manière ou d'une autre, la fonction subsidiaire de la clause pénale intervient et compense la perte subie par le créancier. Les règles par défaut du droit des contrats ne compensent généralement que partiellement la perte effectivement subie par le créancier. Pourtant, la clause pénale oblige le débiteur fautif à exécuter la totalité de la peine conventionelle, quel que soit le montant du préjudice réellement subie par le créancier. Par conséquent, la clause pénale sert à indemniser facilement et intégralement le créancier, y compris la perte qui ne doit pas être indemnisée en vertu des règles du droit des contrats par défaut. La première de ces deux fonctions caractérise particulièrement la clause pénale.

La clause pénale se compose de trois éléments principaux : l'obligation principale, la peine conventionelle et l'accord. La clause pénale a également des caractéristiques *sine qua non*. Si les parties concluent un accord qui exclut ces caractéristiques, un tel accord ne saurait être qualifié de claues pénale. Premièrement, la peine conventionelle est accessoire en ce sens qu'elle est subordonnée à l'obligation principale. Deuxièmement, la peine conventionelle est due quel que soit le préjudice effectivement subi par le créancier. Enfin, la peine conventionelle est une promesse sous condition suspensive.

La clause pénale diffère de la forfaitisation du dommage, des arrhes, dédit réel, dédit consensuel dans ses fonctions et sa structure. La frontière entre les clauses pénales et les clauses de la forfaitisation du dommage en particulier doit être soigneusement tracée. La frontière conceptuelle entre ces deux concepts juridiques est la fonction de l'accord. La fonction principale de la clause pénale est de contraindre le débiteur à exécuter l'obligation principale. Il ne fait aucun doute que la clause pénale a pour fonction de compenser le préjudice subi par le créancier si la fonction principale échoue et que l'obligation principale est violée d'une manière ou d'une autre. Pourtant, cette fonction reste subsidiaire à contrainre à exécuter. D'autre part, la clause de la forfaitisation du dommage fonctionne dans l'autre sens. La clause de la forfaitisation du dommage sert principalement à compenser le préjudice prévu en raison de la violation de l'obligation principale. La responsabilité de payer un montant défini convenu dans la clause de la forfaitisation du dommage incite davantage le débiteur à exécuter, par rapport à la responsabilité de payer un montant indéfini de dommages-intérêts compensatoires. La fonction principale et dominante de la clause de la forfaitisation du dommage demeure toujours d'indemniser la perte subie par le créancier du fait de la violation de l'obligation principale.

Ladite différence entre les fonctions des clauses pénales et des clauses de la forfaitisation du dommage peut également être observée dans la relation entre le préjudice prévisible à subir par le créancier et le montant convenu à payer par le débiteur. Le montant convenu au titre de la clause pénale dépasse largement le préjudice prévisible. En ce sens, elle oblige le débiteur à s'exécuter avec plus de force que les règles par défaut prévues par le droit des contrats. Clause de la forfaitisation du dommage, d'autre part, comprend une véritable estimation du préjudice prévisible à subir par le créancier. En ce sens, elle vise à indemniser le préjudice subi par le créancier en cas de violation contractuelle.

Selon l'article 179 du TCO, les types de peines conventionelles peuvent être classés en trois catégories. Dans le cadre de la « peine conventionelle alternative », le créancier peut choisir et réclamer l'exécution soit de l'obligation principale, soit de la peine conventionelle. Dans le cas d'une " peine conventionelle complémentaire", le créancier peut réclamer l'exécution de la peine conventionelle en plus de l'obligation principale. La « peine conventionelle exclusive » permet au créancier de ne réclamer

que la peine conventionelle; les réclamations concernant l'obligation principale sont exclues.

Selon le principe de la liberté contractuelle, les parties sont libres de choisir le type de peine conventionelle qu'elles souhaitent adopter. Pourtant, l'article 179 du TCO énonce certaines hypothèses à intervenir s'il n'est pas possible de tirer une conclusion claire sur l'interprétation des intentions des parties. Selon nous, la peine conventionelle convenue pour l'inexécution de l'obligation principale est présumée alternative (TCO Art. 179/I); la peine conventionelle convenue pour l'exécution indue de l'obligation principale est présumée complémentaire (CTO art. 179/II).

La peine conventionelle est due d'elle-même dès la réalisation de deux conditions cumulatives, si aucune autre date n'est convenue par les parties. En premier lieu, la condition suspensive de la peine contractuelle est remplie dès la violation par le débiteur de l'obligation principale. Deuxièmement, le débiteur sera tenu responsable dudit manquement. Compte tenu du moment où le débiteur doit être tenu responsable dudit manquement, les règles générales du droit des contrats doivent être suivies.

Selon le principe de la liberté contractuelle, les parties sont censées déterminer librement le montant de la sanction sans aucune intervention judiciaire. Pourtant, l'hypothèse sur laquelle repose le principe de la liberté contractuelle est loin de la réalité. Le premier problème avec l'hypothèse est que la partie la plus faible peut ne pas mettre en œuvre les décisions qui maximisent son propre intérêt en raison de la pression de l'autre partie. Le deuxième problème est que les parties peuvent ne pas être en mesure de prendre les décisions qui maximisent leur propre intérêt en raison de la psychologie humaine en premier lieu. Compte tenu de la fragilité de l'hypothèse sur laquelle repose le principe de la liberté contractuelle, attribuer le caractère sacré à ce principe comme dans le libéralisme du XIXe siècle semble être une erreur. Les législateurs ont limité le principe à travers diverses institutions juridiques. Concernant la clause pénale, tous les législateurs ont opté pour un certain type de contrôle juridictionnel sur le montant de la peine contractuelle. Bien qu'ils diffèrent sur leurs détails, ces mécanismes de contrôle judiciaire ont tous pour objectif commun d'empêcher un déséquilibre entre les intérêts des parties à un niveau inacceptable.

L'article 182/III du TCO, qui énonce le contrôle juridictionnel sur le montant de la pénalité contractuelle, est une règle impérative. À notre avis, le pouvoir du tribunal de réduire des pénalités contractuelles exorbitantes trouve sa source dans l'interdiction d'abus des droits. S'accorder sur un montant « exorbitant » de pénalité contractuelle manifeste que les limites légales sont transgressées et que les droits sont abusés. À ce stade, le tribunal intervient et détermine à quel niveau la demande de peine conventionelle est autorisée de bonne foi.

L'application de l'article 182/III du TCO est limitée par l'article 22 du TCC, qui stipule que la réduction d'une peine conventionelle n'est pas autorisée pour les commerçants. Les peines conventionelles convenues pour les obligations des commerçants ne sont pas amoindries car exorbitantes. À notre avis, l'idée d'inclure tous les commerçants dans le même pot sans aucune différenciation est dépassée et fallacieuse. Or, le seul contrôle juridictionnel sur le montant de la pénalité contractuelle n'est pas l'article 182/III du TCO. Les commerçants peuvent encore bénéficier de la protection des TCO art. 20 et suivants TCO art. 27.

Les systèmes de common law adoptent en général une approche plus conservatrice en matière de clauses pénales, de sorte qu'ils déclarent ces clauses inapplicables. Une telle approche est enracinée dans la doctrine de la peine qui remonte au début du droit anglais. Dans *Dunlop Pneumatic Tire Co.Ltd. v. Nouveau Garage & Motor Co.Ltd.* datée de 1914, la Chambre des Lords a fait la distinction entre les clauses pénales et les clauses de dommages-intérêts et l'applicabilité limitée des clauses pénales. Pourtant, la Cour suprême du Royaume-Uni a initié un changement de paradigme dans la doctrine de la peine avec *Cavendish Square BV c. Makdessi ve ParkingEye Ltd c. Beavis* daté de 2015. Selon le jugement convenu, les montants qui dépassent une véritable estimation de la perte et obligent le débiteur à exécuter sont exécutoires, tant qu'ils visent à protéger l'intérêt légitime du créancier à l'exécution et ne sont pas exorbitants selon cet objectif.

Dès lors, l'idée d'un contrôle juridictionnel sur le montant des pénalités contractuelles n'est pas exclusive aux systèmes de droit civil. C'est une valeur commune à tous les systèmes juridiques. Le droit anglais qui représente la tradition de common law et le droit suisse-turc qui représente la tradition de droit civil s'accordent sur l'idée d'un certain contrôle judiciaire. Pourtant, des perceptions différentes subsistent sur la manière de conduire la supervision.

ABSTRACT

Penalty clause is an agreement between the obligor and the obligee, under which the obligor promises to perform a certain act or to endure a certain legal disadvantage if she breaches the contract. The act or legal disadvantage is “penal” in character, as it exceeds the predictable loss to be incurred by the obligee and the predictable damages to be awarded by the court in case of breach.

As of today, penalty clauses serve two prominent functions. The principal function of penalty clause is to compel the obligor to perform the primary obligation. Penalty clause increases cost of a potential breach, so that it functions at a pre-breach stage and incentivizes obligor to perform. A rational obligor is expected to perform once the penalty clause increases the cost of breach to exceed the cost of performance. Hence, the penalty clause better protects the performance interest and serves when the remedy of specific performance falls short. If the primary obligation is still breached somehow, then the subsidiary function of the penalty clause steps in and compensates the loss incurred by the obligee. Default rules under contract law usually compensates the loss actually incurred by the obligee only partially. Yet penalty clause holds the breaching obligor to perform the whole penalty, regardless of the amount of loss actually incurred by the obligee. Therefore, penalty clause serves to compensate the obligee easily and fully, including the loss which is not to be compensated under default contract law rules. The first of those two functions particularly characterizes the penalty clause.

Penalty clause consists of three main components: primary obligation, contractual penalty and the agreement. Contractual penalty has also some *sine qua non* characteristics. If the parties enter into an agreement which excludes those characteristics, such an agreement cannot be qualified as a contractual penalty. Firstly, the contractual penalty is accessory in the sense that it is contingent upon the primary obligation. Secondly, the contractual penalty is due regardless of the loss actually incurred by the obligee. Lastly, the contractual penalty is a promise subject to suspensive condition.

Penalty clause differs from liquidated damages clause, *arrhes*, forfeiture money and non-genuine penalty clause in its functions and structure. The boundary between penalty and liquidated damages clauses in particular shall be carefully

drawn. The conceptual boundary between those two legal concepts is the function of agreement. The principal function of the penalty clause is to compel the obligor to perform the primary obligation. It is no doubt that penalty clause functions to compensate the loss incurred by the obligee if the primary function fails and the primary obligation is breached somehow. Yet, that function still remains subsidiary to compelling performance. On the other hand, liquidated damages clause functions the other way around. Liquidated damages clause primarily serves to compensate the loss predicted to incur as a result of primary obligation's breach. The responsibility to pay a definite amount agreed in the liquidated damages clause further incentivizes the obligor to perform, compared to the responsibility to pay an indefinite amount of compensatory damages. The primary and dominant function under the liquidated damages clause still remains to compensate the obligee's loss incurred as a result of primary obligation's breach.

The said difference between the functions of penalty and liquidated damages clauses may also be observed in the relationship between the predictable loss to be incurred by the obligee and the agreed amount to be paid by the obligor. The agreed amount under the penalty clause substantially exceeds the predictable loss. In that sense, it compels the obligor to perform more forcefully than the default rules under contract law. Liquidated damages clause, on the other hand, includes a genuine estimate of the predictable loss to be incurred by the obligee. In that sense, it aims to compensate the loss to be incurred by the obligee in case of contractual breach.

According to TCO Art. 179, types of contractual penalties may be classified under three categories. Under "alternative contractual penalty", the obligee may choose and claim the performance of either the primary obligation or the contractual penalty. In case of an "additional contractual penalty", the obligee may claim the performance of contractual penalty in addition to the primary obligation. "Exclusive contractual penalty" allows the obligee to claim only the contractual penalty; claims regarding the primary obligation are excluded.

According to the principle of contractual freedom, the parties are free to choose the type of contractual penalty they wish to adopt. Yet TCO Art. 179 sets forth some presumptions to step in if it is not possible to draw a clear conclusion on the interpretation of the parties' intents. In our view, contractual penalty agreed for the non-performance of the primary obligation is presumptively alternative (TCO

Art. 179/I); contractual penalty agreed for the unduly performance of the primary obligation is presumptively additional (TCO Art. 179/II).

Contractual penalty is due by itself upon the fulfillment of two cumulative conditions, if any further date is not agreed by the parties. Firstly, the suspensive condition under the contractual penalty shall be fulfilled upon the obligor's breach of primary obligation. Secondly, the obligor shall be held accountable of the said breach. Considering when the obligor is to be held accountable of the said breach, general rules under the contract law shall be followed.

According to the freedom of contract principle, the parties are expected to determine the penalty amount freely without any judicial intervention. Yet the assumption the freedom of contract principle is based on, is far from reality. The first problem with the assumption is that the weaker party may not implement the decisions which maximize her own interest due to the pressure from the other party. The second problem is that the parties may not be able to make the decisions which maximize their own interest due to human psychology in the first place. Considering the fragility of the assumption that the freedom of contract principle is based on, attributing sanctity to that principle as in the 19th century liberalism seems to be fallacious. Legislators limited the principle through various legal institutions. Regarding the penalty clause, all legislators opted for a certain type of judicial supervision on the amount of contracual penalty. Despite differing on their details, those judicial supervision mechanisms all have a common purpose to prevent an unbalance between the parties' interests in an unacceptable level.

TCO Art. 182/III, which sets forth the judicial supervision on the amount of contractual penalty, is a mandatory rule. In our opinion, the court's authority to reduce exorbitant contractual penalties finds its source in the prohibition to abuse rights. Agreeing on an "exorbitant" amount of contractual penalty manifests that the legal limits are transgressed and rights are abused. At that point the court steps in and determines at which level the claim of contractual penalty is permissible under good faith.

The application of TCO Art. 182/III is limited by the TCC Art. 22, which holds that the reduction of a contractual penalty is not permissible for merchants. Contractual penalties agreed for the obligations of the merchants are not to be

reduced for being exorbitant. In our opinion, the idea to include all merchants in the same pot without any differentiation is outdated and fallacious. Yet, the only judicial supervision on the amount of contractual penalty is not TCO Art. 182/III. Merchants may still benefit from the protection of standardized terms of contract (TCO Art. 20 et seq.) and general restrictions to the freedom of contract (TCO Art. 27).

Common law systems in general adopt a more conservative approach regarding penalty clauses, so that they declare those clauses to be unenforceable. Such approach is rooted in the penalty doctrine which goes way back to early English Law. In *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage & Motor Co. Ltd.* dated 1914, House of Lords distinguished between penalty and liquidated damages clauses and limited enforceability of penalty clauses. Yet the UK Supreme Court initiated a paradigm shift in the penalty doctrine with *Cavendish Square BV v. Makdessi ve ParkingEye Ltd v. Beavis* dated 2015. According to the judgment, agreed amounts which exceed a genuine estimate of loss and compel the obligor to perform are enforceable, as long as they aim to protect obligee's legitimate interest in performance and are not exorbitantly high according to that aim.

Therefore, the idea of judicial supervision on the amount of contractual penalties is not exclusive to civil law systems. It is a common value embraced in all legal systems. English law which represents the common law tradition and Swiss-Turkish law which represents the civil law tradition agrees on the idea of a certain judicial supervision. Yet, different perceptions remain on how to conduct the supervision.

ÖZET

Ceza koşulu, borçlunun, borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi durumunda ceza mahiyetinde bir edim ifa etmeyi veya başkaca bir hukuki olumsuzluğa katlanmayı taahhüt etmesi konusunda alacaklı ile borçlunun anlaşmalarıdır. Borçlunun ifa edeceği edimi veya katlanacağı hukuki olumsuzluğu ceza mahiyetinde kılan, alacaklının ihlal durumunda uğrayacağı öngörülen zarardan ve dolayısıyla hâkimin ihlalin yaptırımı olarak hükmedeceği öngörülen tazminattan daha yüksek olmasıdır.

Tarihsel gelişiminin günümüzde ulaştığı nokta itibarıyla ceza koşulunun ön plana çıkan iki işlevinin bulunduğu tespit edilebilir. Ceza koşulunun asli işlevi, borçluyu asıl borcun ifası konusunda zorlamaktır. Borçlu açısından olası bir ihlalin maliyetini yükselterek henüz ihlal öncesi aşamada devreye girmekte ve borçluyu ifaya güdülemektedir. Zira ihlalin maliyetini ifada bulunmanın maliyetine kıyasla daha fazla olacak kadar yükselten ceza koşulu karşısında rasyonel bir borçludan beklenen, borcu ifa etmektir. Böylelikle ceza koşulu aynen ifa yaptırımının yetersiz kaldığı bir boşluğu doldurmakta ve ifa menfaatini daha güçlü bir şekilde korumaktadır. Öte yandan asıl borç her nasılsa ihlal edilecek olursa ceza koşulu ikincil işlevi ile devreye girecek ve alacaklının ihlale bağlı olarak uğrayacağı zararı giderecektir. Olağan sözleşme hukuku kuralları çoğu zaman alacaklının gerçekte uğramış olduğu zararın sadece bir kısmının telafi edilmesine imkân tanır. Oysa ceza koşulu bağlamında borcunu ihlal eden borçlu, alacaklının uğradığı zarardan bağımsız olarak sözleşme cezasının tamamını ifa etmekle sorumlu tutulur. Böylelikle tarafların aralarında kararlaştıracakları ceza koşulu, olağan sözleşme hukuku kuralları uyarınca telafi edilemeyecek olan kayıplar da dâhil olmak üzere alacaklının uğrayabileceği zararın sözleşme cezası miktarına isabet eden kısmının ispata gerek olmaksızın kolaylıkla telafi edilmesini sağlayabilecektir. Bu iki işlevden özellikle ilki, ceza koşuluna karakterini verir; olmazsa olmaz nitelik taşır.

Ceza koşulu kavramı, üç unsurdan oluşmaktadır: asıl borç, sözleşme cezası ve dar anlamda ceza koşulu (ceza koşulu anlaşması).

Asıl borç, borçlu ile alacaklının, hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumuna ilişkin olarak bir sözleşme cezası kararlaştırmak suretiyle borçluyu ifa etmeye zorladıkları edimdir. Sözleşme cezası, ceza koşulunun konusunu teşkil eden ve asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda ifa edilmesi taahhüt

edilen edim yahut katlanılacağı taahhüt edilen hukuki olumsuzluktur. Ceza koşulu, dar anlamı itibarıyla tanımlanacak olursa, borçlu ile alacaklının, asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda borçlu tarafından ceza mahiyetinde bir edimin ifa edilmesi veya başkaca bir hukuki olumsuzluğa katlanılması konusunda anlaşmalarıdır.

Ceza koşulu, *sine qua non* nitelikte bazı özellikler taşımaktadır. Taraflar bu özellikleri dışlayacak bir anlaşma yaptıkları takdirde, artık teknik anlamda bir ceza koşulunun varlığından bahsedilemez. Bu özelliklerden ilki, sözleşme cezasının ferî nitelik taşıması; yani asıl borca bağlı olmasıdır. İkinci olarak sözleşme cezası alacağının doğması bakımından, alacaklının borcun ihlali neticesinde zarara uğramış olması aranmaz. Son olarak ceza koşulu, yapısı gereği, geciktirici koşula bağlı bir taahhüttür.

Ceza koşulu işlevleri ve yapısı itibarıyla, götürü tazminat anlaşması, bağlanma parası, cayma parası, dönme cezası ve gerçek olmayan ceza koşulundan ayrışmaktadır. Özellikle ceza koşulu ile götürü tazminat anlaşması arasındaki kavramsal sınırın dikkatle çizilmesi gerekmektedir. Bu hukuki kurumlar arasındaki kavramsal sınır, tarafların anlaşmaya yüklemiş oldukları işlevdir. Ceza koşulunun asli işlevi, borçluyu asıl borcu ifa etmek konusunda zorlamaktır. Asli işlev yerine gelmeyecek ve borç ihlal edilecek olursa, ceza koşulunun bu defa alacaklının uğradığı zararı giderme işlevinin söz konusu olacağı şüphesizdir. Ancak bu işlev, borçluyu borcunu ifa etmek konusunda zorlamanın yanında ikincil mahiyette kalmaktadır. Buna karşılık götürü tazminat anlaşması bakımından durum, ceza koşulunun tam tersidir. Götürü tazminat anlaşmasının asli işlevi, asıl borcun ihlal edilmesi durumunda doğması beklenen zararı gidermektir. Borçlunun asıl borcu ihlal etmesi durumunda götürü tazminat anlaşmasında tespit edilmiş belirli bir miktarı ödeyecek olduğunu bilmesi, kendisini asıl borcu ifa etmek konusunda müphem miktarda bir tazminat ödeme ihtimaline kıyasla daha fazla güdüleyebilecektir. Ancak yine de bu anlaşma bağlamında asli ve baskın olan işlev, alacaklının asıl borcun ihlal edilmesi durumundaki zararını gidermektir.

Ceza koşulu ile götürü tazminat anlaşmasının işlevleri arasındaki bu farklılık, ihlal durumunda alacaklının uğrayacağı öngörülebilen zarar ile borçlunun ödeyeceği kararlaştırılan meblağ arasındaki ilişkiye yansımıştır. Ceza koşulunda borcunu ihlal eden borçlunun ödeyeceği kararlaştırılan sözleşme cezası, alacaklının uğrayacağı

öngörülebilen zarar miktarını önemli ölçüde aşmaktadır. Bu itibarla borçlunun üzerinde olağan borca aykırılık rejiminin yaratacağı ifa baskısından daha ağır bir baskı yaratmakta ve borçluyu ifaya güdülemektedir. Götürü tazminat ise alacaklının ihlale bağlı olarak uğrayacağı öngörülebilen zararın gerçekçi bir tahminini yansıtır; böylelikle söz konusu zararı telafi etmeye yönelmiştir.

TBK m. 179'daki düzenleme ışığında, üç farklı sözleşme cezası türünün mevcut olduğu söylenebilir. Alacaklının asıl borç ile sözleşme cezasından birini seçerek yalnızca onun ifasını talep edebileceği durumda "seçimlik sözleşme cezası"ndan bahsetmek gerekmektedir. Alacaklının asıl borcun ifası ile birlikte sözleşme cezasının ifasını da talep edebileceği durumda "ifaya eklenen sözleşme cezası" söz konusudur. Alacaklının münhasıran sözleşme cezasının ifasını talep edebileceği; asıl borcun ifasını talep etme hakkından yoksun olacağı durumda ise "münhasır sözleşme cezası" mevcut olacaktır.

Borçlar hukukundaki irade serbestisinin bir yansıması olarak taraflar, sözleşme cezasının türünü seçmekte özgürdür. Bununla birlikte TBK m. 179, taraf iradelerinin yorumlanması neticesinde bir sonuca varılamaması ihtimalinde devreye girmek üzere bazı karineler öngörmüştür. Savunduğumuz görüş uyarınca, hiç ifa etmeme hâline ilişkin kararlaştırılan sözleşme cezasının karine olarak seçimlik sözleşme cezası niteliği taşıdığının (TBK m. 179/I); gereği gibi ifa etmeme hâline ilişkin kararlaştırılan sözleşme cezasının karine olarak ifaya eklenen sözleşme cezası niteliği taşıdığının (TBK m. 179/II) kabulü gerekmektedir.

Sözleşme cezası, iki koşulun kümülatif olarak yerine gelmesi üzerine ayrıca bir vadeye bağlanmış olmadıkça kendiliğinden muaccel hâle gelir. İlk olarak, borçlunun asıl borcu ihlal etmesi neticesinde ceza koşulunun bağlandığı geciktirici koşulun gerçekleşmesi gerekmektedir. İkinci olarak ise borçlunun söz konusu ihlalden sorumlu tutulabiliyor olması aranacaktır. Asıl borcu ihlalden ötürü sorumluluğun ne zaman söz konusu olacağı hususunda, genel borca aykırılıktan sorumluluk rejimi esas alınmalıdır.

Sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca tarafların sözleşme cezasının miktarını, herhangi bir yargısal denetime maruz kalmaksızın diledikleri gibi belirleyebilmeleri gerekmektedir. Ancak sözleşme serbestisi ilkesinin temelinde yatan varsayım, gerçek hayatta sorunsuz olarak işlemekten bir hayli uzaktır. Bu varsayıma ilişkin ilk sorun,

taraflardan birinin, kendi faydasını maksimize edecek kararları, karşı tarafın baskınlığı sebebiyle uygulamaya koyamamasıdır. İkinci sorun ise tarafların kendi faydalarını maksimize edecek kararları zaten insan psikolojisinin bir gereği olarak verememesinden kaynaklanmaktadır. Sonuç olarak sözleşme serbestisinin dayandığı varsayımın kırılganlığı, bu ilkeye on dokuzuncu yüzyıl liberalizmindeki gibi bir kutsiyet atfetmenin anlamsızlığını ortaya koymuştur. Kanun koyucular, sözleşme serbestisi ilkesine çeşitli hukuki kurumlar vasıtasıyla ket vurmuştur. Ceza koşulunun Roma hukukundan günümüze uzanan gelişiminin vardığı noktada tüm hukuk sistemlerinde kanun koyucuların tercihi, sözleşme cezası miktarı üzerinde belirli bir yargısal denetim uygulamaktan yana olmuştur. Bu yargısal denetim mekanizmalarının tümü, detayları itibarıyla birbirlerinden ayrışsa dahi özünde aynı amaca yönelmiştir. Amaç, taraflar arasındaki menfaat dengesinin hakkaniyet gereği kabul edilemeyecek ölçüde bozulmasının engellenmesidir.

Sözleşme cezası miktarı üzerinde yargısal denetim yapılmasını öngören TBK m. 182/III, emredici bir hükümdür. Kanaatimizce hâkimin aşırı sözleşme cezasını TBK m. 182/III uyarınca indirmesinin temelinde, alacaklının hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı davranışı bulunmaktadır. TBK m. 182/III uyarınca "aşırı" olarak nitelendirilecek bir sözleşme cezasının kararlaştırılması, dürüstlük kuralının çizdiği bu sınırların aşıldığını ve hakkın kötüye kullanıldığını gösterir. Bu noktada devreye hâkim girmekte ve vereceği karar ile sözleşme cezasının hangi ölçüye kadar talep edilmesinin dürüstlük kuralına uygun olduğunu ortaya koymaktadır.

Sözleşme cezasının indirilmesine ilişkin TBK m. 182/III'ün uygulama alanı, tacirler açısından böyle bir indirimin yapılamayacağını düzenleyen TTK m. 22 ile önemli ölçüde kısıtlanmıştır. Tacirlerin ticari işletmeleriyle ilgili borçlarını teminat altına almak üzere kararlaştırılmış sözleşme cezası, aşırı olduğu gerekçesiyle indirime tâbi tutulamaz. Kanaatimizce tacirleri herhangi bir ayrım yapmaksızın kategorik olarak TTK m. 22'de düzenlenmiş sözleşme cezasının indirilmesi yasağına tâbi tutmak ve TBK m. 182/III uyarınca yapılacak bir indirimi engellemek isabetsizdir. Yine de sözleşme cezasının miktarı üzerindeki yegâne yargısal denetim, TBK m. 182/III'ten ibaret olmadığı için tacirler başkaca hukuki imkânlar çerçevesinde korunacaktır. Tacirler bakımından TBK m. 20 vd.'nda düzenlenmiş genel işlem koşulu denetiminden ve TBK m. 27'de düzenlenmiş genel sözleşme

serbestisi sınırlarından kaynaklanan korumadan faydalanmak her zaman mümkündür.

Anglo-Amerikan hukuk çevresine dâhil olan hukuk sistemleri, ceza koşulları konusunda muhafazakâr bir tutum sergilemekte ve genel olarak bu tür anlaşmaları geçersiz kabul etmektedir. Bu yaklaşım, kökeni yüzyıllar öncesine kadar giden ve İngiliz hukukundan Anglo-Amerikan hukuk sistemindeki diğer ülkelere yayılmış sözleşme cezası doktrinine dayanmaktadır. Lordlar Kamarası, modern İngiliz sözleşme hukukunun ceza koşuluna ilişkin yaklaşımını ortaya koyan 1914 tarihli *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage & Motor Co. Ltd.* kararı ile, ceza koşulu kavramını götürü tazminat anlaşmasından ayırt etmiş ve ceza koşulunun geçerli olarak hüküm ifade etme kabiliyetini büyük ölçüde sınırlamıştır. Ancak Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesinin 2015 yılında vermis olduğu *Cavendish Square BV v. Makdessi ve ParkingEye Ltd v. Beavis* kararı, Anglo-Amerikan hukuk çevresinin çekirdeğini teşkil eden İngiliz hukukunda bir paradigma değişikliğine yol açmıştır. Karara göre gerçekçi bir zarar tahmininin ötesine geçen yükümlülük öngören ve borçluyu ifaya zorlayan anlaşmalar, alacaklının ifa konusundaki meşru menfaatini korumayı amaçlıyor ve borçluya bu amaca kıyasla aşırı olmayacak bir olumsuzluk yüklüyorsa geçerli olarak hüküm ifade edecektir. Kanaatimizce bu paradigma değişikliği, İngiliz hukukunu Kıta Avrupası hukuk geleneğine yaklaştırmıştır.

Tüm bu değerlendirme, ceza koşulu üzerinde belirli bir yargısal denetim icra edilmesi fikrinin Kıta Avrupası hukuk geleneğine özgü olmadığını ve farklı hukuk geleneklerinde de benimsenen ortak bir değer teşkil ettiğini ortaya koymuştur. Anglo-Amerikan hukuk geleneğini temsilen İngiliz hukuku ve Kıta Avrupası hukuk geleneğini temsilen İsviçre-Türk hukuku, ceza koşulu üzerinde yargısal bir denetim icra etme fikri üzerinde uzlaşmaktadır. Sözleşme serbestisi gibi köşe taşı bir ilkeyi bile baskılamayı başarmış bu uzlaşma, söz konusu yargısal denetimin vazgeçilmezliğini ortaya koymaktadır. Bununla birlikte yargısal denetimin nasıl icra edileceği konusundaki farklı anlayışlar varlığını sürdürmektedir.

GİRİŞ

İfa engelleri sistemi, alacaklının, taahhüt etmiş olduğu edimi hiç veya gereği gibi ifa etmeyen borçluya karşı başvurabileceği çeşitli hukuki çareler öngörmüştür. Öncelikle borcun ifası hâlâ mümkünse alacaklı, borcun aynen ifasını talep edebilir. Keza borcun ihlal edilmiş olmasından ötürü uğramış olduğu zararı ispat etmek suretiyle tazminat talebinde de bulunabilecektir. Ayrıca ihlalin sebep olduğu ifa engelinin türüne göre alacaklı, borç konusu edimin yerine geçecek bir tazminat veya sözleşmeden dönmek suretiyle kendisini sözleşme hiç kurulmamış olsaydı malvarlığının bulunacağı duruma getirecek bir tazminat talep edebilir. Bu hukuki çareler doğrudan kanun tarafından alacaklıya tanınmış olup, sözleşmede ayrıca kararlaştırılmasına gerek bulunmamaktadır. Ancak kimi zaman kanun tarafından tanınmış bu hukuki çarelerin sağladığı koruma, alacaklının borcun ifasına verdiği önemi tatmin etmek bakımından yetersiz kalabilir. Bu durumda taraflar, ayrıca bir ceza koşulu anlaşması akdedebilir.

Ceza koşulu ile taraflar, borçlunun taahhüt etmiş olduğu asıl borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi durumunda, sözleşme cezası olarak bir edimi ifa etmesini veya bir hakkı/yetkiyi kaybetmek suretiyle hukuki olumsuzluğa katlanmasını kararlaştırmaktadır. Söz konusu ceza, kanundaki borca aykırılık rejimine kıyasla alacaklı lehine çok daha kapsamlı bir koruma sağlamış olur. Öncelikle ceza koşulu, ihlalin borçlu açısından maliyetini arttırmak suretiyle borçluyu ifada bulunmaya zorlar. Çoğu zaman borçlu, sözleşme cezasını ifa etmek durumunda kalmamak için taahhüt etmiş olduğu asıl borcu gereği gibi yerine getirecektir. Ayrıca olur da asıl borç buna rağmen ihlal edilecek olursa ceza koşulunun ikincil işlevi devreye girecek ve alacaklının uğramış olduğu zararın tazmini konusunda rol oynayacaktır. Ceza koşulu, olağan sözleşme hukuku kuralları uyarınca telafi edilemeyecek olan kayıplar da dâhil olmak üzere alacaklının uğrayabileceği zararın sözleşme cezası miktarına isabet eden kısmının kolaylıkla telafi edilmesini sağlar.

Ceza koşulu bu işlevlerine bağlı olarak uygulama açısından ciddi bir önem arz etmektedir. Hemen her tür sözleşmede ceza koşuluna rastlanabilir; özellikle yüksek ekonomik değer taşıyan girift ilişkileri düzenleyen sözleşmelerde ceza koşulu kararlaştırılması alışkanlık hâline gelmiştir. Ceza koşulunun uygulama açısından arz ettiği bu önem, çalışmamızın başlıca motivasyonlarından biri olmuştur. Ancak daha

cezbedici olanı, ceza koşulunun borçlar hukukundaki temel kavramlardan birini teşkil etmesi ve diğer temel kavramlarla içinde bulunduğu yakın ilişkidir. Örümcek ağı gibi birbirine bağlanmış kavramlardan müteşekkil bir sistem olan borçlar hukuku içerisinde ceza koşulunu incelemek, genel işlem koşullarından temerrüt faizine pek çok farklı kavramla haşır neşir olmayı ve borçlar hukukuna dair genel bir kavrayışa sahip olmayı gerektirmiştir.

Çalışmamız, beş temel soru etrafında şekillendirilmiştir. **(1)** İlk bölümde *"Ceza koşulu nedir, ne işe yarar?"* sorusuna yanıt aranmış; ceza koşulunun kavramsal çerçevesi çizilmek istenmiştir. Bu doğrultuda terminoloji ve tarihsel köken gibi bazı konulara değinilmiş; en önemlisi ceza koşuluna İsviçre-Türk hukukundaki karakterini veren borçluyu ifaya zorlama ve alacaklının zararını tazmin etme işlevleri üzerinde durulmuştur. Kanaatimizce bu işlevlerin anlamının ve aralarındaki ilişkinin açıklanması, ceza koşulunun doğru anlaşılması bakımından elzemdir. **(2)** İkinci bölümde *"Ceza koşuluna karakterini veren unsurlar ve özellikler nelerdir?"* sorusunun yanıtlanması amaçlanmış; ceza koşulu kavramı morfolojik bir incelemeye tâbi tutulmuştur. Bu amaçla kavramın bünyesindeki üç unsur olan asıl borç, sözleşme cezası ve dar anlamda ceza koşulu (ceza koşulu anlaşması) konusunda açıklamalar yapılmıştır. Ayrıca ceza koşulu kavramı bakımından *sine qua non* nitelikte olan ferîlik, zarardan bağımsızlık ve geciktirici koşula bağlılık özellikleri değerlendirilmiştir. **(3)** Üçüncü bölüm, *"Ceza koşulunu diğer hukuki kurumlardan ayıran nedir?"* sorusunu merkeze koymaktadır. Bu çerçevede ceza koşulunun benzer hukuki kurumlar olan götürü tazminat anlaşması, bağlanma parası, cayma parası, dönme cezası ve gerçek olmayan ceza koşulu ile ilişkisi incelenmiştir. Ceza koşulu ile götürü tazminat anlaşması arasındaki kavramsal sınırın mümkün olduğunca açık ve anlaşılır biçimde ortaya koyulması, bu çalışmada güdülen önemli saiklerden biridir. **(4)** Ceza koşulunun hükümlerini konu alan dördüncü bölüm, *"Ceza koşulu kararlaştırılmış olmasının sonuçları nelerdir?"* sorusuna yanıt aramaktadır. Bu doğrultuda sözleşme cezasının türleri, sözleşme cezasının muaccel olmasının koşulları ve sonuçları, sözleşme cezasını aşan zararın tazmini, aşırı sözleşme cezasının indirilmesi konuları detaylı olarak incelenmiştir. **(5)** Beşinci ve son bölümde, asli olarak İsviçre-Türk hukuku perspektifini esas alan yaklaşımımızı zenginleştirmek ve geliştirmek amacıyla, *"Karşılaştırmalı hukuk bize ceza koşulu hakkında ne öğretebilir?"* sorusu sorulmuştur. İngiliz hukukunda ceza koşulunu

mercek altına alan bu bölüm, ceza koşulu üzerinde belirli bir yargısal denetim icra edilmesi fikrinin Kıta Avrupası hukuk geleneğine özgü olmadığını ve farklı hukuk geleneklerinde de benimsenen ortak bir değer teşkil ettiğini; ancak bu yargısal denetimin nasıl icra edileceği konusunda birbirinden ayrışan anlayışların mevcut olduğunu göstermiştir.

Malum olduğu üzere bu çalışma, ceza koşulu kavramını borçlar hukuku açısından inceleyen ilk Türkçe monografi değildir. Bu alanda yapılmış değerli çalışmaların arasında özellikle *Tunçomağ*'ın 1963 tarihli monografisi[1] ile nispeten yakın zamanda *Kocaağa* ve *Yağcıoğlu* tarafından kaleme alınmış doktora tezleri[2] öne çıkmaktadır. Bu eserler öğretiye son derece kıymetli katkılarda bulunmuştur; nitekim çalışmamızda da söz konusu eserlerden ziyadesiyle faydalanılmıştır. Bununla birlikte çalışmamızı öncekilerden farklılaştırdığını düşündüğümüz nokta, Kıta Avrupası'nın ötesine geçmeye gayret eden bir perspektifle kaleme alınmış olmasıdır. Çalışmanın birinci bölümünde ceza koşuluna İsviçre-Türk hukukundaki karakterini veren klasik işlevler incelenirken, uygun olduğu ölçüde hukuk ve ekonomi öğretisinden de istifa edilmiştir. Zira kanaatimizce hukuk ve ekonomi öğretisi, ceza koşulunun Roma hukukundan miras kalan klasik işlevlerinin daha iyi anlaşılmasını sağlamakta; ceza koşulu üzerinde yargısal denetim icra edilmesi fikrinin karşılaştırmalı hukuktaki görünümlerinin sorgulanabileceği sağlam bir tartışma zemini oluşturmaktadır. Beşinci bölümde ise İngiliz hukukunda ceza koşulu kavramının on üçüncü yüzyıl başlangıcından günümüze kadar nasıl bir gelişim gösterdiği incelenmiştir. Bu incelemede, İngiliz hukuku ile İsviçre-Türk hukuku arasında bazı bağlantılar kurulmaya çalışılmış; İngiliz hukuku ile İsviçre-Türk hukukunun birbirlerine sunabilecekleri katkılar üzerinde durulmuştur. Çalışmamızı farklılaştırdığını düşündüğümüz ikinci nokta, güncel Fransızca kaynakların da değerlendirmeye alınmış olmasıdır. Ceza koşuluna ilişkin yakın tarihli her iki eserin de esas olarak Türkçe ve Almanca kaynakların değerlendirilmesi neticesinde kaleme alındığı görülmektedir. Bununla birlikte İsviçre hukukunda ceza koşulu kavramını inceleyen kaynaklar arasında, borçlar hukuku alanındaki genel tablonun aksine Fransızcanın da

[1] Kenan Tunçomağ, Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963.

[2] Köksal Kocaağa, Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası), Ankara 2018; Burcu Yağcıoğlu, Türk ve İsviçre Hukuku'nda Ceza Koşulu (Cezai Şart), Ankara 2019. Ceza koşulunu borçlar hukuku perspektifinden inceleyen bu çalışmaların yanı sıra, Roma hukuku ve iş hukuku perspektifini esas almış doktora tezleri de mevcuttur. Bkz. Nilgün Dinçer Araz, Roma Hukukunda Ceza Koşulu (Stipulatio Poenae), Ankara 2018; Veli Karagöz, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, Ankara 2006; İrem Yayvak Namlı, İş Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 2019.

ağırlığı hissedilmektedir. Özellikle *Erdem* ve *Couchepin*'in ceza koşulu konusundaki ve *Tolou*'nun götürü tazminat anlaşması konusundaki doktora tezlerinin[3] alanda pek çok yeni tartışma açtığı ve mevcut tartışmalara yeni bir soluk getirdiği şüphesizdir. Hâl böyle iken, konuya ilişkin Türkçe ve Almanca kaynakların yanı sıra, Fransızca kaynakları da inceleyen bir çalışmanın faydalı olabileceği düşünülmüştür.

[3] Mehmet Erdem, La clause pénale – Etude comparative de droit suisse et de droit turc, Ankara 2006; Gaspard Couchepin, La clause pénale – Etude générale de l'institution et de quelques applications pratiques en droit de la construction, Zurich-Bâle-Genève 2008; Alborz Tolou, La forfaitisation du dommage, Zürich 2017.

BİRİNCİ BÖLÜM
Ceza Koşulunun Kavramsal Çerçevesi: Ceza Koşulu Nedir, Ne İşe Yarar?

I. Terminoloji

1. Ceza koşulunu inceleyen eserleri kaleme alan yazarlardan bazıları, tarafların cezaya ilişkin anlaşmaları ve ifası taahhüt edilen cezanın bizzat kendisi arasındaki ayrımı terminolojik olarak görmezden gelmiştir. TBK m. 179'da düzenlenmiş genel hukuki kavramı karşılayan tek bir terim, hem tarafların cezaya ilişkin anlaşmalarını hem de cezanın bizzat kendisini ifade etmek üzere kullanılmıştır[1]. Söz konusu tercihin isabetsiz olduğu aşikârdır. Nitekim son dönemde kaleme alınan eserlerde, bu farklı kavramların aynı terimle ifade edilmesinin doğru olmayacağı konusunda bir görüş birliği bulunduğu görülmektedir[2]. İsviçre'de tarafların cezaya ilişkin anlaşmaları, genellikle *clause pénale* ve *Strafabrede* terimleriyle; cezanın bizzat kendisi ise genellikle *peine conventionelle* ve *Konventionalstrafe/Vertragsstrafe* terimleriyle ifade edilmektedir[3].

Buna karşılık Türkçe öğretide konuya ilişkin yerleşik bir terim birliği bulunduğunu söyleyebilmek mümkün değildir. 818 sayılı eBK'da konuya ilişkin düzenlemelerin başlığında geçen *"cezai şart"* teriminin, tarafların cezaya ilişkin anlaşmalarını mı yoksa cezanın bizzat kendisini mi ifade ettiği meselesi öğretideki yazarlar arasında tartışmaya yol açmıştır. Bu tartışma, 6098 sayılı TBK'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte cezai şart teriminin yerini alan *"ceza koşulu"* bakımından da varlığını sürdürmüştür[4]. Günümüzde ceza koşulu terimi, bazı

[1] Tespit için bkz. Erdem, Clause pénale, s. 7; Couchepin, Clause pénale, para. 26. İsviçre öğretisinden bazı yanlış kullanım örnekleri için bkz. Roland Bentele, Die Konventionalstrafe nach Art. 160-163 OR, Freiburg 1994, s. 3 dn. 4.

[2] Roger Secrétan, Etude sur la clause pénale en droit suisse, précédée d'une introduction sur les arrhes, Lausanne 1917, s. 34 dn. 2; Bentele, s. 3; Erdem, Clause pénale, s. 7; Couchepin, Clause pénale, para. 27.

[3] Michel Mooser, Art. 158-163, Luc Thévenoz / Franz Werro (ed.), Commentaire romand, Code des obligations I, Art. 1-529 CO, Bâle 2012, Intro. Art. 158-163, para. 6; Bentele, s. 4 ve 7; Couchepin, Clause pénale, para. 27; Bénédict Foëx, "Dédit et clause pénale", Jürg Schmid (ed.), Der Grundstückkauf / La vente immobilière, Beiträge der Weiterbildungsseminare der Stiftung Schweizerisches Notariat vom 20. Januar 2009 in Zürich und Lausanne, Zürich - Basel - Genf 2010, s. 409 vd, s. 410; Tolou, para. 164. İsviçre yargı uygulaması için örneğin bkz. ATF 122 III 420, c. 2a.

[4] 6098 sayılı TBK'nın, yerleşik bir teknik terim hâline gelmiş olan cezai şart yerine ceza koşulu ifadesini benimsemiş olması öğretide eleştirilmektedir; bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2020, s. 980. Öyle ki bazı yazarlar, kanundaki değişikliğe rağmen cezai şart ifadesini kullanmaya devam etmektedirler. Örneğin bkz. Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Genel

yazarlarca tarafların cezaya ilişkin anlaşmalarını[5]; diğer yazarlarca ise cezanın bizzat kendisini ifade etmek üzere kullanılmaktadır[6].

Kanaatimizce TBK m. 179'da düzenlenmiş olan ve üç unsurdan (asıl borç, sözleşme cezası, dar ve teknik anlamda ceza koşulu) müteşekkil hukuki yapıyı ifade etmek üzere ceza koşulu teriminin geniş anlamıyla kullanılmasında sakınca yoktur. Ancak dar ve teknik anlamda "ceza koşulu" terimi, tarafların cezaya ilişkin anlaşmalarını ifade etmek üzere; başka bir deyişle *clause pénale* ve *Strafabrede* kavramlarının Türkçe karşılığı olarak kullanılmalıdır. Cezanın bizzat kendisinin ifade edilmesi bakımından, yani *peine conventionelle* ve *Konventionalstrafe/Vertragsstrafe* kavramlarının Türkçe karşılığı olarak ise "sözleşme cezası" teriminin kullanılması uygun olur. Çalışmamızda bu terminolojik tercih esas alınmıştır.

2. Ceza koşulu teriminin ne anlamda kullanıldığı açıklandığına göre, terimin içerdiği "ceza" ve "koşul" unsurlarının daha yakından incelenmesi uygun olacaktır.

Hükümler, Ankara 2021, s. 1008; Elif Beyza Akkanat, "Amerikan ve Türk Hukuk Sistemlerinde Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi", Başak Baysal (ed.), Sorumluluk Hukuku: Seminerler 2018, İstanbul 2019, s. 23 vd., s. 26. Gerçekten de ceza koşulu ifadesi, uzun süreden beri cezai şart terimini kullanagelen kişiler için başlangıçta kulak tırmalayıcıdır. Ancak kanunun mevcut durumu karşısında cezai şart terimini kullanmaya devam etmenin yararsız kalacağını düşündüğümüz için, çalışmamızda ceza koşulu ifadesi tercih edilmiştir.

[5] Örneğin bkz. Erdem, Clause pénale, s. 7-8; Mehmet Erdem, "Bağlanma Parası, Cayma Parası ve Ceza Koşulu: m. 177-182", Turgut Öz / Faruk Acar / Emre Gökyayla / Murat Develioğlu, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Cilt 2, 3 (Madde 83-206), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, m. 179 para. 1; M. Kemal Oğuzman / M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2, İstanbul 2021, para. 1561; Pierre Tercier / Pascal Pichonnaz / H. Murat Develioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2020, para. 1464; Necip Bilge, "Cezai Şart", Ahmet Esat Arsebük'ün Aziz Hatırasına Armağan, Ankara 1958, s. 39 vd., s. 40; Mehmet Erdem, "Delenda Est Carthago (Vel Stipulatio Poenae)", Mehmet Murat İnceoğlu (Der.), Uğur Alacakaptan'a Armağan C. 3, İstanbul 2008, s. 321 vd., s. 323; Kadir Berk Kapancı, "Sözleşmesel Sorumlulukta Tazminat Edimi ile Sözleşme Cezası Arasındaki İlişki", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 15 S. 1 (2016), s. 661 vd., s. 662; Hüseyin Can Aksoy, "Ceza Koşulunun Borçlunun Borca Aykırı Davranıştaki Kusuru İle İlişkisi Nedir?", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi C.24 S.2 (2018), s. 999 vd, s. 1000; Suat Sarı, "Götürü Tazminat Kavramı Üzerine", Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri – Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu (26-27 Haziran 2008), İstanbul 2011, s. 299 vd., s. 300.

[6] Örneğin bkz. Selâhattin Sulhi Tekinay / Sermet Akman / Halûk Burcuoğlu / Atillâ Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 341; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1008; Tunçomağ, s. 6; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 29; Füsun N. Nomer Ertan, "İş Akdinden Doğan Cezaî Şart Hükümlerine TTK m. 24 Uygulanır mı?" Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan C.1, İstanbul 2007, s. 29 vd., s. 29 dn. 1; Azra Arkan, "Cezai Şart", İstanbul Barosu Dergisi C. 71 S. 1-2-3 (1997), s. 77 vd., s. 77; Seda Öktem Çevik, "Ceza Koşulu – Bağlanma Parası – Cayma Parası", Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları III (26-27 Mayıs 2012), İstanbul 2014, s. 97 vd., s. 97; Erol Cansel / Çağlar Özel, "Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu", Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Yaşar Üniversitesi Dergisi C. 8 (2013), s. 713 vd., s. 714 dn. 2; Yasemin Kabaklıoğlu Arslanyürek, Ceza Koşulu – Özellikle Zarar ve Tazminatla İlişkisi, İstanbul 2018, s. 9; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 20-21.

İlk unsur olan "ceza", esasen özel hukuka yabancı bir kavram gibi görünmektedir. Modern sorumluluk hukuku, ister sözleşmesel sorumluluk olsun ister haksız fiil sorumluluğu olsun, günümüzde telafi amacı çerçevesinde şekillendirilmiş; cezalandırma amacı özel hukuktan (en azından kural olarak) dışlanmıştır. Hâl böyle iken, ceza koşulu kavramının modern sorumluluk hukukuyla ne ölçüde uyumlu olduğu sorusu gündeme gelmektedir. Ceza koşulunun, borca aykırı davranan borçluyu alacaklının uğradığı zarardan bağımsız olarak sorumlu tutuyor olması, özel hukukun genel çerçevesi içerisinde gerçekten de atipik bir görünüm arz etmektedir. Ancak söz konusu atipiklik, ceza koşulunun "öz" bir özel hukuk kavramı olarak değerlendirilmesini engellememelidir[7]. Borca aykırılık rejiminin telafi amacı çerçevesinde şekillendirilmiş olması, borçluyu ifa konusunda güdülemekte kimi zaman yetersiz kalmakta; tazminat yerine borcun kendisinin ifa edilmesini tercih eden alacaklının ifa menfaatinin korunamamasına sebep olmaktadır. Ayrıca borca aykırılık rejiminin alacaklıya sunduğu tazminatın çeşitli sebeplerden ötürü gerçek anlamda tam tazmin sağlamaktan uzak olduğu da açıktır. İşte ceza koşulu bu gedikleri kapatmakta ve bu anlamda özel hukukun daha etkin bir şekilde işleyişine hizmet etmektedir. Ceza koşulu bağlamında bahsedilen ceza, ceza hukukunda gündeme gelen cezadan son derece farklıdır[8]. Bu husus, İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararında açıkça ifade edilmiştir. Karara göre devletin ceza hukukundaki cezalandırma yetkisini sınırlandıran *nulla poena sine lege* (kanunsuz ceza olmaz) ilkesi, taraf iradelerinin bir yansıması olan ceza koşulu bakımından uygulama alanı bulmaz[9].

Terimin ikinci unsuru olan "koşul" üzerinde ayrıca durmak gerekmektedir. Koşul ifadesi, hukuk terminolojisinde farklı anlamlarda kullanılmaktadır[10]. TBK m. 170 vd.'nda düzenlenmiş olan dar ve teknik anlamda koşul, hukuki işlemin hüküm ifade etmesinin bağlanmış olduğu ve ileride gerçekleşip gerçekleşmeyeceği

[7] Bilge, Cezai Şart, s. 43.

[8] Esat Arsebük, "Cezai Şart Mefhumu Etrafında Tahliller", Adliye Ceridesi S.16 (1936), s. 987 vd., s. 987.

[9] ATF 135 III 433, c. 4.1-4.2: Karar, sözleşme cezası alacağının hüküm ifade etmesini "dürüstlük kuralına veya sözleşmeye uygun davranmama" koşuluna bağlayan bir ceza koşulunun geçerli kabul edilip edilemeyeceğine ilişkindir. Alt derece mahkemesi, sözleşme cezası alacağının hüküm ifade edeceği durumu yeterli belirlilikte tanımlamadığına kanaat getirdiği ceza koşulunu, *nulla poena sine lege* (kanunsuz ceza olmaz) ilkesinden hareketle geçersiz kabul etmiştir. Oysa Federal Mahkeme'ye göre ceza koşulu, bir sözleşmeden doğan borçların ihlal edilmesi ihtimalini genel olarak kapsayacak şekilde kararlaştırılabilir; belirli bir borcun ihlal edilmesi ihtimaline indirgenmesine gerek yoktur. Ceza hukukundaki belirlilik ihtiyacı, ceza koşulu bağlamında söz konusu değildir.

[10] Bu konuda bkz. Recai A. Seçkin, La réalisation de la condition suspensive et ses effets juridiques, Etude de droit suisse et de droit turc, Genève 1939, s. 14; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1466.

bilinmeyen olgudur *(condition/Bedingung)*. Öte yandan hukuk terminolojisindeki bir diğer anlamı ile koşul, bir hukuki işlemin ve özellikle bir sözleşmenin içerdiği kayıttır *(clause/Klausel)*. Kanaatimizce ceza koşulu kavramında geçen koşul ifadesinin, bir hukuki işlemin içinde yer alan kayıt olarak anlaşılması çok daha uygun olur[11]. Terimin Fransızca aslının *clause* ifadesini içermesi, bu tespitimizi desteklemektedir.

II. Tanım ve Kavram

1. Ceza koşulu kavramı, ne İsvBK'nda ne de TBK'nda tanımlanmıştır. Kanundaki hükümler, kararlaştırılan ceza koşulunun hukuki sonuçlarını düzenlemeye yöneliktir. Esasen İsvBK'nun hazırlık çalışmaları sırasında üzerinde çalışılan 1905 tarihli tasarının 1185. maddesi bir ceza koşulu tanımı içermekteydi[12]. Ancak hükme nihai şeklini vermek üzere yapılan çeşitli tartışmaların akabinde, ceza koşulu tanımının gereksiz *(superflue/entbehrlich)* olduğu gerekçesiyle kanundan tamamen çıkarılmasına karar verildi[13]. Kanun koyucunun bu tercihi, hukuki kavramların tanımlanmasının öteden beri tehlikeli bir uğraş olarak telakki edilmesinin bir yansıması olarak değerlendirilebilir[14]: *"Omnis definitio in iure civili periculosa est"*[15]. Nitekim bu anlayışın bir uzantısı olarak, AlmMK ve FrMK'nda da bir ceza koşulu tanımına rastlanmamaktadır[16].

---

[11] Erdem, Clause pénale, s. 8; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1561 dn. 386; Halûk N. Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2021, para. 235; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 29; Ayça Akkayan Yıldırım, "Cezai Şartın İşlevi Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası C. LXI S. 1-2 (2003), s. 357 vd., s. 362. Aksi yönde bkz. Kılıçoğlu, s. 981. Bu konudaki tespitimize rağmen, ceza koşulunun TBK m. 170 vd. anlamında geciktirici koşula bağlanmış bir taahhüt içerdiğini düşündüğümüzü hatırlatmak isteriz. Bu konuda bkz. *"İkinci Bölüm / II. / C. Ceza Koşulunun Yapısından Kaynaklanan Özellik: Koşula Bağlı Borç"*.

[12] Tasarıdaki tanımın orijinal ifadesi, şöyleydi: *"On peut convenir, accessoirement à un contrat qu'en cas d'inexécution ou d'exécution imparfaite, le débiteur fournira au créancier une certaine prestation à titre de peine ou de dommages-intérêts (clause pénale)." / "Mit einem Vertrage kann die Abrede verbunden werden, daß im Falle der Nichterfüllung oder der nicht richtigen Erfüllung der Verpflichtete dem Berechtigten eine bestimmte Leistung als Strafe oder Schadenersatz zu entrichten habe (Konventionalstrafe)."*

[13] FF 1909 III 747, s. 759; BBl 1909 III 725, s. 737.

[14] Kanunun hazırlık sürecinde ceza koşulunun tanımlanmasına ilişkin yaşanan süreç hakkında bkz. Theodor Bühler, "Haft- und Reugeld sowie Konventionalstrafe im alten und im geltenden Obligationenrecht", Hans Peter / Emil W. Stark / Pierre Tercier (ed.), Le Centenaire du Code des Obligations / Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Fribourg 1982, s. 143 vd., s. 163-164.

[15] Digesta, 50.17.202.

[16] 1 Ekim 2016 tarihinde gerçekleştirilen borçlar hukuku reformu öncesinde FrMK m. 1226, bir ceza koşulu tanımı içermekteydi. Bu bağlamda ceza koşulu, sözleşmenin ifasını sağlamak üzere, borcunu ihlal eden borçlunun bir şey vermeyi taahhüt ettiği anlaşma olarak tanımlanmaktaydı: *"La clause*

2. Durum böyle olunca ceza koşulunu tanımlamak, öğreti ve yargı uygulamasına kalmıştır. Çalışmamızda benimsediğimiz esaslar çerçevesinde ceza koşulu, borçlunun, borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi durumunda ceza mahiyetinde bir edim ifa etmeyi veya başkaca bir hukuki olumsuzluğa katlanmayı taahhüt etmesi konusunda alacaklı ile borçlunun anlaşmalarıdır[17]. Borçlunun ifa edeceği edimi veya katlanacağı hukuki olumsuzluğu ceza mahiyetinde kılan, alacaklının ihlal durumunda uğrayacağı öngörülen zarardan ve dolayısıyla hâkimin ihlalin yaptırımı olarak hükmedeceği öngörülen tazminattan daha yüksek olmasıdır[18].

Bu itibarla kavram, bünyesinde üç unsur barındırmaktadır: **(1)** asıl borç, **(2)** sözleşme cezası, **(3)** dar anlamda ceza koşulu (ceza koşulu anlaşması). Örneğin yüklenici (A)'nın, iş sahibi (B)'ye, inşaatın 1 Ocak tarihine kadar teslim edilmemesi durumunda geciktiği her gün için 1.000 TL ödemesinin kararlaştırıldığını varsayalım. Bu örnekte inşaatın 1 Ocak tarihine kadar teslim edilmesi, asıl borç; gecikilen her

---

pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution." Ancak bu tanım, gereksiz olduğu gerekçesiyle, ceza koşulunu düzenleyen yeni hüküm olan m. 1231-5'e dâhil edilmedi. Bu tespit için bkz. *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.*

[17] Ceza koşuluna ilişkin çeşitli tanımlar için bkz. Hermann Becker, Berner Kommentar, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Berne 1945, Art. 160 para. 1; Markus Widmer / Renato Constantini / Felix R. Ehrat, Art. 158-163, Corinne Widmer Lüchinger / David Oser (ed.), Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1–529 OR 2020, Art. 160, para. 1; Daniel Wuffli, Art. 158-163, Jolanta Kren Kostkiewicz, / Stephan Wolf / Marc Amstutz / Roland Fankhauser (ed.): Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 160 para. 1; Roth Pellanda Katja, Art. 158-163, Andreas Furrer / Anton K. Schnyder (ed.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 3e éd., Genève - Zurich - Bâle 2016, Art. 160 para. 1; Thomas Pietruszak, Art. 158-163, Heinrich Honsell (ed.), Kurzkommentar Obligationenrecht, Basel 2014, Art. 160 para. 1; Alfred Koller, "Konventionalstrafe für Bauverzögerungen (Verspätungsstrafe)", Alfred Koller (ed.), Bau- und Bauprozessrecht: Ausgewählte Fragen, St. Gallen 1996, s. 1 vd., para. 8; Erdem, Clause pénale, s. 12; Couchepin, Clause pénale, para. 22; Foëx, s. 410; Tolou, para. 163; Hüseyin Avni Göktürk, Borçlar Hukuku İkinci Kısım Aktin Muhtelif Nevileri, Ankara 1951, s. 594; Ferit H. Saymen / Halid K. Elbir, Türk Borçlar Hukuku Umumî Hükümler, İstanbul 1966, s. 834; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 341; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2020, para. 3677; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, para. 1463; Osman Fazıl Berki, "Pey Akçesi, Rücu Tazminatı ve Cezaî Şart (Mukavele Cezası) Etrafında Tetkikler", İstanbul Barosu Mecmuası C. XVII S. 1 (1943), s. 277 vd., s. 281; Bilge, Cezai Şart, s. 39; Tunçomağ, s. 6; Arkan, s. 78; Öktem Çevik, Ceza Koşulu, s. 97; Cansel/Özel, s. 713-714; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 10; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 20-21. Öğretideki tanımların ceza koşulunun işlevi yerine unsurlarına odaklandığı; bu tanımlara göre taraflarca kararlaştırılan her tür tali edim borcunun sözleşme cezası olarak nitelendirilebileceği eleştirisi için bkz. Kerem Cem Sanlı, Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi, İstanbul 2015, s. 336. Çalışmamızda esas aldığımız tanımda ifa edilecek edimin veya katlanılacak hukuki olumsuzluğun ceza mahiyetine vurgu yapmak suretiyle bu haklı eleştiriyi dikkate aldığımızı düşünmekteyiz.

[18] Ceza koşulu kavramının anlamı ve işlevinin, sözleşme cezası tutarının, alacaklının ifa menfaatinden fazla olmasını gerektirdiği yönünde bkz. Sanlı, s. 336. Kanaatimizce bu tespit özünde haklı bir noktaya işaret etmekle birlikte; sözleşme cezasının salt ifa menfaati ile ilişkilendirilmesi doğru olmaz. Ceza koşulu ile olumsuz zarar arasında bir bağdaşmazlık bulunmamaktadır. Bu konuda bkz. s. 169-170.

gün için ödenecek 1.000 TL, sözleşme cezası; tarafların asıl borcun ifa edilmemesi durumunda sözleşme cezasının ödenmesi konusunda anlaşmaları, dar anlamda ceza koşuludur. Bu unsurlar, ileride detaylı olarak incelenecektir[19].

3. Öte yandan, ceza koşulunun morfolojik olarak bu üç unsurdan ibaretmiş gibi görülmesi kanaatimizce doğru olmaz. Çalışmamızda benimsediğimiz esaslara göre ceza koşulu, *sine qua non* nitelikte bazı özellikler taşımaktadır. Ceza koşulu kavramının bu özelliklerden bağımsız olarak düşünülmesi mümkün değildir. Taraflar bu özellikleri dışlayacak bir anlaşma yaptıkları takdirde, artık teknik anlamda bir ceza koşulunun varlığından bahsedilemez. Bu özelliklerden ilki, sözleşme cezasının ferî nitelik taşıması; yani asıl borca bağlı olmasıdır. Öyle ki sözleşme cezasının doğumu, devamı ve ileri sürülebilirliği; asıl borcun doğumu, devamı ve ileri sürülebilirliğine bağlıdır. İkinci olarak sözleşme cezası alacağının doğması bakımından, alacaklının borcun ihlali neticesinde zarara uğramış olması aranmaz. Alacaklı borcun ihlali karşısında herhangi bir zarara uğramış olmasa dahi, borçludan sözleşme cezasını ifa etmesini talep edebilir. Son olarak ceza koşulu, yapısı gereği, geciktirici koşula bağlı bir taahhüttür. Zira ceza koşulunun hüküm ifade etmesi, tanımı itibarıyla, asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi olgusuna bağlanmış durumdadır. Şimdilik kısaca ifade ettiğimiz bu özellikler, ileride detaylandırılacaktır[20].

4. Ceza koşulu, asıl borcun ifası talebi ile sözleşme cezasının ifası talebi arasındaki ilişkiye göre tasnif edilmekte ve türlere ayrılmaktadır. İlerleyen bölümlerde ayrıntılı olarak değerlendirilecek olan söz konusu türleri, ceza koşulu kavramının genel hatlarını çizebilmek amacıyla bu aşamada yalnızca birer cümleyle açıklamakla yetineceğiz[21]. Alacaklının asıl borç ile sözleşme cezasından birini seçerek yalnızca onun ifasını talep edebileceği durumda, seçimlik sözleşme cezası söz konusudur. Alacaklının asıl borcun ifası ile birlikte sözleşme cezasının ifasını da talep edebileceği durumda ifaya eklenen sözleşme cezasından bahsetmek gerekmektedir. Alacaklının münhasıran sözleşme cezasının ifasını talep edebileceği; asıl borcun ifasını talep etme hakkından yoksun olacağı durumda ise münhasır sözleşme cezası mevcuttur.

---

[19] Bkz. *"İkinci Bölüm / I. (Geniş Anlamda) Ceza Koşulunun Unsurları"*
[20] Bkz. *"İkinci Bölüm / II. Ceza Koşulu Açısından Sine Qua Non Özellikler"*
[21] Bkz. *"Dördüncü Bölüm / I. Sözleşme Cezasının Türleri: Seçimlik, İfaya Eklenen ve Münhasır Sözleşme Cezaları"*

III. İsviçre-Türk Hukukundaki Ceza Koşuluna İlişkin Kuralların Tarihi Kökeni

Günümüz Kıta Avrupası hukuklarında ceza koşulu konusunda mevcut kuralların kökeni, borçlar hukukundaki diğer pek çok hukuki kurumdaki gibi Roma hukukuna kadar dayanmaktadır. Ceza koşulu kurumunun tarihi kökeninin ve zaman içerisinde geçirdiği değişimin genel hatlarıyla incelenmesi, hem günümüzdeki kuralların daha iyi anlaşılabilmesini hem de güncel tartışmalara daha sağlam bir bakış açısıyla çözüm sunulabilmesini sağlayacaktır.

A. Roma Hukukunda Ceza Koşulu

1. Latince ceza anlamına gelen *poena* ifadesi, Roma hukukunda birden çok bağlamda kullanılmaktaydı. Öyle ki bu ifadenin Roma hukukunda kullanıldığı değişik anlamlar, günümüz İsviçre-Türk hukukunda farklı hukuki kavramlara karşılık gelmektedir. Bu çerçevede *poena*'nın kullanıldığı anlamlardan biri de İsviçre-Türk hukukunda ifade ettiğimiz şekliyle sözleşme cezasıydı[22]. Sözleşme cezası, genellikle taraflar arasında bir *stipulatio* ile kararlaştırılmakta[23]; dolayısıyla ceza koşulu kavramını, yani sözleşme cezasının kararlaştırıldığı hukuki işlemi ifade etmek üzere de *stipulatio poenae* terimi kullanılmaktaydı[24]. Günümüzde de Roma hukukunda

[22] Sevgi Kayak, "Roma Hukukunda Cezai Şart", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası C. LXIV S. 1 (2011), s. 237 vd., s. 239 dn. 6; Dinçer Araz, s. 45. *Poena* ifadesinin Roma hukukundaki diğer kullanımları hakkında bkz. Dinçer Araz, s. 56 vd. Örneğin *poena,* davranışıyla bir başkasına zarar veren kişinin bu kişiye ödemekle yükümlü tutulduğu para cezasını ifade etmek üzere de kullanılmaktaydı. Bu dönemde ceza hukuku ile özel hukuk birbirinden ayrılmamıştı. Günümüzde bir suç teşkil etmesi itibarıyla ceza hukuku tarafından ceza yaptırımına tâbi tutulacak olan ve/veya bir haksız fiil teşkil etmesi itibarıyla özel hukuk tarafından tazminat yaptırımına tâbi tutulacak olan davranış, o dönemde böyle bir ayrım çerçevesinde ele alınmıyordu. Davranışıyla bir başkasına zarar veren kişi, bu davranışına istinaden zarar gören kişiye bir para cezası ödemekle yükümlü tutulmakta ve bu para cezası *poena* olarak adlandırılmaktaydı. Bu anlamda *poena,* ne tam olarak günümüz ceza hukuklarındaki ceza kavramıyla ne de haksız fiil hukuklarındaki tazminat kavramıyla örtüşüyordu.

[23] Roma hukukunda sözleşme serbestisi mevcut olmayıp, sözleşmeler konusunda tipe bağlılık ilkesi mevcuttu. Bu çerçevede sözleşmeler ayni, rızai, sözlü ve yazılı olmak üzere dörde ayrılmaktaydı. *Stipulatio,* sözlü sözleşmeler grubuna mensup ve taraflarca belirli bir soru ile cevap kalıbının kullanılmasıyla kurulan bir sözleşme tipiydi. Bu sözleşme yalnızca taahhüt eden tarafa borç yüklemesi itibarıyla tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmeydi. İşte sözleşme cezaları, genellikle bu tip sözleşmeler ile kararlaştırılmaktaydı (Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations - Roman Foundations of the Civilian Tradition, Juta & Co, Ltd., 1992, s. 95; Kayak, s. 245; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 41; Dinçer Araz, s. 125). Bununla birlikte sözleşme cezalarının iyiniyet davalarına konu olacak iradi sözleşmelere eklenen *pactum adiectum*'lar vasıtasıyla kararlaştırılması da mümkündü (Arnaldo Biscardi, "La double configuration de la clause pénale en droit romain", De iustitia et iure, Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 80. Geburtstag, Berlin 1980, s. 257; Zimmermann, Roman Foundations, s. 95 dn. 3; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 41; Dinçer Araz, s. 125).

[24] Dinçer Araz, s. 48.

ceza koşulu kavramı, genellikle *stipulatio poenae* merkez kabul edilerek ele alınmaktadır[25].

2. Roma hukukunda ceza koşulunun, yalnız borçlar hukukuyla sınırlı olmayan yaygın bir uygulama alanı bulunmaktaydı. Bu kavramın aile hukuku ve miras hukuku alanında da çeşitli uygulamaları mevcuttu[26]. Yine de ceza koşulu, özellikle borçlar hukuku alanında sıklıkla başvurulan ve farklı yapılar çerçevesinde kurgulanabilen bir yöntemdi. Bu yapılar, günümüz hukukçuları tarafından ikili bir ayrım çerçevesinde tasnif edilmektedir[27].

Sözleşme cezası vasıtasıyla yerine getirilmesi istenen asıl davranışın ifası dava edilebilir geçerli bir borç teşkil etmediği yapı, gerçek olmayan sözleşme cezası *(clause pénale au sens impropre / unechte Vertragsstrafe)* başlığı altında; sözleşme cezası vasıtasıyla yerine getirilmesi istenen asıl davranışın ifası dava edilebilir geçerli bir borç teşkil ettiği yapı ise gerçek sözleşme cezası *(clause pénale proprement dite / echte Vertragsstrafe)* başlığı altında incelenmektedir[28].

Gerçek olmayan sözleşme cezası bağlamında tarafların aslında yerine getirilmesini amaçladıkları davranış, ifası dava edilebilir geçerli bir borç olarak değil; salt bir koşul olarak kararlaştırılmıştır. Dolayısıyla taraflar arasında ifa edilmemesi durumunda sözleşme cezasının tetikleneceği asli bir borç ilişkisi bulunmamaktadır[29]. Gerçek olmayan sözleşme cezası içeren bir *stipulatio poenae* örneği şu şekilde görünecektir. Alacaklı: "Bana köle *Pamphilum*'un mülkiyetini devretmezsen, yüz para ödemeye söz veriyor musun?" Borçlu: "Söz veriyorum." Görüldüğü üzere bu örnekte taraflar arasındaki ifası dava edilebilir yegâne geçerli borç, sözleşme cezası olan yüz paranın ödenmesidir. Köle *Pamphilum*'un mülkiyetinin devri, ifası dava

[25] Örneğin bkz. Reinhard Zimmermann, "Stipulatio Poenae", South African Law Journal C. 104 S. 3 (1987), s. 399 vd.

[26] Rolf Knütel, Stipulatio Poenae – Studien zur römischen Vertragsstrafe, Köln 1976, s. 34 vd.; Zimmermann, Roman Foundations, s. 103.

[27] Heinrich Honsell, Römisches Recht, Springer 2015, s. 92; Biscardi, s. 258; Fredj Loksaier, La clause pénale dans les conrats internes et dans les contrats internationaux – Etude de droit français avec références au droit suisse et au droit tunisien, Editions Payot Lausanne 1985, s. 23; Couchepin, Clause pénale, para. 89 vd.; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 42-43; Dinçer Araz, s. 83-84.

[28] Genellikle kullanılan terimler bunlar olmakla birlikte; söz konusu kavramları farklı şekilde ifade eden yazarlar da bulunmaktadır. Örneğin *Knütel*, gerçek olmayan ceza koşulunu bağımsız ceza koşulu *(selbstandiges Strafversprechen)* olarak; gerçek ceza koşulunu ise çifte *stipulatio (Doppelstipulatio)* olarak adlandırmaktadır (Knütel, s. 27).

[29] Honsell, s. 93; Ralf-Peter Sossna, Die Geschichte der Begrenzung von Vertragsstrafen – Eine Untersuchung zur Vorgeschichte und Wirkungsgeschichte der Regel des § 343 BGB, Duncker & Humblot, Berlin 1993, s. 9; Loksaier, s. 23; Zimmermann, Roman Foundations, s. 98; Couchepin, Clause pénale, para. 90; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 43; Dinçer Araz, s. 95-97.

edilebilir geçerli bir borç olarak değil; sözleşme cezası ödeme borcunun doğumunun koşulu olarak kararlaştırılmıştır.

Tarihsel olarak sözleşme cezasının ilk uygulamalarının, gerçek olmayan sözleşme cezası biçiminde ortaya çıktığı belirtilmektedir[30]. Bu durum Roma hukukunun günümüze intikal etmemiş kendine özgü niteliklerinin doğal bir sonucudur. Şöyle ki Roma hukukunda ifası dava edilebilir geçerli bir borç ilişkisine konu edilmesi mümkün olan taahhütler özellikle erken dönemlerde sınırlıydı. Dolayısıyla taraflar geçerli bir borç ilişkisine konu etmeleri mümkün olmayan bu taahhütlerin ifası konusunda taahhütte bulunan tarafı zorlayabilecek bir hukuki mekanizmaya ihtiyaç duymaktaydı. İşte gerçek olmayan sözleşme cezası, bu ihtiyacı gidermek üzere ortaya çıkmıştı. Bununla birlikte zaman içerisinde taraflar, aslında ifası dava edilebilir geçerli bir borç ilişkisine konu edilmesi mümkün olan taahhütler bakımından da (örneğin bir miktar paranın ödenmesi) gerçek olmayan sözleşme cezasına başvurmaya başlamıştır[31]. Yine de gerçek olmayan sözleşme cezasının asıl işlevi, ifası dava edilemeyen taahhütlerin yerine getirilmesi konusunda taahhütte bulunan tarafı zorlamaktır[32].

Örneğin üçüncü kişi lehine sözleşme veya üçüncü kişinin fiilini taahhüt gibi bazı hukuki kavramlar Roma hukukunda henüz gelişmemişti. Taraflar, iradeleri bu yönde olsa dahi, geçerli olarak üçüncü kişi lehine sözleşme veya üçüncü kişinin fiilini taahhüt ilişkisi kuramamaktaydı. Ortada geçerli bir borç bulunmadığı için de ifa dava edilemiyordu. Durum böyle olunca ceza koşulu, geçerli bir borç teşkil etmeyen bu gibi taahhütlerde bulunan taraf üzerinde ifa konusunda bir baskı yaratmak üzere kullanılmaktaydı[33]. Keza tahkim anlaşması[34] *(compromissum)* veya deniz ödüncü[35] *(pecunia traiecticia)* gibi bağlamlarda da gerçek olmayan sözleşme cezasının önemli uygulamalarına rastlamak mümkündü.

[30] Knütel, s. 62; Loksaier, s. 22; Zimmermann, Roman Foundations, s. 99; Couchepin, Clause pénale, para. 91; Dinçer Araz, s. 76.
[31] Zimmermann, Roman Foundations, s. 98.
[32] Zimmermann, Roman Foundations, s. 97; Dinçer Araz, s. 103.
[33] Biscardi, s. 259-260; Loksaier, s. 22; Sossna, s. 10; Zimmermann, Roman Foundations, s. 97; Dinçer Araz, s. 113-119. Bu konuda detaylı bir tartışma ve üçüncü kişi lehine vaat edilen taahhüdün yerine getirilmemesi durumunda ifa edilmesi kararlaştırılan edimin ceza olarak nitelendirilmemesi gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Kayak, s. 241-245. Kanaatimizce *Kayak*'ın görüşü, Roma hukukundaki sözleşme cezasını gerçek sözleşme cezasından ibaret olarak ele aldığı ve gerçek olmayan sözleşme cezası kavramını göz ardı ettiği için isabetsizdir.
[34] Biscardi, s. 260; Zimmermann, Roman Foundations, s. 98-99; Dinçer Araz, s. 133-136.
[35] Biscardi, s. 261-262; Dinçer Araz, s. 139-141.

Bu gibi örnekler bir yana, ifası dava edilebilir geçerli bir borç ilişkisine konu edilmesi mümkün olan taahhütlerin özellikle erken dönem Roma hukukunda sınırlı olmasının asıl sebebi, Roma davalar sisteminin yapısından ileri gelmektedir. Şöyle ki Roma hukukunda bir kişinin belirli bir konuda hakkının bulunduğunun söylenebilmesi için, bu hakkın korunmasına dair iddia ve talebinin önceden tanımlanmış olan davalardan birinin kapsamına girmesi gerekmekteydi. Erken dönem Roma hukukunda yalnızca içeriği belirli bir miktar paranın ödenmesinden *(certa pecunia)* ibaret olan borçların ifası dava edilebiliyordu[36]. Bunun dışında kalan bir verme taahhüdünün yahut yapma veya yapmama taahhüdünün, ifası dava edilebilir geçerli bir borca konu edilmesi mümkün değildi. Bu dönemde örneğin bir yapma taahhüdünün yerine getirilmesi ancak dolaylı yoldan gerçek olmayan sözleşme cezası vasıtasıyla sağlanabiliyordu. Taahhüdü yerine getirmesi beklenen taraf, bundan kaçınması hâlinde sözleşme cezası olarak bir miktar para ödeme sözünde bulunuyordu. Para borcundan müteşekkil sözleşme cezası ifası dava edilebilir nitelikte olduğu için taahhütte bulunan taraf üzerinde bir baskı unsuru yaratıyor; yapma taahhüdünün yerine getirilmesi dolaylı olarak sağlanmış oluyordu[37]. Bu durum gerçek olmayan sözleşme cezasının, belirli bir miktar paranın ödenmesi dışındaki taahhütlere etkinlik kazandırmak konusunda başvurulan temel hukuki kurum hâline geldiğini ve Roma borçlar hukukunun gelişimi konusunda önemli bir rol üstlendiğini göstermektedir. Belirli bir şeyin verilmesine ve yapılmasına ilişkin edimlerin ifası dava edilebilir geçerli bir borca konu edilebilmesi ancak bir zaman sonra mümkün olmuştur[38].

Bu konuda Roma hukuku ve erken dönem İngiliz hukukunun arz ettiği benzerlik dikkat çekicidir[39]. Her iki hukuk sistemi de, davalar sisteminin aksayan yönlerini telafi etmek üzere ceza koşulundan yoğun olarak istifade etmiştir. Aşağıda inceleneceği üzere ceza koşulunun erken dönem İngiliz hukukundaki görünümü, geçersizleşme koşullu ceza bonolarıdır. İngiliz Orta Çağ hukukundaki ceza bonoları, tıpkı Roma hukukundaki *stipulatio poenae* gibi taahhütlerin yerine getirilmesini

[36] Zimmermann, Roman Foundations, s. 99.
[37] Biscardi, s. 259; Zimmermann, Roman Foundations, s. 99.
[38] Zimmermann, Roman Foundations, s. 99.
[39] Zimmermann, Roman Foundations, s. 99; Yeşim M. Atamer, "Ceza Koşulu – Götürü Tazminat – Sorumsuzluk Anlaşması: Hangisi? Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Sözleşmelerin Yorumlanmasında Bazı Tutamak Noktaları", Yeşim M. Atamer / Ece Baş Süzel / Elliott Geisinger (ed.), Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Gecikme ve Temerrüt - Değişmeyen Bir Soruna Yeni Yaklaşımlar, İstanbul 2018, s. 87 vd., s. 95.

sağlamak üzere başvurulan temel hukuki kurum olmuş ve borçlar hukukunun itici gücü olarak kullanılmıştır[40]. Bu birbirlerinden farklı bağlamların her ikisinde de ceza koşulunun bu denli yaygın bir uygulamaya sahip olmasının sebebi, söz konusu hukuk düzenlerinde aynen ifa talebinin her tür taahhüde ilişkin olarak genel kabul görmüş olmamasından ileri gelmektedir. İngiliz hukuku da tıpkı Roma hukukundaki gibi bir davalar sistemi olarak kurgulanmıştır[41]. Orta Çağ İngiliz sözleşme hukukunun ortaya koymuş olduğu tabloya göre, sözleşmedeki taahhüde uygun davranılması talebini içeren *covenant* davasının uygulama alanı son derece sınırlı kalmış; buna karşılık belirli miktardaki para borcunun ödenmesi talebini içeren *debt sur obligation* davası davacı bakımından sunduğu avantajlar sebebiyle yaygın bir uygulamaya kavuşmuştur[42]. Taraflar, temel ilişkilerini bir sözleşme ile kayıt altına alarak olası bir uyuşmazlık durumunda doğrudan bu taahhüde uygun davranılması için *covenant* davasına başvurmayı tercih etmemişlerdir. Bunun yerine temel ilişkiye konu davranışın yerine getirilmesi durumunda geçersizleşecek bir ceza bonosu düzenlemiş ve bu davranışın yerine getirilmemesi durumunda ceza bonosunun ödenmesi talebiyle *debt sur obligation* davasına başvurmuşlardır. Bir miktar paranın ödenmesi dışındaki taahhütlerin de doğrudan ifasının sağlanması imkânı zaman içerisinde gelişmiştir.

Bu anlamda Roma hukukundaki gerçek olmayan sözleşme cezası ile erken dönem İngiliz hukukundaki geçersizleşme koşullu ceza bonoları arasında önemli paralellikler kurmak mümkündür[43]. Hem gerçek olmayan sözleşme cezası hem geçersizleşme koşullu ceza bonosu bağlamında mevcut olan ifası dava edilebilir tek borç, sözleşme cezasının ödenmesidir. Tarafların yerine getirilmesini arzu ettikleri temel ilişkideki taahhüt, bir borç olarak değil; bir koşul olarak (gerçek olmayan

[40] Ceza bonoları hakkında detaylı bilgi için bkz. *"Beşinci Bölüm / I. / B. Geçersizleşme Koşullu Ceza Bonoları"*

[41] Detaylı bilgi için Baker, s. 53 vd.

[42] A.W.B. Simpson, A History of the Common Law of Contract, Oxford University Press 1975, s. 117; S.F.C. Milsom, Historical Foundations of the Common Law, Butterworths London, Second Edition, 1981, s. 251-252; Theodore Frank Thomas Plucknett, A Concise History of the Common Law, Boston: Little, Brown Company 1956, s. 634; S.J. Stoljar, A History of Contract at Common Law, Australian National University Press Canberra, 1975, s. 6. Günümüzde alışkın olduğumuz tabirler çerçevesinde düşünülecek olursa *covenant* davası sözleşmedeki taahhüde uygun davranılması talebini; *debt sur obligation* ise bonodaki para borcunun ödenmesi talebini içerir. Sezgisel olarak düşünüldüğünde, tarafların temel ilişkilerini doğrudan doğruya bir *covenant* ile kayıt altına almaları daha basit ve pratik görünmektedir. Bu doğrultuda sözleşme hukukunun *covenant* davası çerçevesinde şekillenmesi beklenir. Ancak tam aksine sözleşme hukuku *debt sur obligation* davası çerçevesinde şekillenmiştir. Bu tercihin olası sebepleri hakkında bkz. Milsom, s. 252-253.

[43] Zimmermann, Roman Foundations, s. 99.

sözleşme cezası bağlamında geciktirici ve ceza bonosu bağlamında bozucu bir koşul olarak) düzenlenmiştir. Böylelikle her iki kurum da para borcunun ifasının dava edilebilmesinin arz ettiği kolaylığı diğer taahhütlerin dolaylı olarak ifasını sağlamak konusunda bir kaldıraç olarak kullanmıştır. Taahhütlerin konuları ne olursa olsun ifası dava edilebilir geçerli bir borca konu edilebildiği irade serbestisine giden yol da bu şekilde açılmıştır.

Görüldüğü üzere gerçek olmayan sözleşme cezası uygulaması, Roma hukukunun günümüze intikal etmemiş; kendine özgü nitelikleri sebebiyle özel ihtiyaçları gidermek üzere ortaya çıkmış bir hukuki kurumdur. Zamanla irade serbestisi ilkesinin ağırlık kazanmasıyla bu ihtiyaçların ortadan kalkması üzerine de önemini yitirmiş ve büyük ölçüde kaybolmuştur[44]. Günümüz modern Kıta Avrupası hukukları bağlamında tarafların, Roma hukukunda görüldüğü hâliyle gerçek olmayan sözleşme cezası uygulamasına başvurduğuna rastlamak pek mümkün değildir. Nitekim kanunlarda da gerçek olmayan sözleşme cezasına ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bu konuda Alman hukukunun bir istisna teşkil ettiği söylenebilir. AlmMK § 343 II'de hâkimin sözleşme cezasını indirme yetkisinin bu tür sözleşme cezaları bakımından da uygulanacağı belirtilmek suretiyle gerçek olmayan sözleşme cezasından bahsedilmiştir[45].

Kanunda ayrıca düzenlenmiş olmasa bile tarafların gerçek olmayan sözleşme cezası kurgusunda bir anlaşma yapmaları elbette mümkündür. Nitekim nadiren de olsa yer yer böyle anlaşmalara rastlanmaktadır. Bu gibi bir anlaşmanın günümüz hukukları bakımından sonuçları ileride ayrıca ele alınacaktır[46].

Gerçek sözleşme cezası bağlamında ise taraflar arasında ifası dava edilebilir geçerli bir borç ilişkisi bulunmaktadır; söz konusu asıl borç gereği gibi yerine getirilmediği takdirde borçlunun bir sözleşme cezası ifa etmesi kararlaştırılmıştır[47]. Gerçek sözleşme cezası içeren bir *stipulatio poenae* örneği şu şekilde görünecektir. Alacaklı: "Bana köle *Pamphilum*'un mülkiyetini devretmeye ve eğer devretmezsen yüz para ödemeye söz veriyor musun?" Borçlu: "Söz veriyorum." Görüldüğü üzere bu örnekte, köle *Pamphilum*'un mülkiyetini devretme ve yüz para sözleşme cezası

[44] Zimmermann, Roman Foundations, s. 98.
[45] Peter Gottwald, Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2019, § 343 para. 23.
[46] Bkz. *"Üçüncü Bölüm / V. Gerçek Olmayan Ceza Koşulu"*.
[47] Honsell, s. 93; Sossna, s. 9; Loksaier, s. 23; Zimmermann, Roman Foundations, s. 100; Couchepin, Clause pénale, para. 92; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 42; Dinçer Araz, s. 87-88.

ödeme olmak üzere iki geçerli borç mevcuttur. Asıl borç olan köle *Pamphilum*'un mülkiyetini devretmek ifa edilmediği takdirde, sözleşme cezası olarak yüz para ödeme borcu devreye girecektir.

Gerçek sözleşme cezasının, borçluyu ifaya zorlama ve ihlal durumunda alacaklıyı zararını ispat zorluğundan kurtarma olmak üzere iki işlevi ön plana çıkmaktaydı[48]. Bu işlevler, para borcu dışında kalan borçlar bakımından özel bir önem taşıyordu. Zira Roma hukukundaki davalar sistemi uyarınca hüküm, bir miktar paradan ibaret olmak zorundaydı *(omnis condemnatio pecuniaria)*. Dolayısıyla borçlu para dışında bir edimi borçlanmış olsa dahi, dava neticesinde alacaklıya bir miktar para ödemesine karar verilmekteydi[49]. Bu zorunluluk, para dışındaki bir edimin alacaklısını zor duruma düşürüyordu. Öncelikle alacaklı, borç konusu edime kavuşamamakta; bunun yerine bir miktar para ile yetinmek zorunda kalmaktaydı. Daha da önemlisi mahkemenin edim için hükmedeceği parasal değerin alacaklıyı tatmin edip etmeyeceği şüpheliydi. Mahkeme edim için parasal bir değer takdir etmekte zorlanmakta; alacaklı da bu çerçevede ispat sorunları yaşamaktaydı. Bu sebeple alacaklılar, borcunu gereği gibi ifa etmeyen borçluya karşı daha etkili ve hızlı bir hukuki çare elde etmek üzere ceza koşulundan istifade etmeye başladılar[50]. Özellikle bir yapma veya yapmama borcunun söz konusu olduğu durumda ceza koşulu, hem mahkemenin işini kolaylaştırmakta hem de alacaklıya ciddi bir avantaj sağlamaktaydı. Nitekim bu durum *Iustinianus* döneminde *Institutiones*'te de ifade edilmiş; bir yapma veya yapmama borcunun söz konusu olduğu durumda tarafların bir ceza koşulu kararlaştırmaları tavsiye edilmiştir[51].

3. Anlaşılacağı üzere Roma hukukundaki gerçek sözleşme cezası uygulaması, günümüz Kıta Avrupası hukuklarında hâlâ kullanılan ve İsviçre-Türk hukukunda da TBK m. 179'da düzenlenmiş olan sözleşme cezası uygulamasına tekabül etmektedir. Nitekim bu sebeple "gerçek" sözleşme cezası olarak anılmaktadır. Bu kuruma ilişkin Roma hukukundaki kurallar, günümüz Kıta Avrupası hukuklarındaki kuralların kökenini teşkil etmektedir.

---

[48] Biscardi, s. 259; Zimmermann, Roman Foundations, s. 95-96.
[49] Zimmermann, Roman Foundations, s. 96.
[50] Zimmermann, Roman Foundations, s. 95-96.
[51] Bkz. Institutiones 3.15.7. İngilizce çevirisi için bkz. J.B. Moyle, Caesar Flavius Justinian, The Institutes of Justinian, 1913, Çevrimiçi Erişim: http://www.gutenberg.org/files/5983/5983-h/5983-h.htm.

Bu itibarla konuya ilişkin Roma hukukundaki temel ilkelerin İsviçre-Türk hukukunda varlığını devam ettirdiğini gözlemlemek mümkündür[52]. Bu konuda şöyle bir örnek verilebilir. Roma hukukunda borçlunun sözleşme cezasını ifa etme yükümlülüğü, alacaklının uğradığı zarardan bağımsızdı; alacaklı ancak sözleşme cezasını aşan bir zarara uğradıysa aşan miktarın tazmin edilmesi için zararını ispatlamak durumunda kalıyordu. Ceza koşulu kavramının temelini teşkil eden bu ilke, İsviçre-Türk hukukunda TBK m. 180 (İsvBK m. 161) bağlamında mevcudiyetini korumaktadır[53].

Diğer yandan ceza koşuluna ilişkin Roma hukukundaki bazı kurallar, modern özel hukukun gelişim süreci içerisinde ortaya çıkan borçlu yanlısı yaklaşımın etkisiyle değişmiştir. Önemli bir farklılık, sözleşme cezasının miktarının belirlenmesine ilişkin olarak kendisini göstermektedir. Roma hukukunda taraflar sözleşme cezasının miktarını aşırı olsa bile serbestçe belirleyebiliyordu[54]. Taraflara sözleşme cezasını belirleme konusunda tanınmış bu irade serbestisi, günümüz İsviçre-Türk hukukunda hâkime tanınan aşırı sözleşme cezasını indirme yetkisi ile törpülenmiştir[55].

Roma hukukunun günümüz İsviçre-Türk hukukundaki yansımaları, ilgili bölümlerde yeri geldikçe daha detaylı olarak incelenecektir.

B. Orta Çağ Kanon Hukukunda Ceza Koşulu Kavramına İlişkin Önemli Gelişmeler

Roma hukukunda ceza koşulu kavramı, başlangıçta borçlunun üzerinde ifa konusunda bir baskı kurma işlevinin üzerine inşa edilmişti; bu itibarla cezalandırıcılık özelliğinin ağırlığı hissediliyordu. Ancak zaman içerisinde alacaklının zararını tazmin etme işlevinin de gündeme gelmesiyle birlikte, kurumu şekillendiren kurallarda borçlu lehine yumuşamalar meydana gelmişti[56]. Bununla

[52] Roma hukuku ile günümüz İsviçre hukukundaki ceza koşuluna ilişkin kuralların karşılaştırması için bkz. Couchepin, Clause pénale, para. 94 vd.
[53] Couchepin, Clause pénale, para. 97.
[54] Bu konuda sınırlama teşkil eden yegâne kuralın, ifanın gecikmesi durumunda ödenmesi kararlaştırılan sözleşme cezasının izin verilen faiz miktarını aşamaması olduğu yönünde bkz. Couchepin, Clause pénale, para. 100. Roma hukukunda faiz sınırlamalarına ilişkin bkz. Mehmet Üçer, "Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Faiz Yasağı ve Faiz Sınırlamasına İlişkin Düzenlemeler", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 10 S. 2 (2011), s. 217 vd., s. 218-220.
[55] Couchepin, Clause pénale, para. 101.
[56] Fliniaux, s. 235.

birlikte öğretide belirtildiğine göre, Batı Roma İmparatorluğu'nun yıkılışını takip eden dönemde ortaya çıkan tabloda, ceza koşulunun cezalandırıcılık özelliği yine ön plana çıktı[57]. İşte bu noktada Orta Çağ kanon hukuku devreye girdi; faiz yasağı ilkesi doğrultusunda ceza koşulu kavramının cezalandırıcılık özelliğini baskıladı.

Kanon hukukuna karakterini veren özelliklerinden biri, faiz *(usura)* yasağı idi. Faiz, oldukça geniş tanımlanıyor; anaparaya her nasıl olursa olsun eklenen her türlü şey faiz olarak kabul ediliyordu[58]. Buna karşılık özellikle ödünç para verme işiyle iştigal eden kişiler, faizle ödünç yasağını aşmak üzere ceza koşulundan istifade etmekteydi. Bu bağlamda kullanılan ceza koşulu, asıl amacından saptırılmıştı; borçluyu borcunu zamanında gereği gibi ifa etmeye yöneltme amacı taşımıyordu. Bunun yerine, borçlunun borcunu zamanında gereği gibi ifa etmemesi ve sözleşme cezasının eklenmesiyle birlikte anaparayı aşacak bir miktarın tahsil edilmesi amacına yönelmişti[59]. Durum böyleyken ceza koşullarının geçerli kabul edilmesi, faiz yasağının altını oymaktaydı[60]. Ancak ceza koşullarının tamamının genel olarak geçersiz kabul edilmesi de hem pratik sebeplerden ötürü hem de Roma hukukunun bu denli yadsınması mümkün olmadığı için söz konusu olamıyordu.

Bu tablo karşısında kanon hukukçuları, geçersiz kabul edilecek ceza koşullarının diğerlerinden ayırt edilmesi konusunda subjektif bir kriteri esas almaya başladı. Buna göre, ödünç verenin ceza koşuluna borcun zamanında ödenmesi amacıyla başvurmadığı; aksine borcun zamanında ödenmemesini ve böylelikle faizi yasaklayan kuralların çevresinden dolanarak anaparasına ilave sözleşme cezası elde etmeyi arzuladığı ispat edildiği takdirde ceza koşulu geçersiz kabul edilmekteydi *(in fraudem usurarum apposita)*[61]. Ancak ödünç verenin manevi durumunu araştırmayı gerektiren bu subjektif kriterin pratikte uygulanması son derece güçtü. Dolayısıyla daha objektif kriterler olarak, ödünç para verme işiyle iştigal edenlerin ve zamana bağlı olarak artan kademeli sözleşme cezası kullananların kararlaştırdıkları ceza koşullarının faiz yasağını dolanma amacı taşıdığı karinesinin kabul edilmesi önerildi[62]. Fakat bu kriterlerin de uygulamada istenen sonucu vermeyeceği

[57] Fliniaux, s. 235-236; Loksaier, s. 26; Couchepin, Clause pénale, para. 103.
[58] Fliniaux, s. 236-237; Loksaier, s. 26; Couchepin, Clause pénale, para. 107. Orta Çağ kanon hukukunda faiz yasağına ilişkin bkz. Üçer, s. 220-221.
[59] Fliniaux, s. 237.
[60] Loksaier, s. 26; Couchepin, Clause pénale, para. 107.
[61] Loksaier, s. 27.
[62] Fliniaux, s. 238-239; Loksaier, s. 27.

anlaşılınca kanon hukukçuları ahlaki yükümlülükler ile pratik zorunlulukları bağdaştırmak üzere, Roma hukuku etkileri taşıyan *"interesse"* doktrinini geliştirdi. Bir para borcunun ödenmemesine ilişkin olarak ifa edilmesi kararlaştırılan edim, alacaklının bu sebeple uğradığı zarara karşılık geldiği takdirde *"interesse"* olarak nitelendiriliyor ve geçerli kabul ediliyordu. *Interesse* kavramı, bir kazanca değil bir zararın tazminine karşılık geldiği için faizden farklı bir kavram olarak kabul ediliyor; ödünç sözleşmeleri bağlamında uygulanması hukuka uygun bulunuyordu[63]. Bu doktrin doğrultusunda alacaklının uğradığı zarar miktarını aşmayan sözleşme cezaları, geçerli kabul edilmeye başlandı.

Görüldüğü üzere ceza koşulunun kanon hukuku döneminde yaşadığı bu dönüşüm, ceza koşulunun alacaklının zararını tazmin edici işlevinin ön plana çıkmasına ve borçlunun üzerinde ifa konusunda bir baskı kurma işlevinin zayıflamasına neden oldu. Bu itibarla dönemin ceza koşulu anlayışının, modern İsviçre-Türk hukukundaki ceza koşulu kurumundan farklılaştığı ve götürü tazminat anlaşması kurumuna yaklaştığını söylemek kanaatimizce mümkündür.

C. Mehaz Kanuna Bir Adım Kala: 1881 tarihli İsviçre Federal Borçlar Kanunu

Roma hukukundan günümüze yaşanan gelişmeler, modern borçlar hukuku düzenlemelerindeki ceza koşulunu, borçluyu ifaya zorlayıcı ve alacaklının zararını tazmin edici işlevlerin iç içe geçtiği çok boyutlu bir yapı olarak şekillendirmiştir. Genel anlamda borçluyu ifaya zorlayıcı işlev alacaklının zararını tazmin edici işleve nazaran daha fazla ön plana çıksa bile, ceza koşulunun tek bir işleve indirgenmesi mümkün değildir. Söz konusu çok boyutlu anlayış, İsviçre borçlar hukuku vasıtasıyla Türk borçlar hukukuna da uzanmıştır.

Bu anlamda mehaz 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nun çekirdeğini teşkil eden 1881 tarihli İsviçre Federal Borçlar Kanunu'ndaki ceza koşulu düzenlemelerinin kısaca değerlendirilmesi yerinde olacaktır. 1881 tarihli İsviçre Federal Borçlar Kanunu'nda ceza koşulu, m. 179 ilâ 182 arasında düzenlenmişti. Öğretide söz konusu düzenlemelerin, özellikle 1855 tarihli Zürih Medeni

[63] Loksaier, s. 28; Couchepin, Clause pénale, para. 108. *Interesse* doktrini ve bunun ceza koşullarına ilişkin uygulaması hakkında detaylı bilgi için bkz. Fliniaux, s. 239 vd.

Kanunu'ndan esinlendiği; zira tıpkı bu kanundaki gibi hâkime aşırı sözleşme cezasını indirme yetkisi tanıdığı belirtilmektedir[64].

1881 tarihli İsviçre Federal Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemeler, 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki güncel düzenlemelere oldukça yakındır. Bununla birlikte *Couchepin*, bu kanun ile güncel düzenlemeler arasında üç temel farklılığın bulunduğuna işaret etmektedir[65]. İlk olarak eski kanunda hâkimin aşırı sözleşme cezasını indirmesi, takdirine bağlı olan bir yetkiden ibaretti. Oysa güncel düzenlemede sözleşme cezasının aşırı olduğunu gören hâkim, bunu indirmek zorundadır. İkinci olarak eski kanunda gecikmeye rağmen ifayı herhangi bir çekince koymaksızın kabul eden alacaklının sözleşme cezasından feragat ettiği bir karine olarak kabul edilmekteydi; alacaklı aksini ispatlayabiliyordu. Güncel düzenleme uyarınca ise bu durumda artık cezadan feragat edildiği faraziyesi söz konusudur; alacaklının aksini ispat etmesi mümkün değildir. Son olarak eski kanun sözleşme cezasının talep edilemeyeceği ifa imkânsızlığı sebeplerini saymak suretiyle belirtmişti: Hükümde belirtildiğine göre, (1) alacaklının davranışından, (2) mücbir sebepten, (3) alacaklının şahsında gerçekleşen beklenmedik hâlden kaynaklanan ifa imkânsızlığı hâllerinde sözleşme cezası talep edilemeyecekti. Güncel kanunda ise sözleşme cezasının talep edilemeyeceği ifa imkânsızlığı hâlleri, asıl borcun ifasının borçlunun sorumlu olmadığı bir sebeple imkânsızlaşması durumu gibi genel bir ifadeyle ele alınmış; böylelikle borçlunun sorumluluğu daraltılmıştır. Bu farklılığın yarattığı sonuçlar ilgili bölümde değerlendirilecektir[66].

İki kanun arasındaki bu farklılıklar, güncel 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nun ceza koşulu konusunda borçlu lehine daha yumuşak bir anlayışı benimsediğini ortaya koymaktadır.

D. Tarihi Değerlendirmeye İlişkin Sonuç

Ceza koşulu, ifası dava edilebilir geçerli bir borç ilişkisine konu edilmesi mümkün olmayan taahhütlerin ifasını dolaylı olarak sağlamaya yönelik bir baskı aracı olarak ortaya çıkmıştır. Ancak zaman içerisinde borçlar hukukuna hâkim olan sözleşme serbestisi uyarınca, hukuka ve ahlaka aykırı olmayan her tür taahhüdün

[64] Bu yönde bkz. Bentele, s. 111 dn. 517; Couchepin, Clause pénale, para. 115. Zürih Medeni Kanunu için bkz. *Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich vom 1. Juli 1855*.
[65] Couchepin, Clause pénale, para. 118.
[66] Bkz. s. 314-316.

ifası dava edilebilir geçerli bir borç ilişkisine konu edilmesi mümkün hâle gelmiştir. Bu durum ceza koşulunun da evrilmesine neden olmuştur. Günümüzde ceza koşulu, geçerli bir borç ilişkisinin konusunu teşkil eden ve ifasını dava etmenin mümkün olduğu taahhütlere ilişkin olarak kararlaştırılmaktadır. Bu itibarla ceza koşulunun ön plana çıkan iki işlevinin bulunduğu tespit edilebilir. İlk olarak, henüz ihlal öncesi aşamada devreye girerek borçluyu ifaya güdülemektedir. Böylelikle aynen ifa yaptırımının yetersiz kaldığı bir boşluğu doldurmakta ve ifa menfaatini daha güçlü bir şekilde korumaktadır. İkinci olarak ise ihlal yine de gerçekleşecek olursa alacaklının bu ihlale bağlı olarak uğradığı zararın tazmin edilmesini kolaylaştırmaktadır.

IV. Ceza Koşuluna İlişkin Kanuni Düzenlemeler

1. Ceza koşulu kavramına ilişkin Türk hukukundaki temel düzenlemeler, Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümler kısmında yer almaktadır. Kavram, "Borç İlişkilerinde Özel Durumlar" başlığını taşıyan dördüncü bölümün "Bağlanma Parası, Cayma Parası ve Ceza Koşulu" başlığını taşıyan üçüncü ayırımında, TBK m. 179 ilâ 182'de düzenlenmiştir. Bu itibarla kanun koyucunun, ceza koşulunun düzenlenme biçimine ilişkin olarak İsvBK'ndaki ve 818 sayılı eBK'ndaki tercihi devam ettirdiği söylenebilir. Zira ceza koşulu, İsvBK'nda m. 160 ilâ 163'te ve 818 sayılı eBK'nda m. 158 ilâ 161'de, yine genel hükümler arasında aynı kanuni sistematikte düzenlenmiştir[67].

Ceza koşuluna ilişkin temel düzenlemeler TBK m. 179 ilâ 182'de yer almakla birlikte, kavrama TBK'nın ve diğer kanunların başka hükümlerinde de rastlanmaktadır. Öncelikle ceza koşulu, iş hukuku bağlamında çok ciddi bir uygulamaya sahiptir. Nitekim hizmet sözleşmesine ilişkin hükümler arasında, ceza koşuluna dair özel düzenlemeler mevcuttur. TBK m. 420/I uyarınca, hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine koyulan ceza koşulu geçersizdir[68]. Keza işçinin

[67] Ceza koşulunun kanuni sistematik içerisindeki yeri, öğretide kimi yazarlar tarafından eleştiriye tâbi tutulmuştur. Eleştirilerin sunumu için bkz. Bilge, Cezai Şart, s. 43-44; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 43-45; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 24-25. Ceza koşulunun genel hükümler yerine özel hükümler arasında düzenlenmiş olması gerektiği görüşü için bkz. Göktürk, s. 594. Ceza koşulunun sözleşmenin ifa edilmemesi aşamasına ilişkin olduğu, bu itibarla sözleşmenin kurulması aşamasına ilişkin olan bağlanma parasıyla birlikte düzenlenmiş olmasının isabetsiz olduğu görüşü için bkz. Secrétan, s. 33.

[68] Bu konuda bkz. *"İkinci Bölüm / I. / A. / 2. / b. / ii. Hizmet Sözleşmesinde TBK m. 420/I Uyarınca İşçi Aleyhine Tek Taraflı Ceza Koşulu Yasağı"*. Detaylı bilgi için bkz. Karagöz, Cezai Şart, s. 83 vd.; Yayvak Namlı, s. 311 vd.

rekabet yasağına aykırı davranmasının sonuçlarını düzenleyen TBK m. 446'da da, ceza koşuluna ilişkin genel hükümlerdeki rejime kıyasla farklılıklar içeren özel düzenlemeler mevcuttur[69]. Çalışmamız, iş hukukunu kapsamı dışında bıraktığı için ilgili hükümlere dair detaylı bir inceleme yapılmayacaktır.

Diğer yandan TBK m. 121, 131, 260, 271, 346, 589'da da ceza koşuluna ilişkin başkaca düzenlemelere rastlamak mümkündür. Ayrıca TMK m. 119 ile TTK m. 22, 481, 482, 483, 577, 595'te de ceza koşuluna ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Tüm bu hükümler, çalışmamız kapsamında yeri geldikçe incelenecektir.

Mehaz İsvBK'daki ceza koşuluna ilişkin temel düzenlemeler yukarıda belirtildiği üzere m. 160 ilâ 163'te yer almaktadır. Bu düzenlemeler, TBK'daki düzenlemeler ile neredeyse tamamen aynıdır. İki kanun arasındaki bazı nüanslardan ise yeri geldikçe bahsedilecektir[70].

2. Ayrıca her ne kadar doğrudan konumuzu teşkil etmese de Kıta Avrupası hukuk ailesinin önemli temsilcileri olan Alman ve Fransız hukuklarındaki temel kanuni düzenlemelerin de en azından kısaca anılması yerinde olur. Zira bu hukuk sistemlerine İsviçre-Türk hukukuna kıyasla ilginç farklılıklar arz ettikleri ölçüde değinilecektir. Özellikle Alman hukuku, yakın ilişki içerisinde olduğu İsviçre-Türk hukukundaki tartışmalı meselelere ilişkin kimi çözümler sunabilmektedir.

AlmMK'nda ceza koşulu, § 339 ilâ 345'te düzenlenmiştir. Temel hatlarıyla § 339'da sözleşme cezasının muaccel olmasına ilişkin koşullar, § 340'ta hiç ifa etmeme durumuna ilişkin kararlaştırılan ceza koşulunun hükümleri, § 341'de gereği gibi ifa etmeme durumuna ilişkin kararlaştırılan ceza koşulunun hükümleri, § 342'de bir miktar para ödeme dışındaki sözleşme cezalarında da bu hükümlerin uygulama alanı bulacağı kuralı, § 343'te sözleşme cezasının indirilmesi, § 344'te geçersiz bir

[69] Bu konuda bkz. s. 281-282. Detaylı bilgi için bkz. Karagöz, Cezai Şart, s. 239 vd.; Yayvak Namlı, s. 455 vd.

[70] Bu nüanslar şöylece özetlenebilir: (1) TBK m. 182/II c. 2'de bulunan *"Ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hâle gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez"* hükmünün karşılığı İsvBK m. 163/II'de bulunmamaktadır. (2) Hâkimin aşırı sözleşme cezasını *"kendiliğinden"* indireceği TBK m. 182/III'teki açıkça ifade edilmişken; İsvBK m. İsvBK m. 163/III'te böyle açık bir ifade bulunmamaktadır. (3) İsvBK m. 163'te hukuka veya ahlaka aykırı borçtan (*une obligation illicite ou immorale* / *ein widerrechtliches oder unsittliches Versprechen*) bahsedilmekte; buna karşılık TBK m. 182'de daha genel bir ifade kullanılmakta ve "herhangi bir sebeple geçersiz" borçtan bahsedilmektedir.

asıl borcun ifasına ilişkin kararlaştırılan ceza koşulunun da geçersiz olacağı kuralı, § 345'te ise ispat yükü düzenlenmiştir.

FrMK'nda ise 1 Ekim 2016 tarihinde gerçekleştirilen kapsamlı borçlar hukuku reformu[71] ile birlikte ceza koşuluna ilişkin temel düzenlemeler olan m. 1152 ve 1226 ilâ 1233 gözden geçirilmiş; m. 1231-5 çatısı altında bir araya getirilmiştir. Hükmün birinci fıkrası, alacaklı lehine hükmedilecek miktarın tarafların kararlaştırdığı miktardan daha fazla veya az olamayacağını; ikinci fıkrası, hâkimin taraflarca kararlaştırılan miktarı açıkça aşırı veya cüzi *(manifestement excessive ou dérisoire)* bulduğu durumda kendiliğinden indirebileceğini veya arttırabileceğini; üçüncü fıkrası, borçlu eksik ifada bulunduğu takdirde hâkimin taraflarca kararlaştırılan miktarı alacaklının eksik ifadan elde ettiği menfaat oranında kendiliğinden indirebileceğini; dördüncü fıkrası, ikinci ve üçüncü fıkraların emredici mahiyetini; beşinci fıkrası ise nihai ifa etmeme hâli hariç olmak üzere, sözleşme cezasının talep edilebilmesi için borçlunun temerrüde düşmüş olmasının aranacağını düzenlemiştir. Kanunda reform öncesinde yer alan pek çok kural (örneğin sözleşme cezasının ferî karakterini düzenleyen m. 1227 ve asıl borcun ifası talebi ile sözleşme cezasının ifası talebi arasındaki ilişkiyi düzenleyen m. 1229/II), zaten aşikâr olduğu gerekçesiyle yeni düzenlemeye alınmamış; bu anlamda bir sadeleşmeye gidilmiştir[72].

V. Ceza Koşulunun İşlevleri

Kıta Avrupası hukuk öğretisi incelendiğinde, ceza koşulunun işlevlerinin genellikle iki temel başlık altında ele alındığı görülecektir: borçluyu asıl borcun ifası konusunda zorlamak (önleyici işlev) ve ihlal durumunda alacaklının uğrayacağı zararı gidermek (telafi edici işlev)[73]. Roma hukukundan miras kalan bu klasik

[71] Bkz. *Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*.

[72] Bu konuda bkz. *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*.

[73] CR CO I-Mooser, Art. 160 para. 2; OFK OR-Wuffli, Art. 160 para. 4; Foëx, s. 410-411; Andreas Furrer / Markus Müller-Chen / Bilgehan Çetiner, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2021, para. 1617; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, para. 1468; Berki, s. 281; Bilge, Cezai Şart, s. 81; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 31; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 42. Roma hukuku açısından bkz. Zimmermann, Roman Foundations, s. 95 vd. Alman hukuku açısından bkz. MüKoBGB/Gottwald, Vor § 339 para. 6; Christian Janoschek, §§ 328–345, Wolfgang Hau / Roman Poseck, Beck'sher Online-Kommentar BGB, München 2022, § 339 para. 1. Ceza koşulu kararlaştıran tarafların birden fazla amaca sahip olduğu; fakat ceza koşulunun bir hukuki kurum olarak işlevinin borçlunun davranışına yön vermekten ibaret olduğu yönündeki tek işlevlilik öğretisi için bkz. Walter F. Lindacher, Phänomenologie der 'Vertragsstrafe' – Vertragsstrafe, Schadenersatzpauschalierung und

işlevler, ceza koşulu ile benzer hukuki kurumlar arasındaki kavramsal ayrımı şekillendirmiş ve ceza koşuluna ilişkin modern hukuk düzenlemelerinin temelini oluşturmuştur. Bu itibarla söz konusu işlevler, ceza koşuluna İsviçre-Türk hukukundaki karakterini vermektedir.

Ancak ceza koşulunun işlevlerinin bunlardan ibaretmiş gibi yansıtılması, bir eksiklik teşkil edecektir. Zira özellikle Amerikan hukukunda etkisi baskın olarak hissedilen hukuk ve ekonomi öğretisi, ceza koşulunun bu klasik işlevlerin ötesinde başka amaçlarla da kullanılabileceğini ortaya koymuştur. Örneğin ceza koşulu, alacaklıya borçlunun güvenilirliği konusunda sinyal verir ve yeni aktörlerin piyasaya girişini kolaylaştırır. Bu gibi işlevlerin daha yakından incelenmesi, ceza koşulu kavramının daha iyi anlaşılabilmesi bakımından önem taşır.

Bu bölümde ilk olarak ceza koşulunun klasik işlevleri üzerinde detaylı olarak durulacaktır. Bu klasik işlevlerin incelenmesinde, uygun olduğu ölçüde hukuk ve ekonomi öğretisinden de istifa edilecektir. Zira hukuk ve ekonomi öğretisi, ceza koşulunun klasik işlevlerine ilişkin olarak da yeni bir bakış açısı sunabilir. Ardından ceza koşulunun diğer işlevlerinden bahsedilecektir.

A. Ceza Koşuluna Karakterini Veren Klasik İşlevler

Ceza koşulunun asli işlevi, borçluyu asıl borcun ifası konusunda zorlamaktır. Ancak asıl borç her nasılsa ihlal edilecek olursa ceza koşulu ikincil işlevi ile devreye girecek ve alacaklının ihlale bağlı olarak uğrayacağı zararı giderecektir. Bu işlevlerden özellikle ilki, ceza koşuluna karakterini verir; olmazsa olmaz nitelik taşır. Başka bir deyişle, borçluyu asıl borcun ifası konusunda zorlama işlevi görmeyen bir anlaşmanın ceza koşulu olarak nitelendirilebilmesi mümkün değildir[74]. Alacaklının

---

schlichter Schadensbeweisvertrag, Frankfurt am Main 1972, s. 57 vd. Bazı yazarlar ise ceza koşulunun iki işlevine ek olarak başka işlevlerden de bahsetmektedir. Örneğin *Gümüş* ve *Ozanoğlu*, borçluyu cezalandırma işlevini ayrıca ele almaktadır (Gümüş, Borçlar Genel, s. 1008; Hasan Seçkin Ozanoğlu, İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteaahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 3 S. 1-2 (1999), s. 1 vd., s. 18).

[74] Ceza koşulunun işlevinin alacaklının zararının tazminini kolaylaştırmaktan ibaret olduğu; borçluyu ifaya zorlamanın söz konusu olmadığı yönündeki görüş, kanaatimizce ceza koşulu kavramının özünü yanlış yansıtmaktadır (Görüş için bkz. Akkanat, s. 50). Keza, ceza koşulunun borçluyu ifaya zorlama ve alacaklının zararını tazmin etme işlevlerinden yalnız birini hedefleyebileceği yönündeki görüşe katılma imkânı bulamıyoruz (Görüş için bkz. Akkayan Yıldırım, s. 387). Benzer şekilde, alacaklının zararını tazmin etme işlevinin borçluyu ifaya zorlama işlevine kıyasla öncelenmesi de isabetsizdir (Görüş için bkz. Tunçomağ, s. 48-49). Bu görüşlerin ceza koşulu ile götürü tazminat anlaşması arasındaki kavramsal sınırı gözden kaçırdıkları kanaatindeyiz. Bu konuda detaylı bilgi

ihlale bağlı olarak uğrayacağı zararı giderme işlevi ise ikincil mahiyettedir[75]. Esasen kural olarak her ceza koşulu, alacaklının asıl borcun ihlal edilmesi neticesinde uğradığı zararın giderilmesini kolaylaştırma işlevi görür. Fakat bu işlevi taşımayan bazı anlaşmaların ceza koşulu olarak nitelendirilmesi kimi istisnai durumlarda imkân dâhilindedir[76].

1. Asli İşlev: Borçluyu İfaya Zorlamak

Ceza koşulunun en önemli işlevi, ihlalin borçlu açısından maliyetini arttırmak suretiyle borçluyu ifada bulunmaya zorlamaktır[77]. Bu çerçevede, önleyici işlev *(Präventivfunktion)* söz konusu olur.

Neoklasik hukuk ve ekonomi öğretisinin genel kabulü uyarınca borçlu, rasyonel bir aktördür. Borcu ifa edip etmeme konusundaki kararını, ifanın maliyeti ile ihlalin maliyetini karşılaştırmak suretiyle verir. Ceza koşulu da borçlu açısından ihlalin maliyetini arttırıcı ve dolayısıyla borçluyu ifaya güdüleyici bir anlaşmadır. Şöyle ki borcunu ihlal eden borçlunun olağan borca aykırılık rejimi uyarınca sorumluluğu, alacaklının zararını tazmin etmekten ibarettir. Oysa taraflar olağan borca aykırılık rejiminden farklılaşan bir ceza koşulu kararlaştırdıkları takdirde, borcunu ihlal eden borçlu, alacaklının uğrayacağı öngörülen zarar miktarını aşan bir sözleşme cezası ifa etmek durumunda kalacaktır. Zira sözleşme cezası, kavramsal olarak, alacaklının ihlal durumunda uğrayacağı öngörülen zararı ve dolayısıyla hâkimin ihlalin yaptırımı olarak hükmedeceği öngörülen tazminatı aşan değerde bir edime veya hukuki olumsuzluğa tekabül etmektedir[78]. Bu itibarla ceza koşulu,

---

için bkz. *"Üçüncü Bölüm / I. / A. Ceza Koşulu ile Götürü Tazminat Anlaşması Arasındaki Kavramsal Sınır"*.

[75] Asıl borcun ifası konusunda borçluyu zorlama işlevi ile zararı giderme işlevi arasında hiyerarşik bir ilişkinin bulunmadığı; yalnızca zamansal bir farklılığın bulunduğu yönündeki görüş için bkz. Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 43-44.

[76] Sözleşme cezasının alacaklısının, asıl borcun alacaklısından başka üçüncü bir kişi olarak kararlaştırılması mümkündür. Böyle bir durumda ceza koşulu, borçluyu asıl borcun ifası konusunda zorlayacak; fakat alacaklının uğradığı zararı giderme işlevi görmeyecektir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. *"İkinci Bölüm / I. / C. / 2. Taraflar"*.

[77] Bu konuda bkz. Koller, Konventionalstrafe, para. 23; Erdem, Clause pénale, s. 21; Couchepin, Clause pénale, para. 132; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 15; Saymen/Elbir, s. 837; Eren, Borçlar Genel, para. 3677; Kılıçoğlu, s. 981; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, para. 1468; Bilge, Cezai Şart, s. 83; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 6-7; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 33; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 37.

[78] İhlal durumunda alacaklının uğrayacağı öngörülen zarar ile borçlunun ödeyeceği kararlaştırılan meblağ arasındaki ilişki, ceza koşulunu götürü tazminat anlaşmasından kavramsal olarak ayırt etmektedir. Borcunu ihlal eden borçlunun ödeyeceği kararlaştırılan sözleşme cezasının, alacaklının uğrayacağı öngörülen zarar miktarını önemli ölçüde aşması, ceza koşulunun karakteristik özelliğidir. Götürü tazminat ise alacaklının ihlale bağlı olarak uğrayacağı öngörülen zararın gerçekçi bir tahminini yansıtmaktadır. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. *"Üçüncü Bölüm / I. / A. Ceza Koşulu*

borçlunun üzerinde olağan borca aykırılık rejiminin yaratacağı baskıdan daha ağır bir baskı yaratarak borçluyu ifaya güdüler. En nihayetinde ihlalin maliyetini ifada bulunmanın maliyetine kıyasla daha fazla olacak kadar yükselten ceza koşulu karşısında rasyonel bir borçludan beklenen, borcu ifa etmektir.

Ceza koşulunun borçluyu ifaya zorlayıcı işlevi, ifa menfaatinin korunması bakımından diğer hukuki çarelerin yetersiz kaldığı durumlarda devreye girebilen önemli bir kaldıraçtır. Bu itibarla aşağıda öncelikle, borçluyu ifaya zorlayıcı işlevin ifa menfaatinin korunması bakımından önemi değerlendirilecektir ***(a)***. Öte yandan borçluyu her durumda ifaya zorlamanın yerinde bir hukuk politikası olup olmadığı, özellikle Anglo-Amerikan hukuk çevresinde tartışmalı bir meseledir. Bu tartışmalı mesele, etkin ihlal teorisinin merkeze alınması suretiyle irdelenecektir ***(b)***.

a. Borçluyu İfaya Zorlayıcı İşlevin İfa Menfaatinin Korunması Bakımından Önemi

1. Borçlunun ifaya zorlanması, taraf oldukları hukuki ilişki Anglo-Amerikan hukuk çevresine dâhil bir hukuk sistemine tâbi olan alacaklılar bakımından özel bir önem taşır. Zira İngiliz hukuku da dâhil olmak üzere Anglo-Amerikan hukuk çevresinde alacaklının ifa menfaati, telafi menfaatine kıyasla ikincillik arz eder. Borçlunun sözleşmeyi ihlal etmesi durumunda alacaklı kural olarak ancak zararının tazminat yoluyla telafi edilmesini talep edebilecektir; borcun aynen ifasının talep edilebilmesi bazı özel koşulların varlığına bağlıdır[79]. Dahası mahkemeler, tarafların anlaşarak bu hukuk kuralını bertaraf etmelerine ve borçluyu aynen ifada bulunmaya zorlamalarına da şüpheyle yaklaşmaktadır. Tarafların sözleşmelerine ekleyecekleri

---

ile Götürü Tazminat Anlaşması Arasındaki Kavramsal Sınır". Ceza koşulu kavramının anlamı ve işlevinin, sözleşme cezası tutarının, alacaklının ifa menfaatinden fazla olmasını gerektirdiği yönünde bkz. Sanlı, s. 340. Kanaatimizce bu tespit özünde haklı bir noktaya işaret etmekle birlikte; sözleşme cezasının salt ifa menfaati ile ilişkilendirilmesi doğru olmaz. Ceza koşulu ile olumsuz zarar arasında bir bağdaşmazlık bulunmamaktadır. Bu konuda bkz. s. 169-170.

[79] İngiliz hukuku yönünden bkz. Michael Furmston, Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract, Oxford University Press 2017, s. 742; Mindy Chen-Wishart, Contract Law, Oxford University Press 2018, s. 546; Solène Rowan, Remedies for Breach of Contract – A Comparative Analysis of the Protection of Performance, Oxford University Press 2012, s. 25; Başak Başoğlu, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, İstanbul 2012, s. 5; Çisil Durgun Arslan, Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak İngiliz Hukukunda İfa Menfaati Kavramı Merkezinde Yaptırımlar, İstanbul 2021, s. 318. Amerikan hukuku yönünden bkz. Anthony T. Kronman, "Specific Performance", University of Chicago Law Review C. 45 S. 2 (1978), s. 351 vd., s. 354; Alan Schwartz, "The Case for Specific Performance", Yale Law Journal C. 89 S. 2 (1979), s. 271 vd., s. 272; Thomas S. Ulen, "The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies", Michigan Law Review C. 83 S. 2 1984, s. 341 vd., s. 364. İngiliz hukukunda aynen ifaya hükmedilen hâllere ilişkin olarak detaylı değerlendirmeler için bkz. Rowan, Remedies, s. 20 vd.; Durgun Arslan, s. 367 vd.

"aynen ifa kayıtları", mahkemeler tarafından geçersiz kabul edilebilmektedir[80]. Bu durum, öğretide pek çok yazar tarafından eleştirilmektedir. Aynen ifaya başvuru olanağının sınırlı olması ve alacaklıların ifa menfaatinin yeterince korunmaması, alacaklıyı çeşitli açılardan zor durumda bırakmaktadır. Zira ifa engelleri sisteminin bu yaklaşımı, alacaklının borcun aynen ifası ile zararının tazmini arasında kayıtsız *(indifferent)* olduğu varsayımına dayanmaktadır. Oysa gerçekte mahkemenin borcun ihlali neticesinde hükmedeceği tazminat, alacaklıyı borç gereği gibi ifa edilmiş olsaydı bulunacağı duruma getirmekte çoğu zaman yetersiz kalmaktadır[81].

Bu anlamda ceza koşulu, alacaklıların içinde bulundukları açmazı aşmak için başvurulabilecekleri dolaylı ancak önemli bir yöntem olabilir. Fakat Anglo-Amerikan hukuk çevresine dâhil olan hukuk sistemleri, bu konuda da muhafazakâr bir tutum sergilemekte ve genel olarak ceza koşullarını geçersiz kabul etmektedir[82]. Bu yaklaşım, kökeni yüzyıllar öncesine kadar giden ve İngiliz hukukundan Anglo-Amerikan hukuk sistemindeki diğer ülkelere yayılmış sözleşme cezası doktrinine

---

[80] İngiliz hukuku yönünden bkz. Chen-Wishart, s. 560; Rowan, Remedies, s. 210. Amerikan hukuku yönünden bkz. Kronman, s. 370-371; Schwartz, s. 273-274; Ulen, s. 350.

[81] Bu konuda özellikle bkz. Melvin A. Eisenberg, "Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law", California Law Review C. 93 S. 4 (2005), s. 975 vd., s. 989-997; John A. Sebert, Jr., "Punitive and Nonpecuniary Damages in Actions Based upon Contract: Toward Achieving the Objective of Full Compensation", UCLA Law Review C. 33 S. 6 (1986), s. 1565 vd., s. 1565-1584; Robert Cooter, "The Cost of Coase", Journal of Legal Studies, C. 11 S. 1 (1982), s. 1 vd., s. 168-170. Aynı yönde tespitler için bkz. Roger Halson, Liquidated Damages and Penalty Clauses, Oxford University Press 2018, para. 4.40; Sanlı, s. 251. Yapısal eksik tazmin sorunu hakkındaki değerlendirmemiz için bkz. *"Birinci Bölüm / V. / A. / 2. / a. Alacaklının Zararını Tazmin Edici İşlevin İfa Menfaatinin Korunması Bakımından Önemi"*. Aynen ifa talebinin alacaklıya olağan hukuki çare olarak sunulması gerektiğini herhangi bir istisnaya yer vermeksizin savunan hukuk ve ekonomi öğretisi temelli çalışmalar için bkz. Schwartz; Ulen. Buna karşılık *Eisenberg*, aynen ifa talebinin uygulama alanının mevcut duruma göre genişletilmesini savunmuş; ancak yine de bu hukuki çarenin her durumda olağan olarak uygulanması fikrini reddetmiştir. Özellikle aynen ifaya denk sonucun piyasadan ikame edilmesi mümkünse, alacaklıya aynen ifaya başvurma olanağı tanınmamalıdır. Bkz. Eisenberg. *Shavell* ise aynen ifa talebi ile olumlu zararın tazmini talebini ekonomik etkinlik bakımından karşılaştırmış ve mevcut bir eşyanın mülkiyetinin devrini konu alan sözleşmeler bakımından (bir malın üretilmesini konu alan sözleşmelerin aksine) aynen ifa talebinin daha etkin olabileceği sonucuna ulaşmıştır. Bkz. Steven Shavell, "Specific Performance Versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis", Texas Law Review C. 84 S. 4 (2006), s. 831 vd.

[82] Anglo-Amerikan hukuk çevresi yönünden genel olarak bkz. Ugo Mattei, "The Comparative Law and Economics of Penalty Clauses in Contracts", The American Journal of Comparative Law C. 43 (1995), s. 427 vd., s. 433; Aristides N. Hatzis, "Having the Cake and Eating It Too: Efficient Penalty Clauses in Common and Civil Contract Law", International Review of Law and Economics C. 22 (2003), s. 381 vd., s. 384; Gerrit De Geest / Filip Wuyts, "Penalty Clauses and Liquidated Damages", Boudewijn Bouckaert / Gerrit De Geest (ed.), Encyclopedia of Law and Economics, Volume III: The Regulation of Contracts, Edward Elgar Publishing 2000, s. 141 vd., s. 141. Amerikan hukukunda ceza koşullarına ilişkin detaylı bir Türkçe değerlendirme için bkz. Akkayan Yıldırım, s. 387 vd. Amerikan hukukunda ceza koşullarının geçersiz kabul edildiği tespiti için bkz. Sanlı, s. 337; Akkanat, s. 30; Ş. Deren Gündüz, "Türk Hukuku Bakımından Götürü Tazminat Kavramının Gerekliliği", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14 S. 179-180, Ağustos 2019, s.1489 vd., s. 1504.

(penalty doctrine) dayanmaktadır. Buna göre borçluyu ifaya zorlamak konusunda ceza koşulundan istifade etmek, bu hukuk çevresinde mümkün gözükmemektedir. Ancak 2015 yılında verilmiş *Cavendish/ParkingEye* kararı, Anglo-Amerikan hukuk çevresinin çekirdeğini teşkil eden İngiliz hukukunda bir paradigma değişikliğine yol açmıştır[83]. Karara göre gerçekçi bir zarar tahmininin ötesine geçen yükümlülük öngören ve borçluyu ifaya zorlayan anlaşmalar, alacaklının ifa konusundaki meşru menfaatini korumayı amaçlıyor ve borçluya bu amaca kıyasla aşırı olmayacak bir olumsuzluk yüklüyorsa geçerli olarak hüküm ifade edecektir. Dolayısıyla ceza koşulundan borçluyu ifaya zorlama amacıyla istifade etmek, en azından İngiliz hukuku bakımından bir ölçüde mümkün hâle gelmiş gibi görünmektedir[84]. Bu itibarla İngiliz hukuku, Anglo-Amerikan hukuk geleneğinden kopmuş; Kıta Avrupası geleneğine yaklaşmıştır[85].

2. Öte yandan aynen ifanın birincil hukuki çare olarak kabul edildiği Kıta Avrupası hukuk çevresinde ve İsviçre-Türk hukukunda da, ceza koşulunun borçluyu ifaya zorlama işlevi önemli bir rol üstlenmektedir. Zira ceza koşulu, alacaklının ifa menfaatini korumak konusunda, ihlal neticesinde devreye giren bir hukuki çare olan aynen ifadan daha güçlü ve etkili olabilmektedir. Alacaklı aynen ifayı ancak ihlal neticesinde talep edebilecektir. Oysa kimi borçların aynen ifası, borçlu sözleşmeyi ihlal ettikten sonra imkânsızlaşır veya imkânsızlaşmasa bile anlamını yitirir. Bu borçlar bakımından aynen ifanın bir hukuki çare olarak alacaklının ifa menfaatini yeterince koruduğunu söyleyebilmek mümkün değildir. İşte borçlunun sözleşmeyi ifa edip etmeme konusundaki kararını etkileyen ve henüz sözleşme ihlal edilmeden önceki dönemde devreye giren ceza koşulu, bu açığı kapatabilir. Borçlu sözleşmeyi ihlal ettikten sonra imkânsızlaşacak veya alacaklı açısından anlamını yitirecek borçlar bakımından alacaklının ifa konusu edime kavuşmasını sağlayan bir köprü vazifesi görebilir[86]. Dolayısıyla aynen ifanın birincil hukuki çare olarak kabul edildiği İsviçre-Türk hukukunda dahi ceza koşulunun ifaya zorlama işlevinin önemi büyüktür.

---

[83] Bu konu çalışmamızın son bölümünde detaylı olarak incelenmiştir; bkz. *"Beşinci Bölüm / III. Cavendish/ParkingEye Kararı Sonrasında İngiliz Hukukunun Ceza Koşuluna Güncel Yaklaşımı".*

[84] Daha evvel geçersiz kabul edilmekte iken *Cavendish/ParkingEye* sonrasında geçerli kabul edilmeye başlanan bu anlaşmalar, alacaklının ihlal neticesinde uğrayacağı zararı aşan bir yükümlülük öngörüyor olması itibarıyla özünde ceza koşulu teşkil etmektedir. Fakat kararı veren mahkeme, yüzlerce yıllık sözleşme cezası doktrinini açıkça yerle yeksan etmekten kaçındığı için, bu anlaşmaları götürü tazminat çatısı altına dâhil etmek durumunda kalmıştır.

[85] Bu konudaki değerlendirmemiz için bkz. *"Beşinci Bölüm / IV. Genel Değerlendirme".*

[86] De Geest/Wuyts, s. 144 ve 154.

Mattei'nin "ihmalkâr baba" örneği, bu tespiti uygulamalı olarak açıklamaktadır. Uzun zaman önce kızına düğününü eski kır evlerinde yapma sözü veren ancak evde yapılması gereken tadilatları yaptırmayı ihmal eden (A), düğüne yalnızca bir ay kala bir inşaat ustası (B) ile anlaşır. (A) bu hizmet için hizmetin piyasadaki standart bedelinden çok daha fazla para ödemeye hazırdır; ancak (B)'nin tadilatı zamanında bitireceğinden emin olamamaktadır. Böyle bir durumda (A)'nın başvurabileceği en iyi yöntem, sözleşmeye (B) açısından ihlal maliyetini ifa maliyetine kıyasla daha fazla olacak kadar yükselten bir ceza koşulu eklenmesini sağlamaktır. Zira (A)'nın ifa menfaatinin ihlal neticesinde devreye girecek bir hukuki çare olan aynen ifa ile gereği gibi korunamayacağı açıktır. (B) de buna karşılık ceza koşulunun maliyetini sözleşmeye yansıtacak ve piyasadaki standart bedelinden daha fazla ücret karşılığında çalışmış olacaktır. Böyle bir ceza koşulunun amacı olası bir ihlal durumunda zararın tazminini sağlamaktan ziyade; olası bir ihlalin hiç gerçekleşmemesini sağlamaktır[87].

b. Ceza Koşulu Üzerindeki Yargısal Denetimin İfaya Zorlama İşlevi Üzerindeki Etkisi

Bu noktada mahkemelerin ceza koşulu üzerinde gerçekleştirdikleri denetimin, ceza koşulunun ifaya zorlama potansiyeli üzerine gölge düşürüp düşürmediği sorusu gündeme gelmektedir[88].

Öncelikle ABD'de uygulandığı hâliyle sözleşme cezası doktrininin böyle bir potansiyele kapıyı en başından kapattığı açıktır[89]. Zira borçlu açısından ihlal maliyetini ifa maliyetine kıyasla daha fazla olacak kadar yükselten tali edim yükümlülükleri, ihlalin yol açacağı zararın ve mahkemenin hükmedeceği tazminatın makul bir tahminini yansıtmadıkları gerekçesiyle sözleşme cezası olarak nitelendirilmekte ve geçersiz kabul edilmektedir. Mahkemelerin bu yükümlülükleri *ex post* sözleşme cezası olarak nitelendirecek ve geçersiz kabul edecek olması, *ex ante* olarak borçlunun ifada bulunup bulunmama kararını etkileyecektir. Borçlu, sözleşmeyi ihlal etse dahi taraflarca kararlaştırılan bu ağır yükümlülüğe tâbi olmayacağını düşünecektir. İfada bulunup bulunmama kararı çerçevesinde ihlal

[87] Mattei, s. 427-428.
[88] Bu konuda genel olarak Anglo-Amerikan hukuk çevresi ve Kıta Avrupası hukuk çevresine dâhil hukuk sistemlerini karşılaştıran bir değerlendirme için bkz. Mattei, s. 442-443.
[89] Schwartz, s. 273; Kronman, s. 374-375.

maliyeti olarak, taraflarca kararlaştırılan meblağı değil; mahkemece hükmedilecek telafi edici tazminatı esas alacaktır.

Sözleşme cezası doktrini İngiliz hukukundaki esnetilmiş hâliyle uygulandığında, borçluyu ifaya zorlamayı tamamen imkânsız kılan böyle bir etkiye yol açmayacaktır. *Cavendish/ParkingEye* kararı, borçluyu ifaya zorlamaya yönelik tali edim yükümlülüklerinin alacaklının ifa konusundaki meşru menfaatine kıyasla aşırı olmadığı ölçüde geçerli olacağını kabul etmiştir. Bu itibarla taraflarca kararlaştırılan tali edim yükümlülüklerinin ifaya zorlama potansiyeli bakımından açık kapı bırakılmıştır. Fakat söz konusu yükümlülüklerin alacaklının ifa konusundaki meşru menfaatine kıyasla aşırı olup olmadığı konusunda yapılan yargısal denetim, ifaya zorlama işlevine ister istemez gölge düşürmektedir. Tarafların borçlu açısından ihlal maliyetini ifa maliyetine kıyasla daha fazla olacak kadar yükseltmek isterken izin verilen sınırı geçip "aşırı" bir yükümlülük kararlaştırmış olmaları pekâlâ mümkündür. Böyle bir durumda borçlu, ifada bulunup bulunmama kararını bu ağır yükümlülüğe tâbi olmayacağı düşüncesiyle verecektir. Kaldı ki aşırılık, sınırları kesin olarak belirlenemeyen esnek bir ölçüttür. Aslında mahkeme tarafından *ex post* aşırı olarak değerlendirilmeyecek ve geçerli olarak kabul edilecek olan bir yükümlülüğün, borçlu tarafından *ex ante* aşırı olduğunun ve geçersiz olarak kabul edileceğinin düşünülmesi mümkündür. Dolayısıyla sözleşme cezası doktrininin esnetilmiş hâli dahi, ceza koşulunun ifaya zorlayıcı işlevini törpülemektedir.

Aynı durum aşırı sözleşme cezaları üzerinde yargısal denetim uygulayan Kıta Avrupası hukuk çevresinde de söz konusudur. İsviçre-Türk hukuku uyarınca taraflar ceza koşulu kararlaştırmakta ve sözleşme cezası miktarını belirlemekte kural olarak serbesttir. Fakat ceza koşulunun taraflar arasındaki menfaat dengesini hakkaniyet gereği kabul edilemeyecek ölçüde bozma potansiyeli taşıyan bir hukuki kurum olması, kanun koyucuyu, bu konuda bir yargısal denetim mekanizması düzenlemek durumunda bırakmıştır. TBK m. 182/III uyarınca hâkim, aşırı gördüğü sözleşme cezasını kendiliğinden indirecektir[90]. Bu yargısal denetim, ceza koşulunun ifaya zorlayıcı işlevini sınırlamaktadır[91]:

[90] Bu konuda bkz. *"Dördüncü Bölüm / V. Sözleşme Cezasının İndirilmesi".*

[91] Borçlunun sözleşme cezasını ifa edeceğinin kesin olmasına karşılık, indirimin sadece bir ihtimalden ibaret olduğu; dolayısıyla sözleşme cezasının indirilmesi ihtimalinin, borçluyu ifaya zorlama işlevi üzerinde önemli bir olumsuz etkide bulunmayacağı yönündeki aksi görüş için bkz. Tunçomağ, s. 50; Hilal Gülseven, Cezai Şartın İndirilmesi, Ankara 2016, s. 28; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 36. Aşırı

(a) Tarafların ceza koşulu kararlaştırmak suretiyle ihlal maliyetini arttırabilecekleri limit sonsuza uzanmamaktadır; TBK m. 182/III bu bağlamda bir üst sınır teşkil etmektedir. Borçluyu ifaya güdüleyebilecek ihlal maliyeti, "aşırı" bir sözleşme cezasının kararlaştırılmasını gerekli kılıyorsa; artık ifayı ceza koşulundan istifade ederek elde etmek mümkün olmaz. Örneğin belirli bir somut olay için hâkimin 100 TL'den yüksek sözleşme cezasını aşırı olarak nitelendireceğini varsayalım. Bu durumda taraflar en fazla 100 TL olacak bir sözleşme cezası kararlaştırabilirler. Borçlu açısından ifanın maliyetinin 100 TL'yi aştığı hâller bakımından, ceza koşulu borçluyu ifaya güdülemekte yetersiz kalmaya mahkûmdur.

(b) TBK m. 182/III'teki hukuk kuralının hem hukuki olgu hem de hukuki sonuç kısmının hâkime takdir yetkisi bırakacak şekilde esnek ve yumuşak olarak biçimlendirilmiş olması, bu soruna bir katman daha eklemektedir. Hâkim tarafından *ex post* belirlenecek aşırılık sınırının, taraflarca *ex ante* kesin biçimde öngörülmesi mümkün değildir. Bu durum borçluda sözleşme cezasının indirime tâbi tutulacağı yönünde gerçekçi olmayan bir beklentiye yol açabilmekte; sözleşme cezasının ifaya zorlayıcı etkisini aşındırmaktadır. Şöyle ki borçlu, aslında hâkimin aşırı olarak değerlendirmeyeceği ve indirmeyeceği bir sözleşme cezasının, aşırı olarak değerlendirileceği ve indirime tâbi tutulacağı beklentisine kapılmaktadır. Yahut borçlu, hâkimin gerçekten de aşırı olarak değerlendireceği ve indireceği bir sözleşme cezasının, aslında indirileceğinden daha fazla indirime tâbi tutulacağını düşünebilmektedir. Böylelikle ihlal maliyetini gerçekte olduğundan daha düşük algılamakta ve borcu ifa edip etmeme kararını bu düşük ihlal maliyetini esas alarak vermektedir. Örneğin belirli bir somut olay için hâkimin 100 TL'den yüksek sözleşme cezalarını aşırı olarak nitelendireceğini varsayalım. Taraflar 100 TL'lik bir sözleşme cezası kararlaştırmış ve ifa zamanı geldiğinde ifanın borçlu açısından maliyeti 95 birim olmuş olsun. Bu koşullar altında borçlunun yapması gereken, 100 TL'lik ihlal maliyeti ile 95 TL'lik ifa maliyetini karşılaştırmak ve borcu ifa etmeye karar vermektir. Fakat hâkimin sözleşme cezası açısından takdir edeceği aşırılık sınırının 100 TL olduğunu bilmeyen borçlu, sözleşme cezasının %10 ihtimalle 80 TL'ye, %80 ihtimalle 90 TL'ye indirileceğini ve %10 ihtimalle hiç indirilmeyip 100 TL kalacağını düşünmüş olabilir. Bu durumda borçlu açısından beklenen ihlal maliyeti, (%10x80)+(%80x90)+(%10x100) = 8+72+10 = 90 TL olacaktır. Borçlu

sözleşme cezasının indirilmesine ilişkin TBK m. 182/III'ün ekonomik etkinlik bakımından değerlendirilmesi için bkz. Sanlı, s. 356-359.

ihlal maliyeti olarak esas aldığı 90 TL ile ifa maliyeti olan 95 TL'yi karşılaştıracak ve borcu ihlal etmeye karar verecektir. Görüldüğü üzere hâkime konuya ilişkin takdir yetkisi tanınmasının yarattığı esneklik, borçlu nezdinde yol açtığı gerçekçi olmayan beklentiler nedeniyle sözleşme cezasının ifaya zorlayıcı etkisini aşındırabilmektedir.

c. Etkin İhlal Teorisi: Borçluyu İfaya Zorlamanın Yerinde Bir Hukuk Politikası Tercihi Olup Olmadığı Sorunu Üzerine

Taraflara borçluyu ifaya zorlamak konusunda ceza koşulu gibi bir kaldıraçtan istifade etme olanağı tanımanın yerinde bir hukuk politikası tercihi olup olmadığı, ayrıca tartışmaya değer bir sorundur. Aynen ifanın birincil hukuki çare olarak kabul edildiği Kıta Avrupası hukuk çevresinde borçlunun ifaya zorlanması olağan kabul edilmiş; bu işlevi yerine getiren ceza koşulu gibi hukuki kurumların yerindeliği pek tartışma konusu olmamıştır. Oysa aynı mesele, Anglo-Amerikan hukuk çevresinde öteden beri oldukça tartışmalıdır. Özellikle sözleşme hukukuna ilişkin sorunları felsefe, ekonomi ve psikoloji gibi bilimlerden faydalanarak inceleyen disiplinlerarası çalışmaların ön planda olduğu ABD'de, borçluyu ifaya zorlamanın yerinde bir hukuk tercihi olup olmadığı aynen ifa ile tazminat dikotomisi üzerinden değerlendirilmiştir. Bu bağlamda özellikle etkin ihlal teorisi çok verimli bir tartışma alanı açmaktadır. Bu tartışmalar, ceza koşuluna da ister istemez dokunmaktadır.

Aşağıda borçluyu ifaya zorlamanın yerinde bir hukuk tercihi olup olmadığı meselesi, etkin ihlal teorisinin merkeze alınması suretiyle değerlendirilecektir. Böylelikle ceza koşuluna ilişkin pozitif hukuk kurallarını normatif olarak analiz etmek konusunda Türkçe öğreti için başlangıç noktası teşkil edebilecek bir altyapı kurulması hedeflenmiştir. Çalışmamızın öncelikli amacının daha ziyade deskriptif bir analiz sunmaya yönelik olması nedeniyle, konuya ilişkin normatif tartışmayı tüm genişliği ve derinliğiyle yansıtmak mümkün olmamıştır[92].

i. Etkin İhlal Teorisinin Dayandığı Varsayım ve Sunduğu Önerme

Etkin ihlal teorisi, sınırlı kaynakların en etkin biçimde nasıl kullanılacağını araştıran hukuk ve ekonomi öğretisi kökenli bir teoridir. Bu teori uyarınca sözleşme

[92] Türk ifa engelleri sistemini hukuk ve ekonomi öğretisini esas almak suretiyle normatif açıdan değerlendiren ilk bütüncül çalışma *Sanlı* tarafından kaleme alınmıştır. Bu çalışma, ceza koşulu konusunu da detaylı olarak ele almaktadır. Bkz. Sanlı. Çalışmamız, söz konusu çalışmaya kıyasla normatif değerlendirme açısından son derece mütevazı kalmaktadır.

hukuku, sınırlı kaynakların en etkin biçimde kullanılmasını sağlayacak şekilde tasarlanmalı; ifa engelleri sistemindeki hukuki çareler de bu doğrultuda şekillendirilmelidir. Etkin ihlal teorisinin önermesi, üç adımda incelenebilir.

İlk olarak teori, ifa veya ihlalden herhangi birinin diğerine kıyasla içkin değer anlamında bir üstünlüğünün bulunmadığı varsayımına dayanmaktadır. Bu varsayım, Kıta Avrupası kökenli hukukçular açısından şaşırtıcı olabilir. Kıta Avrupası geleneğinde ifa engelleri sisteminin üzerine kurulu olduğu *pacta sunt servanda* ilkesi uyarınca borçlunun verdiği sözü yerine getirerek sözleşmeyi ifa etmesi, içkin bir ahlaki değere sahiptir. Bu sebeple ifa engelleri sisteminin başlıca amacı, borçlunun sözleşmeyi ne pahasına olursa olsun ifa etmesini sağlamaktır. Sistem bir hukuk politikası tercihi olarak sözleşmenin ifa edilmesini sağlayacak şekilde inşa edilmiştir. İfa engelleri sistemindeki öncelikli hukuki çare, aynen ifadır. Keza borçluyu ifaya zorlayacak ceza koşulları da geçerli kabul edilmektedir. Borçlunun bu hukuki çareler vasıtasıyla "doğru" olanı yapmak ve ifada bulunmak konusunda zorlanması mümkündür. Oysa etkin ihlal teorisi, faydacıdır; ifanın ihlale kıyasla içkin bir ahlaki değer taşıdığı fikrini reddetmektedir[93]. Teori çerçevesinde güdülen hukuk politikası "sözleşmenin ifa edilmesini sağlamak" değil; "sözleşmenin ifa veya ihlal edilmesinden hangisi sosyal refah anlamında daha etkin sonuçlar doğuracaksa onu sağlamak"tır. Buna göre, ifa veya ihlalden herhangi birinin diğerine kıyasla genel bir üstünlüğü bulunmamaktadır. İfayı veya ihlali hukuk nazarında değerli kılan, somut olayın koşulları çerçevesinde kaynakların dağılımı üzerinde yaratacağı etkidir. "Etkin olmayan ihlal" *(inefficient breach)* yani kaynakların ifada bulunmaya kıyasla etkin kullanımı sonucunu doğurmayacak bir ihlal söz konusu olacaksa, borçlunun sözleşmeyi ifa etmesi için gerekli olan güdü *(incentive)* sağlanmalıdır. Buna karşılık "etkin ihlal" *(efficient breach)* yani kaynakların ifada bulunmaya kıyasla etkin kullanımı sonucunu doğuracak bir ihlal söz konusu olacaksa, borçlu ifaya zorlanmamalı; sözleşmeyi ihlal etmek yönünde güdülenmelidir.

İfa ve ihlal kavramlarının içkin ahlaki değerlerden arındırılması varsayımının temelinde, *"hukuku tahrif etme eğilimi bulunan ahlaki ifade biçimlerinden kurtulmak*

[93] Robert L. Birmingham, "Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency", Rutgers Law Review C. 24 (1970), s. 273 vd., özellikle bkz. s. 292.

isteyen"[94] Amerikan hukukçu *Oliver Wendell Holmes*'ün borç kavramına bakışı yatmaktadır. *Holmes*'ün 1897 yılında yaptığı ve Amerikan hukukunun gelişimine yön veren ünlü konuşmasına göre borcun yegâne anlamı, borçlunun ifada bulunmaması durumunda tazminat ödemekle sorumlu tutulacak olmasıdır. Bunun ötesinde borç kavramı ne ifa edilmesi ne de ihlal edilmesi itibarıyla ahlak ile ilişki içerisindedir[95]. Bu anlayışa göre borç ilişkisi, borçluya tanınan bir opsiyondan ibarettir. Borçlunun sözleşmeyi ifa ederek borcundan kurtulması pekâlâ mümkün olduğu gibi; sözleşmeyi ifa etmeksizin alacaklının bundan doğan zararını tazmin etmesi de aynı şekilde mümkündür[96]. Alacaklının salt borcun varlığına dayanarak borçluyu ilk yönteme zorlaması mümkün değildir. Nitekim borcun borçluyu ifada bulunmaya zorlayamayacağı önermesi etkin ihlal teorisi açısından bir başlangıç noktası teşkil etmiş; buradan hareketle ifa ile ihlalden herhangi birinin diğerine kıyasla genel bir üstünlüğünün bulunmadığı teoriyi geliştirmek mümkün olmuştur. Etkin ihlal teorisinin kökenini, bu sebeple *Holmes*'e kadar dayandırmak mümkündür[97].

Teorinin anlaşılmasının ikinci adımı, "etkinlik" kavramının tanımlanması ve hangi ihlallerin etkin olarak nitelendirilip teşvik edileceğinin belirlenmesidir. Teori, Pareto etkinlik anlayışını esas almaktadır. Buna göre bir ihlal, borçluyu ifada bulunduğu duruma kıyasla varsıllaştırmakla birlikte alacaklıyı ifaya kavuştuğu

---

[94] Bkz. *Olivier Wendell Holmes*'ün *Sir Frederick Pollock*'a 30 Mayıs 1927 tarihli mektubu (Marc De Wolfe Howe (ed.), Holmes-Pollock Letters - The Correspondence of Mr. Justice Holmes and Sir Frederick Pollock 1874-1932, Vol. 2, Harvard University Press 1941, s. 200).

[95] Holmes'ün yıllar içerisinde ne anlama geldiği konusunda pek çok tartışmaya yol açmış ifadesinin aslı şu şekildedir: *"Nowhere is the confusion between legal and moral ideas more manifest than in the law of contract (...) The duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it, - and nothing else. If you commit a tort, you are liable to pay a compensatory sum. If you commit a contract, you are liable to pay a compensatory sum unless the promised event comes to pass, and that is all the difference. But such a mode of looking at the matter stinks in the nostrils of those who think it advantageous to get as much ethics into the law as they can."* (Oliver Wendell Holmes, "The Path of the Law", Harvard Law Review C. 110 (1997), s. 991 vd., s. 995).

[96] Charles J. Goetz / Robert E. Scott, "Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach", Columbia Law Review C. 77 (1977), s. 554 vd., s. 558.

[97] Daniel Friedmann, "The Efficient Breach Fallacy", The Journal of Legal Studies C. 18 S. 1 (1989), s. 1 vd., s. 1-2; Gregory Klass, "Efficient Breach", Gregory Klass / George Letsas / Prince Saprai (ed.), The Philosophical Foundations of Contract Law, Oxford University Press 2014, s. 362 vd., s. 362; Halson, para. 4.39; Durgun Arslan, s. 100.

duruma kıyasla yoksullaştırmıyorsa etkindir. Zira ihlal ifaya kıyasla kimsenin aleyhine olmayan artık bir fayda *(surplus)* üretmiş olur[98].

Teorinin üçüncü adımı olarak, bir yandan etkin olmayan ihlalleri caydırabilmek diğer yandan etkin ihlalleri teşvik edebilmek için gerekli güdülemeyi sağlayacak olan yapının nasıl kurgulanacağı belirlenmelidir. İlk olarak 1970 tarihli makalesinde *Birmingham* bu konuda optimal güdülemeyi sağlayacak olan hukuki çarenin "olumlu zararın tazmini" olduğunu iddia etmiştir[99]. Peşinden Amerikan hukuk öğretisinin en etkili isimlerinden *Posner* aynı önermeyi ekonomik altyapısını güçlendirmek suretiyle 1972-1973 tarihli kitabında yinelemiştir[100]. Nihayet *Shavell*, 1980 tarihli makalesinde, konuyu etraflıca ele almış ve tartışmanın zeminine önemli bir katkı sunmuştur. Yazara göre Pareto etkinlik bakımından en üstün çözüm, tarafların her tür olasılığı dikkate aldığı ve gerçekleşecek ihlalin sonuçlarını her bir olasılık özelinde düzenlediği boşluksuz bir sözleşmenin *(complete contingent contract)* akdedilmesidir. Fakat böyle bir sözleşmenin akdedilmesi pratikte mümkün olamamaktadır. Bu noktada en iyi alternatif, diğer hukuki çarelere kıyasla Pareto üstünlüğe sahip olan olumlu zararın tazminidir[101]. Sonuç olarak etkin ihlal teorisi uyarınca bir yandan etkin olmayan ihlalleri caydırabilmenin diğer yandan etkin ihlalleri teşvik edebilmenin yegâne yöntemi, ifa engelleri sisteminin olumlu zararın tazmini *(expectation damages)* kavramı etrafında şekillendirilmesidir. Olumlu

[98] Birmingham, s. 284; Daniel A. Farber, "Reassessing The Economic Efficiency Of Compensatory Damages For Breach Of Contract", Virginia Law Review C. 66 S. 8 1980, s. 1443 vd., s. 1447; Halson, para. 4.38. Sınırlı kaynakların maksimum fayda yaratacak şekilde dağılımına ilişkin olarak ekonomi bilimi çerçevesinde farklı etkinlik tanımları yapılmaktadır. Pareto etkinlik anlayışı uyarınca *x* durumundan *y* durumuna geçiş, hiç kimseyi yoksullaştırmamakla birlikte en az bir kişiyi varsıllaştırıyorsa *y* durumu *x* durumundan üstündür. Bkz. Vilfredo Pareto (çev. Alfred Bonnet), Manuel d'économie politique, Paris 1909, s. 617-18. Bu anlayışın darlığı, zaman içerisinde bazı kişilerin yoksullaşma ihtimallerini de kapsayacak şekilde daha esnek anlayışların ileri sürülmesine sebep olmuştur. Örneğin Kaldor-Hicks etkinlik anlayışı uyarınca *x* durumundan *y* durumuna geçiş, net zarardan fazla net fayda yaratıyor olduğu müddetçe *y* durumu *x* durumundan üstündür. Bu fayda ve zararın kişilere nasıl dağıldığının önemi yoktur. Buna göre bazı kişileri yoksullaştıran ancak diğer kişileri bu yoksullaşmanın toplamından daha fazla varsıllaştıran değişiklikler, Pareto'ya göre etkin kabul edilmezken; Kaldor-Hicks'e göre etkin kabul edilir. Zira varsayımsal olarak varsıllaşan kişiler yoksullaşan kişilerin zararını denkleştirse bile hâlâ artık bir fayda mevcut olacaktır. Bkz. Nicholas Kaldor, "Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility", The Economic Journal C. 49 S. 195 (1939), s. 549 vd.; John Hicks, "The Foundations of Welfare Economics", The Economic Journal C. 49 S. 196 (1939), s. 696 vd. Bu konuda Türkçe açıklamalar için bkz. Felix Müller (çev. Ahmet M. Güneş), "Hukukun Ekonomik Teorisi", Küresel Bakış Y. 1 C. 1 S. 3 (2011), s. 1 vd., s. 5-7; Sanlı, s. 70 dn. 198; Durgun Arslan, s. 97 dn. 293.

[99] Birmingham, özellikle bkz. s. 284.

[100] Richard A. Posner, Economic Analysis of Law, Boston 1972, s. 55-61. *Posner*'ın bakış açısının zaman içerisinde geçirdiği değişim hakkında bkz. Friedmann, Efficient Breach, s. 3-4.

[101] Steven Shavell, "Damage Measures for Breach of Contract", The Bell Journal of Economics C. 11 S. 2 (1980), s. 466 vd. Çalışmanın özeti için bkz. s. 471-472.

zararın tazmini dışındaki hukuki çareler, borçluyu sözleşmeyi ifa etme konusunda ya gereğinden az ya da gereğinden çok güdüleyecektir[102].

Teori, özellikle ABD'de yoğun bir ilgiyle karşılanmıştır. Bu ilgi hukuk öğretisiyle sınırlı kalmamış, ifa engelleri sisteminin etkin ihlale izin verecek şekilde kurgulanmasının önemi mahkeme kararlarında da vurgulanmıştır[103].

ii. Etkin İhlal Teorisinin Farklı Senaryolardaki Görünümü

1. Etkin ihlal teorisinin önermesinin *Klass*'ın vermiş olduğu bir örneğin kısmen değiştirilmesi ve sadeleştirilmesiyle uygulamalı olarak ortaya koyulması, bundan sonraki açıklamalarımızın daha sağlam bir temele oturmasını sağlayacaktır[104]. Alıcı/alacaklı (A), 1 Ocak'ta satıcı/borçlu (B)'den birimi 100 TL karşılığında 100 birim ürün satın almış ve satış bedelini peşin olarak ödemiştir. Mallar 1 Temmuz tarihinde teslim edilecektir. Borçlu (B)'nin ifa için yapacağı üretim ve nakliye gibi giderlerin toplamının 80 TL olduğunu varsayalım. Buna karşılık alacaklı (A)'nın ürünü 60 TL'lik masraf yaparak işledikten sonra bir başkasına 180 TL karşılığında satacağını varsayalım. Bu varsayımlara göre alacaklı (A) açısından ifanın değeri ve borçlunun borcunu ihlal etmesi durumunda uğrayacağı olumlu zararın miktarı, birim başına 180-60=120 TL olacaktır. Alacaklıya hukuki çare olarak olumlu zararın tazminini talep etme imkânı tanınırsa, borçlu açısından ihlal maliyeti tazminata karşılık gelen 120 TL'den ibaret olmuş olur. Bu tercihin farklı senaryolarda etkinlik bakımından nasıl sonuçlar yaratacağı aşağıda gözlemlenebilir:

(a) *Sözleşmenin kurulduğu şartlar ifa tarihine kadar aynı kalırsa:* Etkin olan çözüm borcun ifa edilmesidir. Zira borç ifa edildiği takdirde borçlu (B)'nin 80 TL ve alacaklı (A)'nın 60 TL olmak üzere toplam 140 TL'lik masrafına karşılık, 180 TL'lik bir değer üretilmiş olacaktır. Buna göre işlem, 40 TL'lik bir artık değer üretecektir.

İhlal neticesinde alacaklı (A)'nın başvurabileceği hukuki çarenin olumlu zararın tazmini olması, bu senaryoda etkin çözüm olan borcun ifa edilmesi

[102] De Geest/Wuyts, s. 143; Klass, s. 363; Halson, para. 4.39.
[103] ABD'den örnekler için bkz. *Patton v. Mid-Continent Sys., Inc.*, 841 F.2d 742 (7th Cir. 1988); *Giampapa v. Am. Family Mut. Ins. Co.*, 64 P.3d 230 (Colo. 2003). Kanada'dan bir örnek için bkz. *Bank of America Canada v. Mutual Trust Co.,* 2002 SCC 43, (2002 CarswellOnt 1114). İngiltere'den bir örnek için bkz. *MSC Mediterranean Shipping Co SA v. Cottonex Anstalt,* [2015] 1 C.L.C. 143.
[104] Örnek için bkz. Klass, s. 364-366. Benzer bir örnek için bkz. Sanlı, s. 148-153.

konusunda *ex ante* olarak borçlu (B)'yi gerekli ölçüde güdüleyecektir. Zira bu senaryo çerçevesinde borçlu (B) için ifanın maliyeti 80 TL, ihlalin maliyeti ise 120 TL'dir. İhlalin maliyetinin ifanın maliyetinden daha fazla olduğunu gören borçlu, ifada bulunmaya karar verecektir.

(b) *Sözleşme kurulduktan sonra gerçekleşecek "iyi haber" senaryosu çerçevesinde:* Üçüncü bir kişi olan (C)'nin borçlu (B)'ye birimi 130 TL karşılığında 100 birim ürün satın almak üzere bir teklif yaptığını; ancak (B)'nin toplam üretim kapasitesinin 100 birim olduğunu ve bu teklifi kabul ettiği takdirde alacaklı (A) ile üçüncü kişi (C)'den yalnız birine karşı borcunu ifa edebileceğini varsayalım. Üçüncü kişi (C)'nin aynı ürünler için alacaklı (A)'dan daha yüksek bir fiyat teklif edebilmesinin sebebi, daha gelişmiş bir üretim tesisine sahip olması ve ürünü 60 TL yerine 30 TL'lik bir masraf yaparak işledikten sonra bir başkasına 180 TL karşılığında satabilecek olmasıdır. Bu senaryo çerçevesinde etkin olan çözüm, (B)'nin (A)'ya karşı olan borcunu ihlal etmesidir. Zira borç ifa edildiği takdirde borçlu (B)'nin 80 TL ve alacaklı (A)'nın 60 TL olmak üzere toplam 140 TL'lik masrafına karşılık, 180 TL'lik bir değer; yani 40 TL'lik bir artık değer üretilmiş olacaktır. Oysa borç ihlal edildiği ve mallar üçüncü kişi (C)'ye teslim edildiği takdirde borçlu (B)'nin 80 TL ve üçüncü kişi (C)'nin 30 TL olmak üzere toplam 110 TL'lik masrafına karşılık, 180 TL'lik bir değer; yani 70 TL'lik bir artık değer üretilmiş olacaktır. Borcun ihlal edilmesi, ifaya kıyasla daha fazla artık değer üretecek ve kaynakların kendisine daha çok değer verenlerin elinde daha verimli kullanılmasına yol açmış olacaktır.

İhlal neticesinde alacaklı (A)'nın başvurabileceği hukuki çarenin olumlu zararın tazmini olması, bu senaryoda etkin çözüm olan borcun ihlal edilmesi konusunda *ex ante* olarak borçlu (B)'yi gerekli ölçüde güdüleyecektir. Zira bu senaryo çerçevesinde borçlu (B) için alacaklı (A)'ya olan borcunu ifa etmenin maliyeti 80 TL, alacaklı (A)'ya olan borcunu ihlal edip ürünleri (C)'ye teslim etmenin maliyeti ise 70 TL'dir (Ürünleri (C)'ye teslim etmenin maliyeti 80 TL + Alacaklı (A)'ya ödenecek tazminat bedeli 120 TL - (C)'nin (B)'ye ödeyeceği satış bedeli 130 TL = 70 TL). İhlalin maliyetinin ifanın maliyetinden daha düşük olduğunu gören borçlu (B), borcu ihlal etmeye karar verecektir.

Bu senaryoda borçlu (B)'nin alacaklı (A) ile yapmış olduğu sözleşmeyi ihlal edip malları (C)'ye teslim etmesi ve peşinden alacaklı (A)'nın olumlu zararını gidermesi durumu, borçlu (B)'nin alacaklı (A) ile yapmış olduğu sözleşmeyi ifa etmesi durumuna kıyasla Pareto üstünlüğe sahiptir. Zira ihlal bir yandan borçlu (B)'yi ifada bulunduğu duruma kıyasla varsıllaştırmakta (ifa durumunda 20 TL kâr vs. ihlal durumunda 30 TL kâr); diğer yandan alacaklı (A)'yı ifaya kavuştuğu duruma kıyasla yoksullaştırmamaktadır (ifa durumunda 120 TL kâr vs. ihlal durumunda 120 TL tazminat).

(c) *Sözleşme kurulduktan sonra gerçekleşecek "kötü haber" senaryosu çerçevesinde:* Borçlu (B)'nin üretim tesislerinde bir yangın meydana geldiğini ve ifa maliyetinin 80 TL'den 130 TL'ye çıktığını varsayalım. Bu senaryo çerçevesinde etkin olan çözüm, (B)'nin (A)'ya karşı olan borcunu ihlal etmesidir. Zira borç ifa edildiği takdirde borçlu (B)'nin 130 TL ve alacaklının 60 TL olmak üzere toplam 190 TL'lik masrafına karşılık, 180 TL'lik bir değer üretilmiş olacaktır. Buna göre işlem hiçbir artık değer üretmeyecek, tam aksine kaynakların verimsiz kullanımına yol açmış olacaktır.

İhlal neticesinde alacaklı (A)'nın başvurabileceği hukuki çarenin olumlu zararın tazmini olması, bu senaryoda etkin çözüm olan borcun ihlal edilmesi konusunda *ex ante* olarak borçluyu gerekli ölçüde güdüleyecektir. Zira bu senaryo çerçevesinde borçlu (B) için ifanın maliyeti 130 TL, ihlalin maliyeti ise 120 TL'dir. İhlalin maliyetinin ifanın maliyetinden daha düşük olduğunu gören borçlu, borcu ihlal etmeye karar verir.

Bu senaryoda ihlal, ifaya kıyasla Pareto üstünlüğe sahiptir. Zira ihlal bir yandan borçluyu ifada bulunduğu duruma kıyasla varsıllaştırmakta (ifa durumunda 30 TL zarar vs. ihlal durumunda 20 TL zarar); diğer yandan alacaklıyı ifaya kavuştuğu duruma kıyasla yoksullaştırmamaktadır (ifa durumunda 120 TL kâr vs. ihlal durumunda 120 TL tazminat).

2. Tüm bu senaryolarda gözlemlenebileceği üzere (A) ile (B) arasındaki bir hukuki işlemin ifasının yaratacağı artık fayda, (A) ile (B)'nin kârlarının toplamından ibarettir. Borçlu (B) borcu ihlal ettiği durumda hiçbir yaptırıma tâbi olmayacak olsa, ifa kararını yalnızca kendi kârını göz önüne alarak verir. Oysa olumlu zararı giderecek bir tazminat ödeyecek zorunda olması, borçlu (B)'yi alacaklı (A)'nın

kârını içselleştirmek zorunda bırakmaktadır. Bu durumda borçlu (B) ifa kararını verirken hem kendi kârını hem alacaklı (A)'nın kârını, yani ifanın artık faydasının tamamını dikkate almış olmaktadır[105]. Teorinin önermesine göre işte tam da bu sebeple borçluyu ifa ve ihlalden hangisi etkin sonuçlar doğuracaksa onu seçmek konusunda her koşulda güdüleyecek yegâne hukuki çare, alacaklının olumlu zararının tazminidir. Bunun dışındaki hukuki çareler, borçluyu ifa konusunda ya gereğinden az ya da gereğinden fazla güdüleyecektir. Borçluyu ifa konusunda gereğinden az güdüleyen hukuki çareler (örneğin çoğu zaman olumsuz zararın tazmini), etkin çözümün ifa olduğu durumlarda borçlunun borcu ihlal etmesine sebep olur. Borçluyu ifa konusunda gereğinden fazla güdüleyen hukuki çareler ise (örneğin çoğu zaman aynen ifa), etkin çözümün ihlal olduğu durumlarda borçlunun borcu ifa etmesine sebep olur.

3. Tarafların kararlaştıracakları ceza koşulları da etkin ihlal teorisine göre bu doğrultuda bir sorun yaratmaktadır. Alacaklının ihlal neticesinde uğrayacağı olumlu zarardan daha yüksek değerde bir yükümlülük öngören ceza koşulu, borçluyu ifa konusunda gereğinden fazla güdülemiş olur ve borçlu etkin çözüm ihlal olsa dahi borcu ifa eder[106]. Yukarıda verdiğimiz örneğe geri dönerek durumu uygulamalı olarak değerlendirelim. Ancak bu defa tarafların, (B)'nin borcunu ifa etmemesi durumunda (A)'ya birim başına 150 TL sözleşme cezası ödemesini kararlaştırdıklarını varsayalım.

(a) *Sözleşme kurulduktan sonra gerçekleşecek "iyi haber" senaryosu çerçevesinde:* Yukarıda açıklandığı üzere bu senaryoda etkin olan çözüm, borcun ihlal edilmesidir. İhlal neticesinde alacaklı (A)'nın başvurabileceği hukuki çarenin olumlu zararın tazmini olması, borcun ihlal edilmesi konusunda borçlu (B)'yi gerekli ölçüde güdülemekteydi (80 TL ifa maliyeti vs. 70 TL ihlal maliyeti). Oysa ceza koşulu kararlaştırılmış olması, ihlalin maliyetinin 150 TL'ye çıkmasına sebep olmuştur. Bu doğrultuda borçlu (B), 80 TL'lik ifa maliyeti ile 150 TL'lik ihlal maliyetini karşılaştıracak ve borcunu ifa etmeye karar verecektir. Buna göre sözleşme konusu mallar aslında bu mallara daha çok değer veren (C) yerine (A)'ya gitmiş olacak; bir artık değer kaybı yaşanacaktır.

---

[105] Robert Cooter / Melvin Aron Eisenberg, "Damages for Breach of Contract," California Law Review C. 73 S. 5 (1985), s. 1432 vd., s. 1463; Klass, s. 366.
[106] De Geest/Wuyts, s. 148; Sanlı, s. 225-227.

(b) *Sözleşme kurulduktan sonra gerçekleşecek "kötü haber" senaryosu çerçevesinde:* Yukarıda açıklandığı üzere bu senaryoda etkin olan çözüm, borcun ihlal edilmesidir. İhlal neticesinde alacaklı (A)'nın başvurabileceği hukuki çarenin olumlu zararın tazmini olması, borcun ihlal edilmesi konusunda borçlu (B)'yi gerekli ölçüde güdülemekteydi (130 TL ifa maliyeti vs. 120 TL ihlal maliyeti). Oysa ceza koşulu kararlaştırılmış olması, ihlalin maliyetinin 150 TL'ye çıkmasına sebep olmuştur. Bu doğrultuda borçlu (B), 130 TL'lik ifa maliyeti ile 150 TL'lik ihlal maliyetini karşılaştıracak ve borcunu ifa etmeye karar verecektir. Böylelikle hiçbir artık değer üretilmeyecek, kaynakların verimsiz kullanımı söz konusu olacaktır.

4. Görüldüğü üzere etkin ihlal teorisi, ifa maliyetini ihlal maliyetini aşacak kadar yükselten ceza koşullarının borçluyu ifaya zorlama işlevini normatif olarak yerinde bulmamaktadır. Teoriye göre, borçluyu ifa konusunda gereğinden fazla güdüleyen bu anlaşmaların, bir hukuk politikası tercihi olarak geçersiz kabul edilmeleri gerekmektedir. Ancak burada açıklandığı basit haliyle etkin ihlal teorisi, değişmezlik ilkesine tâbi mutlak bir kanun teşkil etmekten çok uzaktır. Teori, ortaya atıldığı dönemden bu yana çokça sorgulanmış ve ağır eleştirilere maruz kalmıştır. Dolayısıyla borçluyu ifaya zorlamanın yerinde bir hukuk politikası tercihi olup olmadığı sorununun, bu eleştirilerin de dikkate alınması suretiyle değerlendirilmesi gerekmektedir.

iii. Etkin İhlal Teorisine Yönelik Eleştiriler

Etkin ihlal teorisi henüz 1970'li yılların başında hukuk ve ekonomi öğretisinin erken dönemlerinde ortaya çıkmış bir teoridir. Özellikle hukuk teorisi konusundaki akademik çalışmaların yoğun olduğu ABD ve Kanada'da çok ciddi bir ilgiyle karşılanmıştır. Teori, hukuk ve ekonomi öğretisi için sözleşme hukuku alanında pek çok tartışmanın geliştirilebileceği yeni bir alan açmış; daha derin ve karmaşık incelemelerin hareket noktasını oluşturmuştur. Günümüzde dahi hukuk ve ekonomi öğretisi çerçevesinde yapılan ifa engelleri sistemi incelemelerinde önemli bir yer tutmaktadır[107].

Ancak teori bu denli ilgi çekerken bir o kadar da eleştiriye maruz kalmıştır. Bu çalışma kapsamında söz konusu eleştirilerin hepsine değinilmesi ne mümkün ne

[107] Halson, para. 4.39.

de anlamlıdır. Bu sebeple, çalışmanın amacı göz önünde tutularak etkin ihlal teorisine karşı ileri sürülen eleştiriler iki ana eksen etrafında kısaca ele alınacaktır. **(1)** Öncelikle etkin ihlal teorisi, yine ekonomik etkinlik kriterini esas alan yazarlarca, eksik ve hatalı bir ekonomik model yorumu yaptığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. **(a)** Olumlu zararın tazmini, işlem maliyetinin ihmal edildiği varsayıma göre gerçekten de etkin bir hukuki çaredir. Ancak bu varsayımda diğer hukuki çareler de en az olumlu zararın tazmini kadar etkin sonuçlar üretir. Dolayısıyla etkin ihlal teorisi, ifa engelleri sisteminin diğer hukuki çareleri dışlayacak ve salt olumlu zararın tazminini esas alacak şekilde kurgulanmasına gerekçe oluşturamaz. Mühim olan gerçek dünyadaki işlem maliyetlerinin hesaba katılması durumunda hangi hukuki çarenin daha etkin sonuçlar üreteceğidir. **(b)** Etkin ihlal teorisinin kurmuş olduğu ekonomik modelin diğer ekonomik varsayımları da gerçek dünyadaki olgularla örtüşmemektedir. Modelin esas aldığı varsayımlar gerçek dünyadaki olgularla örtüşecek şekilde değiştirildiği takdirde, alacaklıya olumlu zararın tazminini talep etme imkânının tanınması hiç de etkin olmayan sonuçlar üretebilmektedir. **(2)** İkinci olarak etkin ihlal teorisinin kurmuş olduğu ekonomik modelin gerçekte etkin sonuçlar doğurup doğurmayacağından bağımsız olarak, bu teoriye herhangi bir normatif değer atfetmenin mümkün olmadığı iddia edilmiştir. Zira sözleşme hukuku, sosyal refahı maksimize etmek amacı doğrultusunda ekonomik etkinlik kriterinin esas alınması suretiyle tasarlanmamalı; örneğin ahlaki temeller gibi başkaca kriterler etrafında şekillendirilmelidir.

(1) Ekonomik Etkinlik Kriterini Esas Alan Eleştiriler

(a) İşlem maliyetinin ihmal edildiği bir varsayımda olumlu zararın tazmini yegâne hukuki çare değildir; ceza koşulu gibi başka hukuki çareler de aynı etkin sonucu doğurabilir.

Etkin ihlal teorisinin olumlu zararın tazminini kutsayan ve diğer hukuki çareleri etkin olmadıkları gerekçesiyle dışlayan anlayışı, başka hukuki çarelerin de etkin sonuçlar doğurma potansiyeline sahip olduğunu savunan yazarlar tarafından yoğun eleştirilere maruz kalmıştır[108]. Bu yazarlar, aslında teorinin kurduğu ekonomik

[108] Tarafların kararlaştırdıkları tazminat yükümlülükleri açısından bkz. Goetz/Scott. Aynen ifa açısından bkz. Schwartz; Ulen. Olumlu zararı aşan cezalandırıcı tazminat açısından bkz. William S. Dodge, "The Case for Punitive Damages in Contracts", Duke Law Journal C. 48 S. 4 (1999), s. 629 vd.

modeli yıkma amacı taşımamaktadır. Sorun, modelin eksik bir analizinin yapılmış ve sözleşme sonrası müzakere ihtimalinin göz ardı edilmiş olmasıdır. Taraflar sözleşme kurulduktan sonraki aşamada herhangi bir işlem maliyeti olmaksızın müzakere edebildiği müddetçe, herhangi bir hukuki çarenin diğerine kıyasla etkinlik bakımından üstünlüğü bulunmamaktadır. Alacaklıya borcun ihlaline bağlı olarak hangi hukuki çare tanınırsa tanınsın, borçlu ifa veya ihlal konusunda etkin karar verecektir. Mühim olan gerçek dünyadaki işlem maliyetlerinin hesaba katılması durumunda hangi hukuki çarenin daha etkin sonuçlar üreteceğidir.

Sözleşme sonrası müzakerenin sonuçları, *Coase* teoremi çerçevesinde açıklanabilir[109]. *Coase* teoremi uyarınca haklar işlem maliyeti olmaksızın el değiştirebildiği müddetçe, ilk etapta bu hakların nasıl dağıtıldığının nihai olarak elde edilecek etkinlik bakımından önemi bulunmamaktadır. İlk etaptaki dağılım nasıl olursa olsun, taraflar aralarında müzakere etmek ve kendi faydalarını maksimize eden değişimler yapmak suretiyle etkin sonuca ulaşacaklardır. Bir hakka daha çok değer veren kişi, daha az değer veren kişinin elindeki hakkı ondan satın alacak ve kendisine devrini sağlayacaktır. Sonuçta kaynaklar nihai olarak kendisine en çok değer verenlerin elinde bulunacak ve verimli olarak kullanılacaktır[110]. *Coase* teoremi ifa engelleri sistemine uygulandığı takdirde, taraflar arasındaki müzakerelere ilişkin işlem maliyeti ihmal edildiği müddetçe, olumlu zararın tazmini dışındaki diğer hukuki çarelerin de ifa ve ihlal konusunda etkin sonuçlar doğurabileceği görülecektir. Yukarıda olumlu zararın tazmininin farklı senaryolarda yarattığı sonuçları göstermek üzere kullanılan örneği ele alalım[111]. Bu örnekte alacaklıya tanınan hukuki çare, olumlu zararın tazmini değil; olumlu zararı aşan bir sözleşme cezasının ödenmesi olsa bile aynı etkin sonuçlar doğacaktır.

Hatırlanacağı üzere alacaklı (A), 1 Ocak'ta borçlu (B)'den birimi 100 TL karşılığında 100 birim ürün satın almış ve satış bedelini peşin olarak ödemiştir. Mallar 1 Temmuz tarihinde teslim edilecektir. Borçlu (B)'nin ifa için yapacağı üretim ve nakliye gibi giderlerin toplamının 80 TL olduğu varsayılmıştır. Buna

[109] Farber, s. 1450; Klass, s. 372; Sanlı, s. 245-246.

[110] Ronald H. Coase, "The Problem of Social Cost", The Journal of Law and Economics C. 3 (1960), s. 1 vd. İşlem maliyetinin ve mülkiyet haklarının dağılımının ekonomik işleyiş bakımından önemini ortaya koyan çalışmalarıyla Nobel ekonomi ödülünü kazanan yazar, hukuk ve ekonomi öğretisinin de yolunu açmıştır. Bu konuda bkz. Warren J. Samuels, "The Coase Theorem and the Study of Law and Economics", Natural Resources Journal C. 14 S. 1 (1974), s. 1 vd. *Coase* teoremi hakkında Türkçe açıklamalar için bkz. Müller (çev. Güneş), s. 10-14; Sanlı, s. 241 dn. 801.

[111] Bkz. s. 33 vd.

karşılık alacaklı (A)'nın ürünü 60 TL'lik masraf yaparak işledikten sonra bir başkasına 180 TL karşılığında satacağı varsayılmıştır. Bu varsayımlara göre alacaklı (A) açısından ifanın değeri ve borçlunun sözleşmeyi ihlal etmesi durumunda uğrayacağı olumlu zararın miktarı, birim başına 180-60=120 TL olacaktır. Ancak taraflar sözleşmeye bir ceza kaydı eklemiş ve borçlunun sözleşmeyi ihlal etmesi durumunda alacaklıya birim başına 150 TL ödemesini kararlaştırmışlardır. Bu sapmanın, farklı senaryolarda etkinlik bakımından nasıl sonuçlar yaratacağını, tarafların işlem maliyeti olmaksızın müzakere edebildiği varsayımına göre değerlendirelim:

Sözleşme kurulduktan sonra gerçekleşecek "iyi haber" senaryosu çerçevesinde: Tıpkı yukarıdaki gibi üçüncü bir kişi olan (C)'nin borçlu (B)'ye birimi 130 TL karşılığında 100 birim ürün satın almak üzere bir teklif yaptığını varsayalım. Bu senaryoda etkin olan çözüm, daha evvel açıklandığı üzere, borçlu (B)'nin alacaklı (A)'ya karşı olan borcunu ihlal etmesi ve malları (C)'ye teslim etmesidir.

Alacaklıya hukuki çare olarak olumlu zararın tazmini imkânı tanındığında, borçlu sözleşmeyi ihlal eder. Zira borçlu (B) için alacaklı (A)'ya olan borcunu ifa etmenin maliyeti 80 TL, alacaklı (A)'ya olan borcunu ihlal edip ürünleri (C)'ye teslim etmenin maliyeti ise 70 TL'dir (Ürünleri (C)'ye teslim etmenin maliyeti 80 TL + Alacaklı (A)'ya ödenecek tazminat bedeli 120 TL - (C)'nin (B)'ye ödeyeceği satış bedeli 130 TL = 70 TL). İhlalin maliyetinin ifanın maliyetinden daha düşük olması, borçlu (B)'yi sözleşmeyi ihlal etmeye itecektir.

Oysa ceza koşulu, ihlal maliyetini 100 TL'ye çıkarmıştır (Ürünleri (C)'ye teslim etmenin maliyeti 80 TL + Alacaklı (A)'ya ödenecek sözleşme cezası 150 TL - (C)'nin (B)'ye ödeyeceği satış bedeli 130 TL = 100 TL). İhlal maliyeti, artık ifa maliyetinden fazladır. Bu durumda etkin ihlal teorisi, (B)'nin borcu ifa edeceğini ve ürünlerin (A)'ya gideceğini iddia etmektedir. Oysa etkin ihlal teorisini eleştiren yazarlar, herhangi bir işlem maliyeti olmaksızın müzakere etme imkânı bulunduğu müddetçe, tarafların hem (A) hem de (B) için ifaya kıyasla daha tercih edilebilir olan bir çözüm üzerinde anlaşacaklarını iddia etmişlerdir. Sonuçta borç ifa edilmemiş olacak ve mallar (C)'ye gidecektir. Şöyle ki:

Borçlu (B) için kendi faydasını maksimize edebileceği çözüm, (A)'ya karşı üstlenmiş olduğu borçtan kurtulmak ve malları (C)'ye teslim etmektir. Zira malları

(C)'ye teslim etmek, (A)'ya karşı olan borcunu ifa etmeye kıyasla kendisine fazladan 30 TL x 100 birim = 3000 TL kazandıracaktır[112]. Dolayısıyla borçlu (B) kendisini bu borçtan ibra etmesi için (A)'ya 3000 TL'den az olacak herhangi bir ödeme yapmayı ve peşin ödenmiş 10000 TL'lik satış bedelini tazmin etmeyi teklif eder. Buna göre: *(B)'nin (A)'ya yapacağı ödeme < 13000 TL*.

İlk etapta alacaklı (A)'nın bu teklifi kabul etmek ve borçlu (B)'yi 13000 TL'den az herhangi bir ödeme karşılığında ibra etmek için hiçbir gerekçesi olmadığı düşünülebilir. Zira borçlunun sözleşmeyi ihlal etmesi durumunda (A), sözleşme cezası olan 15000 TL'yi (yani 13000 TL'den çok daha fazlasını) kazanacaktır. Oysa borçlunun elinde müzakere masasına getirebileceği çok önemli bir koz bulunmaktadır: ifa tehdidi. Borçlu (B), alacaklı (A)'ya bir miktar ödeme yapmak suretiyle kendisini borçtan ibra etmesini isteyecek, aksi takdirde sözleşmeyi ifa etmekle tehdit edecektir. Bu tehdidi muteber kılan, taraflar arasında yeni bir çözüm üretilmediği takdirde (B) için sözleşmeyi ifa etmenin ihlal etmekten daha az masraflı olmasıdır. Tehdidin muteberliği, tarafları her ikisi için de ifaya kıyasla daha tercih edilebilir ara bir çözüm üzerinde buluşmaya iter.

Öte yandan (A) için kendi faydasını maksimize edebileceği çözüm, (B)'nin sözleşmeyi ihlal etmesi ve kendisine toplam 15000 TL ödemesidir. Ancak bu ihtimal, (B)'nin muteber ifa tehdidi neticesinde ortadan kalkmıştır; artık (A)'nın referans noktası, sözleşmenin ifa edilmesi halinde bulunacağı durumdur. Sözleşmenin ifa edilmesi neticesinde (A), 12000 TL fayda elde etmiş olacaktır. Dolayısıyla alacaklı (A), 12000 TL'den fazla olacak herhangi bir ödeme karşılığında borçluyu ibra etmeye hazırdır. Buna göre: *12000 TL < (B)'nin (A)'ya yapacağı ödeme*

Sonuç olarak şöyle bir tabloyla karşılaşmaktayız: *12000 TL < (B)'nin (A)'ya yapacağı ödeme < 13000 TL*. Taraflar, müzakere güçlerine göre, bir ucunu 12000 TL'nin diğer ucunu 13000 TL'nin teşkil ettiği aralıktaki bir noktanın üzerinde buluşacaklardır. Tarafların müzakere güçlerinin eşit olduğunu ve tam orta nokta olan 12500 TL'de buluştuklarını varsayalım. (B), (A)'ya 12500 TL ödeyecek; (A) buna karşılık (B)'yi borcundan ibra edecektir. Sonuç olarak borç ifa edilmemiş olacak; mallar yine (C)'ye gidecek ve daha fazla artık değer üretilecektir.

[112] [(C)'nin önerdiği 130 TL fiyat – (A)'nın ödeyeceği 100 TL fiyat] x 100 birim = 30 TL x 100 birim = 3000 TL.

Sözleşme kurulduktan sonra gerçekleşecek "kötü haber" senaryosu çerçevesinde: Tıpkı yukarıdaki gibi borçlu (B)'nin üretim tesislerinde bir yangın meydana geldiğini ve ifa maliyetinin 80 TL'den 130 TL'ye çıktığını varsayalım. Bu senaryo çerçevesinde etkin olan çözüm, daha evvel açıklandığı üzere, borcun ihlal edilmesidir.

Alacaklıya hukuki çare olarak olumlu zararın tazmini imkânı tanındığında, borçlu sözleşmeyi ihlal eder. Zira borçlu (B) için alacaklı (A)'ya olan borcunu ifa etmenin maliyeti 130 TL, borcunu ihlal etmenin maliyeti ise 120 TL'dir. İhlalin maliyetinin ifanın maliyetinden daha düşük olması, borçlu (B)'yi sözleşmeyi ihlal etmeye itecektir.

Oysa ceza koşulu, ihlal maliyetini 150 TL'ye çıkarmıştır. İhlal maliyeti, artık ifa maliyetinden fazladır. Bu durumda etkin ihlal teorisi, (B)'nin borcu ifa edeceğini iddia etmektedir. Oysa etkin ihlal teorisini eleştiren yazarlar, herhangi bir işlem maliyeti olmaksızın müzakere etme imkânı bulunduğu müddetçe, tarafların hem (A) hem de (B) için ifaya kıyasla daha tercih edilebilir olan bir çözüm üzerinde anlaşacaklarını iddia etmişlerdir. Sonuçta borç ifa edilmemiş olacak ve kaynaklar israf edilmeyecektir. Şöyle ki:

Borçlu (B) için kendi faydasını maksimize edebileceği çözüm, (A)'ya karşı üstlenmiş olduğu borçtan kurtulmak ve (A)'nın sipariş ettiği malların üretimini hiç yapmamaktadır. Zira bu malları üretip (A)'ya karşı olan borcunu ifa etmek kendisine 30 TL x 100 birim = 3000 TL kaybettirecektir[113]. Dolayısıyla borçlu (B) kendisini bu borçtan ibra etmesi için (A)'ya 3000 TL'den az olacak herhangi bir ödeme yapmayı ve peşin ödenmiş 10000 TL'lik satış bedelini tazmin etmeyi teklif eder. Buna göre: *(B)'nin (A)'ya yapacağı ödeme < 13000 TL*.

İlk etapta alacaklı (A)'nın bu teklifi kabul etmek ve borçlu (B)'yi 13000 TL'den az herhangi bir ödeme karşılığında ibra etmek için hiçbir gerekçesi olmadığı düşünülebilir. Zira borçlunun sözleşmeyi ihlal etmesi durumunda (A), sözleşme cezası olan 1500 TL'yi (yani 1300 TL'den çok daha fazlasını) kazanacaktır. Oysa borçlunun elinde müzakere masasına getirebileceği çok önemli bir koz bulunmaktadır: ifa tehdidi. Borçlu (B), alacaklı (A)'ya bir miktar ödeme yapmak

[113] [(A)'nın ödeyeceği 10 USD fiyat – üretim maliyeti 13 USD] x 100 birim = -3 USD x 100 birim = -300 USD.

suretiyle kendisini borçtan ibra etmesini isteyecek, aksi takdirde sözleşmeyi ifa etmekle tehdit edecektir. Bu tehdidi muteber kılan, taraflar arasında yeni bir çözüm üretilmediği takdirde (B) için sözleşmeyi ifa etmenin ihlal etmekten daha az masraflı olmasıdır. Tehdidin muteberliği, tarafları her ikisi için de ifaya kıyasla daha tercih edilebilir ara bir çözüm üzerinde buluşmaya iter.

Öte yandan (A) için kendi faydasını maksimize edebileceği çözüm, (B)'nin sözleşmeyi ihlal etmesi ve kendisine toplam 15000 TL ödemesidir. Ancak bu ihtimal, (B)'nin muteber ifa tehdidi neticesinde ortadan kalkmıştır; artık (A)'nın referans noktası, sözleşmenin ifa edilmesi halinde bulunacağı durumdur. Sözleşmenin ifa edilmesi neticesinde (A), toplam 12000 TL fayda elde etmiş olacaktır. Dolayısıyla alacaklı (A), 12000 TL'den fazla olacak herhangi bir ödeme karşılığında borçluyu ibra etmeye hazırdır. Buna göre: *12000 TL < (B)'nin (A)'ya yapacağı ödeme*

Sonuç olarak şöyle bir tabloyla karşılaşmaktayız: *12000 TL < (B)'nin (A)'ya yapacağı ödeme < 13000 TL*. Taraflar, müzakere güçlerine göre, bir ucunu 12000 TL'nin diğer ucunu 13000 TL'nin teşkil ettiği bu aralıktaki bir noktanın üzerinde buluşacaklardır. Tarafların müzakere güçlerinin eşit olduğunu ve tam orta nokta olan 12500 TL'de buluştuklarını varsayalım. (B), (A)'ya 12500 TL ödeyecek; (A) buna karşılık (B)'yi borcundan ibra edecektir. Sonuç olarak üretim gerçekleşmemiş ve borç ifa edilmemiş olacak; kaynaklar israf edilmeyecektir.

Yukarıda yapılan "iyi haber" ve "kötü haber" senaryolarına ilişkin inceleme, haklar işlem maliyeti olmaksızın el değiştirebildiği müddetçe, ilk etapta bu hakların nasıl dağıtıldığının nihai olarak elde edilecek etkinlik bakımından önemi bulunmadığını ortaya koymaktadır. İlk etaptaki dağılım nasıl olursa olsun, taraflar aralarında müzakere etmek ve kendi faydalarını maksimize eden değişimler yapmak suretiyle etkin sonuca ulaşacaklardır. Başka bir deyişle işlem maliyetinin sıfır olduğu bir varsayımda, alacaklıya tanınabilecek hukuki çarelerin tümü tahsis etkinliği *(allocative efficiency)* bakımından eşittir[114]. Alacaklıya tanınan hukuki çare, yalnızca dağılımsal sonuçlar *(distributional consequences)* üzerinde değişiklik yaratacaktır.

[114] Farber, s. 1449-1450; Ian R. Macneil, "Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky", Virginia Law Review C. 68 S. 5 (1982), s. 947, s. 952. Öte yandan *Craswell*, işlem maliyetinin sıfır olduğu varsayımda borcun ifa edilip edilmemesi konusunda etkin karar üzerinde uzlaşılsa dahi, başkaca alanlarda (örneğin güven yatırımı kararı konusunda) etkin olmayan sonuçların söz konusu olabileceğini savunmaktadır. Bu konuda bkz. Richard Craswell, "Contract Remedies,

Bununla birlikte işlem maliyetinin ihmal edildiği bu varsayım, gerçek dünyadaki olgularla örtüşmemektedir. Gerçekte işlem maliyeti, her zaman sıfırdan yüksektir. Nitekim bu maliyet, ihlal sonrası gerçekleşen müzakerelerin kimi zaman başarısızlıkla sonuçlanmasına ve hakların el değiştirmeksizin ilk dağıtıldığı hâliyle kalmasına sebep olmaktadır. Bu çerçevede işlem maliyetini arttıran en önemli unsur, müzakere etmesi beklenen tarafların karşılıklı tekel *(bilateral monopoly)* ilişkisi içerisinde bulunmasıdır[115]. Karşılıklı tekel ilişkisi içerisindeki taraflar, birbirlerini ikame etme olanağına sahip değildir; yani tarafların her biri istediğini elde etmek için karşısındakine muhtaçtır. Bu durum tarafların her birinin anlaşmadan daha fazla pay alabilmek için stratejik davranışlar sergilemesine sebep olmakta; sonuç olarak müzakere sürecindeki işlem maliyeti ciddi şekilde artmaktadır[116]. Keza taraflar arasındaki asimetrik bilgi durumu ve husumet de işlem maliyetini yükselten başkaca sebeplerdir[117].

Hukuki çarelerin her biri, kendine özgü işlem maliyetlerine sahiptir. Dolayısıyla gerçekte hangi hukuki çarenin ekonomik anlamda daha etkin sonuç doğuracağını, hukuki çarelere ilişkin işlem maliyetlerinin tümünün dikkate alınması suretiyle belirlenmesi gerekmektedir[118]. Ancak her tür işlem maliyetini herhangi bir soyutlama yapmaksızın dikkate alan ve en etkin hukuki çareyi herkesin üzerinde uzlaşabileceği biçimde kesin olarak işaret eden bir çalışma yapmak, işlem maliyetlerine ilişkin elimizde bulunan ampirik verinin sınırlı olması nedeniyle mümkün olmamıştır. Bu konuda yapılan teorik çalışmalarda, nedensellik analizi yapmak üzere bir ekonomik model kurulmakta ve bu ekonomik modele çalışmayı yapan kişinin tercihlerine göre işlem maliyetlerinin yalnızca bir kısmı dâhil edilmektedir[119]. İşlem maliyetlerinin yalnızca bir kısmının dikkate alınması, ne kadar komplike bir model kurulursa kurulsun gerçek dünya hakkında güvenilir bir sonuç vermemektedir. Nitekim *Macneil,* belirli bir hukuki çarenin en etkin hukuki çare olduğu önermesini sunan teorik çalışmaları, işlem maliyetlerine dair kendi

---

Renegotiation, and the Theory of Efficient Breach", Southern California Law Review C. 61 S. 3 (1988), s. 629 vd., s. 640 vd.

[115] Klass, s. 374; Sanlı, s. 247.

[116] Sanlı, s. 247-248. Karşılıklı tekel sorunu hakkında bkz. Dodge, s. 670-673. Müzakere sürecindeki stratejik davranışların neden olduğu maliyetler hakkında genel olarak bkz. Cooter, s. 20-24.

[117] Sanlı, s. 247.

[118] Macneil, s. 952.

[119] Örneğin *Farber*, bazı işlem maliyetlerini katmış olduğu ekonomik modelinde olumlu zararın tazmininin etkin sonuçlar doğurmayabileceğini göstermiş; alacaklı lehine olumlu zararı aşan bir tazminata hükmedilmesinin daha etkin olacağını savunmuştur. Bkz. *Farber*, s. 1448-1468.

önermelerini destekleyecek varsayımlar yaptıkları ve böylelikle önermelerini kolaylıkla doğruladıkları gerekçesiyle eleştirmektedir[120]. Bu hâliyle hukuk ve ekonomi öğretisinin, işlem maliyetlerine ilişkin ampirik verinin sınırlılığı nedeniyle, aslında mutlak olarak cevaplaması mümkün olmayan bir soruyu cevaplamaya çalıştığı söylenebilir.

(b) Etkin ihlal teorisinin kurmuş olduğu ekonomik modelin esas aldığı varsayımlar gerçek dünyadaki olgularla örtüşecek şekilde değiştirildiği takdirde, alacaklıya olumlu zararın tazminini talep etme imkânının tanınması etkin olmayan sonuçlar üretebilmektedir.

Etkin ihlal teorisi, hukuk ve ekonomi öğretisinin ilk dönemlerinde geliştirilmiştir. Dolayısıyla gerçekçi olmayan varsayımlara dayanan ve değişkenleri oldukça sınırlı tutulmuş basit bir analizi yansıtmaktadır. Zaman içerisinde ifa engelleri sisteminin etkinliği üzerine yapılan çalışmalar, çok daha kompleks analizler barındıracak şekilde dönüşüme uğramıştır. Bu "ikinci jenerasyon"[121] çalışmalar, etkin ihlal teorisindeki analizin yetersizliğini göstermiş; çok daha incelikli bir analiz yapılmasının gereğini ortaya koymuştur[122]. Nitekim günümüzde, etkin ihlal teorisini yukarıda açıklanan basit haliyle savunan kalmamıştır. Güncel çalışmalar, etkin ihlal teorisindeki varsayımların gerçek olgularla değiştirildiği durumda olumlu zararın tazmini talebinin etkinliğini yitirebildiğini göstermiştir[123]. Aşağıda teorinin sorunlu varsayımlarına ilişkin temel tespitler kısaca özetlenecektir.

(i) *Teorinin olumlu zararın tazminine ilişkin işlem maliyetini ihmal etmesi:* Etkin ihlal teorisi, işlem maliyetinin sıfıra eşit olduğu varsayımı üzerine inşa edilmiştir. Bu varsayıma göre alacaklının olumlu zararı, herhangi bir işlem

[120] Macneil, s. 961. Bu bağlamda ihmal edilen değişken yanlılığının *(omitted variable bias)* mevcut olduğundan bahsedilebilir.

[121] Terim için bkz. Robert A. Hillman, The Richness of Contract Law – An Analysis and Critique of Contemporary Theories of Contract Law, Springer 1997, s. 217.

[122] Bu analizlerin gelişmesi, ekonomik etkinlik konusunda daha doğru sonuçlara varılması bakımından şüphesiz olumludur. Ancak diğer yandan bu kompleks analizleri içeren çalışmaların anlaşılması da bir o kadar güç hâle gelmiştir. Günümüzde kaleme alınan hukuk ve ekonomi öğretisi temelli çalışmaların, ekonomi bilimi konusunda sağlam bir altyapıya sahip olmaksızın anlaşılabilmesi imkânsız gibidir. ABD'de bu alanda çalışan akademisyenlerin neredeyse tamamı, ekonomi alanında lisans ve/veya lisansüstü dereceye sahiptir. Zaman içerisinde hukuk ve ekonomi öğretisinin geçirdiği dönüşüm, *Edlin* ile *Schwartz*'ın sözleşme cezasının etkinliğine ilişkin olarak geçmişte yapılmış çalışmaları ele alan ve geliştiren makaleleri özelinde gözlemlenebilir. Bkz. Aaron S. Edlin / Alan Schwartz, "Optimal Penalties in Contracts", Chicago-Kent Law Review C. 78 S. 1 (2003), s. 33 vd.

[123] Sanlı, s. 240.

maliyetine gerek olmaksızın kendiliğinden tazmin edilecektir. Oysa gerçekte, borcunu ihlal eden borçlu bu tazmini kendiliğinden gerçekleştirmemektedir. Taraflar konuyu aralarında müzakere ederek bir uzlaşmaya varmaya çalışmakta; böyle bir uzlaşma sağlanamadığı takdirde de uyuşmazlık mahkemeye taşınmaktadır. Tüm bu süreç ciddi bir işlem maliyetine yol açacak ve bu çerçevede harcanan kaynaklar hiçbir fayda yaratmaksızın israf edilecektir[124]. Sonuçta etkin ihlal teorisinin işlem maliyetini ihmal ederek etkin olarak nitelendirdiği bir ihlal, gerçekte işlem maliyetinin de hesaba katılmasıyla birlikte tam aksine etkin olmayan bir sonuç yaratabilecektir.

Örneğin yukarıdaki "iyi haber" senaryosunu ele alalım. Etkin ihlal teorisinin önermesine göre bu senaryo çerçevesinde etkin olan çözüm, borçlu (B)'nin alacaklı (A)'ya karşı olan borcunu ihlal etmesiydi; zira borcun ihlal edilmesi, ifaya kıyasla birim başına 30 TL'den toplam 3000 TL daha fazla artık değer üretmekteydi[125]. Öte yandan (A) ile (B)'nin tazmini gereken olumlu zararın miktarı üzerine bir türlü anlaşamadıklarını ve uyuşmazlığın mahkemeye intikal ettiğini; en nihayetinde toplam 10.000 TL yargılama masrafı yapıldıktan sonra (A)'nın zararının tazmin edildiğini varsayalım. Artık ihlal, ifaya kıyasla daha fazla artık değer üretmek şöyle dursun; mevcut kaynakların israf edilmesine yol açmış olacaktır. Böyle bir ihlalin, etkin olarak nitelendirilemeyeceği açıktır.

(ii) *Teorinin tam bilgi (perfect information) varsayımını esas alması:* Etkin ihlal teorisi, tarafların her konuda tam bilgiye sahip oldukları varsayımına dayanmaktadır. Bu varsayıma göre borçlu, alacaklının ifa menfaatinin kapsamını ve dolayısıyla borcu ihlal etmesi durumunda alacaklıya ödemek durumunda kalacağı tazminatın miktarını bilmektedir. Bu bilgiyi esas alarak hesapladığı ihlal maliyeti ile kendi ifa maliyetini kıyaslar ve borcu ifa edip etmeme konusunda etkinlik bakımından üstün olan kararı verir.

Söz konusu varsayımın, gerçek dünyadaki olgularla örtüşmediği aşikârdır. Taraflar çeşitli sebeplerden ötürü birbirleriyle bilgi paylaşmaktan imtina ederler.

[124] Klass, s. 368-369.

[125] Borç ifa edildiği takdirde borçlu (B)'nin 80 TL ve alacaklı (A)'nın 60 TL olmak üzere toplam 140 TL'lik masrafına karşılık, 180 TL'lik bir değer; yani 40 TL'lik bir artık değer üretilmiş olacaktı. Oysa borç ihlal edildiği ve mallar üçüncü kişi (C)'ye teslim edildiği takdirde borçlu (B)'nin 80 TL ve üçüncü kişi (C)'nin 30 TL olmak üzere toplam 110 TL'lik masrafına karşılık, 180 TL'lik bir değer; yani 70 TL'lik bir artık değer üretilmiş olacaktı.

Teori, aslında tamamen opak olan bir dünyayı, sanki şeffafmış gibi algılamaktadır. Borçlu taraf, kendi ifa maliyetini bilse dahi, alacaklının ifa menfaatinin kapsamını ve dolayısıyla borcu ihlal etmesi durumunda alacaklıya ödemek durumunda kalacağı tazminatın miktarını bilemez. Bu durumun sonucu olarak borçlu, ya gerçektekinden yüksek bir ihlal maliyeti esas alarak borcu ifa etmeye gereğinden fazla güdülenecektir ya da gerçektekinden düşük bir ihlal maliyeti esas alarak borcu ifa etmeye gereğinden az güdülenecektir. Bu durumda borçlunun borcu ifa edip etmeme konusundaki kararı, etkinlik bakımından optimal olmayacaktır[126].

Yukarıdaki "kötü haber" örneği üzerinden düşünelim. Alacaklı (A), 100 TL karşılığında (B)'den satın aldığı ürünü 60 TL'lik masraf yaparak işledikten sonra bir başkasına 180 TL karşılığında satacaktı. Buna karşılık borçlu (B)'nin üretim tesislerinde bir yangın meydana gelmiş ve ifa maliyeti 130 TL'ye çıkmıştı. Bu senaryo çerçevesinde etkin olan çözümün borcun ifa edilmemesi olduğu, yukarıda izah edilmişti. Etkin ihlal teorisine göre borçlu (B), 100 TL'lik satış bedelini peşin olarak ödemiş olan (A) açısından ifanın değerinin ve borçlunun sözleşmeyi ihlal etmesi durumunda uğrayacağı olumlu zararın miktarının, birim başına 180 TL (ürünün yeniden satışından elde edilecek kazanç) – 60 TL (ürünü işleme maliyeti) = 120 TL olacağını bilmektedir. Dolayısıyla ifa maliyeti olan 130 TL ile ihlal maliyeti olan 120 TL'yi kıyaslayacak ve etkin çözüm olan ihlal kararını verecektir. Oysa hayatın olağan akışına göre borçlu (B), alacaklının ürünün yeniden satışından elde edeceği kazancı da ürünü işleme maliyetini de bilmeyebilir[127]. Örneğin (B) ürünü işleme maliyetinin 60 TL yerine 40 TL olduğunu düşünecek olursa, esas alacağı ihlal maliyeti 120 TL yerine 140 TL olacaktır. Buna göre (B), ifa maliyeti olan ihlal 130 TL ile ihlal maliyeti olan 140 TL'yi kıyaslayacak ve etkin çözüm olmayan ifa kararını verecektir.

(iii) *Teorinin ihlal durumunda alacaklının menfaatinin hukuki olarak mutlaka himaye edileceği varsayımını esas alması:* Etkin ihlal teorisinin esas aldığı bir diğer varsayıma göre, alacaklının borcun ihlal edilmesi karşısında zedelenen menfaati mutlaka himaye edilecektir. Yani alacaklı, borcun ihlali durumunda borçluya karşı olan hukuki çarelerini kullanacak ve bu hukuki çarelerin gereği borçlu tarafından

[126] Eisenberg, s. 1000 ve 1015; Hillman, s. 222; Klass, s. 369; Sanlı, s. 254.
[127] Asimetrik bilginin özellikle dolaylı zararlar bakımından ciddi bir sorun teşkil ettiği değerlendirmesi için bkz. Sanlı, s. 257.

yerine getirilmezse mahkemeye başvuracak; mahkeme, haklı taraf olan alacaklı lehine karar verecek; mahkeme kararının icrası sorunsuz bir şekilde gerçekleşecektir.

Bu varsayımın her bir aşaması, ayrı ayrı sorunlar barındırmaktadır. Örneğin alacaklı, borç ihlal edilmiş olmasına rağmen, bu durumu fark edememiş veya uyuşmazlık konusu meblağın harcayacağı zaman ve masrafa değmeyeceği düşüncesiyle dava açmamış olabilir. Bu sorun, özellikle tüketici sözleşmeleri bağlamında sıklıkla karşımıza çıkmaktadır[128]. Keza alacaklı dava açmış olmasına ve davasında haklı olmasına rağmen mahkemenin, ispat yükünün gereği gibi yerine getirilmemesi nedeniyle veya hataen alacaklı aleyhine hüküm vermesi de ihtimal dâhilindedir. Kaldı ki mahkeme alacaklı lehine hüküm vermiş olsa dahi, bu hükmün icrası aşamasında pürüz çıkması da söz konusu olabilir[129]. Tüm bu sorunlar sebebiyle ihlal durumunda alacaklının korunması ve nihai anlamda alacağına kavuşması olasılığı, 1'den düşüktür. Bu durum borçlu açısından beklenen ihlal maliyetinin, olumlu zararın tazmini için ödeyeceği bedelden düşük olmasına ve borçlunun ifa konusunda gereğinden az güdülenmesine yol açmaktadır. Sonuç olarak borçlu, etkin çözüm ifa olmasına rağmen borcunu ihlal edebilmektedir.

Vardığımız sonucu yukarıdaki örnek üzerinden uygulamalı olarak gösterelim. Sözleşmenin kurulduğu şartların ifa tarihine kadar aynı kalması varsayımında, etkin olan çözümün borcun ifa edilmesi olduğu açıklanmıştı[130]. Etkin ihlal teorisine göre borçlu (B) açısından ihlal maliyeti, alacaklının borcun ihlal edilmesi neticesinde uğrayacağı olumlu zararın miktarına, yani 120 TL'ye tekabül etmektedir. Nitekim ifa maliyeti olan 80 TL ile ihlal maliyeti olan 120 TL'yi karşılaştıran borçlu, borcu ifa etmeye karar verecektir. Oysa alacaklının bu tazminata kavuşma olasılığının % 55 olduğu varsayılırsa, borçlu açısından beklenen ihlal maliyeti 120 TL değil; 120 TL x % 55 = 66 TL olacaktır. Nitekim ifa maliyeti olan 80 TL ile ihlal maliyeti olan 66 TL'yi karşılaştıran borçlu, etkin olmayan bir biçimde borcu ihlal etmeye karar verir.

İhlal durumunda alacaklının korunması ve nihai anlamda alacağına kavuşması olasılığının 1'den düşük olması, borçluyu ifa konusunda optimal seviyede

[128] Bu konuda bkz. Linda Curtis, "Damage Measurements for Bad Faith Breach of Contract: An Economic Analysis", Stanford Law Review C. 39 S. 1 (1986), s. 161 vd., s. 166-168; Sanlı, s. 261.
[129] Sanlı, s. 262-263.
[130] Zira borç ifa edildiği takdirde borçlu (B)'nin 8 USD ve alacaklı (A)'nın 6 USD olmak üzere toplam 14 USD'lik masrafına karşılık, 18 USD'lik bir değer üretilmiş olacaktır. Buna göre işlem, 4 USD'lik bir artık değer üretecektir.

güdülemek için zararı aşan bir tazminata hükmedilmesini gerekli kılmaktadır[131]. Öğretide cezalandırıcı tazminat ve ceza koşulu gibi kurumların bu konudaki açığı kapatabilecekleri ifade edilmektedir[132].

(iv) *Teorinin alacaklının zararının tam olarak tazmin edildiği varsayımını esas alması:* Etkin ihlal teorisi, ihlal neticesinde meydana gelen olumlu zararın tam olarak tazmin edileceği ve alacaklının ifa gerçekleşmiş olsaydı bulunacağı duruma getirileceği varsayımını esas almaktadır. Böyle bir tazminat ödeyecek ve alacaklıyı ifa gerçekleşmiş olsaydı bulunacağı duruma getirecek olan borçlu, borcu ifa edip etmeme kararını verirken alacaklının kârının tamamını içselleştirmek zorunda kalır. Dolayısıyla hem kendi kârını hem alacaklının kârını dikkate almak suretiyle ifanın artık faydasının tamamını göz önünde tutar ve borcu ifa edip etmeme konusunda optimal kararı verir.

Oysa bu varsayım, gerçeği yansıtmaktan oldukça uzaktır. Her şeyden evvel, yukarıda açıklandığı üzere, alacaklının talep-dava-icra gibi aşamaları aşarak menfaatinin korunmasını sağlayıp sağlayamayacağı kesin değildir. Ancak alacaklı bu aşamaları aşabilse dahi nihayetinde elde edeceği tazminat, kendisini gereği gibi ifa gerçekleşmiş olsaydı bulunacağı duruma getirmekte çoğu zaman yetersiz kalacaktır. Tazmini mümkün zarar kavramının kapsamının subjektif zararı dışlayacak şekilde dar tutulması, zararın varlığını ve miktarını ispat yükü gibi sebepler, gerçekte alacaklının zararından daha düşük bir tazminatla yetinmesine sebep olmaktadır. Öğretide işaret edildiği üzere, bu bağlamda yapısal bir "eksik tazmin" *(undercompensation)* sorununun bulunduğu söylenebilir[133]. Eksik ihlal teorisinin varsaydığının aksine gerçekte yapısal bir eksik telafi sorunu bulunmasının sonucu olarak borçlu, ifa konusunda gereğinden daha az güdülenmektedir. Sonuç olarak borçlu, etkin çözüm ifa olmasına rağmen kimi zaman borcunu ihlal edebilmektedir[134].

(v) *Teorinin borçluyu ifaya güdüleyen başkaca faktörlerin olabileceği ihtimalini ihmal etmesi:* Etkin ihlal teorisinin varsayımına göre borçlu, borcu ifa edip

---

[131] Curtis, s. 167.
[132] De Geest/Wuyts, s. 153.
[133] Bu konuda özellikle bkz. Eisenberg, s. 989-997; Sebert, s. 1565-1584; Cooter, s. 168-170. Aynı yönde tespitler için bkz. Halson, para. 4.40; Sanlı, s. 251. Yapısal eksik tazmin sorunu hakkındaki değerlendirmemiz için bkz. *"Birinci Bölüm / V. / A. / 2. / a. Alacaklının Zararını Tazmin Edici İşlevin İfa Menfaatinin Korunması Bakımından Önemi"*.
[134] Farber, s. 1444-1445; Sebert, s. 1572-1573.

etmeme konusundaki kararını kendi faydasını maksimize edecek şekilde veren rasyonel bir aktördür. Kendi faydasını maksimize edecek bir karar vermek isteyen rasyonel aktörün yapması gereken, ifa maliyeti ile ihlal maliyetini kıyaslamaktır. İhlal maliyeti ifa maliyetini aştığı takdirde kendi faydasını maksimize edecek seçimin ifa olduğunu gören borçlu, mutlaka borcu ifa etmeyi seçecektir. Bu varsayım, iki açıdan hatalıdır.

İlk olarak, borcu ifa edip etmeme konusundaki kararın borçlunun faydası üzerindeki etkisinin yalnızca ifa maliyeti ile ihlal maliyeti arasındaki ilişkiden ibaret görülmesi hatalıdır. Başkaca faktörler de borçlunun faydası üzerinde etkili olabilir[135]. Bir borcun ifa edilmesinin maliyeti ihlal maliyetini aşmasına rağmen, borçlu açısından kendi faydasını maksimize edecek rasyonel çözüm borcun ifa edilmesi olabilir. Örneğin borçlu aynı alacaklıyla birden fazla hukuki ilişki içerisinde olduğu vakit, borcun ihlal edilmesi bu diğer ilişkiler üzerinde de olumsuz sonuçlar yaratacaktır. Keza aktörlerin birbirlerinin davranışlarından haberdar olabildikleri bir piyasada borcuna aykırı davranmayı düşünen borçlu, bu davranışının neden olacağı itibar kaybını da dikkate almak durumundadır[136].

Daha da önemlisi borçlu, kimi zaman kendi faydasını maksimize edecek kararları, kendi karar alma süreçlerini etkileyen içkin sebeplerden ötürü vermemektedir. Zira 'gerçek insanlar', *homo economicus*'un aksine, karar alma süreçlerinde sınırlı bir rasyonalite *(bounded rationality)*, sınırlı bir irade gücü *(bounded will-power)* ve sınırlı bir çıkarcılık *(bounded self-interest)* ile hareket etmektedir. Bu hususlar, zaman içinde elde edilen ampirik verilerle de ortaya koyulmuştur[137]. Konumuz açısından ilginç olan nokta, parasal değer taşımayan bazı ahlaki değerlerin, borçluların davranışını şekillendirmekte rol oynamasıdır. Davranışsal hukuk ve ekonomi öğretisi alanında yapılan deneyler, çoğu insanın sözleşmeden doğan bir borcun ifasını ahlaki değerler ile ilişkilendirdiğini göstermiştir[138]. Durum böyleyken borçlu, borcun ifa edilmesinin maliyeti ihlal

[135] Klass, s. 369.

[136] Borçlunun ifa kararını etkileyen bir piyasa kuvveti olarak itibar konusunda bkz. Ulen, s. 347-349.

[137] Klasik hukuk ve ekonomi öğretisinin esas aldığı *homo economicus*'un insan psikolojisiyle örtüşmeyen yönleri ve bu konuda yeni çözümler sunmak üzere geliştirilen davranışsal hukuk ve ekonomi öğretisi hakkında detaylı bilgi için bkz. Christine Jolls / Cass R. Sunstein / Richard Thaler, "A Behavioral Approach to Law and Economics", Stanford Law Review C. 50 S. 5 (1998), s. 1471 vd.

[138] Bu konuda bkz. Tess Wilkinson-Ryan / Jonathan Baron, "Moral Judgment and Moral Heuristics in Breach of Contract", Journal of Empirical Legal Studies C. 6 S. 2 (2009), s. 405 vd.; Tess

maliyetini aşmasına rağmen, ahlaka uygun davranma arzusuyla veya başkaca sosyal sebeplerle borcu ifa etmeye karar verebilir.

(vi) *Teorinin borçlunun ifada bulunup bulunmama kararı dışındaki kararlar üzerindeki güdülenmeyi dikkate almaması:* Etkin ihlal teorisi, borcun ihlali neticesinde alacaklıya tanınan hukuki çareyi, yalnızca borçlunun ifada bulunup bulunmama kararı üzerindeki etkisi ile sınırlı olarak ele almaktadır. Oysa alacaklıya tanınacak hukuki çare, hukuki işlem sürecine ilişkin başkaca kararları da etkilemekte ve bu kararlar vasıtasıyla ekonomik etkinlik üzerinde ayrıca incelenmesi gereken sonuçlar doğurmaktadır[139]. Örneğin alacaklıya olumlu zararının tazminini talep etme hakkının tanınması, borçluyu ifada bulunup bulunmama konusunda ekonomik olarak etkin bir karar almaya güdülese dahi, güven yatırımı kararı konusunda ekonomik olarak etkin olmayan bir karar almaya güdüleyebilir.

(2) Ekonomik Etkinlik Kriterine Yönelik Eleştiriler

Yukarıda ele alınan eleştiriler, etkin ihlal teorisi çerçevesinde yapılan ekonomik analizin eksiklerine ve hatalarına işaret etmekte; teorinin kendisi için belirlediği sosyal refahı maksimize etme amacına ulaşamayacağını ileri sürmektedir. Öte yandan hukukun sosyal refahı maksimize etme amacı doğrultusunda tasarlanmasının isabetli olup olmadığı, başlı başına bir tartışma konusudur. Bu tartışmada kendilerini karşı kutupta konumlandıran yazarlar, hangi amacın takip edilmesi gerektiği konusunda birbirlerinden ayrışsalar dahi, bu amacın sosyal refahı maksimize etmek olmadığı noktasında hemfikirdirler. Dolayısıyla etkin ihlal teorisinin kurmuş olduğu ekonomik modelin gerçekte etkin sonuçlar doğurup doğurmayacağından ve sosyal refahı maksimize edip etmeyeceğinden bağımsız olarak, bu teoriye herhangi bir normatif değer atfetmenin mümkün olmadığını ifade etmektedirler.

Bu çerçevede bazı yazarlar, etkin ihlal teorisinin sosyal refahı maksimize etmek amacıyla önerdiği sözleşme hukukunun gayriahlaki niteliğini eleştirmektedir. Sözleşme hukukunun sosyal refahın maksimizasyonuna indirgenmesi mümkün

---

Wilkinson-Ryan / David A. Hoffman, "Breach is for Suckers", Vanderbilt Law Review C. 63 S. 4 (2010), s. 1001 vd.

[139] Borcun ihlali neticesinde alacaklıya tanınan hukuki çarenin etkisinin yalnızca borçlunun ifada bulunup bulunmama kararı ile sınırlı olmadığını gösteren ve diğer etki alanlarını inceleyen bir çalışma için bkz. Craswell, s. 640 vd.

olmayan ahlaki nitelikli temelleri bulunmaktadır. Örneğin *Fried*, borcun aslında bir "söz" *(promise)* teşkil ettiğini ve borçlunun verdiği sözü tutmasının ahlaki anlamda bir yükümlülük olduğunu ifade etmiştir. Zira borçlu, otonom bir birey olarak bu sözle bağlanmayı bizzat kendisi serbestçe tercih etmiştir[140]. Sözleşme hukukuna bu klasik liberalizm perspektifinden bakan yazarlar, bir ihlalin sosyal refahın maksimizasyonu açısından etkin sonuçlar yaratmasının onun gayriahlaki nitelik taşıdığı gerçeğini değiştirmeyeceğini belirtmektedir. Hukukun böyle gayriahlaki bir davranışı, teşvik etmesi değil; aksine caydırması gerekmektedir. Sonuç olarak ahlaki temellerden tamamen kopmuş bir sözleşme hukuku teorisi, ne kadar etkin olursa olsun normatif olarak değer taşımayacaktır. Borcun ihlali karşısında alacaklıya tanınan hukuki çareler, ahlaka aykırı bir davranışın meydana gelmiş olduğu gerçeğini değiştirmemekte ve bu ahlaka aykırılığın kendisini ortadan kaldırmamaktadır. Zira hukuki çare, alacaklının sözleşmenin ifası konusunda sahip olduğu hakkın gerçek anlamda ikamesi değildir[141].

Ayrıca etkin ihlal teorisi, yol açtığı dağılımsal *(distributive)* sonuçlar bakımından da sorunludur. Teorinin normatif olarak değer atfettiği ihlal, alacaklıyı ifa gerçekleşmiş olsaydı bulunacağı duruma kıyasla yoksullaştırmakta; borçluyu ifa gerçekleşmiş olsaydı bulunacağı duruma kıyasla varsıllaştırmaktadır. **(1)** Teori, alacaklının borcun ifası ve olumlu zararının tazmini arasında kayıtsız *(indifferent)* olduğu varsayımını esas almaktadır. Oysa olumlu zararın tazmini, gerçek bir "tam tazmin" sağlamaktan ve alacaklıyı borç gereği gibi ifa edilmiş olsaydı bulunacağı duruma getirmekten çoğu zaman uzaktır. Bu bağlamda yapısal bir eksik tazmin sorunu mevcuttur[142]. **(2)** Alacaklıya ihlal karşısında yegâne hukuki çare olarak olumlu zararın tazmini imkânının tanınması, ihlalden elde edilen kârın tamamının

[140] Charles Fried, Contract as Promise - A Theory of Contractual Obligation, Oxford University Press 2015, özellikle bkz. s. 14-17. Söz konusu çalışma, sözleşme hukukunun ahlaki temelleri konusunda yürütülen tartışmalar bakımından köşe taşı niteliğindedir. Nitekim yayımlanmasının otuzuncu yılında bir sempozyuma konu olmuş ve sözleşme hukuku teorisi konusunda önde gelen akademisyenlerce değerlendirilmiştir; bkz. Symposium – Contract as Promise at 30: The Future of Contract Theory, Suffolk University Law Review C. 45 S. 3 2012, s. 601 vd. Söz konusu sempozyumda sunulan görüşler, borcunun ifasının ahlaki bir yükümlülük olduğunu ifade eden yazarların da kendi aralarında bu ahlaki yükümlülüğün kökeni konusunda ayrıştıklarını ortaya koymaktadır. Örneğin borcun ifasının ahlaki bir yükümlülük olmasının temelini borçlunun rızasına dayandıran başka bir görüş için bkz. Randy E. Barnett, "Contract is Not Promise; Contract is Consent", Suffolk University Law Review C. 45 S. 3 (2012), s. 647 vd..

[141] Benzer değerlendirmeler için bkz. Friedmann, Efficient Breach, s. 1; Klass, s. 368.

[142] Bu konuda özellikle bkz. Eisenberg, s. 989-997; Sebert, s. 1565-1584; ks. 168-170. Aynı yönde tespitler için bkz. Halson, para. 4.40; Sanlı, s. 251. Yapısal eksik tazmin sorunu hakkındaki değerlendirmemiz için bkz. *"Birinci Bölüm / V. / A. / 2. / a. Alacaklının Zararını Tazmin Edici İşlevin İfa Menfaatinin Korunması Bakımından Önemi"*.

borcunu ihlâl eden borçluya akmasına; yani borçlunun ahlaka aykırı davranışından menfaat elde etmesine sebep olmaktadır[143]. Bu mekanizmanın nasıl işlediğini, yukarıda verdiğimiz örnek üzerinden gösterelim. Alacaklı (A) ile borçlu (B) satış sözleşmesini kurduklarında, hukuki işlemin üreteceği 40 TL'lik artık faydayı aralarında eşit olarak paylaşmayı öngörmüşlerdi. Hem (A) hem (B) bu hukuki işlemin ifa edilmesi neticesinde 20'şer TL kâr elde edecekti[144]. Ancak "iyi haber" senaryosunda borçlu (B)'nin alacaklı (A)'ya karşı olan borcunu ihlal etmesi ve ürünleri (C)'ye teslim etmesi bu durumu değiştirdi. Birim başına yaratılan 70 TL'lik artık fayda, (B)'ye 50 TL ve (C)'ye 20 TL düşecek şekilde paylaşıldı. (B), (A)'ya olumlu zararının tazmini için 20 TL ödediğinde geriye elinde 30 TL kalmış oldu[145]. Yani elde edilen ek 10 TL'lik kârın tamamı alacaklı (A)'ya karşı borcunu ihlal eden borçlu (B)'ye gitti. Oysa alacaklıya örneğin aynen ifayı talep etme imkânı tanınsa, borçlu ancak alacaklının rızasını almak suretiyle ürünleri bir üçüncü kişiye teslim edebilecekti. Bu durum (A)'ya müzakere gücü tanıyacak ve taraflar (A)'nın (B)'yi ibra etmesi konusunda bir uzlaşmaya varmak suretiyle ek 10 TL'lik kârı aralarında bölüşeceklerdi[146]. Taraflar böyle bir uzlaşmaya varmasa ve (B) ifayı gerçekleştirmek zorunda kalsa, bu defa (A) söz konusu ürünleri (C)'ye bizzat satıp teslim etmek suretiyle ek 10 TL'lik kârı kendisi alacaktı[147].

Öte yandan *Macneil* ve *Friedmann*'ın etkin ihlal ile etkin hırsızlık arasında kurdukları bağlantı, etkin ihlal teorisini sorgulamak konusunda sağlam bir destek noktası oluşturmaktadır. Etkin ihlal teorisi, sınırlı kaynakların kendisine en çok değer verenlerin elinde olmasını ve böylelikle sosyal refahın maksimize edilmesini hedeflemiştir. Ancak bu hedef doğrultusunda niçin sadece etkin ihlalden istifade edileceği ve etkin hırsızlıktan istifade edilemeyeceğini açıklamakta yetersiz kalmıştır. Oysa etkin ihlali, etkin hırsızlıktan daha evla kılan herhangi bir nokta bulunmamaktadır. Borçlu (B)'nin (A)'ya karşı olan borcunu ihlal edip ürünleri (C)'ye teslim etmesini destekleyen teori ne kadar benimsenirse, (B)'nin (A)'ya ait

[143] Farber, s. 1454-1455; Klass, s. 368; Sanlı, s. 269-297.
[144] (B), 80 TL'ye ürettiği ürünü, 100 TL karşılığında satarak 20 TL kâr elde etmiş olacaktır. (A), 100 TL'ye satın aldığı ve 60 TL'ye işlediği ürünü, 180 TL karşılığında satarak 20 TL kâr elde etmiş olacaktır.
[145] (B), 80 TL'ye ürettiği ürünü, 130 TL karşılığında satarak 50 TL kâr elde etmiş olacaktır. Ancak (A)'ya 20 TL tazminat ödeyeceği için, nihai kârı 30 TL'dir. (C), 130 TL'ye satın aldığı ve 30 TL'ye işlediği ürünü, 180 TL karşılığında satarak 20 TL kâr elde etmiş olacaktır.
[146] Sanlı, s. 296.
[147] Klass, s. 368.

olan ürünleri çalıp (C)'ye teslim etmesinin de o kadar desteklenmesi gerekmektedir[148].

iv. Değerlendirmemiz

1. Borçluyu taahhüt ettiği edimin ifası konusunda zorlamak, İsviçre-Türk hukukunun mevcut durumu çerçevesinde bir hukuk politikası tercihi olarak benimsenmiştir. Zira borcun ihlali karşısında alacaklıya tanınan asli hukuki çare, aynen ifa olup; borçluyu ifaya zorlayacak ceza koşulları da kural olarak geçerli kabul edilmektedir. Ayrıca Kıta Avrupası hukuk çevresinde, *pacta sunt servanda* ilkesi doğrultusunda borcun ifasına genellikle ahlaki bir anlam yüklendiği ve borçluyu kimi zamanlarda ihlale güdüleyebilecek bir ifa engelleri sistemi tasarlanması fikrinin şok edici bulunduğu açıktır. Bu itibarla etkin ihlal teorisinin hukukumuzda *de lege lata* üstlenebileceği rol, son derece sınırlıdır. Borçlunun iyi haber senaryosunda ürünleri alacaklıya teslim etmek yerine üçüncü kişiye teslim ederek borcunu ihlal etmesi, Türk hukuku bakımından zaten uygun bulunmamaktadır[149]. Ancak *Sanlı* tarafından ifade edildiği üzere, kötü haber senaryosunun ekonomik analizi, ifa imkânsızlığı (TBK m. 136) ve aşırı ifa güçlüğü (TBK m. 138) konusundaki hükümlerin uygulanması bakımından yol gösterici olabilir[150].

2. Taraflara borçluyu ifaya zorlamak konusunda ceza koşulundan istifade etme olanağı tanımanın *de lege ferenda* yerinde bir hukuk politikası tercihi olup olmadığı ise ayrıca değerlendirilmesi gereken bir sorudur. Bu sorunun tüm yönleriyle ele alınması, daha ziyade deskriptif bir analiz sunmaya yönelik olan çalışmamızın amacını aşmaktadır. Yine de yukarıda yapmış olduğumuz sınırlı değerlendirmedeki bazı gözlemlerden hareketle, taraflara böyle bir olanak tanınmasının normatif olarak yerinde olduğu kanaatindeyiz. Şöyle ki:

Alacaklının borcun ifası ile olumlu zararın tazmini arasında kayıtsız olduğu varsayımı aslında bir yanılsamadan ibarettir; çoğu zaman alacaklının borcun ifa edilmesinden yana net bir tercihi mevcuttur. Kanun, bu meşru tercihi korumak amacıyla alacaklıya bir hukuki çare olarak aynen ifayı sunmuştur. Fakat ancak ihlalden sonraki aşamada devreye girebilen bu hukuki çare, alacaklının ifa menfaatini

[148] Macneil, s. 961-964; Friedmann, Efficient Breach, s. 4.
[149] Sanlı, s. 153.
[150] Sanlı, s. 150.

korumakta yetersiz kalabilmektedir. Ceza koşulu bu konuda önemli bir boşluğu doldurmaktadır. Zira borçlunun borcunu ifa edip etmeme konusundaki kararına yön vermek suretiyle etkisini ihlal gerçekleşmeden önceki aşamada göstermekte; alacaklının sorununu daha doğmadan çözmektedir. Bu itibarla ceza koşulu, alacaklının ifa menfaatinin tam anlamıyla korunabilmesi için zorunlu olarak ihtiyaç duyulan bir kaldıraçtır.

Etkin ihlal teorisi, **(i)** tarafların böyle bir kaldıraçtan istifade etmesine izin verilmesinin, sınırlı kaynakların etkin olmayan biçimde dağılması sonucuna yol açacağını ve **(ii)** böyle bir sonucun kabul edilemeyeceğini zira ifa engelleri sisteminin sosyal refahın maksimize edilmesi amacıyla tasarlanması gerektiğini iddia etmiştir. Etkin ihlal teorisine karşı ileri sürülmüş eleştiriler, bu iddianın her iki ayağının da aksadığını göstermiştir.

(i) Öncelikle hangi hukuki çarenin ekonomik açıdan optimal sonuç doğuracağını kesin olarak tespit edebilmek, hukuk ve ekonomi öğretisinin şu an için bulunduğu noktada zaten mümkün değildir. Yapılan ekonomik analizlerin tümü, başta işlem maliyeti, tarafların bilgi düzeyi, bireyleri karar verme sürecinde güdüleyen faktörler olmak üzere çeşitli konulara ilişkin varsayımlarda bulunmaktadır. Varsayımlara dayalı bu analizler, gerçek dünya hakkında kesin bir sonuç vermemektedir. Kaldı ki etkin ihlal teorisinin alacaklıya yegâne hukuki çare olarak tanımayı önerdiği olumlu zararın tazmini, özellikle ihlal durumunda alacaklının menfaatinin hukuki olarak himaye edilmesi ihtimalinin 1'den düşük olması ve tazminat hukukunda yapısal bir eksik tazmin sorunu bulunması nedeniyle alacaklıyı ifa konusunda optimal seviyenin altında güdülemektedir. Bu koşullar altında tarafların ceza koşulu kararlaştırmasının sınırlı kaynakların etkin olmayan biçimde dağılması sonucuna yol açacağını iddia etmek ve ceza koşullarını geçersiz kabul etmek, kanaatimizce hatalı bir yaklaşım olacaktır. Kıta Avrupası ile Anglo-Amerikan hukuk çevrelerinin ceza koşuluna karşı yaklaşımlarını hukuk ve ekonomi öğretisi perspektifinden karşılaştıran yazarlar da, Kıta Avrupasındaki ceza koşullarını geçerli kabul eden yaklaşımın daha doğru olduğunu belirtmişlerdir[151].

(ii) Kanaatimizce hukuk ve ekonomi öğretisini, İsviçre-Türk hukuku bakımından hiçbir değer taşımadığı gerekçesiyle tamamen göz ardı etmek doğru

[151] Mattei, s. 441; Hatzis, s. 401-402.

olmaz. Hukukun ekonomik analizinin pozitif boyutu (yani bir hukuk kuralının kişi davranışları üzerindeki etkilerinin herhangi bir değer yargısında bulunmaksızın açıklanması), dikkate alınması gereken önemli bilgiler sunmaktadır. Hukukun tasarlanmasında normatif olarak hangi değer esas alınırsa alınsın, hukukun ekonomik analizinin pozitif boyutu yol gösterici olabilir. Örneğin iş kazaları bakımından mevcut haksız fiilden sorumluluk rejiminin, işverenin işyerinde aldığı güvenlik önlemleri üzerindeki etkisini bilmek, haksız fiil hukukunun tasarlanmasında sosyal refahın maksimize edilmesi yerine "adaleti sağlama" amacı güdülse dahi zorunludur.

Fakat hukukun ekonomik analizinin normatif boyutu (yani bir hukuk kuralının ekonomik açıdan arzu edilir olup olmadığının değerlendirilmesi) bakımından aynı görüşte değiliz. Kanaatimizce sözleşme hukukunu normatif anlamda değerli kılan, ürettiği toplam sosyal refah seviyesi değil; ürettiği toplam sosyal refahı taraflar arasında adil bir şekilde dağıtıp dağıtmadığıdır. Bu anlamda hukuk kuralının taraflar üzerindeki dağılımsal sonuçlarını göz ardı edip yalnızca toplam sosyal refah seviyesini dikkate alan bir yaklaşımın, İsviçre-Türk hukuku bağlamında esas alınmasının isabetli olmayacağı kanaatindeyiz. Bu itibarla, alacaklının ifa menfaatinin tam anlamıyla korunabilmesi açısından zorunlu olduğunu ifade ettiğimiz ceza koşulu kurumunun, nihayetinde ekonomik açıdan etkin olmayan sonuçlara yol açsa dahi, hukuk sistemimizdeki varlığını koruması gerektiğini düşünmekteyiz. Yine de yaptığımız bu kısa değerlendirmenin eksiklikler barındırdığının farkında olduğumuzu ve konunun daha detaylı değerlendirilmesinde fayda gördüğümüzü bir defa daha hatırlatmak istiyoruz.

2. İkincil İşlev: Alacaklının Zararını Tazmin Etmek

Yukarıda işaret edildiği üzere ceza koşulunun en önemli işlevi, ihlalin borçlu açısından maliyetini arttırmak suretiyle borçluyu ifada bulunmaya zorlamaktır. İhlalin maliyetini ifada bulunmanın maliyetine kıyasla daha fazla olacak kadar yükselten ceza koşulu karşısında rasyonel bir borçludan beklenen, borcu ifa etmektir. Ancak borçlu, ceza koşulunun varlığına rağmen yine de borcu ihlal etmiş olabilir. Genellikle bu durumun sebebi, sözleşme kurulduktan sonra şartlarda meydana gelen değişikliklerdir. Örneğin piyasada meydana gelen hammadde sıkıntısı nedeniyle ifa maliyeti sözleşme cezasının değerini aşacak kadar yükselmiş olabilir. Bu durumda borçlu, borcunu ifa etmektense sözleşme cezasını ifa etmeyi tercih edecektir. Öte

yandan sözleşme kurulduğu andaki şartlar aynı kalmasına ve borçlu açısından rasyonel karar ifa olmasına rağmen, borçlunun başkaca sebeplerle ifada bulunmamış olması da mümkündür. Örneğin borçlu, gereği gibi ifayı tamamen kendi ihmalkârlığı ve organizasyon eksikliğinden ötürü gerçekleştirememiş olabilir.

Bu noktada, ceza koşulunun ikincil işlevi devreye girecek ve alacaklının uğramış olduğu zararın tazmini konusunda rol oynayacaktır[152]. Olağan sözleşme hukuku kuralları çoğu zaman alacaklının gerçekte uğramış olduğu zararın sadece bir kısmının telafi edilmesine imkân tanır. Buna karşılık ceza koşuluna karakterini veren özelliklerden biri, borcunu ihlal eden borçlunun alacaklının uğradığı zarardan bağımsız olarak sözleşme cezasının tamamını ifa etmekle sorumlu tutulmasıdır. Böylelikle tarafların aralarında kararlaştıracakları ceza koşulu, olağan sözleşme hukuku kuralları uyarınca telafi edilemeyecek olan kayıplar da dâhil olmak üzere alacaklının uğrayabileceği zararın sözleşme cezası miktarına isabet eden kısmının kolaylıkla telafi edilmesini sağlayabilecektir. Bu çerçevede ceza koşulunun telafi edici işlevinden *(Schadensersatzfunktion)* bahsetmek gerekmektedir.

a. Alacaklının Zararını Tazmin Edici İşlevin İfa Menfaatinin Korunması Bakımından Önemi

Sözleşmeyi ihlal eden borçlu, tazminat ödemek suretiyle alacaklının ihlal neticesinde uğramış olduğu zararı gidermekle yükümlüdür. Alacaklının uğradığı zarar, borçlunun tazminat sorumluluğunun üst sınırını oluşturur. Fakat hâkimin alacaklı lehine uğradığı zarardan düşük bir tazminata hükmetmesi pekâlâ mümkündür. Nitekim tazminat hukukuna ilişkin kurallar uyarınca borçlunun ödemekle yükümlü tutulduğu tazminat miktarı, alacaklının gerçekte uğramış olduğu zararın tamamını telafi etmek konusunda çoğu zaman yetersiz kalmakta; yapısal bir eksik tazmin sorunu ortaya çıkmaktadır[153]. Bu eksik tazmin sorunu, farklı seviyelerde de olsa tüm hukuk çevrelerinde kendisini hissettirmekte; alacaklının ifa menfaatinin gereği gibi korunamamasına sebep olmaktadır.

---

[152] Bu konuda bkz. Secrétan, s. 40; Schoch, s. 33; Bentele, s. 10; Erdem, Clause pénale, s. 22; Couchepin, Clause pénale, para. 140; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 16; Saymen/Elbir, s. 837; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, para. 1468; Bilge, Cezai Şart, s. 84; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 36; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 40. Ceza koşulunun alacaklının zararını tazmin etme işlevini vurgulayan bir karar için bkz. TF, 4C.241/2005 (25.10.2005), c. 3.2.

[153] Bu konuda özellikle bkz. Eisenberg, s. 989-997; Sebert, s. 1565-1584; Cooter, s. 168-170. Aynı yönde tespitler için bkz. Halson, para. 4.40; Sanlı, s. 251.

Esasen Anglo-Amerikan hukuk çevresinde sözleşmeyi ihlal eden borçlunun sorumluluğu, tazminat ödemek suretiyle alacaklıyı sözleşme gereği gibi ifa edilmiş olsaydı bulunacağı duruma getirmektir. Buna göre borçlu kural olarak, alacaklının uğramış olduğu zararın tamamını gidermekle sorumlu tutulur[154]. Ancak teoride yerleşik olan tam tazmin ilkesi, tazminat hukukundaki diğer kurallar aracılığıyla pratiğe döküldüğünde genellikle eksik tazmin olarak tezahür etmektedir. Alacaklı, sözleşme gereği gibi ifa edilmiş olsaydı bulunacağı durumdan daha azıyla yetinmek zorunda kalmaktadır. Örneğin gerçekten de zarara uğramış olmasına rağmen bu zararı gerekli ispat ölçüsünde ispat edemeyen alacaklı, zararının telafisinden mahrum olur. Aynı şekilde sözleşmenin ihlal edilmesi neticesinde maddi olmayan bir kayba uğrayan alacaklı da bu kaybını çoğu zaman telafi edemeyecektir.

İspat yükü ve zarar kavramının kapsamının dar tutulması gibi sebepler, İsviçre-Türk hukuku bakımından da yapısal bir eksik tazmin sorununa yol açmaktadır. Dahası, İsviçre-Türk hukuku bağlamında hâkime tazminatın belirlenmesi konusunda daha geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır. Hâkim, tazminat miktarını, zararı aşmayacak biçimde TBK m. 51 ve 114 uyarınca takdir edecektir[155]. Bu geniş takdir yetkisinin de yer yer alacaklının zararının eksik tazminine yol açabileceği açıktır.

Aşağıda yapısal eksik tazmin sorununu yaratan en önemli sebepler ele alınacak; ceza koşulunun bu sorunları aşmak bakımından alacaklıya nasıl bir olanak sunduğu incelenecektir.

i. İspat Yükü Sorununu Aşmak

Sorumlu olduğunu iddia ettiği davalıdan uğramış olduğu zararı tazmin etmesini talep eden davacı, bu zararın varlığını ve miktarını ispat etme yükü altındadır. Borcun ihlal edildiği iddiasına dayanan tazminat davalarında alacaklının

[154] Anglo-Amerikan hukuk çevresinde sözleşmeyi ihlal eden borçlunun sorumluluğu, tazminat ödemek suretiyle alacaklıyı sözleşme gereği gibi ifa edilmiş olsaydı bulunacağı duruma getirmektir. İngiliz hukuku yönünden bkz. *Robinson v. Harman,* 154 E.R. 363 (1848), s. 365: "*Common law'da geçerli olan kural uyarınca sözleşmenin ihlal edilmesi neticesinde zarara uğrayan taraf, kendisini sözleşme ifa edilmiş olsaydı içinde bulunacağı duruma paranın elverdiği ölçüde getirecek miktarda tazminata hak kazanır*." Aynı şekilde bkz. *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. Ltd. v. Underground Electric Railways Co. of London Ltd.,* [1912] A.C. 673, s. 689.

[155] M. Kemal Oğuzman / M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, İstanbul 2021, para. 1408-1409. Borca aykırılıktan sorumlulukta zarar gören tarafın genellikle bir karşı edimde bulunduğu, dolayısıyla tazminatın genellikle hesaplanan zararın tamamını kapsayacağı yönünde bkz. Franz Werro, Art. 41, 406, Luc Thévenoz / Franz Werro (ed.), Commentaire romand, Code des obligations I, Art. 1-529 CO, Bâle 2012, Art. 43 para. 14.

karşılaşacağı önemli sorunlardan biri, bu ispat yüküdür. Öncelikle alacaklının uhdesinde aranan ispat ölçüsünü karşılayacak deliller bulunmayabilir. Kaldı ki alacaklı, uğramış olduğu zararı ispatlayabilecek delillere sahip olmasına rağmen çeşitli sebeplerden ve özellikle ticari sırlarını açık etmeme kaygısından ötürü bu delilleri mahkemeye sunmaktan imtina edebilir[156]. Bu gibi durumlarda zarara uğramış olduğunu gerekli ispat ölçüsünde ispat edemeyen alacaklı, zararının telafisinden mahrum kalır.

Oysa ceza koşulu kararlaştırıldığı takdirde alacaklı, zararın varlığını veya miktarını ispata gerek olmaksızın, kararlaştırılmış olan sözleşme cezasının tamamını talep edebilir. Bu bağlamda ceza koşulu, alacaklıyı ispat yükünden kurtarmakta ve önemli bir engeli aşmasını sağlayarak zararının tazminini kolaylaştırmaktadır[157].

ii. Zarar Kavramının Dar Kalıplarını Aşmak

Modern sorumluluk hukuku, ister sözleşmesel sorumluluk olsun ister haksız fiil sorumluluğu olsun, "zararın telafisi" amacı doğrultusunda şekillendirilmiştir. Zarar veren kişinin sorumluluğu, zararın telafisi ile sınırlıdır. Bu noktada, zararın tanımı ve kapsamı önem kazanmaktadır. İsviçre-Türk hukukunda kabul edilen klasik tanımıyla zarar, bir kimsenin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen azalmadır. Zararın kapsamının belirlenmesi konusunda, *Mommsen* tarafından geliştirilmiş olan fark teorisinden istifade edilmektedir. Buna göre zarar, zarar verici olay meydana gelmiş olmasaydı alacaklının malvarlığının arz edeceği farazi durum ile alacaklının malvarlığının gerçekte arz ettiği durum arasındaki farktır[158].

Söz konusu zarar kavramı, pek çok açıdan dar bir kalıba sıkıştırılmış durumdadır; borçlunun borcu ihlal etmesi durumunda alacaklının maruz kalabileceği kayıpların bir kısmını dışlamaktadır. Örneğin bir şeyin kullanılması olanağından yoksun kalınmasına ilişkin zarar *(dommage de commercialisation / Kommerzialisierungsschaden)* ve boşa yapılmış masraflara ilişkin zarar *(dommage*

[156] Sanlı, s. 252. Uyuşmazlığın çözümü sürecinde alacaklının bilgi paylaşmak zorunda kalmasının yaratabileceği olumsuz sonuçlar hakkında bkz. Omri Ben-Shahar / Lisa Bernstein, "The Secrecy Interest in Contract Law", The Yale Law Journal C. 109 S. 8 (2000), s. 1885 vd.

[157] Secrétan, s. 40; Tunçomağ, s. 48; Kılıçoğlu, s. 981; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 40.

[158] ATF 133 III 462 c. 4.4.2; TF, 4A_61/2015, c. 3.1 (25.06.2015); Martin A. Kessler, Art. 41, Corinne Widmer Lüchinger / David Oser (ed.), Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1–529 OR 2020, Art. 41 para. 3; CR CO I-Werro, Art. 41 para. 7. Fark teorisi konusunda detaylı bilgi için bkz. Mehmet Serkan Ergüne, Olumsuz Zarar, İstanbul 2008, s. 14-18; Ş. Deren Gündüz, Olumlu Zarar, İstanbul 2020, s. 18-20.

de frustration / Frustrationsschaden), İsviçre Federal Mahkemesi tarafından teknik anlamda "zarar" kapsamında değerlendirilmemekte ve bu çerçevede ileri sürülen tazminat talepleri reddedilmektedir[159]. Keza şans kaybı ve subjektif zarar da alacaklı bakımından eksik tazminin kaçınılmaz olduğu sorunlu alanlardır. İşte taraflar teknik anlamda zarar kapsamında görülmeyen bu kayıpları da telafi edebilecek bir ceza koşulu miktarı kararlaştırmak suretiyle, zarar kavramının dar kalıbını aşabilir. Aşağıda özellikle önem taşıdığını düşündüğümüz şans kaybı ve subjektif zararın tazmini meseleleri, İsviçre-Türk hukukunun yanı sıra kısmen Anglo-Amerikan hukukuna da değinmek suretiyle ele alınacaktır.

(1) Şans Kaybı

Kimi zaman borçlunun borcunu ihlal etmesi, alacaklının belirli bir olumlu sonuca ulaşma veya bir olumsuz sonuçtan kaçınma yönünde sahip olduğu şansı ortadan kaldırır. Örneğin bir doktorun bakteriyel menenjitten mustarip hastasına yanlış teşhis koyup grip tedavisine başladığını; doğru teşhisin ancak ertesi gün koyulabildiğini ve bu aşamadan sonra gerçekleştirilen tedaviye rağmen hastada kalıcı bir işitme engelinin meydana geldiğini varsayalım. Hastanın, zamanında doğru teşhis ile tedaviye başlanmış olsaydı dahi kalıcı bir hasar almaksızın iyileşeceği kesin değildir; fakat ilk etaptaki yanlış teşhis, zamanında başlanacak bir tedavinin sunabileceği kalıcı hasarsız iyileşme şansının yitirilmesine sebep olmuştur. Böyle bir örnekte doktorun yanlış teşhisi ile hastada kalıcı işitme engeli meydana gelmesi arasında uygun bir nedensellik bağı bulunduğunun ispatı son derece güçtür. Zira bakteriyel menenjit, doktor doğru teşhis ile derhal tedaviye başlamış olsa dahi kalıcı işitme engeli gibi hasarlar bırakabilecek bir hastalıktır. Doktorun yanlış teşhis neticesinde tedaviyi geciktirmesi, birden fazla etmenin katılımı ile ilerleyen bir sürecin, vaktinden önce sona ermesine neden olmuştur. Uygun nedensellik bağının kesin bir şekilde ortaya koyulmasının mümkün olmadığı bu gibi durumlarda,

[159] Bir şeyin kullanılması olanağından yoksun kalınmasına ilişkin zarar konusunda bkz. ATF 126 III 388: Yeni inşa edilen bir villadaki teras ve çatı izolasyonunun gereği gibi yapılmamasından kaynaklanan su sızıntıları nedeniyle villanın bazı bölümleri bir süre için kullanılamamıştır. Mahkeme, bu odaların kullanılamamasından ötürü zarara uğrandığı gerekçesiyle ileri sürülen tazminat talebini reddetmiştir. Bu zararın tazmin edilebilir nitelik taşıyıp taşımadığı öğretide tartışmalıdır. Boşa yapılmış masraflara ilişkin zarar konusunda bkz. TF, 4A_282/2009: Satıcının taşınmaz satış vaadinden doğan borcunu yerine getirmemesi nedeniyle alıcı, taşınmaz satışı için bankadan aldığı krediye istinaden boşuna faiz ödemek durumunda kalmıştır. Mahkeme, söz konusu faizlerin boşuna ödenmiş olmasından ötürü zarara uğrandığı gerekçesiyle ileri sürülen tazminat talebini reddetmiştir. Bu kayıpların tazmin edilebilir zarar niteliği taşıyıp taşımadıkları öğretide tartışmalıdır. Bu konuda bkz. BSK OR I-Kessler, Art. 41 para. 4; CR CO I-Werro, Art. 41 para. 22-24.

belirsizliğin tüm riskini alacaklıya yüklemek ve borçlunun ihlaline hiçbir hukuki sonuç bağlamamak taraflar arasındaki menfaat dengesine aykırı olacaktır. Bu noktada ara bir çözüm olarak, şans kaybının başlı başına tazmin edilebilir bir menfaat olarak benimsenmesi fikri akla gelmektedir. Ancak şans kaybından sorumluluk konusunda farklı hukuk çevrelerinde yeknesak bir yaklaşım mevcut olmayıp; birbirlerinden ayrışan çözümler benimsenmiştir[160].

İngiliz hukukunda şans kaybından sorumluluk, bazı alanlarla sınırlı olmak kaydıyla kabul görmektedir. Esasen özel hukuk davalarına ilişkin aranan genel ispat ölçüsü uyarınca bir olgunun belirli bir zarar verici sonuca yol açacağının kabul edilmesi için, bu sonucun gerçekleşmiş olması olasılığının gerçekleşmemiş olması olasılığına kıyasla ağır basması gerekmektedir *(balance of probabilites)*. Bir olgunun belirli bir zarar verici sonuca yol açması olasılığının % 50'nin altında olduğu kanaatine varıldığı takdirde, zararın tazmini talebi tümden reddedilir. Ancak bazı durumlarda (örneğin avukatın zamanında dava açmaması nedeniyle bir hakkın hukuken himaye edilmesi şansının kaybedilmesi durumunda), bu genel kuraldan farklı olarak şans kaybı *(loss of chance)* doktrini benimsenmiştir. Bu doktrin çerçevesinde alacaklının, malvarlığında bir artış yaşanması veya bir azalmanın engellenmesi konusunda mevcut şansını kaybetmiş olması telafi edilir. Bu şans kaybedilmiş olmasaydı alacaklının malvarlığında bir artışın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği veya bir azalmanın engellenip engellenmeyeceği çeşitli senaryolar çerçevesinde ele alınır. Artışın gerçekleşmesi veya azalmanın engellenmesi olasılığının düşük de olsa varlığı, aksi olasılığa kıyasla ağır basmasa dahi tazminata hükmedilmesi için yeterli olur. Ancak mahkeme gerçekleşme olasılığı bulunan artışın veya engellenmesi olasılığı bulunan azalmanın tamamının değil; yalnızca zarar gören kişinin kaybettiği şansa tekabül eden kısmının tazminine hükmeder[161].

[160] Şans kaybının tazminine ilişkin Fransız, İngiliz, Alman, İsviçre hukuk sistemleri ile hukuk uyumlaştırması metinlerini inceleyen ve sorunu Türk hukuku bakımından da ayrıca irdeleyen detaylı bir çalışma için bkz. Özgün Çelebi, "Şans Kaybının Tazmini", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi C. 34 S. 2 (2018), s. 121 vd.

[161] Gelecekte belirli bir zararın gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin kesin olmadığı durumda tazminata nasıl hükmedileceği hakkında detaylı bilgi için bkz. James Edelman, McGregor on Damages, Sweet & Maxwell, Twentieth Edition, 2018, para. 10-028 vd. Geçmişteki olguların ispatı ile gelecekteki olguların ispatı konusunda farklı yaklaşımların mevcut olduğu yönünde bkz. Halson, para. 4.20; *Davies v. Taylor,* [1974] A.C. 207, s. 212-213; *Mallett v. McMonagle,* [1970] A.C. 166, s. 176; *Gregg v. Scott,* [2005] 2 A.C. 176, s. 182.

Buna karşılık İsviçre-Türk yargı uygulamasında, şans kaybı, başlı başına tazmin edilebilir bir menfaat olarak kabul edilmemiştir. Yukarıda bahsettiğimiz bakteriyel menenjit hastalığından kaynaklanan uyuşmazlığın intikal ettiği İsviçre Federal Mahkemesi, şans kaybı doktrinine İsviçre hukukunda yer olmadığını açıkça ifade etmiş ve hastanın tazminat talebini reddetmiştir[162]. Mahkemeye göre, doğası itibarıyla dinamik nitelikte olan şans, fark teorisi uyarınca zararın hesaplanmasına esas alınan statik malvarlığı durumlarına dâhil edilemez. Keza Yargıtay'ın kararlarında da benzer bir yaklaşım gözlemlenmiştir[163]. Ancak şans kaybından sorumluluğu reddeden bu yaklaşım, öğretide çoğu yazar tarafından eleştirilmekte; belirli koşullar dâhilinde dahi olsa şans kaybının tazmin edilmesi gerektiği savunulmaktadır[164]. Zira alacaklının bir zarara uğrayıp uğramadığını uygun nedensellik bağı üzerinden yapılan değerlendirme ile "ya hep ya hiç" dikotomisi çerçevesinde ele almak, günümüzün toplumsal koşullarında hakkaniyete aykırı sonuçlar yaratmaktadır.

Bu itibarla ceza koşulu, taraflara bu tartışmaları geride bırakabilmelerini sağlayacak bir kapı açabilir. Taraflar asıl borcun ihlal edilmesinin yol açabileceği şans kaybını da kapsayacak kadar yüksek bir sözleşme cezası miktarı üzerinde uzlaştıkları takdirde, artık şans kaybının teknik anlamda zarar kavramı kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğinin önemi kalmayacaktır. Asıl borcu ihlal eden borçlunun ifa etmek durumunda kalacağı sözleşme cezası, bu kaybı da gidermiş olur.

(2) Subjektif Zarar

Zarar, alacaklının sözleşmenin ihlal edilmesi neticesinde mahrum kaldığı menfaatin piyasa değerinin esas alınması suretiyle belirlenir[165]. Oysa söz konusu menfaate alacaklının atfettiği değer ile piyasanın atfettiği değerin birbirleriyle

---

[162] ATF 133 III 462.

[163] Bu konuda bkz. Çelebi, s. 164 vd.

[164] Bu yönde görüş ifade eden yazarlar için bkz. CR CO I-Werro, Art. 41 para. 17 dn. 36; Tolou, para. 725 dn. 929.

[165] İsviçre-Türk hukuku yönünden bkz. ATF 87 II 290; BSK OR I-Kessler, Art. 41 para. 5; CR CO I-Werro, Art. 41 para. 9. İngiliz hukuku yönünden bkz. Edelman, McGregor on Damages, para. 4-002; Daniel Friedmann, "Economic Aspects of Damages and Specific Performance Compared", Djakhongir Saidov / Ralph Cunnington (ed.), Contract Damages: Domestic and International Perspectives, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2008, s. 65 vd., s. 71-72. Sözleşme konusu edimin kendine özgü nitelikleri sebebiyle piyasadan ayrıştığı ve bu edimin ikamesinin değeri konusunda yeterli güvenilir bilginin bulunmadığı durumda hâkimin, edimin piyasa değerini esas alan bir tazminata nasıl hükmedeceği ayrıca sorun arz eden bir konudur. Bu konuda bkz. Kronman, s. 360-363; Schwartz, s. 276.

örtüşmemesi mümkündür[166]. Alacaklı ihlal neticesinde mahrum kaldığı menfaate, objektif nitelik taşımayan kendisine özgü sebeplerden ötürü piyasanın çok üzerinde bir değer atfetmiş olabilir. Mahkeme, alacaklının zararını piyasa temelli objektif bir hesaplama üzerinden değerleyip bunu giderecek miktarda bir tazminata hükmedecek; alacaklının öznel değerlemesinin (*idiosyncratic value / intérêt d'affection / Affektionswert*) yansıdığı subjektif zararın telafisi konusunda hiçbir çözüm sunamayacaktır.

Tazminat hukukunun subjektif zararın tazminine olanak tanımaması, aslında zararın tespiti sürecine ilişkin bir zorunluluktan kaynaklanmaktadır. Dışsal bir gözlemci olan hâkimin, öznel değerlemeye bağlı subjektif zararı bizzat gözlemleyip tespit edebilmesi mümkün değildir. Hâkimin subjektif zararı tespit edebilmesinin tek yolu alacaklının bu konudaki açıklamalarına itibar etmek olabilir. Ancak böyle bir senaryoda alacaklıyı subjektif zararı oluşturan tercihlerini dürüst bir şekilde açıklamaya ve zararını gerçekten fazla gösterip hâkimi yanıltmamaya güdüleyecek hiçbir etmen bulunmamaktadır[167]. Dolayısıyla sözleşme hukukunun alacaklıya sunduğu hukuki çare ile kural olarak yapabileceği, hâkimin dışsal bir gözlemci olarak tespit edebileceği zararı telafi etmekten ibarettir.

Subjektif zarar sorununun, özellikle alacaklının tüketici olduğu ve dolayısıyla sözleşme konusunu kullanmayı amaçladığı hâllerde gündeme geleceği; tarafların ticari amaçlarla sözleşme ilişkisi içerisine girdiği hâllerde o kadar sık yaşanmayacağı belirtilmektedir[168]. Zira alacaklının edime atfettiği değerin piyasa değerinden fazla olma ihtimali, fayda maksimizasyonu *(utility maximization)* amaçlayan bir tüketici bakımından varlık maksimizasyonu *(wealth maximization)* amaçlayan bir tacire kıyasla daha yüksektir. Bununla birlikte, subjektif zararın ortaya çıkması için alacaklının edime atfettiği değerin piyasa değerinden fazla olması tek başına yeterli değildir. Edimin aynısının piyasadan ikame edilmesinin mümkün olup olmaması da bir o kadar önem taşır. Böyle bir imkân mevcutsa, borçlunun borcu ifa etmesi ile borçlunun borcu ifa etmeyip edimin piyasa değerini esas alan bir tazminat ödemesi

[166] Bir menfaatin subjektif değeri ile piyasadaki değeri arasındaki farklılığın sözleşme hukukunda yarattığı etkinlik sorunları hakkında hukuk ve ekonomi öğretisi temelli bir çalışma için bkz. Louis De Alessi / Robert J. Staaf, "Subjective Value in Contract Law", Journal of Institutional and Theoretical Economics / Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, C. 145 S. 4 (1989), s. 561 vd.

[167] De Geest/Wuyts, s. 144.

[168] Hatzis, s. 390 dn. 53.

arasında alacaklı açısından fark yoktur. Borçlu borcu ifa etmese ve piyasa değerini esas alan bir tazminat ödese dahi alacaklı edimin aynısını piyasadan ikame edecek; subjektif zarara hiç uğramamış olacaktır. Ancak böyle bir ikamenin gerçekleşmesi herhangi bir sebepten ötürü mümkün değilse (örneğin edim kendine özgü nitelikleri sebebiyle biricikse veya vadeden sonra gerçekleştirilecek ikame işlemin alacaklı bakımından anlamı yoksa), işte o zaman alacaklı piyasa değerini esas alan bir tazminat ile giderilmesi mümkün olmayan bir subjektif zarara uğramış olur[169].

Bu anlamda ceza koşulu, subjektif zarar sorununu çözebilecek önemli bir araçtır. Alacaklının sözleşme konusu menfaate kendi öznel değerlemesine göre atfettiği değeri kapsayacak kadar yüksek bir sözleşme cezası miktarı kararlaştırıldığı takdirde, borcu ihlal eden borçlunun ifa etmek durumunda kalacağı sözleşme cezası subjektif zararı da gidermiş olur.

b. Ceza Koşulu Üzerindeki Yargısal Denetimin Zararı Tazmin Edici İşlev Üzerindeki Etkisi

Ceza koşulu, asli işlevi bu olmamasına rağmen, sözleşme hukukundaki yapısal eksik tazmin sorununa çözüm sunabilecek önemli bir araçtır. Fakat mahkemelerin ceza koşulu üzerinde gerçekleştirdikleri denetimin, ceza koşulunun zararı tazmin edici işlevini olumsuz yönde etkileyip etkilemeyeceği sorusunun ayrıca irdelenmesi gerekmektedir.

i. Anglo-Amerikan Hukuk Çevresi Bakımından

Anglo-Amerikan hukuk çevresinde genel olarak kabul gören sözleşme cezası doktrini, tarafların asıl borcu ihlal eden borçlunun ifa etmesini kararlaştırdıkları tali edim yükümlülüklerini bir denetime tâbi tutmaktadır. Alacaklının uğrayabileceği zararın gerçekçi bir tahminini yansıtan tali edim yükümlülükleri götürü tazminat olarak nitelendirilerek geçerli kabul edilmekte; fakat gerçekçi bir zarar tahmininin ötesine geçen ve borçluyu ifaya zorlayanlar sözleşme cezası olarak nitelendirilerek hüküm ifade etmemektedir[170]. Bu itibarla en azından ABD'de uygulandığı

[169] Bu konuda detaylı bir ekonomik analiz için bkz. Goetz/Scott, s. 571-572. Ayrıca bkz. De Alessi/Staaf, s. 571; Eisenberg, s. 990-991.

[170] Anglo-Amerikan hukuk çevresi yönünden genel olarak bkz. Mattei, s. 433; Hatzis, s. 384; De Geest/Wuyts, s. 141. Amerikan hukukunda ceza koşullarına ilişkin detaylı bir Türkçe değerlendirme için bkz. Akkayan Yıldırım, s. 387 vd. Amerikan hukukunda ceza koşullarının geçersiz kabul edildiği tespiti için bkz. Sanlı, s. 337; Akkanat, s. 30; Gündüz, Götürü Tazminat, s. 1504.

törpülenmemiş hâliyle sözleşme cezası doktrininin, dolaylı da olsa alacaklının zararını tazmin etme potansiyeli taşıyan ceza koşuluna karşı en başından kapıyı kapattığı açıktır. Öte yandan ceza koşulunun üstlenemediği bu rolü, alacaklının uğrayabileceği zararın gerçekçi bir tahminini yansıttığı için geçerli kabul edilen götürü tazminat anlaşmalarının üstlenmesi düşünülebilir.

Sözleşme cezası doktrinini destekleyen *Muris* gibi yazarlar, doktrinin alacaklının zararının tali edim yükümlülükleri vasıtasıyla tam olarak tazmin edilmesinin önünde herhangi bir engel oluşturmadığını savunmaktadır. Doktrin doğru uygulandığı takdirde, olağan sözleşme hukuku kuralları uyarınca tazmin edilemeyecek olan kısım da dâhil olmak üzere alacaklının uğrayabileceği zararın tamamının tazmin edilmesini amaçlayan tali edim yükümlülüklerinin sözleşme cezası olarak nitelendirilmemesi gerekmektedir. Bu tali edim yükümlülükleri, götürü tazminat olarak nitelendirilerek geçerli kabul edilmelidir. Uygulamada da bu ayrımı doğru yansıtan pek çok mahkeme kararına rastlamak mümkündür. Aksi yöndeki mahkeme kararları, sözleşme cezası doktrinini yanlış uyguladıkları için eleştirilmeli; sözleşme cezası doktrini ile icra edilen yargısal denetimin tamamen ortadan kaldırılması konusunda bir gerekçe olarak kullanılmamalıdır[171]. Kanaatimizce bu tespit, sözleşme cezası doktrininin işleyişinde mevcut yapısal sorunu göz ardı etmektedir. Bu doktrinin hata payını tamamen dışlayacak biçimde uygulanması mümkün değildir. Zira özellikle alacaklının uğradığı subjektif zararın dış bir gözlemci olan hâkim tarafından gereği gibi dikkate alınması doğası itibarıyla imkân dâhilinde değildir. Bu durum da sözleşme cezası doktrininin işleyişinde giderilmesi mümkün olmayan yapısal bir sorunun ortaya çıkmasına sebep olmaktadır.

Buna göre sözleşme cezası doktrini, tarafların aralarında kararlaştırdıkları tali edim yükümlülüklerinin alacaklı nezdinde tam bir tazmin sağlama amacını yerine getirmesini engellemektedir. Mahkemelerin alacaklıyı zenginleştireceği düşüncesiyle sözleşme cezası teşkil ettiği sonucuna vardıkları kimi tali edim yükümlülükleri, gerçekte alacaklıyı zenginleştirmemekte; yalnızca alacaklının uğrayabileceği zararın tamamının (olağan sözleşme hukuku kuralları uyarınca tazmin edilemeyecek olan kısım da dâhil olmak üzere) tazmin edilmesini sağlamaktadır[172]. İngiliz hukukunda *Cavendish/ParkingEye* kararı ile birlikte sözleşme cezası doktrininde esnemeye

[171] Timothy J. Muris, "Opportunistic Behavior and the Law of Contracts", Minnesota Law Review C. 65 (1981), s. 521 vd., s. 582. Ayrıca bkz. De Geest/Wuyts, s. 142.
[172] De Alessi/Staaf, s. 569.

gidilmiş ve alacaklının uğrayabileceği zararın gerçekçi bir tahmini olmayan tazminat yükümlülüklerinin de geçerliliğine olanak tanınmış olması, böyle bir tazminat yükümlülüğünün mahkemece sözleşme cezası olarak nitelendirilme ihtimalini azaltmıştır. Bu ihtimal, sözleşme cezası doktrini çerçevesinde yapılan denetimde mahkemenin hükmedeceği tazminat ile sözleşmede kararlaştırılan tali edim yükümlülüğü arasındaki ilişkiyi esas alan ABD'de daha yüksektir. Yine de bu tehlikenin eskisine kıyasla azalmış bile olsa İngiliz hukuku bakımından da devam ettiğini söylemek mümkündür. Zira hâkimin subjektif zarar faktörünü istemeden de olsa göz ardı edip alacaklının ifa konusundaki meşru menfaatini gereği gibi takdir edememesi daima mümkündür.

Goetz ile *Scott*, 1977 yılında kaleme almış oldukları ve yoğun ilgiyle karşılanan hukuk ve ekonomi öğretisi temelli bir makalelerinde sözleşme cezası doktrinini bu açıdan sert bir şekilde eleştirmişlerdir[173]. Konu günümüzde dahi, bu makaleye atıfla tartışılmaktadır[174]. Yazarlara göre, tarafların sözleşmelerinde yer verdikleri tali edim yükümlülüklerinin işlevi çoğu zaman alacaklının ihlal neticesinde uğrayabileceği zararın tamamını telafi etmekten ibarettir; alacaklıyı zenginleştirmez[175]. Aslında bu tali edim yükümlülükleri, bir nevi sigorta işlevi görmektedir. Böyle bir yükümlülüğü sözleşmeye ekleyen alacaklı ihlal sonucunda karşılaşabileceği olumsuzlukları adeta sigorta teminatı altına almış olmakta; borçlu da bu yükümlülüğün maliyetini karşı edime yansıtmak suretiyle adeta sigorta primine benzer bir ödeme tahsil etmektedir. Bu anlamda tarafların sözleşmelerine ekleyecekleri tazminat yükümlülükleri ekonomik açıdan olumlu sonuçlara yol açmaktadır; zira bir borcun ihlal edilmesinin sonuçlarını en etkin şekilde sigorta edebilecek olan, üçüncü bir kişi konumunda olan sigorta şirketleri değil bizzat borçlunun kendisidir[176].

Goetz ile *Scott*'un teorileri, makalede verilen ve subjektif zararı ön plana alan "endişeli mezun" örneği üzerinden daha net bir şekilde açıklanabilir. (A), mezun olduğu üniversitenin basketbol takımının fanatik bir taraftarıdır. Senelerdir ikinci lig seviyesinde oynayan takım sonunda çok önemli bir başarı elde ederek kendi

[173] Goetz/Scott.
[174] Robert Cooter / Thomas Ulen, Law and Economics, Pearson, Sixth Edition 2016, s. 321-322; Hatzis, s. 390; Halson, para. 4.21.
[175] Goetz/Scott, s. 568-576.
[176] Goetz/Scott, s. 578-583. Aynı doğrultuda bir sigorta benzetmesi için bkz. Ulen, s. 351; Mattei, s. 428.

bölgesinde final oynamaya hak kazanınca (A), final maçını arkadaşlarıyla birlikte yerinde izlemek üzere 25 adet bilet satın alır. Ayrıca kendisini arkadaşlarıyla birlikte maçın oynanacağı şehre götürmek üzere otobüs şirketi (B)'den bir otobüs kiralamaya karar verir. Final maçını arkadaşlarıyla birlikte yerinde izleyebilmek (A) için son derece önemlidir; bu konuya atfettiği önem (A)'nın taahhüt edilen seferin gereği gibi gerçekleştirilip gerçekleştirilmeyeceği konusunda endişe duymasına yol açmaktadır. Olası bir ihlal durumunda başvurabileceği olağan hukuki çare olan olumlu zararın tazmini, edimin piyasadaki değerine göre hesaplanacak ve (A)'nın subjektif zararını tazmin etmek konusunda yeterli olmayacaktır. (A)'nın seferin gereği gibi gerçekleştirilmemesi hâlinde uğrayacağı zarar, edime atfettiği değerden kaynaklanan subjektif zararla birlikte toplam 10.000 TL'dir. Dolayısıyla (A)'nın, borçlunun borcu ifa etmesi ile borçlunun borcu ifa etmeyip kendisine bir tazminat ödemesi arasında kayıtsız olması için kendisine ödenmesi gereken tazminat miktarı 10.000 TL'dir. Bu durum karşısında (A) seferin gerçekleşmemesi durumunda yaşayacağı olumsuzluklara karşı bir teminat almak ister. (A)'nın seçeneklerinden biri, (B)'ye vermiş olduğu hizmet için bu hizmetin piyasadaki standart bedeli olan 500 TL yerine 1000 TL ödemeyi teklif etmek; buna karşılık ifanın gereği gibi gerçekleşmemesi durumunda (B)'nin kendisine 10.000 TL ödemeyi kabul etmesini talep etmektir. Bu kurgu çerçevesinde (B), seferin gereği gibi gerçekleşmemesi rizikosunun meydana gelmesi hâlinde (A)'nın uğrayacağı zararı adeta sigorta etmektedir. (A)'nın (B)'ye ödediği hizmetin piyasadaki standart bedelini aşan ek 500 TL, sigorta primi mahiyetindedir. Buna karşılık (B)'nin (A)'ya ödeyeceği 10.000 TL, (A)'nın rizikonun gerçekleşmesi durumunda uğrayacağı zarara karşılık bir telafidir[177].

Mahkemeler (A) ile (B) arasındaki sözleşmede yer alan 10.000 TL'lik ödeme yükümlülüğünü sözleşme cezası doktrinine tâbi tutacaktır. Bu denetim sonucunda ilgili yükümlülüğün alacaklının ifa konusundaki menfaatine kıyasla aşırı olduğu gerekçesiyle (*Cavendish/ParkingEye* sonrası İngiliz hukuku) veya alacaklının zararını gidermek üzere hükmedilecek telafi edici tazminata kıyasla aşırı olduğu gerekçesiyle (ABD hukuku) sözleşme cezası olarak nitelendirilip geçersiz kabul edilmesi mümkündür. Oysa mahkemelerin sözleşme cezası doktrini vasıtasıyla engel olduğu bu çözüm, izin verildiği takdirde ekonomik açıdan etkin sonuçlara yol açmaktadır. (A)'nın seferin gerçekleşmemesi konusundaki teminat ihtiyacını üçüncü

[177] Örnek için bkz. Goetz/Scott, s. 578-579.

kişi konumundaki sigorta şirketleri yerine bizzat borçlunun kendisinden sağlaması, çok daha düşük maliyetlidir.

Belirli bir rizikoyu sigortalamanın sigortacı açısından maliyetinin, temelde iki kalemden ibaret olduğu söylenebilir: sigorta tazminatı ödemenin sigortacı açısından beklenen değeri ve sözleşmenin müzakeresi gibi konulardaki işlem maliyeti. Öncelikle *müzakere ve iletişim konusundaki işlem maliyeti*, sigortacı konumunda bizzat borçlu bulunduğu takdirde daha düşük olacaktır. Örneğimizde (A) ile otobüs şirketi (B) arasında hâlihazırda asıl sözleşmeye ilişkin bir müzakere süreci zaten mevcuttur; taraflar birbirlerinin beklentileri ve kendilerinin bu beklentileri karşılayabilme kabiliyetleri hakkında yeterli bilgiye sahiptir. (B) için böyle bir sözleşmeden kaynaklanan rizikoların sigortalanması konusundaki müzakere ve iletişimin maliyeti, sürece sıfırdan dâhil olacak bir sigorta şirketine nazaran daha düşük olacaktır[178]. Ancak daha önemlisi, borçlunun üçüncü kişi konumundaki bir sigorta şirketine kıyasla *sigorta tazminatı ödemenin sigortacı açısından beklenen değeri* konusunda ciddi bir avantajı bulunmaktadır. Sigorta tazminatı ödemenin sigortacı açısından beklenen değeri şu formül ile ifade edilebilir: (rizikonun gerçekleşme ihtimali) x (ödenecek tazminat miktarı). Borçlu, çeşitli önlemler almak suretiyle rizikonun gerçekleşme ihtimalini ve dolayısıyla sigorta tazminatı ödemenin kendisi açısından beklenen değerini düşürebilir. Bu durum, borçlunun gereği gibi ifada bulunabilmek için alacağı önlemleri belirlemek konusundaki kararını etkileyecektir. Önlem seviyesini bir adım yukarı çekmenin borçlu açısından bir yandan marjinal faydası, bir yandan marjinal maliyeti bulunmaktadır. İlgili önlemin ihlalin gerçekleşmesi rizikosunu ve dolayısıyla sigorta tazminatı ödemenin beklenen değerini düşürmesi marjinal faydasıdır. Buna karşılık ilgili önlemi almanın gerektirdiği maliyetler marjinal maliyet olarak değerlendirilir. Borçlu açısından rasyonel olan, marjinal faydası marjinal maliyetinden daha fazla olan önlemleri almaktır. Nitekim klasik ekonomi teorisi uyarınca rasyonel bir aktör olduğu varsayılan borçlu da bu yönde hareket edecek ve kendisi rizikonun sonuçlarını bizzat sigortalamış olmasa almayacağı bazı ek önlemleri alacaktır. Sonuç olarak sigorta tazminatı ödemenin sigortacı açısından beklenen değeri, üçüncü kişi konumundaki sigorta şirketine kıyasla daha düşük olur. Örneğin otobüs şirketi (B), kendisi rizikonun sonuçlarını bizzat sigortalamış olmasa yaptırmayı ihmal edeceği otobüs

[178] Goetz/Scott, s. 580.

bakımını yaptırır. Zira sigorta tazminatı ödemenin beklenen değeri sebebiyle bakımın marjinal faydası, marjinal maliyetinden daha fazla hâle gelmiştir. Bu durumda otobüs şirketi için sigorta tazminatı ödemenin beklenen değeri, üçüncü kişi konumundaki sigorta şirketinden daha düşük olur[179].

ii. İsviçre-Türk hukuku bakımından

Kıta Avrupası hukuk çevresinin bir parçasını teşkil eden İsviçre-Türk hukuku uyarınca, taraflar ceza koşulu kararlaştırmakta kural olarak serbesttir. Bununla birlikte kanun koyucu, sözleşme cezası miktarının taraflar arasındaki menfaat dengesini hakkaniyet gereği kabul edilemeyecek ölçüde bozmasını engelleyecek bir yargısal denetim mekanizması öngörmüştür. TBK m. 182/III gereğince hâkim, aşırı gördüğü sözleşme cezasını kendiliğinden indirecektir[180].

Bu itibarla İsviçre-Türk hukuku bağlamında ceza koşulu, alacaklının uğradığı zararın tazminini kolaylaştırma ve hatta alacaklının olağan sözleşme hukuku kuralları uyarınca tazmini mümkün olmayan kayıplarının tazminini sağlama işlevini kural olarak üstlenebilir. Hâkimin aşırı sözleşme cezasını indirme konusundaki yetkisini, bu işleve gölge düşürmeyecek şekilde kullanması gerekmektedir. Şöyle ki sözleşme cezasının aşırı olup olmadığı konusunda dikkate alınması gereken kriterlerin başında, alacaklının ifa konusundaki menfaati gelmektedir. Bu çerçevede dikkate alınması gereken menfaat, yalnızca ekonomik değer taşıyan menfaatten ibaret değildir. Alacaklının hukuka ve ahlâka aykırı olmayan her tür meşru menfaati ekonomik değer taşımasa bile bu bağlamda değerlendirmeye katılır[181]. Dolayısıyla alacaklının olağan tazminat hukuku kuralları uyarınca tazmini mümkün olmayan ancak somut olaydan anlaşılan kayıplarını kapsayan bir ceza koşulu, aşırı olarak nitelendirilmemeli ve indirime tâbi tutulmamalıdır.

Ancak TBK m. 182/III'ün bu anlamda bir hata ihtimalini tamamen bertaraf edecek biçimde uygulanması ne yazık ki mümkün görünmemektedir. Özellikle alacaklının öznel değerlemesine bağlı olan subjektif zarar, bir dış gözlemci olan

[179] Goetz/Scott, s. 580-582.
[180] Bu konuda bkz. *"Dördüncü Bölüm / V. Sözleşme Cezasının İndirilmesi".*
[181] CHK OR-Pellanda Katja, Art. 163 para. 18; Bentele, s. 118; Erdem, Clause pénale, s. 158; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 182 para. 16; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, para. 1485; Arsebük, s. 994; Berki, s. 298; Bilge, Cezai Şart, s. 121; Tunçomağ, s. 146-147; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 344; Ömer Çınar, "Türk Borçlar Kanunu ve Alman Medenî Kanununa Göre Cezai Şartın İndirilmesi", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Y. 8 S. 16 (2009), s. 91 vd., s. 100; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 102; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 244.

hâkim tarafından tam olarak takdir edilemez. Dolayısıyla teorik olarak yargısal denetimin ceza koşulunun zararı tazmin edici işlevine gölge düşürmemesi gerekse bile, uygulamada aksi yönde sonuçlarla karşılaşılabilir.

B. Ceza Koşulunun Üstlenebileceği Diğer İşlevlere Bir Örnek: Borçlunun Güvenilirliği Konusunda Karşı Tarafa Sinyal Verme

Ceza koşuluna İsviçre-Türk hukukundaki karakterini veren klasik işlevler, asıl borcun ifası konusunda zorlamak ve ihlal durumunda alacaklının uğrayacağı zararı gidermektir. Bununla birlikte ceza koşulunun taraflarca bu klasik işlevlerin ötesinde başka amaçlarla da kullanılabilmesi mümkündür. Bu amaçların tümünün irdelenmesi, çalışmamızın amaç ve kapsamını aşacaktır. Ancak yine de bu işlevlere ilişkin olarak en azından bir örneği incelemenin, ufuk açıcı olabileceğini düşünmekteyiz. Dolayısıyla ceza koşulunun üstlenebileceği diğer işlevlere ilgi çekici bir örnek teşkil eden borçlunun güvenilirliği konusunda karşı tarafa sinyal verme üzerinde duracağız.

Sözleşmenin ihlal edilmesi durumunda ifa edileceği öngörülen sözleşme cezasının önemli ekonomik işlevlerinden biri, borçlunun güvenilirliği konusunda karşı tarafa bir sinyal *(signal)* vermektir. Borçlu henüz sözleşme görüşmeleri sırasında olağan tazminat hukukunun öngördüğü sorumluluktan daha geniş bir sorumluluğa tâbi olmayı ve sözleşmeye böyle ağır bir yükümlülük eklemeyi önerdiği takdirde, karşı tarafa asıl borcu ifa etmekte samimi ve ehil olduğu sinyalini vermiş olur[182]. Sözleşmedeki tali edim yükümlülüğü düzenlemelerinin sinyal verme işlevi, ilk olarak *Posner* tarafından akademik eserlerde ortaya koyulmuş[183]; ayrıca yargıç olarak kaleme almış olduğu mahkeme kararlarında da vurgulanmıştır[184].

Böyle bir sinyal verme imkânı, özellikle piyasaya yeni katılan aktörler açısından önem taşır. Zira piyasaya yeni katıldıkları için borçlarına sadık olacakları konusunda yeterli güvenilirliğe sahip olmayan bu aktörler, mal veya hizmet sunmak istedikleri karşı tarafı ikna etmek konusunda güçlük yaşar. Bu noktada

[182] Cooter/Ulen, s. 322; Ulen, s. 351; Mattei, s. 429; Hatzis, s. 392; Halson, para. 4.22. Bu konuda literatür değerlendirmesi için bkz. De Geest/Wuyts, s. 152-153.

[183] Tespit için bkz. De Geest/Wuyts, s. 152; Klass, s. 379; Halson, para. 4.22.

[184] *Lawyers Title Ins. Corp. v. Dearborn Title Corp.,* 118 F.3d 1157 (7th Cir. 1997), s. 1161; *Lake River Corp. v. Carborundum Co.,* 769 F.2d 1284 (7th Cir. 1985), s. 1289. Yine de bu işlevin aslında sözleşme cezası olarak nitelendirilecek bir yükümlülüğü bu nitelendirmeden kurtarabileceği ve hüküm ifade etmesini sağlayabileceğini söylemek pozitif hukuk bakımından mümkün değildir. (Halson, para. 4.23).

sözleşmelerine ekleyecekleri bir ceza koşulu, adeta ticari itibar yerine geçecek ve karşı taraf nezdinde bir güven uyandıracak; böylelikle piyasaya girişlerini kolaylaştıracaktır[185]. Bu itibarla sözleşmelere eklenecek ceza koşullarının piyasada hâkim olan bilgi asimetrisinin *(information asymmetry)* negatif etkilerini azaltmaya yönelik bir araç olduğu söylenebilir. Nitekim Anglo-Amerikan hukuk çevresinde sözleşme cezası doktrini uyarınca ceza kayıtlarının geçersiz kabul edilmesi, tarafların bu yolla verebileceği sinyalleri engellediği için eleştirilmektedir.

Buna karşılık *Muris* ve *Rea* sinyal verme konusunun, sözleşme cezası doktrininin terk edilmesi görüşünü desteklemediğini ifade etmiştir. Şöyle ki, yazarların her ikisi de sözleşmede kararlaştırılacak tali edim yükümlülüklerinin karşı tarafa güvenilirlik sinyali verme işlevi gördüğünü kabul etmektedir. Ancak bu sinyali verebilmek ve piyasadaki itibar eksikliği dezavantajını aşabilmek için sözleşme cezası boyutuna ulaşan ağır bir yükümlülük öngörülmesine gerek yoktur. Karşı tarafın uğrayabileceği zararın tamamını tazmin edecek bir götürü tazminat anlaşması da bu konuda yeterli olacaktır[186]. *Muris*'in analizi çerçevesinde bir satış sözleşmesinin kurulacağını varsayalım. **(i)** Piyasadaki tecrübeli satıcılar sözleşmelerine böyle bir götürü tazminat düzenlemesi eklemeyi ancak piyasaya yeni katılan satıcıdan daha yüksek bir satış fiyatı karşılığında kabul eder. Alıcının olası bir ihlal durumunda uğrayacağı zararın tamamının giderildiği ihtimalde hangi satıcının daha güvenilir olduğu anlamını yitirecek; alıcı, daha düşük fiyatla satış yapan yeni satıcıya yönelecektir. Dolayısıyla yeni satıcının sözleşmesine alıcının uğrayabileceği zararın tamamını tazmin edecek bir götürü tazminat hükmü eklemeyi önermesi ticari itibar dezavantajını aşmak için yeterli olacaktır; bunun ötesinde bir sözleşme cezasına gerek yoktur. **(ii)** Diğer yandan pek de muhtemel olmayan bir senaryo gerçekleşir ve tecrübeli satıcılar sözleşmelerine böyle bir götürü tazminat hükmü eklemeyi yeni satıcı ile aynı satış fiyatı karşılığında kabul ederse, sözleşme cezasına başvurmak piyasaya yeni katılan satıcının derdine zaten deva olamaz. Yeni satıcının böyle bir durumda ticari itibar dezavantajını aşmasının yolu, sözleşme cezası boyutuna ulaşacak daha yüksek bir tali edim yükümlülüğü önermek değil; satış fiyatını düşürmektir. Zira satıcı ağır tali edim yükümlülüklerinin maliyetini sözleşmedeki satış fiyatına yansıtmak zorunda kalır. Oysa alıcı, ihlal durumunda

[185] Hatzis, s. 392; Klass, s. 379; Halson, para. 4.22.
[186] Muris, s. 582-584; Samuel A. Rea, Jr., "Efficiency Implications of Penalties and Liquidated Damages", The Journal of Legal Studies C. 13 (1984), s. 147 vd., s. 156-158.

uğrayabileceği zararın tamamını tazmin edecek bir götürü tazminat kaydı içeren ve fiyatın daha düşük olduğu bir sözleşmeyi, zararı aşan bir ceza koşulu içeren ve bu ceza koşulunun maliyetinin fiyata yansıtıldığı bir sözleşmeye tercih eder. Sonuç olarak piyasaya yeni katılan satıcının ticari itibar dezavantajını aşmak için yapması gereken, sözleşmeye alıcının uğrayabileceği zararın tamamını tazmin edecek bir götürü tazminat hükmü eklemek ve satış fiyatını minimize etmektir[187]. *Rea*'nın ekonomik modellemeleri, bu analizin özellikle ikinci kısmını desteklemektedir. Alıcının tercihlerinin sözleşmede öngörülen tazminat miktarı ve sözleşmenin satıcıya maliyeti arasındaki ilişkiye göre nasıl şekilleneceği, *Rea*'nın ekonomik modelleme grafiği üzerinden gözlemlenebilir[188].

Bu eleştiriler, literatürde *Posner* ve *De Geest* tarafından cevaplanmıştır. Öncelikle *De Geest*, bir ceza koşulunun maliyetinin düşünüldüğünün aksine her durumda götürü tazminat anlaşmasından daha fazla olmadığını savunmuştur. Alıcının uğrayacağı zarar ile yakın ilişki içerisinde olması gereken bir götürü tazminat miktarının belirlenmesinde pek çok değişkeni dikkate alan sıkı bir hesaplama yapılması gerekmektedir. Oysa sözleşme cezasının belirlenmesinde böyle bir hesaplamaya gerek yoktur; en kötü senaryonun dikkate alınması yeterlidir. Dolayısıyla ceza koşulunun işlem maliyeti, götürü tazminat anlaşmasına göre daha düşüktür. Aradaki fark özellikle satıcının genel işlem koşulları içeren tek bir standart sözleşme kullandığı hâllerde kendini gösterir. Sözleşme cezalarının geçersiz olması sebebiyle götürü tazminata başvurmak zorunda kalan satıcı, her bir alıcı için "özel üretim" götürü tazminat anlaşmaları düzenlemeli; her bir anlaşma için yeni bir hesaplama yapmalıdır[189]. *Posner* ise buna ek olarak bir ceza kaydının maliyetinin tamamının fiyata yansıtılmak durumunda olmadığını savunmuştur. Piyasaya yeni katılan bir satıcının aynı anda hem ceza koşulu öngörmek hem de bu cezanın maliyetini kısmen yansıtıp fiyatı nispeten düşük tutmak suretiyle alıcıları çekmesi ve kendisine avantaj sağlaması mümkündür. Şöyle ki, satıcı pek çok sözleşmeye ceza koşulu ekleyecek; ancak bunların yalnız bir kısmında riziko gerçekleşecek ve sözleşme cezası ödeme yükümlülüğü doğacaktır. Satıcı rizikonun gerçekleşmediği sözleşmelerden fiyata yansıttığı ceza kaydı maliyeti sayesinde bir kazanç elde eder. Rizikonun gerçekleştiği sözleşmelerde ödemek zorunda kaldığı cezalar bu kazançtan

[187] Muris, s. 583.
[188] Rea, s. 158.
[189] De Geest/Wuyts, s. 152-153.

düşünce yine de elinde bir miktar kazanç kalacaktır. İşte bu kazanç, satıcının daha fazla risk alabilmesine ve fiyatları düşük tutabilmesine olanak tanıyacaktır.

İKİNCİ BÖLÜM

Ceza Koşulunun Morfolojisi:
Ceza Koşuluna Karakterini Veren Unsurlar ve Özellikler Nelerdir?

Ceza koşulu, borçlunun, borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi durumunda ceza mahiyetinde bir edim ifa etmeyi veya başkaca bir hukuki olumsuzluğa katlanmayı taahhüt etmesi konusunda alacaklı ile borçlunun anlaşmalarıdır. Bu itibarla kavramın bünyesinde asıl borç, sözleşme cezası ve dar anlamda ceza koşulu (ceza koşulu anlaşması) olmak üzere üç unsur mevcuttur. Aşağıda öncelikle bu unsurlar incelenecektir (I). Öte yandan ceza koşulunun morfolojik olarak bu üç unsurdan ibaretmiş gibi görülmesi kanaatimizce doğru olmaz. Ferîlik, zarardan bağımsızlık ve geciktirici koşula bağlılık özellikleri, ceza koşulu kavramı bakımından *sine qua non* niteliktedir. Bu özellikleri taşımayan bir ceza koşulu tahayyül etmek mümkün değildir. Dolayısıyla bu özelliklerin de bu bölümde ele alınması uygun olacaktır (II).

I. (Geniş Anlamda) Ceza Koşulunun Unsurları

Ceza koşulu kavramı, üç unsurdan oluşmaktadır: asıl borç, sözleşme cezası ve dar anlamda ceza koşulu (ceza koşulu anlaşması). Örneğin yüklenici (A)'nın, iş sahibi (B)'ye, inşaatın 1 Ocak tarihine kadar teslim edilmemesi durumunda geciktiği her gün için 1.000 TL ödemesinin kararlaştırıldığını varsayalım. Bu örnekte inşaatın 1 Ocak tarihine kadar teslim edilmesi, asıl borç; gecikilen her gün için ödenecek 1.000 TL, sözleşme cezası; tarafların asıl borcun ifa edilmemesi durumunda sözleşme cezasının ödenmesi konusunda anlaşmaları, dar anlamda ceza koşuludur. Bu bölümde ceza koşulunun her bir unsuru, bu unsura ilişkin temel sorunların da ele alınması suretiyle incelenecektir.

A. Asıl Borç

Asıl borç, borçlu ile alacaklının, hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumuna ilişkin olarak bir sözleşme cezası kararlaştırmak suretiyle borçluyu ifa etmeye zorladıkları edimdir[1]. Teknik anlamda ceza koşulunun varlığından bahsedebilmek için, taraflar arasında asıl borç ilişkisi olarak nitelendirilebilecek bir

[1] Couchepin, Clause pénale, para. 49.

ilişki mevcut olmalıdır. Böyle bir borç ilişkisinin mevcut olmadığı durumda teknik anlamda ceza koşulu yerine, ancak gerçek olmayan ceza koşulundan bahsedilebilir[2].

Hangi borçların ifası konusunda borçluyu ceza koşulu vasıtasıyla zorlamanın mümkün olduğu incelenmeye değer bir sorundur. Bu çerçevede, asıl borcun kaynağı (1) ve konusu (2) üzerinde durulacaktır.

1. Asıl Borcun Kaynağı

a. Sözleşme Dışında Bir Kaynaktan Doğmuş Borcun İfasına İlişkin Ceza Koşulu Kararlaştırılmasının Mümkün Olup Olmadığı Sorunu

1. Ceza koşulu ile borçlunun ifa etmeye zorlandığı asıl borç, çoğu zaman bir sözleşmeden doğar. Nitekim kanun da bu genel kabulden hareketle, ceza koşulunun "bir *sözleşmenin* hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için" kararlaştırılacağından bahsetmektedir (TBK m. 179/I; İsvBK m. 160/I). Kanunun bu ifadesinin, asıl borcun kaynağını sınırlamaya yönelik bilinçli bir tercihe dayanıp dayanmadığını ayrıca irdelemek gerekmektedir.

2. Öncelikle ceza koşulunun uygulama alanının hukuki işlem kavramının bir türünü teşkil eden sözleşmeden doğan borçlar ile sınırlı olmadığı belirtilmelidir. Sözleşmeler kadar, diğer hukuki işlemlerden doğan borçlara ilişkin olarak da ceza koşulu kararlaştırılmasında tereddüt etmemek gerekir.

Tek taraflı hukuki işlemlerden doğan borçlara ilişkin olarak ceza koşulu kararlaştırılabilir. Örneğin bir sonucun gerçekleşmesi karşılığında ödül vereceğini ilan yoluyla duyuran kimsenin bu yolla doğmuş olan borcu, ceza koşuluna bağlanabilir[3]. Ancak kanaatimizce bu konuda dikkatli bir ayrım yapılmalıdır. Ceza koşuluna bağlanacak borcun, tek taraflı bir hukuki işlemden doğmuş olmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Fakat ceza koşulunun kendisinin tek taraflı hukuki işlem olarak vücut bulması doğası itibarıyla mümkün değildir. Yani

[2] Gerçek olmayan ceza koşulu hakkında detaylı bilgi için bkz. *"Üçüncü Bölüm / V. Gerçek Olmayan Ceza Koşulu"*.

[3] BK OR-Becker, Art. 160 para. 3; Erdem, Clause pénale, s. 61; Couchepin, Clause pénale, para. 53; Eren, Borçlar Genel, para. 3681.

örneğin ilan yoluyla ödül sözü vermeden doğan bir borcun ceza koşuluna bağlanması, yine bir sözleşme akdedilmesi suretiyle gerçekleşebilir[4].

Ayrıca tüzel kişilerin statülerinin belirli kişilere yüklemiş olduğu borçların ifasının ceza koşuluna bağlanması da mümkündür[5]. Uygulamada özellikle dernek tüzüklerine ceza koşulu eklenmekte, böylelikle dernek üyelerinin tüzükten kaynaklanan borçlarını ifa etmeleri sağlanmaktadır. Keza ticaret şirketlerinin statülerinde de (örneğin limited şirket ana sözleşmesi ve anonim şirket esas sözleşmesinde), bu statülerden doğan borçların ifasına ilişkin ceza koşullarına rastlanmaktadır.

3. Öte yandan haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden yahut nafaka gibi doğrudan doğruya kanundan kaynaklanan bir borcun ifasına ilişkin olarak ceza koşulu kararlaştırılmasının mümkün olup olmadığı sorusunun daha detaylı olarak incelenmesi yerinde olacaktır.

Alman hukukuna bakıldığında bu sorunun yanıtı konusunda hiçbir şüphenin bulunmadığı görülür. Ceza koşulunun uygulama alanının sözleşmeden kaynaklanan borçlarla sınırlı olmadığı, AlmMK'nun bu kurum ile ilgili düzenlemelerinin gerekçesinde açıkça belirtilmiştir[6]. Nitekim öğretide de, sözleşme dışındaki kaynaklardan doğmuş olan borçlara ilişkin olarak ceza koşulunun kararlaştırılabileceği oy birliğiyle kabul edilmektedir[7]. İsviçre-Türk hukuku bağlamında ise TBK m. 179/I'de sözleşme dışındaki borç kaynaklarından bahsedilmemiş olması, bir dönem için bu konuda bir tartışmanın doğmasına sebep olmuştur.

4. *Secrétan,* 1917 tarihli eserinde, ceza koşulunun ilişkin olduğu asıl borcun kaynağını sözleşmeyle sınırlayan oldukça katı bir yaklaşım benimsemiştir[8].

(a) Yazar, İsvBK m. 160/I'in (TBK m. 179/I'in) lafzını ön plana çıkarmış ve kanun koyucunun iradesinin, ceza koşuluna bağlanabilecek borçları sözleşmeden

[4] Bir hukuki işlem olarak ceza koşuluna ilişkin inceleme için bkz. *"İkinci Bölüm / I. / C. / 1. Bir Hukuki İşlem Olarak Ceza Koşulu".*
[5] CR CO I-Mooser, Art. 160 para. 3; Erdem, Clause pénale, s. 66; Couchepin, Clause pénale, para. 52.
[6] Bkz. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band II: Recht der Schuldverhältnisse, Verlag von J. Guttentag, Berlin/Leipzig, 1888, s. 275, § 420, (b) Vereinbarung.
[7] Örneğin bkz. StauKo-Rieble, Vorbem zu §§ 339 ff para. 5.
[8] Secrétan, s. 63-69.

doğmuş olanlar ile sınırlamak yönünde olduğunu ileri sürmüştür. Şöyle ki, 1881 tarihli eİsvBK'nun hazırlık sürecinde gündeme gelen tasarıların tümü, bir *sözleşmenin* ifa edilmemesi durumundan bahsetmektedir; nitekim kanunda yer alan ifade de bu yöndedir[9]. Yazar, 1909 tarihli güncel İsvBK'nun kanunlaşma sürecinin de kendisini desteklediğini savunmaktadır. Kanunu hazırlayan komisyona, üzerinde çalışılan Tasarıda yer alan ceza koşulu tanımının genişletilmesi ve böylelikle sözleşmeden doğmuş olanlar ile sınırlı olmaksızın her tür borcu kapsaması önerilmiş; fakat *Béguelin*'in bu önerisi komisyon tarafından reddedilmiştir[10].

(b) Bu engeli aşmak isteyen başta *Oser/Schönenberger* olmak üzere bazı yazarlar, sözleşme dışındaki kaynaklardan doğmuş olan borçların ifasının bir sözleşmeyle taahhüt edilmesi durumunda artık bu borçların ceza koşuluna bağlanabileceğini ifade etmişlerdir[11]. Keza İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre de, haksız fiil sorumluluğuna yol açacak bir davranışta bulunulmayacağının sözleşme ile taahhüt edilmesi durumunda ceza koşulu kararlaştırılması mümkündür[12]. Fakat *Secrétan*, sözleşme dışında bir kaynaktan doğmuş olan borcun ifasının, sözleşme ile ayrıca taahhüt edildikten sonra dahi ceza koşuluna konu edilemeyeceği görüşündedir. Zira yazar bu durumda artık borcun sözleşmesel rejime tâbi olacağını ve bir borcun tâbi olduğu rejimin bu şekilde değiştirilmesinin kamu düzenine aykırılık teşkil edeceğini savunmaktadır. Yazara göre sözleşme dışı borçlara ilişkin olarak kanunun öngörmüş olduğu sorumluluk rejimi, emredicidir. Tarafların bu emredici sorumluluk rejimini sözleşme vasıtasıyla bertaraf edebilmeleri mümkün değildir[13].

5. Günümüzde *Secrétan*'ın görüşünün ve dolayısıyla bu konudaki tartışmanın güncelliğini yitirdiği söylenebilir.

(a) Güncel öğreti, ceza koşulunun uygulama alanının sözleşmeden doğan borçlarla sınırlanamayacağı konusunda birleşmektedir. Sözleşme dışında bir kaynaktan doğmuş olan borçların ifası konusunda ceza koşulu kararlaştırılması da

[9] Secrétan, s. 63-64. Bkz. 1881 tarihli eİsvBK m. 179/I.
[10] Secrétan, s. 69 dn. 3.
[11] Hugo Oser / Wilhelm Schönenberger, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch - V. Band - Das Obligationenrecht, Erster Halbband Art. 1-183 OR, Zürich 1929, Vorbem. zu Art. 160-163 para. 9. Böyle bir borca ilişkin olarak ceza koşulu kararlaştırılmasının kendiliğinden borcun ifası taahhüdünü içereceği yönünde bkz. Schoch, s. 13; Bilge, Cezai Şart, s. 61-62.
[12] İsviçre Federal Mahkemesi'nin 7.3.1908 tarihli bu kararı yayımlanmamıştır. Kararın ilgili bölümü için bkz. Secrétan, s. 64-65.
[13] Secrétan, s. 64-69.

pekâlâ mümkündür[14]. Kanaatimizce de bu görüşe itibar edilmesi gerekmektedir. Kanun koyucunun asıl borcun kaynaklarını sınırlamaya yönelik bir iradesinin bulunduğu söylenemez. **(i)** TBK m. 179/I'de geçen "sözleşme" ifadesinin, bu şekilde yorumlanması mümkün değildir. Zira TBK m. 179/I, yalnızca ceza koşulunun hükümlerini düzenlemiş; ceza koşulunun kanuni tanımına yer vermemiştir. Durum böyle iken maddede geçen ifadelere sanki bir tanımın unsurlarıymış gibi anlam yüklenmesi isabetsiz olacaktır. "Sözleşme" ifadesi, uygulamada görülme sıklığı sebebiyle örnek kabilinden kullanılmıştır[15]. **(ii)** Diğer yandan *Béguelin*'in genişletici önerisinin reddedilmiş olması da kanun koyucunun sözleşme dışı borçları dışlamak yönünde bir iradesinin bulunduğunu göstermez. Tasarının 1185. maddesinde yer alan ceza koşulu tanımının her tür borcu kapsamasına dair *Béguelin* tarafından sunulmuş öneri gerçekten de reddedilmiştir. Ancak bu önerinin reddedilmesinin sebebi, aynı oturumda ceza koşulu tanımının kanundan tamamen çıkarılmasına dair önerinin kabul edilmiş olmasıdır[16]. Tanımın kanundan tamamen çıkarılması, bu tanım üzerinde yapılacak değişiklikleri gereksiz hale getirmiştir. Bu noktada tanıma ilişkin değişiklik önerilerinin reddinden kanun koyucunun iradesine ilişkin bir anlam çıkarmak imkansız hale gelmiştir[17]. Kaldı ki subjektif tarihi yorum metodu, günümüzde terk edilmiş olan arkaik bir yorum metodudur.

(b) *Oser/Schönenberger*'in başını çektiği yazarlarca iddia edildiğinin aksine, kanaatimizce, sözleşme dışında bir kaynaktan doğmuş olan bir borcun ceza koşuluna bağlanabilmesi için söz konusu borcun ayrıca bir sözleşmeyle taahhüt edilmiş olmasına gerek yoktur[18]. Durum böyle olunca, *Secrétan*'ın bir borcun tâbi olduğu

---

[14] ZK OR-Oser/Schönenberger, Vorbem. zu Art. 160-163 para. 9; BK OR-Becker, Art. 160 para. 3; BSK OR I-Widmer/Constantini/Ehrat, Art. 160 para. 3; CR CO I-Mooser, Art. 160 para. 3; Schoch, s. 13-15; Dimitri Santoro, Die Konventionalstrafe im Arbeitsvertrag, Stämpfli 2001, s. 3; Erdem, Clause pénale, s. 57-61; Couchepin, Clause pénale, para. 50-54; İlhan Helvacı, Turkish Contract Law, Springer 2017, s. 260; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 3; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 343; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1567; Eren, Borçlar Genel, para. 3681; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1009; Bilge, Cezai Şart, s. 60-64; Tunçomağ, s. 9-11; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 73-75; Arkan, s. 81; Akkayan Yıldırım, s. 362-363; Öktem Çevik, Ceza Koşulu, s. 99; Cansel/Özel, s. 717; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 122-124. Sözleşme dışında bir kaynaktan doğmuş yükümlülüklerin ihlaline ilişkin kararlaştırılan sözleşme cezası taahhüdünün, teknik anlamda ceza koşulu olarak değerlendirilemeyeceği; atipik ceza koşulu teşkil ettiği yönünde bkz. Bentele, s. 130.

[15] Erdem, Clause pénale, s. 60; Couchepin, Clause pénale, para. 51;

[16] *Revision des schweizerischen Obligationenrechts: Protokolle der Expertenkommissionen, 1.-3. (Sitzung), vom Mai 1908-März 1909*, 7. Sitzung 12. Oktober 1908.

[17] Erdem, Clause pénale, s. 59-60.

[18] Erdem, Clause pénale, s. 57; Tunçomağ, s. 11; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 75; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 123. Aksi görüş için bkz. ZK OR-Oser/Schönenberger, Vorbem. zu Art. 160-163 para. 9; Schoch, s. 13; Bilge, Cezai Şart, s. 61-62.

rejimin bu şekilde değiştirilmesinin kamu düzenine aykırılık teşkil edeceği yönündeki argümanını değerlendirmeye hiç gerek kalmamaktadır[19]. Ancak yazarın iddiasının aksine, sözleşme dışı bir kaynaktan doğmuş olan borcun tâbi olduğu rejimin değiştirilmesinin önünde topyekûn duracak herhangi bir engel zaten bulunmamaktadır. Belirli bir rejime ilişkin hukuk kurallarının emredici olup olmadığının ve sözleşmeyle aksinin kararlaştırılıp kararlaştırılamayacağının, her bir hukuk kuralı özelinde ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Tarafların, emredici hukuk kuralları ile düzenlenmiş konularda sözleşmesel rejime üstünlük tanıması mümkün olmayacaktır; buna karşılık diğer konular pekâlâ sözleşmesel rejime tâbi kılınabilir. Bu çerçevede borç ilişkisinin tarafları, borç ilişkisinin içeriğini, emredici hukuk kurallarına aykırılık teşkil etmemek kaydıyla diledikleri gibi değiştirebilir[20]. Kaldı ki diğer yandan *Secrétan*'ın iddiası kabul edilecek olursa, TBK m. 133'te düzenlenmiş olan yenileme kurumunun uygulama alanı kanunun öngörmediği biçimde sınırlanmış olacaktır[21].

Sonuç olarak, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden yahut nafaka gibi doğrudan doğruya kanundan kaynaklanan bir borcun ifasına ilişkin olarak ceza koşulu kararlaştırılması mümkündür. Bunun için söz konusu borcun ayrıca bir sözleşmeyle taahhüt edilmiş olmasına gerek de yoktur.

b. Sözleşme Dışında Bir Kaynaktan Doğmuş Borcun İfasına İlişkin Ceza Koşulu Kararlaştırılmasının Sonuçları

Bu noktada haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden yahut nafaka gibi doğrudan doğruya kanundan kaynaklanan bir borcun ifasına ilişkin bir ceza koşulu kararlaştırılmasının sonuçlarını, özel bir sorun olarak ayrıca değerlendirmek gerekmektedir. Örneğin haksız fiilden doğmuş olan bir borcun ifasına ilişkin olarak ceza koşulu kararlaştırılması durumunda, asıl borcun hâlâ haksız fiil rejimine mi yoksa artık sözleşmesel rejime mi tâbi olacağı sorunu doğacaktır. Bu sorunun çözümü bakımından yapılacak değerlendirmede, böyle bir ceza koşulunun iki farklı yapı çerçevesinde kararlaştırılabileceği göz önünde tutulmalıdır. İlk olarak, asıl borcun ifası konusunda herhangi bir taahhütte bulunulmaksızın yalnızca bir ceza

[19] Secrétan, s. 64-69.
[20] Tunçomağ, s. 10; Erdem, Clause pénale, s. 58.
[21] Erdem, Clause pénale, s. 59. Yenilenecek borcun kaynağının öneminin olmadığı yönünde bkz. Denis Piotet, Art. 115, 116, Luc Thévenoz / Franz Werro (ed.), Commentaire romand, Code des obligations I, Art. 1-529 CO, Bâle 2012, Art. 116 para. 5; Işık Önay, Yenileme, İstanbul 2016, s. 77.

koşulu kararlaştırılmış olabilir. İkinci olarak ise asıl borcun ifası bir sözleşmeyle taahhüt edilmişken buna ek olarak bir ceza koşulu kararlaştırılmış olabilir[22].

(1) *Asıl borcun ifası konusunda herhangi bir taahhütte bulunulmaksızın yalnızca bir ceza koşulu kararlaştırılmış olması ihtimali:* Esasen sözleşme dışında bir kaynaktan doğmuş olan bir borcun ifasını ceza koşuluna bağlamak isteyen taraflar, akdettikleri anlaşmaya çoğu zaman asıl borcun ifası konusunda da bir taahhüt ekleyeceklerdir. Örneğin şu anlaşmayı ele alalım: *"(A) ile (B), (A)'nın aracıyla (B)'nin aracına vermiş olduğu zarardan ötürü 5.000 TL ödeyeceği konusunda mutabıktırlar. Borcun 1.10.2020 tarihine kadar ödenmemesi durumunda (A), (B)'ye ek olarak 500 TL sözleşme cezası ödeyecektir."* Görüldüğü üzere bu anlaşma, hem haksız fiilden doğmuş olan borcun ifası konusunda sözleşmesel bir taahhüt hem de ceza koşulu içermektedir. Ancak sözleşme dışında bir kaynaktan doğmuş olan borcu ceza koşuluna bağlayan anlaşmanın asıl borcun ifası konusunda bir taahhüt içermesini gerektiren herhangi zorunluluk bulunmamaktadır. Örneğin şu anlaşmaya bakalım: *"(A), kazadan ötürü (B)'ye karşı olan sorumluluğunun gereğini 1.10.2020 tarihine kadar yerine getirmediği takdirde ek olarak 500 TL sözleşme cezası ödeyecektir."* Bu anlaşmada haksız fiilden doğan borcun ifası konusunda sözleşmesel bir taahhütte bulunulmamış; yalnızca bu borcun ifa edilmemesi durumunda devreye girmesi öngörülen bir ceza koşulu kararlaştırmıştır.

Bu iki örnekten anlaşılması gereken nokta ceza koşulunun kendisinin, asıl borcun ifası konusunda herhangi bir sözleşmesel taahhüt içermediğidir[23]. İşte bu doğrultuda ceza koşulunun, asıl borcun ifası konusunda ayrıca bir taahhüt söz konusu değilken bu borcun tâbi olduğu rejimi değiştirerek sözleşmesel hâle getirmeye tek başına yeterli olup olmayacağı tartışılmalıdır. Bu tartışmanın özü, sözleşme dışı bir kaynaktan hâlihazırda doğmuş olan borca ilişkin olarak ceza koşulu kararlaştırılmasının TBK m. 133 anlamında bir yenileme teşkil edip etmediği noktasında kilitlenmektedir. Kanaatimizce bu ihtimalde, bir yenileme mevcut değildir[24].

---

[22] Tunçomağ, s. 9; Erdem, Clause pénale, s. 57.

[23] Ceza koşulunun kendisinin asıl borcun ifası taahhüdünü içerdiği yönündeki aksi görüş için bkz. Schoch, s. 13; Bilge, Cezai Şart, s. 61-62.

[24] Bir borcun ceza koşuluna bağlanmış olmasının, borcun esas mahiyetini değiştirmeyeceği yönünde bkz. Erdem, Clause pénale, s. 60; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1009; Tunçomağ, s. 11; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 74.

Yenilemenin varlığı bakımından, mevcut bir borç, yeni bir borç ve yenileme iradesi olmak üzere üç unsur aranır[25]. Bu bağlamda asıl belirleyici olan, tarafların ceza koşulu kararlaştırmalarının yenileme iradesi olarak yorumlanıp yorumlanamayacağıdır. Yenileme iradesinin varlığı konusunda kanun, katı bir yaklaşım benimsemiştir. TBK m. 133/I'de yenileme iradesinin varlığının kabul edilebilmesi için şüpheye yer vermeyecek şekilde açıkça anlaşılabilmesi gerektiği düzenlenmiş ve böylelikle yenileme aleyhine genel bir yorum kuralı öngörülmüştür[26]. Asıl borca ilişkin bir ceza koşulu kararlaştırılmasının, kural olarak, eski borcun sona erdirilmesi ve bunun yerine yeni borcun geçirilmesi konusunda şüpheye yer vermeyecek şekilde açık bir irade olarak yorumlanması mümkün değildir. Zira burada mevcut borç ile yeni borç arasında bir bağdaşmama sorunu bulunmamaktadır[27].

Taraf menfaatleri de bu sonucu zorunlu kılmaktadır. Yenileme, eski borca bağlı hak ve borçları sona erdirmekte; eski borca ait savunmaların ileri sürülmesi imkânını ortadan kaldırmaktadır. Sözleşme dışı bir kaynaktan doğmuş olan bir borcun alacaklısı ile borçlusunun, sırf ceza koşulu kararlaştırmakla bu hukuki sonuçları göze aldığı söylenemez.

Sonuç olarak sözleşme dışı bir kaynaktan doğmuş olan borca ilişkin olarak ceza koşulu kararlaştırılması, bu borcun niteliğini değiştirmez. Asıl borç hangi hukuki rejime tâbi ise ona tâbi olmaya devam eder. Ceza koşulundan doğacak olan ferî borç ise asıl borcun aksine sözleşmesel nitelik taşıyacaktır.

(2) *Asıl borcun ifası bir sözleşmeyle taahhüt edilmiş ve buna ek olarak bir ceza koşulu kararlaştırılmış olması ihtimali:* Sözleşme dışı bir kaynaktan doğmuş olan asıl borcun ifasının sözleşmeyle taahhüt edilmesi, tarafların iradesine göre iki farklı sonuca yol açabilir[28]:

(a) Tarafların asıl borcun ifası konusundaki anlaşmaları bir yenileme iradesi taşıyorsa, TBK m. 133 anlamında bir yenileme söz konusu olur. Sözleşme dışı kaynaktan doğmuş olan eski borç sona erer; bunun yerine sözleşmesel borç

[25] Önay, s. 77.
[26] Önay, s. 111-112.
[27] Yeni içeriğin mevcut borçla bağdaştığı hâllerde yenileme iradesinin tespiti bakımından bağdaşmama ilkesi hakkında bkz. Önay, s. 116-120. Ayrıca bkz. CR CO I-Piotet, Art. 116 para. 6.
[28] *Erdem,* bu ihtimallerin yalnızca birincisinden bahsetmekte; asıl borcun ifasının sözleşme ile taahhüt edilmesinin yenilemeye yol açacağını belirtmektedir (Erdem, Clause pénale, s. 58).

niteliğinde yeni bir borç doğar[29]. Örneğin haksız fiilden doğmuş bir borca ilişkin olarak aralarında sulh sözleşmesi yapan taraflar, haksız fiil bağlamındaki savunmaların devreye girmeyeceği temiz bir sayfa açma ve aralarındaki ilişkiyi yeni bir hukuki temele oturtma iradesine sahiptir[30]. Buna bağlı olarak haksız fiilden doğan borç sona erer; bunun yerine sözleşmesel nitelikte bir borç doğar. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de böyle bir sulh sözleşmesinin İsvBK m. 116 (TBK m. 133) anlamında yenileme niteliğinde olduğuna karar vermiştir[31]. Sonuç olarak bu ihtimalde ceza koşulunun ilişkin olduğu asıl borç, sözleşmesel nitelikte olacaktır.

(b) Sözleşme dışı kaynaktan doğmuş olan asıl borç, TBK m. 133 anlamında bir yenilemeye konu olmamışsa eski borç varlığını sürdürür. Bu ihtimalde tarafların iradesine göre, iki farklı durum söz konusu olabilir. **(i)** Taraflar sözleşme dışı kaynaktan doğmuş borcun yanı sıra, onunla birlikte kümülatif olarak varlığını sürdürecek sözleşmesel nitelikte ikinci bir borç yaratmıştır. Bu borçlar arasında, ifa uğruna edim ilişkisinin bulunduğu söylenebilir. **(ii)** Taraflar sözleşme dışı kaynaktan doğmuş olan borcu, bir tadil sözleşmesi ile değiştirmiştir. Bu durumda borç, sözleşmesel nitelik kazanmaz; asıl kaynağını korumayı sürdürür. Örneğin haksız fiilden doğan borcun ifa yerine veya vadeye bağlanmasına ilişkin bir anlaşma, borcun kaynağını değiştirmez[32].

Hem (a) durumunda hem de (b) durumunda ceza koşulundan doğan ferî borç, sözleşmesel nitelik taşıyacaktır.

2. Asıl Borcun Konusu

a. Kural: Sözleşme Serbestisi

Kural olarak her tür borcun ifasına ilişkin olarak ceza koşulu kararlaştırılabilir; bu konuda sözleşme serbestisi ilkesi geçerlidir[33]. Ceza koşuluna bağlanmış borcun konusunu, verme, yapma veya yapmama (katlanma/kaçınma)

[29] Sözleşme dışı kaynaktan doğmuş olan bir borcun yenilemeye konu olması durumunda ortaya çıkacak yeni borcun daima sözleşmesel nitelik taşıyacağı yönünde bkz. Önay, s. 77.
[30] Önay, s. 129.
[31] ATF 105 II 273, c. 3a.
[32] Önay, s. 129.
[33] OFK OR-Wuffli, Art. 160 para. 5; KUKO OR-Pietruszak, Art. 160 para. 4; Bentele, s. 24; Couchepin, Clause pénale, para. 55; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1567; Akkayan Yıldırım, s. 366; Cansel/Özel, s. 716; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 23.

edimi teşkil edebilir[34]. Asıl borcun ekonomik bir değer taşıması zorunlu değildir; ekonomik değer taşımayan edimlerin ifasına ilişkin olarak da ceza koşulu kararlaştırılabilir[35]. Keza kendisi koşula bağlı olan bir borcun ceza koşuluna bağlanabileceğinde tereddüt etmemek gerekir[36].

Ceza hukuku tarafından suç olarak tanımlanmış ve yasaklanmış bir fiilin gerçekleştirilmeyeceğine ilişkin bir taahhüdün ceza koşuluna bağlanmasının önünde de kanaatimizce herhangi bir engel bulunmamaktadır[37]. Söz konusu fiili gerçekleştiren ve taahhüdüne aykırı davranan borçlu, hem ceza hukuku yaptırımına maruz kalacak hem sözleşme cezasından sorumlu olacaktır[38].

Ceza koşulu uygulamada genellikle sözleşmeye tipini veren karakteristik edim borçlusu aleyhine bu edimin ifasına ilişkin olarak kararlaştırılır. Ancak böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Sözleşme taraflarından herhangi biri yahut her ikisi aleyhine ceza koşulu kararlaştırılmış olması mümkündür[39]. Ayrıca asli edim yükümlülüklerinin yanı sıra; yan edim yükümlülüklerinin ve yan yükümlerin de ceza koşuluna bağlanabileceğini kabul etmek gerekmektedir[40]. Sonuç olarak bir borç ilişkisinin tamamını veya o ilişkiden doğan borçlardan birini veya birkaçını ceza koşuluyla teminat altına almak mümkündür[41]. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararında, ceza koşulunun, bir sözleşmeden doğan borçların ihlal edilmesi ihtimalini genel olarak kapsayacak şekilde kararlaştırılabileceği; belirli bir borcun ihlal edilmesi ihtimaline indirgenmesine gerek olmadığı ifade edilmiştir[42].

---

[34] Bentele, s. 30; Erdem, Clause pénale, s. 62; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 343; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1570; Arkan, s. 80; Öktem Çevik, Ceza Koşulu, s. 99.

[35] ZK OR-Oser/Schönenberger, Art. 161 para. 2; BK OR-Becker, Art. 161 para. 1; OFK OR-Wuffli, Art. 160 para. 5; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 160 para. 2; KUKO OR-Pietruszak, Art. 161 para. 2; Erdem, Clause pénale, s. 12-13; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 9; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 344; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1008; Bilge, Cezai Şart, s. 110; Tunçomağ, s. 7; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 29.

[36] Bentele, s. 27; Erdem, Clause pénale, s. 13; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 8; Eren, Borçlar Genel, para. 3683; Berki, s. 290; Bilge, Cezai Şart, s. 50; Tunçomağ, s. 7; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 75; Cansel/Özel, s. 718; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 28.

[37] BK OR-Becker, Art. 160 para. 3; Tunçomağ, s. 11; Arkan, s. 81.

[38] BK OR-Becker, Art. 160 para. 16.

[39] Erdem, Clause pénale, s. 63; Bilge, Cezai Şart, s. 113.

[40] Erdem, Clause pénale, s. 63; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 24; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1009. Bağımsız olarak dava edilmesi mümkün olmayan yan yükümlerin ihlaline ilişkin kararlaştırılan sözleşme cezası taahhüdünün, teknik anlamda ceza koşulu olarak değerlendirilemeyeceği; atipik ceza koşulu teşkil ettiği yönünde bkz. Bentele, s. 129.

[41] Erdem, Clause pénale, s. 13-14; Bilge, Cezai Şart, s. 113.

[42] ATF 135 III 433, c. 4.1-4.2.

i. Para Borçları

Para borçları için kararlaştırılan ceza koşulu, bünyesinde çeşitli tartışmaları barındıran bir konudur. Bu konudaki tartışmalar, temerrüdün para borçlarına ilişkin özel sonucu olarak kanunda düzenlenmiş temerrüt faizi ile bağlantılıdır.

Her şeyden önce para borçları için ceza koşulu kararlaştırılmasının mümkün olduğunu açığa kavuşturmak gerekmektedir. Yargıtay'ın eski tarihli bazı kararlarında, bu konuda aksi görüşe itibar edilmiş ve para borçları için kararlaştırılan ceza koşulunun geçersiz kabul edilmiştir[43]. Bu kararlar, kendi içlerinde de çelişkiler barındırmakta; para borçları için kararlaştırılan ceza koşulunun niçin geçersiz kabul edilmesi gerektiği konusunda net bir gerekçe ortaya koyamamaktadır. Ancak kararların temelinde mevcut olan genel kaygı, para borçlarının ceza koşuluna bağlanmasına izin verilmesinin fahiş faiz uygulamalarına yol açabileceği düşüncesidir.

Günümüzde ise öğreti ile yargı uygulaması, para borçlarının ifasını teminat altına almak üzere ceza koşulu kararlaştırılabileceği konusunda neredeyse hemfikirdir[44]. Kanaatimizce de bu yöndeki ceza koşullarının geçerli kabul edilmesi

---

[43] Bu Yargıtay kararlarının genel sunumu için bkz. Akar Öcal, "Para Borçlarında Cezai Şart Hakkında Yargıtay'ın Görüşleri", Adalet Dergisi Y. 52 S. 5 (1961), s. 525 vd.; Mustafa Reşit Karahasan, "Para Borçlarında Cezaî Şart", İstanbul Barosu Dergisi C. XL S. 10 Medeni Kanunun 40. Yıldönümü Özel Sayısı (1966), s. 469 vd. Örneğin Yarg. HGK T. 16.7.1930 (Öcal, Para Borçları, s. 525); Yarg. HGK, T. 16.8.1936 (Öcal, Para Borçları, s. 525-526); Yarg. 4. HD, T. 22.12.1947 E. 1947/7284 K. 1947/5387 (Öcal, Para Borçları, s. 526); Yarg. 4. HD, E. 1964/1042 K. 1965/85 T. 12.11.1965 (Karahasan, Para Borçları, s. 474-475); Yarg. 4. HD, E. 1964/6592 K. 1965/5919 T. 15.11.1965 (Karahasan, Para Borçları, s. 475); Yarg. 4. HD, E. 1964/9146 K. 1965/6973 T. 7.12.1965 (Karahasan, Para Borçları, s. 476-477). Yargıtay'ın aksi yönde hüküm kurduğu ve para borcu için kararlaştırılan ceza koşulunu geçerli kabul ettiği bir kararı için bkz. Yarg. 4. HD, E. 1959/3257 K. 1960/2107 T. 22.2.1960 (Karahasan, Para Borçları, s. 474). Yargıtay'ın bu çelişkili kararlarına istinaden öğretide bir İçtihadı Birleştirme Kararının gerekli olduğu ifade edilmiştir; bkz. Tunçomağ, s. 8 dn. 8; Öcal, Para Borçları, s. 527; Kemal Oğuzman, "Mahkeme Kararları Kroniği; B - Hususi Hukuk; 2 – Borçlar Hukuku; Para torçlarında Cezaî Şart - İçtihadı Birleştirme kararı Lüzumu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası C. 28 S. 1 (1962), s. 276 vd., s. 277.

[44] Erdem, Clause pénale, s. 73; İ. Helvacı, s. 260; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1571; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1009; Bilge, Cezai Şart, s. 64-66; Tunçomağ, s. 8-9; Arkan, s. 80; Akar Öçal, Türk Hususi Hukukunda Gecikme Faizi, İstanbul 1965, s. 34-35; Karahasan, Para Borçları, s. 487-491 ve 494; Nami Barlas, Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul 1992, s. 128 dn. 380; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 68; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 117-118; E. Saba Özmen / Türkan Aktaş, "Türk Hukuku Açısından Para Borçlarında Temerrüt Faizi Yanında Ceza Koşulu Talep Edilebileceğine İlişkin Yargıtay Kararlarının Eleştirisi", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Y. 2018 S. 1, s. 39 vd., s. 49; Sanlı, s. 364. Yarg. 13. HD, E. 1995/3746 K. 1995/3964 T. 18.4.1995 (Kazancı): "*(...) geçerli olan her sözleşmede ceza koşulu kararlaştırılabilir. Bu kural Borçlar Yasası'nda tanımı yapılan sözleşmelerin serbestliği ilkesine dayanmaktadır. O nedenle para borçlarının ödenmesine ilişkin sözleşmelerde de ceza koşulu kararlaştırılabilir*." Aynı yönde bkz. Yarg. 13. HD, E. 2001/12108 K. 2002/5193 T. 6.5.2002 (Kazancı); Yarg. HGK, E. 1989/11-14 K. 1989/260 T. 12.4.1989 (Uçar, s.

gerekmektedir. Zira kanunda, para borcu konusunda ceza koşulu kararlaştırılmasını engelleyecek doğrudan veya dolaylı bir sınırlama bulunmamaktadır. Durum böyleyken para borçlarının da ceza koşuluna bağlanabilmesi, sözleşme serbestisi ilkesinin bir gereğidir[45].

Bu noktada para borçlarında temerrüdün özel bir sonucu olarak temerrüt faizinin düzenlenmiş olmasının, ceza koşulu karşısında dolaylı bir engel oluşturabileceği fikri akla gelebilir. Aslında temerrüt faizi, tıpkı ceza koşulunda olduğu gibi, alacaklının zarara uğramış olup olmamasından bağımsız olarak gündeme gelen götürü bir ödeme yükümlülüğüdür. Alacaklı, hiçbir zarara uğramamış olsa dahi temerrüde düşen borçludan temerrüt faizi ödemesini talep edebilecektir. Bu durum, ceza koşulunun işlevinin para borçları özelinde temerrüt faizi ile yerine getirilebileceği düşüncesine zemin hazırlamaktadır. Fakat böyle bir düşünce isabetsizdir. Temerrüt faizi, ceza koşulunun para borçları konusundaki işlevini yerine getirmek konusunda şu sebeplerle yetersiz kalır. **(1)** Bir kere ceza koşulunun işlevi, alacaklının zararının götürü olarak telafisi ile sınırlı değildir. Bunun ötesinde, borçluyu gereği gibi ifa konusunda zorlayıcı işlev görür[46]. Zaten ceza koşuluna asıl karakterini veren alacaklının uğrayabileceği zararı götürü olarak telafi etmek değil; borçluyu ifa konusunda zorlamaktır. Bu itibarla ceza koşulunun ifa konusunda yaratabileceği baskı, temerrüt faizinin yaratabileceği baskıya kıyasla çok daha güçlüdür[47]. **(2)** Kaldı ki ceza koşulunun alacaklıya zararını götürü olarak telafi etmek üzere sunduğu pencere temerrüt faizine kıyasla daha geniştir. Para borcunun zamanında ifa edilmemesi neticesinde alacaklının uğrayacağı zarar, temerrüt faizini aşabilir. Alacaklı bu aşkın zararın tazminini, TBK m. 122 uyarınca ancak zararını ispatlamak koşuluyla talep edebilecektir. İşte ceza koşulu bu noktada devreye girer ve aşkın zararın ispatına gerek olmaksızın götürü olarak telafi edilebilmesi olanağını sunar[48]. Taraflar bir ceza koşulu kararlaştırmak ve sözleşme cezası miktarını aşkın

---

51); Yarg. 15. HD, E. 1984/4407 K. 1985/1614 T. 13.5.1985 (Kazancı). Para borçlarına ilişkin ceza koşulu kararlaştırılmasının sakıncalı olduğu ve TBK m. 346'daki ceza koşulu yasağının kira sözleşmesi dışındaki sözleşmelerden doğan para borçlarına da kıyasen uygulanması gerektiği yönünde aksi görüş için bkz. Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 24-26.

[45] Bilge, Cezai Şart, s. 64-65; Tunçomağ, s. 8; Karahasan, Para Borçları, s. 491; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 70.

[46] Öçal, Gecikme Faizi, s. 34; Bilge, Cezai Şart, s. 64; Karahasan, Para Borçları, s. 488; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 69.

[47] Mehmet Helvacı, Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı, İstanbul 2000, s. 90.

[48] Erdem, Clause pénale, s. 74; Bilge, Cezai Şart, s. 66; Tunçomağ, s. 8; Karahasan, Para Borçları, s. 488; Kocaağa, s. 69-70.

zararı götürü olarak telafi edecek şekilde belirlemek suretiyle, alacaklıyı aşkın zararı ispat yükünden kurtarmış olacaklardır. **(3)** Ayrıca bir para borcunun ifasına ilişkin kararlaştırılabilecek ceza koşulunun uygulama alanının, temerrüt faizininkine kıyasla daha geniş olabileceği unutulmamalıdır[49]. Temerrüt faizi ödeme yükümlülüğü, yalnızca nitelikli bir gecikme hâli olan temerrüt durumunda doğar. Oysa tarafların temerrüt teşkil etmeyen gecikmelere yahut başkaca ihlallere (örneğin borçlunun para borcunu nakit para ile ifa etmesi kararlaştırılmışken banka havalesi yapmasına) ilişkin olarak ceza koşulu kararlaştırmaları mümkündür.

Tüm bu hususlar bir kenara bırakılacak olsa bile, taksitle satışlar ile ön ödemeli satışlarda kararlaştırılacak sözleşme cezası miktarının satış bedelinin %10'unu geçemeyeceğini hüküm altına alan TBK m. 260/II c. 2 ve TBK m. 271/III c. 2, kanunun para borçlarında ceza koşuluna cevaz verdiğinin açık bir göstergesidir[50].

Sonuç olarak, para borçlarının ifası konusunda tarafların ceza koşulu kararlaştırmaları mümkündür. Uygulamada da bu gibi ceza koşullarına sıklıkla rastlanmaktadır. Ancak para borçlarına ilişkin ceza koşulu uygulaması bu defa, sözleşme cezası ile asıl borç için işlemiş temerrüt faizinin birlikte talep edilip edilemeyeceği ve sözleşme cezası talebinin TBK m. 120/II uyarınca herhangi bir sınırlamaya takılıp takılmayacağı sorusunu gündeme getirmektedir.

(1) Alacaklının asıl borç için işlemiş temerrüt faizi ile sözleşme cezasını birlikte talep edip edemeyeceği sorunu

Öncelikle alacaklının asıl borç için işlemiş temerrüt faizi ile sözleşme cezasını birlikte talep etme ihtimali, kanaatimizce yalnızca ifaya eklenen ceza koşulu bağlamında gündeme gelir. Seçimlik ve münhasır ceza koşullarından doğan sözleşme cezasının, yapısı gereği, temerrüt faizi ile aynı anda talep edilmesi mümkün değildir. Taraflar *seçimlik ceza koşulu* kararlaştırdıkları takdirde alacaklı, ya asıl borcun ya da sözleşme cezasının ifasını talep edebilecektir. Bu durumda seçimini asıl borçtan yana yapan alacaklı, kanun tarafından asıl borcun yanında onunla birlikte talep edilmek üzere tasarlanmış diğer hukuki çarelerden de doğal olarak istifade edebilir. Nitekim

[49] Erdem, Clause pénale, s. 74; Öçal, Gecikme Faizi, s. 34; Karahasan, Para Borçları, s. 488; M. Helvacı, s. 90.
[50] Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 71.

bir para borcunun borçlusu temerrüde düşmüşse alacaklı, asıl borcun ifası ile birlikte asıl borç için işlemiş temerrüt faizini de talep edebilecektir[51]. Buna karşılık alacaklı seçimini sözleşme cezasından yana kullanırsa, yalnızca sözleşme cezasını ve TBK m. 180/II uyarınca aşkın zararın tazminini talep edebilir. Asıl borcu talep edemeyeceği gibi, kanun tarafından asıl borcun yanında onunla birlikte talep edilmek üzere tasarlanmış diğer hukuki çarelerden ve bu çerçevede temerrüt faizinden istifade edemez[52]. Görüldüğü üzere seçimlik ceza koşulunda, asıl borç için işlemiş temerrüt faizi ile sözleşme cezasının aynı talepte buluşması zaten mümkün değildir. Keza *münhasır ceza koşulu* bakımından da benzer bir durum söz konusudur. Böyle bir ceza koşulu mevcutsa alacaklı, sözleşme cezasının muacceliyetiyle birlikte asıl borcun ifasını talep etme ve kanun tarafından asıl borcun yanında onunla birlikte talep edilmek üzere tasarlanmış temerrüt faizi gibi diğer hukuki çarelerden istifade etme hakkını kaybeder. Sadece sözleşme cezasını ve TBK m. 180/II uyarınca aşkın zararın tazminini talep edebilir. Bu itibarla münhasır ceza koşulunda da temerrüt faizi ile sözleşme cezası aynı talepte buluşamaz.

Alacaklının asıl borç için işlemiş temerrüt faizi ile sözleşme cezasını birlikte talep edip edemeyeceği tartışması, yalnızca *ifaya eklenen ceza koşulu* bağlamında anlam taşır. Taraflar ifaya eklenen ceza koşulu kararlaştırdıkları takdirde, alacaklı hem asıl borcun hem de sözleşme cezasının ifasını talep edebilecektir. Alacaklının bunlara ek olarak ayrıca, asıl borcun yanında talep edilmek üzere kanunda öngörülmüş diğer hukuki çarelerden de faydalanıp faydalanamayacağı ise tartışmalıdır.

Katıldığımız çoğunluk görüşü uyarınca alacaklının, asıl borç ve sözleşme cezasına ek olarak ayrıca TBK m. 118 uyarınca gecikme tazminatı talep edebilmesi mümkün değildir[53]. Alacaklının sözleşme cezasını aşan bir zararı söz konusuysa,

---

[51] Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 257.

[52] Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 263-264. Alacaklının seçimini kendisinden yana kullandığı sözleşme cezasının zararı telafi etmekte yetersiz kaldığı durumda, temerrüt faizinin aşkın zararın tazmini kapsamında talep edilebileceği yönündeki aksi görüş için bkz. Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 118 dn. 381.

[53] KUKO OR-Pietruszak, Art. 160 para. 12; Bentele, s. 95; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1622; H. Nomer, para. 240.3; Ozanoğlu, s. 42; Arkan, s. 91; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 304; Karagöz, Cezai Şart, s. 49; Dirican, s. 125; Cansel/Özel, s. 727. Aynı yönde bkz. Yarg. 13. HD, E. 1984/2071 K. 1984/2917 T. 17.4.1984 (Kazancı). Genel olarak sözleşme cezası miktarının zarar miktarından düşüleceği yönünde bkz. CR CO I-Mooser, Art. 161 para. 3; OFK OR-Wuffli, Art. 161 para. 5. Alacaklının uğradığı zararın sözleşme cezasını aşmadığı müddetçe ayrıca talep edilemeyeceği yönünde bkz. CHK OR-Pellanda Katja, Art. 161 para. 6. *Kapancı* ise konuya ilişkin detaylı bir inceleme yaptığı makalesinde öğretiden ayrık bir görüş geliştirmiş ve alacaklının asıl borç ile

yalnızca bu aşkın zarar TBK m. 180/II uyarınca tazmin edilecektir[54]. Zira ceza koşulunun asıl işlevi, borçluyu borcunu ifa konusunda zorlamak olsa bile; ikincil işlevi de borçlu buna rağmen borcunu ifa etmeyecek olursa meydana gelecek zararı götürü olarak tazmin etmektir. Başka bir deyişle ceza koşulu, normalde gecikme tazminatının telafi edeceği zararı herhangi bir ispata gerek olmaksızın telafi eder. Alacaklının sözleşme cezasının yanında ayrıca gecikme tazminatı talep edebilmesine olanak tanımak, aynı zararın ikinci kere telafi edilmesi anlamına gelecektir. Yani bir "ikinciye tazmin" durumu ortaya çıkar. Oysa gecikme tazminatının varlık amacı, mevcut ve başkaca bir hukuki çare ile telafi edilmemiş bir zararın telafi edilmesidir. Bir zarar sözleşme cezası ile telafi edildiğinde, artık gecikme tazminatı talebi için aranan zarar şartı ortadan kalkmış demektir. Durum böyleyken ceza koşulunun gecikme tazminatından ayrı ve ekstra bir hukuki çare sunduğunu iddia etmek, hem ceza koşulunun hem gecikme tazminatının doğasına aykırıdır. Asıl borç ve ifaya eklenen sözleşme cezasını talep eden alacaklı, aksi kararlaştırılmadıkça, ayrıca gecikme tazminatı talep edemez.

Ancak temerrüt faizi bakımından, gecikme tazminatından farklı bir değerlendirme yapılması gerektiğini düşünmekteyiz. Kanaatimizce alacaklı asıl borç ve sözleşme cezasının ifasını talep ederken, ayrıca asıl borca işlemiş temerrüt faizini de talep edebilecektir[55]. Yargıtay kararlarında da alacaklının ifaya eklenen sözleşme

---

sözleşme cezasına ek olarak gecikme tazminatı da talep edebileceğini savunmuştur (Kapancı, Sözleşme Cezası, s. 675-676). İfaya eklenen sözleşme cezası ile olumlu zararın tazmini talebinin aynı anda ileri sürülebileceği yönünde bkz. Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 78; Aksoy, s. 1004 dn. 31.

[54] Örneğin 10.000 TL sözleşme cezası kararlaştırılmış olsun. (1) Alacaklı 2.000 TL zarara uğradığı takdirde, yalnızca asıl borç + 10.000 TL sözleşme cezasını talep edebilir. Bunun üstüne bir de 2.000 TL gecikme tazminatı talep edemez; o zarar zaten sözleşme cezasıyla telafi edilmiştir. (2) Alacaklı 15.000 TL zarara uğradığı takdirde, yalnızca asıl borç + 10.000 TL sözleşme cezası + TBK m. 180/II uyarınca 5.000 TL aşkın zarar tazminatı talep edebilir. Bunun üstüne ayrıca gecikme tazminatı talep etmesi düşünülemez. Bu konuda detaylı açıklamalarımız için bkz. s. 350-351.

[55] M. Helvacı, s. 90-91; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 269-270; Özmen/Aktaş, s. 49-50. *Kapancı,* alacaklının asıl borç ile sözleşme cezasına ek olarak gecikme tazminatı da talep edebileceğini; para borçlarında gecikme tazminatının kısmen yerini alan temerrüt faizinin de yine asıl borç ile sözleşme cezasına ek olarak talep edilmesine imkân tanınması gerektiğini belirtmektedir (Kapancı, Sözleşme Cezası, s. 676-677). Kanaatimizce *Kapancı*'nın görüşü, temerrüt faizi bakımından vardığı sonuç doğru olmakla birlikte; izlediği yol itibarıyla isabetsizdir. Asıl borç için işlemiş temerrüt faizi ile sözleşme cezasının kural olarak birlikte talep edilemeyeceği; böyle bir kümülatif talebin ancak tarafların bu yönde bir anlaşma yapmış olmaları durumunda kabul edileceği yönündeki aksi görüş için bkz. İ. Helvacı, s. 260; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1571; Arkan, s. 80; Dirican, s. 165. Asıl borç için işlemiş temerrüt faizinin, ancak kararlaştırılan sözleşme cezasını aştığı ölçüde talep edilebileceği yönündeki aksi görüş için bkz. Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 119. Gecikme süresine bağlı olarak artan bir sözleşme cezası kararlaştırılmışsa, temerrüt faizinin ancak sözleşme cezasını aştığı ölçüde talep edilebileceği; buna karşılık gecikme süresine bağlı olmaksızın kararlaştırılan sözleşme cezası ile temerrüt faizinin herhangi bir mahsup söz konusu olmaksızın kümülatif olarak istenmesinin mümkün olduğu yönündeki aksi görüş için bkz. Koller, Konventionalstrafe, para. 144; Couchepin, Clause pénale, para. 1181-1184.

cezasının yanında asıl borç için işlemiş temerrüt faizini talep edebileceği kabul edilmektedir[56]. Böyle bir kümülatif talebin ileri sürülebilmesi bakımından tarafların ayrıca bir anlaşma yapmış olmaları aranmamalıdır. **(1)** Ceza koşulu ile temerrüt faizi, işlevleri kısmen örtüşse bile birbirlerinden bağımsız özellik taşıyan hukuki kurumlardır. Dolayısıyla birinin talep ediliyor olması, öbürünün talebinin önünde engel yaratmaz. Temerrüt faizi borçlu temerrüdünün para borçlarına ilişkin özel bir sonucu olarak kanun tarafından alacaklı lehine tanınmış bir hukuki çare olup; koşulları kanunda düzenlenmiştir. Salt bir ceza koşulu kararlaştırılmış olması, kaynağını kanunda bulan bu hukuki çarenin taraflarca bertaraf edildiği yönünde yorumlanamaz. Temerrüt faizi borçlunun para borcunu ödemekte temerrüde düşmesi üzerine kanun gereği kendiliğinden işlemeye başlar. Alacaklının sözleşme cezasına ek olarak işlemiş temerrüt faizi talep etmesini istemeyen taraflar, bunu ayrıca kararlaştırmış olmalıdır. **(2)** Gecikme tazminatında karşımıza çıkan "ikinciye tazmin" sorunu, temerrüt faizi bakımından gündeme gelmez. Aslında temerrüt faizi, para borçlarında kısmen gecikme tazminatının yerini alır. Fakat zarar kavramını merkez alan gecikme tazminatından farklı olarak, temerrüt faizi talebi bakımından alacaklının zarara uğramış olması aranmaz. Temerrüt faizi gerçekte mevcut olan bir zararın telafisi amacını taşımadığı için, sözleşme cezası ile aynı talepte buluşması sorun yaratmayacaktır.

Sonuç olarak alacaklı, asıl borcun ve ifaya eklenen sözleşme cezasının yanında asıl borç için işlemiş temerrüt faizini de talep edebilir. Ancak sözleşme cezası ile asıl borç için işlemiş temerrüt faizinin bir araya gelmelerine rağmen alacaklının borcun zamanında ifa edilmemesi sebebiyle uğramış olduğu zararı karşılamak konusunda yetersiz kalmaları mümkündür. Böyle bir durumda alacaklı, aşkın zararın tazminini talep edebilecektir. Alacaklı, temerrüt faizini aşan zarar konusundaki TBK m. 122 ve sözleşme cezasını aşan zarar konusundaki TBK m. 180/II'den dilediğine başvurmakta serbesttir[57]. Ancak alacaklı açısından daha avantajlı olan, TBK m. 122'den istifade etmek olacaktır. Zira TBK m. 122 uyarınca borçlunun aksini ispat etmediği müddetçe kusurlu olduğu karinesi kabul

[56] Yarg. 13. HD, E. 1990/3873 K. 1990/8018 T. 30.11.1990 (Kazancı): *"Faiz ile ceza şartı farklı şeylerdir. Zarar faiz ile karşılandığından cezanın istenemeyeceği düşüncesi yanlıştır."* Ayrıca bkz. Yarg. 3. HD, E. 2003/6978 K. 2003/7091 T. 2.6.2003 (Kazancı); Yarg. 13. HD, E. 1995/3746 K. 1995/3964 T. 18.4.1995 (Kazancı); Yarg. 13. HD, E. 1995/5223 K. 1995/5284 T. 30.5.1995 (Kazancı).

[57] Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 271.

edilmekteyken; TBK m. 180/II uyarınca alacaklı borçlunun kusurlu olduğunu ispat etmek durumunda kalacaktır[58]. Her hâlükârda alacaklı, temerrüt faizi veya ceza koşulu ile telafisini sağladığı bir zararı aşkın zarar kapsamında tekrar tazminat talebine konu ederek "ikinciye tazmin" durumu yaratmamalıdır. Örneğin asıl borç için işlemiş temerrüt faizi 5.000 TL ve ifaya eklenen sözleşme cezası 5.000 TL iken gecikme neticesinde 20.000 TL zarara uğrayan alacaklı, aşkın zararın tazmini kapsamında yalnızca 10.000 TL talep edebilir[59].

(2) Sözleşme cezasının TBK m. 88/II ve TBK m. 120/II uyarınca sınırlamaya tâbi olup olmadığı sorunu

2012 yılında yürürlüğe giren TBK, daha evvel mevzuatımızda mevcut olmayan önemli bir değişiklik yapmış ve taraflarca kararlaştırılabilecek faiz oranına ilişkin kesin üst sınırlar belirlemiştir[60]. Anapara faizine ilişkin üst sınırı belirleyen TBK m. 88/II uyarınca, *"Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık faiz oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamaz."*[61] Temerrüt faizine ilişkin üst sınır ise TBK m. 120/II'de belirlenmiştir; buna göre *"Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz."*[62] Söz konusu hükümlerin her ikisi de emredici niteliktedir; aksi kararlaştırılamaz. Taraflar arasındaki sözleşmede bu üst

[58] Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 271.

[59] Barlas, s. 223.

[60] TBK yürürlüğe girmeden önce, tüketici hukuku mevzuatındaki istisnai düzenlemeler hariç olmak üzere, mevzuatımızda taraflarca kararlaştırılabilecek faiz oranına ilişkin böyle kesin bir sınırlama bulunmamaktaydı. Ancak yine de tarafların bu konuda tam bir serbesti içinde bulunduklarını söylemek mümkün değildi. Zira taraflarca kararlaştırılacak faiz oranının kişilik hakkına veya genel ahlaka aykırı nitelik taşımaması yahut aşırı yararlanma hükümlerinin uygulanmasına sebep verecek nitelikte olmaması gerekmekteydi. Nitekim Yargıtay'ın eBK dönemindeki uygulamasını yansıtan bir kararı uyarınca, "*mahkemece yapılması gereken iş, (...) olayda gabinin objektif ve sübjektif unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin veya uygulanan faiz oranlarının ahlaka aykırılık oluşturacak derecede fahiş olup olmadığının veyahut da olayda davacının sözleşme çerçevesinde faiz istemesinin Medeni Kanun'un 2. maddesi anlamında objektif iyi niyet kuralına aykırılık teşkil edip etmediğinin belirlenmesi ve ortaya çıkacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmesidir*" (Yarg. HGK, E. 2005/11-459 K. 2005/480, 21.9.2005 (Kazancı)).

[61] Bahsi geçen birinci fıkradaki kanuni anapara faizi oranı, Faiz Kanunu m. 1 uyarınca %9'dur. Buna göre tarafların kararlaştırdıkları anapara faizi oranının %13,5'i aşmaması gerekmektedir.

[62] Bahsi geçen birinci fıkradaki kanuni temerrüt faizi oranı, Faiz Kanunu m. 2 uyarınca %9'dur. Buna göre tarafların kararlaştırdıkları temerrüt faizi oranının %18'i aşmaması gerekmektedir. Bununla birlikte, ticari işlerdeki kanuni temerrüt faizi oranının hesaplanması konusunda bir özellik bulunmaktadır. Alacaklı bazı koşulların varlığı hâlinde temerrüt faizinin kısa vadeli avanslar için uygulanan faiz üzerinden hesaplanmasını isteyebilir (Faiz Kanunu m. 2/II). 31.12.2021 tarihinden bu yana ticari işlerdeki kanuni temerrüt faizi oranı yıllık %15,75'tir. Borçlunun kısa vadeli avanslar için uygulanan oran üzerinden hesaplanmış bir faiz ödeme yükümlülüğü altına girmesi için, alacaklının bu yönde açık bir talepte bulunmuş olması gerekmektedir. Buna göre tarafların ticari işler için kararlaştırdıkları temerrüt faizi oranının %31,5'i aşmaması gerektiği düşünülebilir. Fakat söz konusu faiz sınırlamalarının ticari işlerde uygulama alanı bulup bulmayacağı tartışmalıdır.

sınırları aşan ölçüde bir faiz oranı kararlaştırıldığı durumda ise aşan kısım budanacak ve faiz oranı sanki üst sınırdan kararlaştırılmış gibi geçerli kabul edilecektir[63]. TBK m. 88/II ile TBK m. 120/II'deki bu sınırlamaların ticari işlerde söz konusu olacak ticari faizler açısından uygulama alanı bulup bulmayacağı, öğretide tartışmalıdır[64]. İlk etapta ortaya çıkan birbirine karşıt bazı kararlardan sonra Yargıtay'ın uygulaması, ticari işlerde faiz oranının söz konusu sınırlamalar dikkate alınmaksızın serbestçe kararlaştırılabileceği yönünde gelişmiştir[65].

Bu faiz sınırlamalarının, para borcunun ifasına ilişkin kararlaştırılacak olan ceza koşulları bakımından herhangi bir etkiye sahip olup olmadığı ayrıca değerlendirilmesi gereken bir meseledir[66].

Öğretide bazı yazarlar, söz konusu sınırlamaların ceza koşulu bakımından uygulanmayacağını savunmaktadır[67]. Buna göre sözleşme cezası, TBK m. 88/II ile TBK m. 120/II'de öngörülmüş olan faiz sınırlamalarını aşsa dahi geçerli kabul edilmelidir. Buna karşılık diğer yazarlar, faizin de ceza koşulunun da amacının

---

[63] Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 312. Burada kısmi hükümsüzlüğün özel bir türü olan düşey kısmi hükümsüzlük bulunmaktadır. Düşey kısmi hükümsüzlük kavramı hakkında bkz. Nagehan Kırkbeşoğlu, Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, İstanbul 2011, s. 220 vd.

[64] Sınırlamaların ticari işler bakımından uygulama alanı bulmaması gerektiği yönünde bkz. Rona Serozan, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm Üçüncü Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 2014, §8 para. 10a ve 10b; H. Nomer, para. 191.1; Serap Helvacı, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu – İfa ve İfa Engelleri", Legal Hukuk Dergisi C. 3 S. 34 (2005), s. 3639 vd., s. 3641; Kürşad Yağcı, "Anapara Faizi ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren TBK m. 88 ve TBK m. 120 Hükümlerinin Ticari Faizler (TTK m. 8 ve TTK m. 9) Bakımından Uygulanabilirliği", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası C. 71 S. 2 (2013), s. 421 vd., s. 432; Seza Reisoğlu, "Tüketici Kredilerine ve Kredi Kartı İşlemlerine Uygulanan Akdi ve Temerrüt Faizi Oranları", Bankacılar Dergisi C. 25 S. 90 (2014), s. 112 vd., s. 115-116. Sınırlamaların ticari işler bakımından genel olarak uygulama alanı bulması gerektiği yönünde bkz. Atilla Altop, "Seminer: Borçlar Kanununa Getirilen Yenilikler", İzmir Barosu Dergisi Y. 77 S. 2 Borçlar Kanunu Özel Sayısı (2012), s. 11 vd., s. 16-17; Murat Aydoğdu, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Faiz ile İlgili Düzenlemeler", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 12 S. 1 (2010), s. 85 vd., s. 95-96; Nagehan Kırkbeşoğlu, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Faiz Sınırları Üzerine Bir Değerlendirme", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi C. 28 S. 4 (2012), s. 145 vd., s. 159.

[65] Yarg. HGK, E. 2013/2249 K. 2015/1362 T. 15.5.2015 (Lexpera); Yarg. 3. HD, E. 2017/4444 K. 2019/1093 T. 13.2.2019 (Kazancı); Yarg. 8. HD, E. 2018/9456 K. 2018/13056 T. 23.5.2018 (Kazancı); Yarg. 19. HD, E. 2013/8556 K. 2013/12306 T. 1.7.2013 (Kazancı).

[66] Bu sorun yalnızca temerrüt faizi oranıyla ilgiliymiş gibi düşünülebilir. Konuyu yalnızca temerrüt faizi sınırı bakımından ele alan bir görüş için bkz. Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 119-120. Oysa aynı sorun anapara faizi açısından da söz konusudur. Anapara faizi, esasen alacaklıya ait bir para meblağının bir süre borçluda kalması üzerine kural olarak vadeye kadar işleyecek faizdir. Örneğin tarafların anaparanın zamanında ifa edilmemesi durumunda anapara faizi oranı olarak %25'in esas alınacağını kararlaştırmaları, ceza koşulu teşkil edecektir. Bu anlaşmanın geçerli olup olmadığını tespit etmek için öncelikle, TBK m. 88/II'de düzenlenmiş olan anapara faizine ilişkin üst sınırın uygulanıp uygulanmayacağına karar vermek gerekmektedir.

[67] Gümüş, Borçlar Genel, s. 1031 dn. 1149; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 102-103; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 120. TBK m. 88/II ile TBK m. 120/II özelinde olmamakla birlikte genel olarak bu fikirde bkz. Bilge, Cezai Şart, s. 65; Tunçomağ, s. 68.

alacaklının bir miktar paradan mahrum kalmasının karşılığını sağlamak olduğunu; temerrüt faizi bakımından getirilen sınırın ceza koşulu bakımından da uygulanması gerektiğini; aksi takdirde temerrüt faizi bakımından getirilen sınırın anlamsız kalacağını ifade etmiştir[68].

Kanaatimizce ilk görüşe ağırlık verilmesi yerinde olur. Bu görüşün asli dayanağı, tarafların sözleşme cezasının miktarını serbestçe belirleyebileceklerini öngören TBK m. 182/I'dir. Faiz sınırlamasına ilişkin hükümler ile sözleşme cezasının miktarının serbestçe belirlenmesine ilişkin hüküm çatışmakta olup; bu çatışmada özel nitelikli hüküm olması itibarıyla TBK m. 182/I'e üstünlük tanınması gerekmektedir[69]. Kaldı ki faiz sınırlamaları ceza koşulu bakımından da uygulanacak olursa, TBK m. 182/III'te öngörülmüş olan aşırı sözleşme cezasının indirilmesi kurumu büyük ölçüde işlevsiz kalacaktır. Zira kanunda izin verilmiş olan sınırlar dâhilindeki faizi aşmayan bir ceza koşulunun aşırı olduğundan bahsedilemez[70].

Peki tarafların kanunda izin verilen faiz oranını aşan bir sözleşme cezası kararlaştırmaları, kimi durumlarda kanuna karşı hile teşkil edebilir mi? Bazı yazarlar, tarafların ceza koşulu kurumunu faiz sınırlamalarını bertaraf etmek amacıyla kullanmakta olmaları durumunda kanuna karşı hilenin söz konusu olacağını ve ceza koşulunun geçersiz olduğunu kabul etmek gerekeceğini belirtmektedir[71]. Ancak kanaatimizce bu bağlamda kanuna karşı hileden bahsetmek uygun olmaz[72]. Kanuna karşı hilenin söz konusu olabilmesi için, kanunun yasakladığı bir sonuca kanunun başka hükümlerinden istifade edilerek ulaşılmış olması gerekmektedir. Buna karşılık *"kanun, bir sonucu değil, sadece o sonuca (amaca) ulaşmayı sağlayan vasıtalardan birisini yasaklamışsa, bir başka yoldan aynı sonuca ulaşmak caizdir"*[73]. Nitekim TBK m. 88/II ile TBK m. 120/II'de yasaklanmış olan, alacaklının öngörülen sınırı aşan bir meblağa hak kazanması sonucu değil; alacaklının öngörülen sınırı aşan bir

[68] ZK-Oser/Schönenberger, Art. 163 para. 11; BK OR-Becker, Art. 160 para. 18; Secrétan, s. 72. TBK m. 120/II'deki sınırı aşan sözleşme cezalarının *de lege lata* geçersiz kabul edilmesi gerektiği; ancak TBK m. 120/II'deki hükmün ekonomik olarak etkin sonuçlar doğurmadığını dolayısıyla bu sınırı aşan sözleşme cezalarının *de lege ferenda* geçerli kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. Sanlı, s. 365. Temerrüt faizi ve sözleşme cezası olarak talep edilebilecek toplam miktarın TBK m. 120/II'deki üst sınırı aşamayacağı yönünde bkz. Özmen/Aktaş, s. 49.

[69] Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 102-103.

[70] Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 102.

[71] Tunçomağ, s. 68; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 103.

[72] Bu doğrultuda bkz. Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 120; Özmen/Aktaş, s. 49.

[73] Necip Kocayusufpaşaoğlu, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt: Borçlar Hukukuna Giriş – Hukukî İşlem – Sözleşme, İstanbul 2008, §35 para. 68.

meblağa hak kazanmasının faiz vasıtasıyla gerçekleşmesidir. Dolayısıyla tarafların TBK m. 88/II ile TBK m. 120/II'de öngörülen sınırı aşan bir ceza koşulu kararlaştırmaları durumunda, kanuna karşı hileden bahsedilemez.

ii. Eksik Borçlar

Tipik bir borç ilişkisinde alacaklı, alacağını elde etmek üzere talep, dava ve cebri icraya başvurma yetkilerine sahiptir. Söz konusu hukuki himaye, alacak hakkının hayata geçirilmesini sağlar. Buna karşılık eksik borç olarak nitelendirilen bazı borçlar, böyle bir hukuki himayeden kısmen veya tamamen yoksundur. Alacaklı borçluyu ifa konusunda zorlayamaz. Ancak borçlu böyle bir borcu rızaen ifa ettiği takdirde de bu ifa geçerli kabul edilir; artık herhangi bir iade talebinde bulunamaz. Borcun ifası, sebepsiz zenginleşme veya bağışlama teşkil etmez[74].

Ceza koşulunun asli işlevi, borçluyu borcun ifası konusunda zorlamaktır. Nitekim eksik bir borcun ceza koşuluna bağlanması durumunda, borçlu üzerinde ifaya yönelik bir baskı kurulmuş olacak ve bu durum borcun eksik niteliğine ister istemez gölge düşürecektir. Bu itibarla eksik borçların ceza koşuluna bağlanmalarının mümkün olup olmadığı tartışmalı bir konudur.

Öğretide bazı yazarlar, bu konuyu, eksik borçlar arasında ayrım yapmaksızın genel olarak ele almaktadır. Örneğin *Güven*, genel olarak tüm eksik borçların ceza koşuluna bağlanabileceğini savunmaktadır. Yazar, böyle bir ceza koşulundan doğacak borcun niteliğinin ise ceza koşulunun türüne göre belirlenmesi gerektiği görüşündedir. Buna göre ifaya eklenen ceza koşulundan, tıpkı asıl borç gibi eksik bir borç doğacaktır. Diğer yandan seçimlik ceza koşulundan doğacak sözleşme cezası ödeme borcu, eksik borç niteliği taşımayıp her tür hukuki himayeden istifade edecektir[75]. Kanaatimizce böyle bir görüşe itibar etmek mümkün değildir. Her şeyden evvel eksik borç şemsiyesi altında toplanmış olan borçlar, hukuki himayeden kısmen veya tamamen yoksun olmak konusundaki ortak özellikleri bir yana; birbirlerine kıyasla önemli farklılıklar arz etmektedir[76]. Zira eksik borç olarak kabul edilmelerindeki gerekçe özdeş değildir. Dolayısıyla bu borçların ceza koşuluna bağlanıp bağlanamayacağı konusunda tümünü aynı potada eriten genelgeçer bir

[74] Kocayusufpaşaoğlu, §5 para. 1; Oğuzman/Öz, Cilt I, para. 63; Eren, Borçlar Genel, para. 249.
[75] Kudret Güven, "Eksik Borçlar, Temel Özellikleri ile Hüküm ve Sonuçları Üzerine Bir İnceleme", Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 2 S. 2 (2016), s. 37 vd., s. 57-58.
[76] Kocayusufpaşaoğlu, §5 para. 2; Oğuzman/Öz, Cilt I, para. 64.

yargıda bulunmak doğru olmaz. Her bir eksik borç türünün özellikleri dikkate alınmalı ve buna göre bir değerlendirme yapılmalıdır[77]. Kaldı ki eksik borçlara ilişkin seçimlik ceza koşulundan doğacak sözleşme cezasının tam borç niteliği taşıyacağı görüşü, özellikle kumar ve bahis borcu gibi kamu düzenine ilişkin endişelerle hukuki himayeden yoksun bırakılmış borçlar açısından sakıncalıdır. Bu görüş benimsendiği takdirde alacaklı, eksik borcunu ihlal eden borçluya karşı seçim hakkını her zaman sözleşme cezasından yana kullanacaktır. Sonunda sözleşme cezasını dava ve cebri icra yoluyla ifa etmek zorunda kalacağını bilen borçlu da eksik borcu ifa edip etmeme konusunda karar verirken serbest iradeyle hareket etmeyecek; yani ifa konusunda bir baskıya maruz kalmış olacaktır. Oysa kanun, eksik borcun ifası konusundaki kararı borçlunun serbest iradesine bırakmak istemiştir.

Kanaatimizce eksik bir borca ilişkin kararlaştırılacak ceza koşulunun akıbeti, söz konusu eksik borcun hukuki himayeden yoksun bırakılma sebebi göz önüne alınmak suretiyle değerlendirilmelidir[78,79]. Aşağıda detaylandıracağımız üzere, böyle bir ceza koşulunun geçerli olduğunun; fakat kimi zaman tıpkı ifasını teminat altına aldığı asıl borç gibi eksik borç doğuracağının kabul edilmesi gerekmektedir. Ayrıca eksik bir borca ilişkin kararlaştırılacak ceza koşulunun TBK m. 179 anlamında "gerçek" bir ceza koşulu teşkil ettiği konusunda şüphe edilmemelidir. Bunun pratikteki sonucu, aşırı sözleşme cezasının indirilmesi de dâhil olmak üzere ceza koşuluna ilişkin tüm hükümlerin bu gibi ceza koşullarına doğrudan (kıyasa gerek olmaksızın) uygulanmasıdır[80].

(1) Eksik borçların bir kısmı, kamu düzeni ile ilgili endişeler sebebiyle hukuki himayeden yoksun bırakılmıştır. Bu tür borçlar için kararlaştırılacak ceza koşulu konusunda da diğer eksik borçlara kıyasla daha sert bir tutum benimsemek gerekmektedir.

---

[77] Erdem, Clause pénale, s. 69; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 344; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1011; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 85; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 27.

[78] Schoch, s. 19; Bilge, Cezai Şart, s. 70; Sahir Talat Akev, Türk Hususî Hukukunda Kumar ve Bahis, İstanbul 1964, s. 353. Eksik borçların teminata bağlanabilecekleri ölçüde ceza koşuluna da bağlanabilecekleri yönünde bkz. BK OR-Becker, Art. 160 para. 9; Tunçomağ, s. 11; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 85; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 27; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 121.

[79] Çalışmamız kapsamında eksik borç türlerinin başlıcalarına değinilecektir. Bununla birlikte öğretide, başkaca eksik borçların da varlığına işaret edilmektedir. Bazıları tartışmalı olan bu eksik borç türleri konusunda kapsamlı bir değerlendirme için bkz. Güven, s. 38 vd.

[80] Santoro, s. 26-29; Couchepin, Clause pénale, para. 994-995.

Bu kapsamda öncelikle **kumar ve bahisten doğan borçlar** anılmalıdır. Kanun bu borçların eksik niteliğini TBK m. 604/I'de ortaya koymuştur: *"Kumar ve bahisten doğan alacak hakkında dava açılamaz ve takip yapılamaz."* Söz konusu borçların hukuki himayeden yoksun bırakılmış olmalarının sebebi, kamu düzenine ilişkin ekonomik ve sosyal endişelerdir[81]. Durum böyleyken bu borçların ifası konusunda kararlaştırılacak bir ceza koşulunun topyekûn geçersiz kabul edilmesinin yerinde olacağı düşünülebilir. Nitekim öğretide bu yönde görüş ifade eden yazarlar mevcuttur[82]. Fakat kanaatimizce geçersizlik gereğinden ağır bir yaptırımdır; bu gibi ceza koşullarından doğacak sözleşme cezası ödeme borcunun eksik borç niteliğinde olduğunu kabul etmekle yetinilmelidir[83]. Kumar ve bahis borcunun hukuki himayeden yoksun bırakılması ile korunan menfaat, sözleşme cezasının da aynı şekilde eksik borç kabul edilmesi ile korunmuş olacaktır. Diğer yandan asıl borç olan kumar ve bahis borcu eksik dahi olsa geçerliyken, bu asıl borca bağlı olarak kararlaştırılacak sözleşme cezasının böyle bir geçersizlik yaptırımına tâbi tutulmasını haklı gösterecek herhangi bir hukuki sebep bulunmamaktadır.

Kaldı ki benzer bir sonuç, kumar ve bahis borçlarının kefalet ile teminat altına alınması bakımından kanun tarafından kabul edilmiştir. 818 sayılı eBK döneminde, kumar ve bahisten doğan borçların kefalet ile teminat altına alınıp alınamayacağı konusunda özel bir düzenleme mevcut olmayıp; farklı görüşler geliştirmek mümkündü. Oysa 6098 sayılı TBK ile konu özel olarak düzenlenmiştir. TBK m. 591/IV uyarınca *"Kumar veya bahisten doğan bir borca kefalette kefil, borcun bu niteliğini bilmiş olsa bile, asıl borçlunun sahip olduğu def'ileri ileri sürebilir"*. Böylelikle kanun, kumar ve bahisten doğan bir borcun teminat altına alınması konusunda yapılacak kefalet sözleşmesinin geçerli olacağını; ancak asıl borcun eksik niteliğinin kefilin borcuna da yansıyacağını kabul etmiştir[84]. Kanunun

---

[81] *Eren,* bu bağlamda "emeksiz kazancı kınamak, israfı ve kişilerin ekonomik mahvına yol sebep olabilecek hareketleri önlemek" amacından bahsetmektedir (Eren, Borçlar Genel, para. 250). Bu tür borçların hukuki himayeden yoksun bırakılmış olmasının sebepleri hakkında bkz. Kocayusufpaşaoğlu, §5 para. 16.

[82] CR CO I-Mooser, Art. 163 para. 4 dn. 8; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 160 para. 2; Schoch, s. 19-20; Berki, s. 284. Kumar ve bahis borçlarının ceza koşuluna bağlanamayacağı yönünde bkz. Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1569; Eren, Borçlar Genel, para. 3683; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1012; Tunçomağ, s. 11.

[83] BK OR-Becker, Art. 160 para. 9; Erdem, Clause pénale, s. 70; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 344; Akev, s. 354-355; Bilge, Cezai Şart, s. 71; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 85; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 28; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 121.

[84] Bu konuda bkz. Burak Özen, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 4. Bası, İstanbul 2017, s. 406.

kefalet sözleşmesi bakımından kabul ettiği bu sonuç, ceza koşulu bakımından da uygulanmalıdır.

TBK'da kamu düzeni ile ilgili endişeler sebebiyle hukuki himayeden yoksun bırakılmış bir diğer eksik borç türü, **evlenme simsarlığından doğan borçlar**dır. Kanun koyucu, evlilik kurumunun ticari ilişkilere konu olmasına çekince ile yaklaştığından, TBK m. 524 uyarınca evlenme simsarlığından doğan ücret alacağı hakkında dava açılamayacağı ve takip yapılamayacağı esası kabul edilmiştir[85]. Tıpkı kumar ve bahis borçları gibi, evlenme simsarlığından doğan borçların ifası konusunda kararlaştırılacak ceza koşulunun da geçersiz kabul edilmesini gerektirecek herhangi bir hukuki sebep bulunmamaktadır. Ancak kanun koyucunun bu borçları hukuki himayeden yoksun bırakmak suretiyle koruduğu menfaatin korunabilmesi açısından, bu gibi ceza koşullarından doğacak sözleşme cezası ödeme borcunun eksik borç niteliğinde olduğunu kabul etmek uygun olur[86].

(2) Diğer yandan bazı eksik borçların hukuki himayeden yoksun bırakılmış olmasının kamu düzeni ile ilişkisi çok daha zayıftır. Asıl amaç, borçlunun korunmasına yöneliktir. Bu tür borçların ceza koşuluna bağlanması konusunda, az evvel bahsetmiş olduğumuz borçlara kıyasla daha yumuşak bir tutum izlenmeli ve taraflara daha geniş bir hareket alanı sağlanmalıdır.

Bu kapsamda öncelikle, uygulama açısından büyük önem taşıyan **zamanaşımına uğramış borçlar**dan bahsedilmelidir[87]. Bir borcun zamanaşımına

---

[85] Esasen evlenme simsarlığından doğan borçların kamu düzeni ile ilintilendirilmesinin ve hukuki himayeden yoksun bırakılmasının günümüz koşullarında ne ölçüde isabetli olduğu ayrıca tartışmaya değer bir konudur. Nitekim evlilik konusunda aracılık yapan kuruluşların İsviçre'de toplumsal hayatın yadsınamaz bir parçası hâline gelmesi üzerine mehaz İsvBK, bu konuda bir tavır değişikliğine gitmek durumunda kalmıştır. 1 Ocak 2000 tarihinde yürürlüğe giren İsvBK m. 406a ilâ 406h, evlilik veya uzun süreli birliktelik kurulması konusunda aracılık hizmeti sunan kişilerle kurulacak vekâlet sözleşmesinin hükümlerini düzenlemektedir. Bu vekâlet sözleşmesinden doğacak ücret ödeme borcu, ifası dava ve cebri icradan istifade etmek suretiyle elde edilebilecek tam bir borçtur. TBK m. 524'ün karşılığını teşkil eden İsvBK m. 416 yürürlükten kaldırılmıştır (Kocayusufpaşaoğlu, §5 para. 21). Bu konuda detaylı bilgi için bkz. CR CO I-Werro, Art. 406a-406h.

[86] Erdem, Clause pénale, s. 70; Bilge, Cezai Şart, s. 71; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 85. Evlenme tellallığından doğan borçların ceza koşuluna bağlanamayacağı yönünde bkz. Eren, Borçlar Genel, para. 3683; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1012.

[87] Aslında zamanaşımı ile kamu düzeni arasında şüphesiz bir bağlantı bulunmaktadır. Fakat bu bağlantı, kumar ve bahis borçları ile evlenme simsarlığından doğan borçlar kadar yoğun değildir. Zamanaşımı düzenlemelerinin temelinde yatan birincil gerekçenin borçlunun beklenmedik veya mesnetsiz taleplerden korunması olduğu yönünde bkz. Pascal Pichonnaz, Art. 127, 133, 151, Luc Thévenoz / Franz Werro (ed.), Commentaire romand, Code des obligations I, Art. 1-529 CO, Bâle 2012, Art. 127 para. 2; Meliha Sermin Paksoy, Zamanaşımından Feragat (TBK 160), İstanbul 2012, s. 54-58.

uğramış olması, borçluya def'i niteliğinde bir savunmada bulunmak suretiyle borcu ifadan kaçınma imkânı sağlar[88].

Esasen zamanaşımı süresinin tamamlanmış olması borcu eksik borç hâline getirmek konusunda tek başına yeterli değildir; bu safhada borç def'i ileri sürülmesi riski nedeniyle zayıflamış durumdadır[89]. Tarafların henüz bu safhada iken kararlaştıracağı ceza koşulunun, alelade bir borç için kararlaştırılmış ceza koşulundan farklı bir değerlendirmeye tâbi tutulması için hiçbir gerekçe yoktur. Yani bu ceza koşulu geçerli olup; ceza koşulundan doğacak sözleşme cezası da her tür hukuki himayeye mazhar tam bir borç olarak telakki edilmelidir. Dahası, böyle bir ceza koşulunun TBK m. 160 anlamında zamanaşımından feragat olarak nitelendirilmesi mümkündür. Zira zamanaşımından feragat bakımından açık bir irade beyanı gerekli olmayıp; örtülü irade beyanı da yeterli görülmektedir. Örneğin borçlunun borcun zamanaşımına uğradığını bilmesine rağmen borç için teminat vermesinin zamanaşımından feragat teşkil edeceği belirtilmektedir[90]. Kanaatimizce aynı şekilde borçlunun borcun zamanaşımına uğradığını bilmesine rağmen ceza koşulu taahhüdünde bulunmasının da zamanaşımından feragat iradesi olarak yorumlanması uygun olur.

Borçlunun zamanaşımı def'ini ileri sürmesiyle birlikte, borç eksik borç hâline gelmiş olur. Yine de tarafların böyle bir borcun ifası konusunda ceza koşulu kararlaştırmaları mümkündür[91]. Böyle bir ceza koşulu geçerli olacaktır. Dahası, kanaatimizce ceza koşulundan doğacak sözleşme cezası ödeme borcunun tam borç niteliği taşıyacağı kabul edilmelidir[92]. Zamanaşımı ile kamu düzeni arasında şüphesiz bir bağlantı bulunmaktadır. Fakat bu bağlantı, kumar ve bahis borçları ile evlenme

---

[88] Kocayusufpaşaoğlu, §5 para. 6; Eren, Borçlar Genel, para. 4046; Oğuzman/Öz, Cilt I, para. 1959; Mehmet Erdem, Özel Hukukta Zamanaşımı, İstanbul 2010, s. 349-350; Paksoy, s. 36.

[89] Kocayusufpaşaoğlu, §5 para. 6-7; Eren, Borçlar Genel, para. 267; Erdem, Zamanaşımı, s. 351-352; Paksoy, s. 34-35. Yarg. HGK, E. 2010/8-231 K. 2010/255 T. 5.5.2010: *"(...) zamanaşımına uğrayan alacak ortadan kalkmamakla beraber, artık doğal bir borç (obligatio naturalis) haline gelmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, alacağın salt zamanaşımına uğramış olması, onun eksik bir borca dönüşmesi için yeterli değildir; bunun için borçlunun, kendisine karşı açılmış olan alacak davasında alacaklıya yönelik bir def'ide bulunması gerekir."*

[90] Erdem, Zamanaşımı, s. 384; Paksoy, s. 61; Oğuzman/Öz, Cilt-1, para. 1962. Zamanaşımından feragat hakkında detaylı bilgi için bkz. Erdem, Zamanaşımı, s. 378 vd.; Paksoy, s. 59 vd.

[91] CR CO I-Mooser, Art. 163 para. 4; OFK OR-Wuffli, Art. 160 para. 5; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 160 para. 2; Erdem, Clause pénale, s. 71; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 344; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1569; Eren, Borçlar Genel, para. 268; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1012; Tunçomağ, s. 12; Bilge, Cezai Şart, s. 72; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 87; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 27-28; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 122.

[92] Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 344; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1569. Farklı bir değerlendirme için bkz. Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 122.

simsarlığından doğan borçlar kadar yoğun değildir. Zamanaşımı düzenlemelerinin temelinde yatan birincil gerekçe, borçlunun beklenmedik veya mesnetsiz taleplerden korunmasıdır. Borçlu kendisine kanun tarafından sağlanmış olan bu korumayı ceza koşulu kararlaştırmak suretiyle zayıflatmak istiyorsa, onun bu iradesine karşı durmak için herhangi bir gerekçe bulunmamaktadır. Ayrıca böyle bir ceza koşulunun, alacaklının zamanaşımı def'ini geri alması olarak yorumlanması gerekmektedir[93]. Borçlunun zamanaşımı def'ini ileri sürdükten sonra bunu tek taraflı bir irade beyanıyla geri alabilmesi mümkündür[94]. Böyle bir geri alma, asıl borç açısından zamanaşımından feragat gibi sonuç doğuracaktır[95].

Ahlâki bir ödevin yerine getirilmesi konusu da yine bu kapsamda değerlendirilmelidir. TBK m. 78/II, bir borç teşkil etmemesine rağmen ahlâki bir ödevin yerine getirilmiş olmasından kaynaklanan zenginleşmelerin geri istenemeyeceği yönündedir. Örneğin bir kişi zor durumdaki bir yakınına, TMK m. 364 uyarınca nafaka yükümlüsü olmamasına rağmen bir miktar para ödeyecek olursa bu ödemenin iadesini talep edemeyecektir. Esasen ahlâki bir ödevin yerine getirilmesinin gerçekte eksik dahi olsa bir borç teşkil edip etmediği öğretide tartışmalıdır. Bazı yazarlar, burada dava edilmesi mümkün olmayan bir borcun dahi bulunmadığını; TBK m. 78/II'de yalnızca karşı tarafa verileni muhafaza etme yetkisi tanıyan bir iktisap sebebi düzenlendiğini ifade etmektedir[96]. Buna karşılık ahlâki bir ödevin yerine getirilmesinin de borçlu tarafından ifa edilebilecek, ancak alacaklı tarafından dava ve icra yoluyla takip edilemeyecek bir diğer eksik borç türü olduğunu savunanlar da mevcuttur[97]. Bu tartışmanın çözümü, çalışmamızın kapsamını aşmaktadır; bu sebeple konuya yalnızca ceza koşulunu ilgilendirdiği kadarıyla değinilecektir. İlk görüş benimsendiği takdirde, ceza koşulu ile teminat altına alınabilecek bir asıl borcun mevcut olmadığı sonucuna varılmalıdır. Ceza koşulu kararlaştırılabilmesi için borçlu olacak kişinin, ahlaki ödevin yerine getirileceğini ayrıca taahhüt etmiş olması gerekmektedir. Zira ceza koşulunun kendisi, asıl borcun ifası konusunda bir taahhüt içermemektedir. Böyle ayrı bir

[93] Zamanaşımının kesileceği ve yeniden işlemeye başlayacağı yönündeki görüş için bkz. Erdem, Clause pénale, s. 71
[94] Kocayusufpaşaoğlu, §5 para. 9 dn. 25; Oğuzman/Öz, Cilt-1, para. 1963; Eren, Borçlar Genel, para. 268 dn. 19; Erdem, Zamanaşımı, s. 355; Paksoy, s. 38.
[95] Oğuzman/Öz, Cilt-1, para. 1963; Paksoy, s. 38 dn. 22.
[96] Kocayusufpaşaoğlu, §5 para. 22.
[97] Eren, Borçlar Genel, para. 259.

taahhüt söz konusu değilse, gerçek olmayan ceza koşulundan bahsetmek gerekir[98]. İkinci görüş doğrultusunda ise ceza koşulu ile teminat altına alınacak asıl borç, eksik dahi olsa mevcuttur. Dolayısıyla ceza koşulu kararlaştırılması böyle ayrı bir taahhüde gerek olmaksızın mümkün görünmektedir. Her hâlükârda tarafların kararlaştıracakları ceza koşulundan hukuki himayeden istifade edebilecek tam bir borcun doğacağının kabul edilmesi gerekmektedir[99].

b. İstisna: Ceza Koşulu Yasakları

Kural olarak her tür geçerli borcun ifasına ilişkin olarak ceza koşulu kararlaştırılabilir. Bu anlamda bir sözleşme serbestisi söz konusudur. Bununla birlikte istisnaen bazı borçların ceza koşulu ile teminat altına alınmaları mümkün değildir[100]. Bu borçlara ilişkin ceza koşulu yasağı, kimi zaman kanundaki açık bir düzenlemeden kaynaklanmaktadır. Örneğin TBK m. 346 uyarınca konut ve çatılı işyeri kiralarında kiracının kira bedelini zamanında ödememesine ilişkin olarak kararlaştırılacak ceza koşulu geçersizdir. Buna karşılık bazı borçlar bakımından kanunda açık bir ceza koşulu yasağı düzenlenmemiştir; fakat ceza koşulu kararlaştırılmasını dolaylı olarak etkileyen başka düzenlemelerden veya borcun arz ettiği özellikten ötürü böyle bir yasağın söz konusu olduğu söylenebilir. Örneğin kıymetli evrak hukukuna hâkim olan ve özellikle kambiyo senetleri bakımından kendisini gösteren sıkı şekil şartları, bu kambiyo senetlerinde bir ceza koşulu kararlaştırılmasını dolaylı olarak engellemektedir[101]. Aşağıda bu gibi ceza koşulu engelleri hakkında genel olarak bilgi verilecektir.

i. Kira Sözleşmesi Bağlamında TBK m. 346 Uyarınca Ceza Koşulu Yasağı

Kira sözleşmesi, kiracının çoğu zaman ekonomik olarak zayıf konumda olmasından ötürü, kanun koyucunun taraflardan birini diğerine kıyasla âdeta kayırdığı sözleşme tiplerinden birisidir. Kaldı ki kiracı, ekonomik olarak zayıf

---

[98] Gerçek olmayan ceza koşulu hakkında bkz. *"Üçüncü Bölüm / V. Gerçek Olmayan Ceza Koşulu"*.

[99] Ahlâki bir ödevin yerine getirilmesi konusunda ceza koşulu kararlaştırılmasının mümkün olduğu yönünde bkz. CR CO I-Mooser, Art. 163 para. 4; OFK OR-Wuffli, Art. 160 para. 5; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 160 para. 2; Schoch, s. 20; Erdem, Clause pénale, s. 72; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 344; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1569; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1012; Arsebük, s. 989; Berki, s. 288; Bilge, Cezai Şart, s. 71; Tunçomağ, s. 12; Eren, Borçlar Genel, para. 260; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 86; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 122.

[100] Zeynep Somer, "Cezai Şart Kararlaştırılamayacak Haller", Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 6 S. 11 (2020), s. 119 vd., s. 122.

[101] Ceza koşulunun açıkça yasaklandığı hâller ve dolaylı olarak yasaklandığı hâller ayrımı için bkz. Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 53 vd.

konumda olmasa bile, konut/işyeri arzının talebi karşılamakta yetersiz kalması nedeniyle kendisine kiraya veren tarafından dayatılan her tür sözleşme şartını gerçek bir müzakere imkânı olmaksızın kabul etmek durumunda kalmaktadır[102]. Bu nedenle kanunda, özellikle konut ve çatılı işyeri kiraları bağlamında kiracıyı koruyucu hükümler düzenlenmiştir. Kira sözleşmelerinde ceza koşulu yasağını düzenleyen TBK m. 346 da bu hükümlerden biridir. İlgili hükme göre, *"Kiracıya, kira bedeli ve yan giderler dışında başka bir ödeme yükümlülüğü getirilemez. Özellikle, kira bedelinin zamanında ödenmemesi hâlinde ceza koşulu ödeneceğine veya sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin anlaşmalar geçersizdir"*. Yürürlüğü bazı işyeri kiraları bakımından sekiz yıl süreyle ertelenmiş olan bu hüküm, 1.7.2020 tarihi itibarıyla artık tüm konut ve çatılı işyeri kiraları bakımından yürürlüktedir[103]. Hükmün emredici niteliği tartışmasızdır[104].

6098 sayılı TBK öncesinde konut ve çatılı işyeri kiraları bakımından uygulama alanı bulan 6570 sayılı Gayrımenkul Kiralara Hakkında Kanun'da, TBK m. 346'daki gibi açık bir ceza koşulu yasağı bulunmamaktaydı. Ancak Yargıtay'ın kira bedelinin ödenmesine ilişkin kiracı aleyhine kararlaştırılan ceza koşullarını geçersiz kabul ettiği kararları yine de mevcuttu[105]. Fakat bu uygulama 6570 sayılı Kanunun son dönemlerinde değişmiş ve Yargıtay, söz konusu ceza koşullarının hüküm ifade edeceği yönünde kararlar vermeye başlamıştı[106]. Bu itibarla 6098 sayılı TBK'nın yürürlüğe girmesi ve konunun kanunda açık bir düzenlemeye

[102] İnceoğlu, Cilt 2, s. 1-2.

[103] Kiracının TTK'da tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralarında, TBK m. 346'nın yürürlüğü 1.7.2012 tarihinden itibaren sekiz yıl süreyle ertelenmiştir. Bkz. 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'da düzenlenen ve 6353 sayılı Kanun'la değişik Geçici Madde 2/I.

[104] Emre Gökyayla, "Kira Bedeli: m. 343-346", Turgut Öz / Faruk Acar / Emre Gökyayla / Murat Develioğlu, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Cilt 4, 5 (Madde 207-392), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, m. 346 para. 3; Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt-I, İstanbul 2013, s. 244; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 55.

[105] Örneğin bkz. Yarg. 13. HD, E. 1973/511 K. 1974/492 T. 1.3.1974 (Kazancı); Yarg. 13. HD, E. 1979/3966 K. 1979/4619 T. 25.9.1979 (Kazancı); Yarg. 3. HD, E. 1996/6826 K. 1996/9627 T. 23.9.1996 (Kazancı). Bu uygulama hakkında bkz. Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 56-57.

[106] İstŞ TBK 4,5-Gökyayla, m. 346 para. 11-12; Gümüş, Cilt-I, s. 244-245; İnceoğlu, Cilt 2, s. 109. Örneğin bkz. Yarg. 3. HD, E. 1999/1790 K. 1999/2349 T. 9.3.1999 (Kazancı); Yarg. 3. HD, E. 2004/1792 K. 2004/1811 T. 8.3.2004 (Kazancı); Yarg. 6. HD, E. 2004/6591 K. 2004/6829 T. 12.10.2004 (Kazancı).

kavuşturulması, hem bu konudaki şüpheleri tamamen gidermiş hem de yakın tarihli uygulamaya kıyasla önemli bir farklılık gündeme getirmiştir[107].

İnceoğlu, TBK m. 346'daki bu düzenlemenin tahliyeye ilişkin hükümleri tamamlayıcı bir rol oynadığını belirtmektedir. Bilindiği üzere kanunumuzda tahliye sebepleri sınırlı sayıda olacak şekilde düzenlenmiş ve kiracının tek bir kira bedelini geçici olarak ödememesi tahliye sebebi olarak kabul edilmemiştir. Kiracı dalgınlığından, geçici ödeme güçsüzlüğünden yahut başkaca bir aksaklıktan kaynaklanan bu durumu kısa bir süre içerisinde telafi ettiği takdirde tahliye tehdidi ile karşılaşmayacaktır. Ancak kira bedelinin zamanında ödenmemesine ilişkin olarak ceza koşulu kararlaştırılmasına izin verildiği takdirde, tek bir kira bedelini ödemekte kısa bir süre olsa dahi geciken kiracının aleyhine sözleşme cezası ödeme yükümlülüğü doğacak; bu durum kiracının aşamayacağı bir ödeme güçlüğüne düşmesine sebep olabilecek ve kiraya verene tahliye yolu açılacaktır[108].

Öncelikle TBK m. 346'da düzenlenen ceza koşulu yasağının yalnızca konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin olduğu; kira sözleşmelerinin genelini kapsamadığı belirtilmelidir. Konut ve çatılı işyeri kirası teşkil etmeyen bir kira sözleşmesine ilişkin kararlaştırılan ceza koşulu, TBK m. 346'dan kaynaklanan herhangi bir engele takılmayacaktır[109].

Ayrıca hüküm, konut ve çatılı işyeri kirası bağlamında kiracı aleyhine kararlaştırılan ceza koşullarının tümünü değil, yalnızca bir kısmını yasaklamaktadır. Somut olaydaki ceza koşulunun yasak kapsamına dâhil olup olmadığını ilişkin olduğu asıl borcun konusu belirleyecektir. Hükmün lafzına bakıldığında sadece kiracının kira bedelini ödemekte gecikmesine ilişkin kararlaştırılacak ceza koşulundan söz edildiği görülmektedir. Ancak öğretide hükmün amacının göz önünde tutulması suretiyle geniş yorumlanması ve diğer ödeme yükümlülüklerine ilişkin kararlaştırılacak ceza koşullarının da TBK m. 346 uyarınca geçersiz kabul edilmesi eğilimi mevcuttur. Bu bağlamda özellikle kiracının yan giderleri ödemekte gecikmesine ilişkin olarak kararlaştırılacak ceza koşulunun yasak kapsamında

[107] Hükmün yerindeliğine ilişkin tartışmalar için bkz. İstŞ TBK 4,5-Gökyayla, m. 346 para. 6; İnceoğlu, Cilt 2, s. 117 vd..

[108] İnceoğlu, Cilt 2, s. 110-111. Aynı yönde bkz. İstŞ TBK 4,5-Gökyayla, m. 346 para. 5.

[109] İstŞ TBK 4,5-Gökyayla, m. 346 para. 8; Cevdet Yavuz / Faruk Acar / Burak Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014, s. 372; Gümüş, Cilt-I, s. 244; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 55.

kalacağı belirtilmektedir[110]. Zira kiracının yan giderleri ödemekte gecikmesi de tahliye tehdidi yaratacaktır; bu itibarla kiracının bu konudaki ceza koşullarına karşı da korunması gerekmektedir. Buna karşılık kiracının ödeme borcu dışında kalan diğer borçlarının ifası konusunda kararlaştırılacak ceza koşulu, TBK m. 346'daki yasak kapsamında değerlendirilemez[111]. Örneğin kiracının özenle ve tahsis amacına uygun kullanma borcunu ihlal etmesine ilişkin ceza koşulu, öğretinin geneli tarafından geçerli kabul edilmektedir[112].

Kiracının ödeme dışındaki diğer borçlarının ifası konusunda kararlaştırılacak bir ceza koşulunun, TBK m. 346'daki yasak kapsamına girmese bile, kiracıyı korumayı amaçlayan başka bir hüküm uyarınca geçersiz kabul edilmesi ihtimal dâhilindedir[113]. Bu bağlamda örnek olarak, kiracının kiralananı sözleşme süresinin bitiminden önce tahliye etmesi durumunda ödemesi öngörülen sözleşme cezasından bahsedilebilir. Böyle bir ceza koşulu, kira bedelinin veya yan giderlerin ödenmesine ilişkin olmadığı için TBK m. 346 uyarınca herhangi bir engele takılmayacaktır. Fakat bu defa TBK m. 325 devreye girecektir. Kiralananı erken tahliye eden kiracının sorumluluğunu genel olarak kiralananın benzer koşullarla kiraya verilebileceği makul bir süre için mahrum kalınan kira bedeli ve yan giderler ile sınırlayan TBK m. 325/I, nisbi emredici nitelik taşımaktadır. Dolayısıyla kiracıya bu hükümde öngörülmüş sorumluluğun ötesinde bir yükümlülük yükleyecek ceza koşulu geçersiz kabul edilmelidir[114].

Kiracının ödeme dışındaki borçlarının ifasına ilişkin kararlaştırılacak ceza koşullarının geçerliliği konusu, özellikle yazılı tahliye taahhütleri açısından önem arz eder. Uygulamada kiraya veren ile yazılı tahliye taahhüdünde bulunan kiracı arasında kiralananın zamanında tahliye edilmemesi durumuna ilişkin olarak ayrıca bir ceza

---

[110] İstŞ TBK 4,5-Gökyayla, m. 346 para. 13; Yavuz/Acar/Özen, s. 588; İnceoğlu, Cilt 2, s. 111.

[111] İstŞ TBK 4,5-Gökyayla, m. 346 para. 13; Yavuz/Acar/Özen, s. 588; Aydın Zevkliler / Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2020, s. 269; İnceoğlu, Cilt 2, s. 112.

[112] Öz Seçer, "Kiracının Borçları: m. 313-319", Turgut Öz / Faruk Acar / Emre Gökyayla / Murat Develioğlu, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Cilt 4, 5 (Madde 207-392), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, m. 316 para. 37; Yavuz/Acar/Özen, s. 588; İnceoğlu, Cilt 1, s. 395. 6570 sayılı Kanun döneminde verilmiş bu yöndeki bir karar için bkz. Yarg. 11. HD, E. 2003/8790 K. 2004/3622 T. 6.4.2004 (Kazancı). Böyle bir ceza koşulunun TBK m. 334/II uyarınca geçersiz olacağı yönündeki aksi görüş için bkz. İstŞ TBK 4,5-Gökyayla, m. 346 para. 14.

[113] İstŞ TBK 4,5-Gökyayla, m. 346 para. 16.

[114] Seda Öktem Çevik, "Kira Sözleşmesine İlişkin Özel Durumlar: m. 320-326", Turgut Öz / Faruk Acar / Emre Gökyayla / Murat Develioğlu, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Cilt 4, 5 (Madde 207-392), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, m. 325 para. 3; Faruk Acar, Kira Hukuku Şerhi (TBK m. 299-332), İstanbul 2017, m. 325 para. 6; İnceoğlu, Cilt 1, s. 646-647. Bu ceza koşullarının geçerli kabul edilmesi gerektiği yönündeki aksi görüş için bkz. Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 58.

koşulu kararlaştırıldığı gözlemlenmektedir[115]. Kiracının yazılı tahliye taahhüdünün geçerli olması için aranan koşullar mevcut olduğu müddetçe, böyle bir ceza koşulunun da geçerli kabul edilmesi gerekmektedir[116]. Bununla birlikte tarafların bu konuda bir ceza koşulu kararlaştırmış olmalarının yazılı tahliye taahhüdünün baskı altında verildiği yönünde bir karine teşkil edeceği belirtilmektedir[117].

TBK m. 346'daki yasak kapsamında kalmasına rağmen tarafların kararlaştıracağı ceza koşulu, kesin hükümsüz olacaktır. Bununla birlikte kira sözleşmesi geçerli olarak varlığını korumaya devam eder. Hükmün kiracıyı koruyucu niteliği sebebiyle kısmi kesin hükümsüzlük yaptırımı, zorunlu olarak uygulanır. Buna göre kiraya veren, böyle bir ceza koşulu bulunmasaydı kira sözleşmesini hiç akdetmeyeceği yönünde bir savunmada bulunarak sözleşmenin tamamının kesin hükümsüz olduğunu ileri süremez[118].

TBK m. 346 kira bedelinin zamanında ödenmemesi durumunda sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin anlaşmaların geçersiz olacağını ayrıca açıkça düzenlemiştir. Çalışmamızda borçlunun doğmuş ancak henüz muaccel olmamış borcunun vaktinden evvel muaccel olmasına ilişkin anlaşmaların, bir borcun ifa edilmemesinin cezası olarak düzenlendikleri takdirde zaten ceza koşulunun bir türünü teşkil ettikleri görüşü savunulmuştur[119]. Kaldı ki burada tarafların vaktinden evvel muaccel olacağını kararlaştırdıkları kira borçları, henüz kullanım gerçekleşmediği için doğmuş dahi değildir. Bu itibarla kira sözleşmelerindeki bu tür muacceliyet koşullarının ceza koşulu niteliği kanaatimizce şüphesizdir[120]. Kanunda özel olarak bahsedilmiş olmasaydı dahi bu tür anlaşmaların TBK m. 346'daki ceza koşulu yasağı kapsamında geçersiz olması gerekirdi. Ancak kanun bu konuyu özel olarak düzenlemek suretiyle olası tereddütlerin önüne geçmiştir. Buna göre konut ve çatılı işyeri kiralarında kararlaştırılacak muacceliyet koşulları geçersizdir. Böylelikle

---

[115] İnceoğlu, Cilt 2, s. 113.

[116] İstŞ TBK 4,5-Gökyayla, m. 346 para. 15; Yavuz/Acar/Özen, s. 588; İnceoğlu, Cilt 2, s. 113; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 58. 6570 sayılı Kanun döneminde verilmiş bu yöndeki kararlar için bkz. Yarg. HGK, E. 1978/13-323 K. 1979/1267 T. 28.9.1979 (Kazancı); Yarg. 13. HD, E. 2002/2548 K. 2002/4381 T. 18.4.2002 (Kazancı). Aksi görüşte bkz. Murat Aydoğdu / Nalan Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Sözleşmeler Hukuku, Ankara 2021, s. 681; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1009; Somer, s. 125.

[117] İnceoğlu, Cilt 2, s. 114.

[118] İstŞ TBK 4,5-Gökyayla, m. 346 para. 36; Yavuz/Acar/Özen, s. 589; Zevkliler/Gökyayla, s. 271; İnceoğlu, Cilt 2, s. 116.

[119] Bu konuda bkz. *"İkinci Bölüm / I. / B. / 1. / c. Borçlunun Bir Hakkı veya Yetkiyi Kaybetmek Suretiyle Hukuki Olumsuzluğa Katlanması".*

[120] Muacceliyet koşulu teriminin isabetine ilişkin bkz. İnceoğlu, Cilt 2, s. 115.

muacceliyet koşullarının geçerli kabul edildiği 6570 sayılı Kanun dönemine kıyasla önemli bir farklılık yaratılmıştır[121].

ii. Hizmet Sözleşmesinde TBK m. 420/I Uyarınca İşçi Aleyhine Tek Taraflı Ceza Koşulu Yasağı

Hizmet sözleşmesi bağlamında işçi, işverene kıyasla ekonomik olarak zayıf konumdadır. Bunun yanı sıra toplumdaki işsizlik olgusu sebebiyle işçiler, kendilerine işveren tarafından sunulan sözleşme şartlarını çoğu zaman gerçek bir müzakere imkânına sahip olmaksızın kabul etmek durumunda kalmaktadır[122]. Nitekim kanun koyucu, işçiyi işverene karşı korumakta ve taraflar arasında akdedilecek sözleşmelerde sözleşme özgürlüğü ilkesini yer yer sınırlamaktadır. Kanun koyucunun bu maksatla kaleme almış olduğu hükümlerden biri de işçi aleyhine tek taraflı ceza koşulu düzenlenmesini yasaklayan TBK m. 420/I'dir. İlgili hüküm uyarınca *"Hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir."*

818 sayılı eBK'da, işçi aleyhine tek taraflı olarak ceza koşulu düzenlenmesini yasaklayan TBK m. 420/I gibi açık bir hüküm bulunmamaktaydı. Buna rağmen Yargıtay, yalnızca işçi aleyhine kararlaştırılacak ceza koşulunu, iş hukukunda hâkim olan işçi yararına yorum ilkesinden hareketle geçersiz kabul etmekteydi[123]. TBK konuyu açık bir hükme bağlamak suretiyle tartışmalara kısmen son vermiş görünmektedir. Ancak öğretide bazı yazarlar, hükmü, çeşitli açılardan eleştirmektedir[124]. Örneğin *Özdemir*, hükmün isabetsiz bir karşılıklılık yaklaşımı üzerine temellendirildiği görüşündedir. Yazara göre, "işçi aleyhine kararlaştırılan ceza koşuluna karşılık işveren aleyhine ceza koşulu kararlaştırılmış olmasının"

[121] İstŞ TBK 4,5-Gökyayla, m. 346 para. 18; Aydoğdu/Kahveci, Borçlar Özel, s. 380; İnceoğlu, Cilt 2, s. 115-116. 6570 sayılı Kanun döneminde bu tür muacceliyet koşullarının geçerli kabul edildiğine ilişkin örnek kararlar için bkz. Yarg. 6. HD, E. 2007/8515 K. 2007/11784 T. 6.11.2007 (Kazancı); Yarg. 6. HD, E. 2007/5140 K. 2007/6362 T. 21.5.2007.

[122] Yayvak Namlı, s. 311.

[123] Örneğin bkz. Yarg. HGK, E. 1997/9-816 K. 1997/1062 T. 17.12.1997 (Kazancı); Yarg. 9. HD, E. 1997/19361 K. 1998/389 T. 21.1.1998 (Kazancı). 818 sayılı eBK dönemindeki uygulama hakkında bkz. Yayvak Namlı, s. 311 vd. İsviçre hukukunda da işçi aleyhine tek taraflı ceza koşulu yasağını düzenleyen açık bir hüküm bulunmamaktadır.

[124] Bu konuda bkz. Yayvak Namlı, s. 315 dn. 423 ve s. 323.

aranması yerine; "işçi aleyhine kararlaştırılan ceza koşulu ile teminat altına alınan edime karşılık işverenin bir edim üstlenmiş olmasının" aranması gerekmektedir[125].

Bununla bağlantılı olarak hükmün nasıl yorumlanması gerektiği konusundaki tartışmalar da varlığını sürdürmektedir. TBK m. 420/I'deki yasak uyarınca, hizmet sözleşmesinde sadece işçi aleyhine kararlaştırılan ceza koşulu geçersiz kabul edilecektir[126]. Yine de Yargıtay bu yasağı yorumlarken kanunun lafzındaki kadar katı davranmamaktadır. Örneğin işçinin işverenden aldığı eğitim karşılığı belirli bir süre çalışmasına ilişkin kararlaştırılan ceza koşulunun, işçi aleyhine tek taraflı kararlaştırılmış olmadığı gerekçesiyle geçerli kabul edilebildiği görülmektedir[127]. Diğer yandan sadece işveren aleyhine yahut hem işçi hem işveren aleyhine kararlaştırılan ceza koşulları ise geçerli olacaktır[128]. Karşılıklılık, kararlaştırılan sözleşme cezası miktarı bakımından da aranır. İşçi, işveren aleyhine kararlaştırılmış ceza koşulundan doğacak sözleşme cezasından daha ağır bir sözleşme cezası ödemek zorunda bırakılamaz[129]. Çalışmamız iş hukukunu kapsamı dışında bırakmış olması sebebiyle, TBK m. 420/I ile ilgili tartışmalara bunun ötesinde değinmeyecektir[130].

iii. Tüketici İşlemlerinde Tüketici Aleyhine Ceza Koşulu Yasakları

1. Ceza koşulu kararlaştırılması konusundaki engellerden bir diğeri, tüketici sözleşmeleri bağlamında TKHK m. 5'te karşımıza çıkar. İlgili hüküm uyarınca

---

[125] Erdem Özdemir, "İş Hukukunda Cezai Şart", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. IX S. 3-4 (2005), s. 403 vd., s. 410-411.

[126] Yarg. HGK, E. 2014/13-1013 K. 2016/318 T. 16.3.2016 (Kazancı): *"Gerçekten cezai şartın tek taraflı olarak işçi aleyhine yükümlülük doğuracak biçimde kararlaştırılması halinde hüküm doğurmayacağına yönelik düzenleme 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nda açıkça yer almamış olmasına karşın 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 420. maddesiyle açıkça geçersizlik hali düzenleme altına alınmıştır. Esasen bu durum 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiş olsa da, Yargıtay uygulaması ile yalnızca işçi aleyhine sonuç doğuracak yöndeki cezai şartın geçerli olmadığı yerleşmiş durumda idi. Hizmet akdinde işçi ile işveren arasındaki hiyerarşi ve müzakere gücü açısından mevcut güç dengesizliği de dikkate almadığında söz konusu ettiğimiz nitelikteki cezai şartın geçerli kabul edilmemesi yerindedir."*

[127] Yarg. 9. HD, E. 2018/1232 K. 2018/3920 T. 22.2.2018 (Kazancı): *"İşçiye verilen eğitim karşılığı belli bir süre çalışması koşuluna bağlı olarak kararlaştırılan cezai şart tek taraflı olarak değerlendirilemez. İşçiye verilen eğitim bedeli kadar cezai şartın karşılığı bulunmakla eğitim karşılığı cezai şart hükmü belirtilen ölçüler içinde geçerlidir."*

[128] Yayvak Namlı, s. 317-318; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 59.

[129] Yayvak Namlı, s. 321-322; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 59. Yarg. 9. HD, E. 2007/22535 K. 2008/15507 T. 13.6.2008: *"Cezai şartın işçi ve işveren hakkında ve iki taraflı olarak düzenlenmesi gereği, işçi aleyhine kararlaştırılan cezai şartın işveren aleyhine kararlaştırılandan daha fazla olmaması sonucunu da ortaya koymaktadır. Başka bir anlatımla işçi aleyhine olarak belirlenen cezai şartın, koşulları ve ceza miktarı bakımından işverenin sorumluluğunu aşması düşünülemez. İki taraflı cezai şartta işçi aleyhine bir eşitsizlik durumunda, cezai şart hükmü tümden geçersiz olmamakla birlikte, işçinin yükümlülüğü işverenin sorumlu olduğu miktarı ve halleri aşamaz."*

[130] Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Karagöz, Cezai Şart, s. 83 vd.; Yayvak Namlı, s. 311 vd.

tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartları, "haksız şart" olarak nitelendirilerek kesin hükümsüz kabul edilir. Ceza koşulunun da bu bağlamda haksız şart olarak nitelendirilebileceği göz önünde tutulmalı ve kavram daha yakından incelenmelidir. TKHK m. 5/I'deki tanıma göre bir sözleşme hükmünün haksız şart olarak nitelendirilmesi için iki unsur aranır[131].

Öncelikle ilgili sözleşme hükmünün *tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilmiş olması* gerekmektedir[132]. Satıcının/sağlayıcının tüketiciye dayatmış olduğu ve müzakere edilmemiş sözleşme hükümleri, haksız şart olarak nitelendirilmenin birinci koşulunu sağlar. TKHK m. 5/III, tüketiciye sunulmuş standart sözleşmeler bakımından bir müzakere edilmemiş olma karinesi öngörmüştür. Bu itibarla tüketici işlemi teşkil eden standart sözleşmenin müzakere edildiğini ispat yükü, satıcı/sağlayıcı üzerindedir[133].

Bir sözleşme hükmünün haksız şart olarak nitelendirilmesi için ikinci koşul, *tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olmasıdır*[134]. Bu anlamda TKHK m. 5, satıcının/sağlayıcının tüketiciye dayatmış olduğu ve müzakere edilmemiş sözleşme hükümlerini bir içerik denetimine tâbi tutmaktadır. TKHK m. 5'te içerik denetimi için ölçüt olarak dürüstlük kuralının esas alındığı görülmektedir. Bu ölçütün içinin doldurulmasında (tıpkı TBK m. 25'teki dürüstlük kuralı ölçütünün içinin doldurulmasında olduğu gibi), TTK m. 55/I b. (f)'den istifade edilebilir[135]. **(1)**

---

[131] Bir sözleşme hükmünün TKHK anlamında haksız şart olarak nitelendirilebilmesi için, aşağıda belirteceğimiz bu iki unsura ek olarak TBK anlamında genel işlem koşulu niteliği taşımasının zorunlu olup olmadığı tartışmalıdır. *Atamer* ve *Gümüş*, haksız şartın varlığının ileride kurulması planlanan çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere önceden hazırlanmış olma koşuluna bağlı olmadığını belirtmekte; bu itibarla TKHK anlamındaki haksız şartın TBK anlamındaki genel işlem koşulundan daha geniş bir çemberi kapsadığını savunmaktadır. Bkz. Yeşim M. Atamer, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi –TKHK m. 6 ve TTK m. 55 f. 1 (f) ile Karşılaştırmalı Olarak", Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu Bildiriler Tartışmalar 8 Nisan 2011, Ankara 2012, s. 9 vd., s. 20; Alper Gümüş, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt-I (Madde 1-46), İstanbul 2014, s. 61. Buna karşılık *Aydoğdu/Kahveci*, bir sözleşme hükmünün TKHK anlamında haksız şart olarak nitelendirilebilmesi için TBK anlamında genel işlem koşulu niteliği taşımasının zorunlu olduğu görüşündedir. Bkz. Murat Aydoğdu / Nalan Kahveci, Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2021, s. 342-343.

[132] Aydoğdu/Kahveci, Tüketici, s. 345; Gümüş, TKHK Şerhi, s. 61.

[133] Gümüş, TKHK Şerhi, s. 62.

[134] Gümüş, TKHK Şerhi, s. 63.

[135] Aydoğdu/Kahveci, Tüketici, s. 353; Gümüş, TKHK Şerhi, s. 64.

Sözleşmede böyle bir hüküm mevcut olmasaydı uygulanacak olan tamamlayıcı hukuk kuralından önemli ölçüde ayrılan hüküm, dürüstlük kuralı ölçütünü ihlal etmiş olacaktır. **(2)** Ayrıca sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı bir hak ve borç dağılımını tüketici aleyhine öngören koşul, dürüstlük kuralına aykırı olacaktır. Hak ve borç dağılımının ne zaman sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırılık teşkil edeceği konusunda TKHK m. 5/VI yol göstericidir: *"Bir sözleşme şartının haksızlığı; sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin kuruluşunda var olan şartlar ve sözleşmenin diğer hükümleri veya haksız şartın ilgili olduğu diğer bir sözleşmenin hükümleri dikkate alınmak suretiyle sözleşmenin kuruluş anına göre belirlenir."*

Bir tüketici işleminde yer alan ceza koşulunun her halükârda haksız şart olarak nitelendirileceğini ve kesin hükümsüz kabul edileceğini peşinen söylemek doğru olmaz[136]. Ceza koşulu, satıcı/sağlayıcı tarafından tüketiciye dayatılmamış ve tarafların karşılıklı müzakeresi neticesinde kararlaştırılmış olabilir. Bu durumda ceza koşulu TKHK m. 5'teki içerik denetimine hiç tâbi olmayacaktır. Bununla birlikte ceza koşulu, tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilmiş olması gerekçesiyle içerik denetimine tâbi tutulacaksa çok büyük ihtimalle geçersiz kabul edilecektir. Zira uygulamada tüketici aleyhine sözleşmelere eklenen ceza koşulları, genellikle, sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı bir hak ve borç dağılımı yaratır. Nitekim Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik Ek-1 de sayılan haksız şart örnekleri arasında, da ceza koşulu teşkil edecek bazı sözleşme hükümleri yer almaktadır[137]: *"ç) Tüketicinin sözleşmeyi kurmaktan veya ifa etmekten vazgeçmesi hallerinde sözleşmeyi düzenleyene tüketicinin kendisine ödediği bedeli muhafaza etme hakkı tanıyan, ancak sözleşmeyi düzenleyenin aynı türden davranışları için tüketiciye benzer bir tazminat hakkı tanımayan şartlar"*; *"d) Yükümlülüklerini yerine getirmeyen tüketicinin, orantısız biçimde yüksek bir tazminat ödemesini gerektiren şartlar"; "e) Sözleşmeyi düzenleyene, sözleşmeyi keyfi bir şekilde fesh etme hakkı tanıyan ancak tüketiciye aynı hakkı vermeyen şartlar ile sözleşmeyi düzenleyenin fesih hakkını kullanmasına rağmen, henüz ifa etmediği edimler karşılığında almış olduklarını muhafaza etme hakkı veren şartlar"*. Kanaatimizce bu örnekler, tüketici aleyhine kararlaştırılan bir ceza koşulunun içerik

[136] Aksi ifadeler için bkz. Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 61.
[137] Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik (17.6.2014 tarih 29033 sayılı Resmî Gazete).

denetimini geçmesi ihtimalini çok ciddi biçimde zayıflatsa dahi teorik olarak ortadan kaldırmamaktadır. Sözleşmenin bütününü dikkate alan geniş bir perspektifle yapılan değerlendirme, sözleşmedeki ceza koşuluna karşılık tüketici lehine başkaca haklar öngörüldüğünü ve bir denge sağlandığını ortaya koyuyorsa, haksız şarttan bahsedilemez. Öğretide, tüketici aleyhine tek taraflı olarak kararlaştırılan ceza koşullarının haksız şart teşkil edeceği belirtilmektedir[138].

2. TKHK, ceza koşulu konusunda dolaylı etki yaratabilecek haksız şartlara ilişkin genel hüküm mahiyetindeki m. 5'in yanı sıra, doğrudan bazı ceza koşullarını yasaklayan özel düzenlemeler de içermektedir. Örneğin TKHK m. 18/I uyarınca, *"Tüketici, yedi gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin taksitle satış sözleşmesinden cayma hakkına sahiptir".* Bu özel düzenlemeler, tüketicinin herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve sözleşme cezası ödemeksizin bazı sözleşmelerden belirli bir süre içerisinde cayma hakkını teminat altına almaktadır[139]. Bu itibarla aksi yöndeki ceza koşulları geçersiz kabul edilmelidir.

iv. Kıymetli Evrak Hukukundaki Sıkı Şekil Şartlarından Kaynaklanan Ceza Koşulu Yasakları

Kıymetli evrak hukukuna hâkim olan ve özellikle kambiyo senetleri bakımından kendisini gösteren sıkı şekil şartları, bu kambiyo senetlerinde bir ceza koşulu kararlaştırılmasını dolaylı olarak engellemektedir.

Şöyle ki, bir poliçenin geçerli olarak varlık kazanabilmesi bakımından, kanunda öngörülmüş tüm zorunlu unsurları içermesi gerekmektedir. Tarafların zorunlu unsurların yanı sıra poliçeye ekleyip eklememek konusunda serbestiye sahip oldukları bazı ihtiyari unsurlar da mevcuttur; ancak bunlar sınırlı sayıdadır. Bu zorunlu ve ihtiyari unsurlardan başka herhangi bir kaydın poliçeye eklenmesi caiz

[138] Aydoğdu/Kahveci, Tüketici, s. 354; Gümüş, TKHK Şerhi, s. 67. Tüketici aleyhine kararlaştırılan ceza koşullarının haksız şart olarak nitelendirilerek geçersiz kabul edildiği yargı kararı örnekleri için bkz. Yarg. 13. HD, E. 2009/10480 K. 2010/9823 T. 02.07.2010 (Lexpera); Yarg. 3. HD, E. 2020/5616 K. 2021/6006 T. 4.6.2021 (Kazancı).

[139] Bkz. taksitle satış sözleşmesi bağlamındaki m. 18/I; tüketici kredisi sözleşmesi bağlamındaki m. 24/I; ön ödemeli konut satış sözleşmesi bağlamındaki m. 43/I; iş yeri dışındaki sözleşmeler bağlamındaki m. 47/V; mesafeli sözleşmeler bağlamındaki m. 48/IV; finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmeler bağlamındaki m. 49/V; devre tatil ve uzun süreli tatil hizmeti sözleşmeleri bağlamındaki m. 50/VI; bağlı kredi sözleşmeleri bağlamındaki m. 30/III ve 50/VII; abonelik sözleşmeleri bağlamındaki m. 52/IV.

değildir. Caiz olmayan kayıtlar, niteliklerine göre ya yazılmamış sayılır ya da poliçeyi tamamen geçersiz hâle getirir. Poliçede yer verilecek bir ceza koşulu, poliçeyi tamamen geçersiz hâle getirmeyecek; fakat yazılmamış sayılacaktır[140]. Bununla birlikte poliçede temel ilişkiyi oluşturan borcun, poliçe dışında yapılan bir anlaşma ile ceza koşuluna bağlanması pek tabii mümkündür[141].

Bono ve çek bakımından da aynı durum söz konusudur. Ceza koşulu, bonoyu veya çeki tamamen geçersiz hâle getirmeyecek; fakat yazılmamış sayılacaktır[142].

v. Aile Hukukundaki Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Hakların Kullanılmasına İlişkin Ceza Koşulu Yasağı

1. Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar, hakkın kullanılmasına mutlaka hak sahibinin karar vermesi gereken; bu konudaki kararın üçüncü bir kişiye bırakılamadığı haklardır[143]. Bu hakların kullanılması konusunda doğrudan doğruya hak sahibinin kendi iradesi ön plana çıkmaktadır. Söz konusu iradenin her tür ekonomik baskıdan âri olarak serbestçe kullanılması, özellikle aile hukuku alanındaki kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar bakımından esastır. Bu itibarla hak sahibinin üzerinde hakkı kullanıp kullanmamak konusunda ekonomik baskı yaratacak anlaşmalar, bu hakların mahiyetiyle kural olarak bağdaşmayacaktır. Bu sebeple öğretide, boşanma, tanıma, evlat edinme gibi konularda kararlaştırılacak ceza koşulunun, kişilik hakkına aykırılık teşkil edeceği ve kesin hükümsüz olacağı belirtilmektedir[144].

Kanaatimizce böyle bir anlaşmanın kesin hükümsüz olacağı yönündeki tespit yerinde olmakla birlikte, anlaşmanın hukuki niteliği konusunda daha titiz bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Şöyle ki kişinin aile hukukundan doğan

---

[140] Fırat Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 2021, s. 85; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 61; Somer, s. 131. Poliçenin geçersiz olacağı yönündeki aksi görüş için bkz. Tunçomağ, s. 55.

[141] BK OR-Becker, Art. 160 para. 18; Tunçomağ, s. 55; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 61; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 131.

[142] Bono açısından bkz. Ülgen, Ülgen Kıymetli Evrak, s. 157; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 61. Yarg. 12. HD, E. 1982/7799 K. 1982/8093 T. 8.11.1982 (Kazancı): *"(...) takip dayanağı bonoda % 10 cezai şart öngörülmüş olup bu cihet senedin kambiyo vasfını etkilemez ise da yazılmamış sayılacağı (...)"*. Çek açısından bkz. Kaya, Ülgen Kıymetli Evrak, s. 306; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 61; Somer, s. 131.

[143] Mustafa Dural / Suat Sarı, Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2021, para. 1017; O. Gökhan Antalya / Murat Topuz, Marmara Hukuk Yorumu Cilt I Medeni Hukuk, Ankara 2021, para. 735.

[144] BK OR-Becker, Art. 160 para. 18; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1009; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 55; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 132.

kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkını kullanması veya kullanmaması durumunda ceza mahiyetinde bir edimi ifa etmeyi taahhüt ettiği anlaşmalar, teknik anlamda ceza koşulu olarak nitelendirilemez. Zira kişinin böyle bir hakkı kullanmak veya kullanmamak yönünde geçerli bir borç taahhüdünde bulunması, kişilik hakkına aykırılık teşkil edecek olması nedeniyle mümkün değildir[145]. Taraflar arasında asıl borç ilişkisi olarak nitelendirilebilecek bir ilişkinin bulunmadığı durumda da teknik anlamda ceza koşulundan bahsetmek mümkün olmaz. Bu bağlamda olsa olsa gerçek olmayan bir ceza koşulundan bahsedilebilir. Gerçek olmayan ceza koşulu, bir kişinin, aslında yükümlü olmadığı bir davranışı gerçekleştirmediği veya yapmasına hukuken engel bulunmayan bir davranışı gerçekleştirdiği takdirde belirli bir edimi ifa etmeyi taahhüt etmesidir[146]. Kişinin aile hukukundan doğan kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkını kullanması veya kullanmamasına ilişkin gerçek olmayan ceza koşulu da kişilik hakkına aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz olacaktır.

2. Ancak evlenmeden kaçınma hâli için kararlaştırılacak gerçek olmayan ceza koşuluna ilişkin özel bir düzenleme içeren TMK m. 119/II, bu konuda farklı bir açıklama yapılmasını gerekli kılmaktadır. İlgili hüküm uyarınca, *"Evlenmeden kaçınma hâli için öngörülen cayma tazminatı veya ceza şartı dava edilemez; ancak yapılan ödemeler de geri istenemez."* Buna göre nişanlılardan birinin evlenmeden kaçınmak suretiyle nişanı bozması durumuna ilişkin olarak kararlaştırılacak gerçek olmayan ceza koşulu, geçerli kabul edilecek; ancak sözleşme cezasını ödeme borcu eksik borç niteliği taşıyacaktır[147,148]. Dolayısıyla sözleşme cezasının alacaklısı

---

[145] Bu konuda bkz. Serap Helvacı, Gerçek Kişiler, İstanbul 2021, s. 144.

[146] Gerçek olmayan ceza koşulu konusunda bkz. *"Üçüncü Bölüm / V. Gerçek Olmayan Ceza Koşulu".*

[147] Bu konuda görüş bildiren yazarlar, evlenmeden kaçınmak suretiyle nişanı bozan nişanlıyı ceza mahiyetinde bir edim ifa etmekle yükümlü tutan anlaşmalardan, ceza koşulu olarak bahsetmiştir. *Özmen* ise nişanlanmanın evlenmeye zorlama hakkı vermediğini göz önünde tutarak, evlenmekten kaçınma hâli için öngörülmüş ceza koşulunun ifaya eklenen veya seçimlik nitelikte olamayacağını; burada dönme cezasından bahsetmek gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Etem Saba Özmen, "Nişanın Bozulmasında Cayma Akçası ve Cezai Şart (MK. 83. Madde Değişikliği) (II)", Yargıtay Dergisi Y. 22 S. 4 (1996), s. 506 vd., s. 524-525. Kanaatimizce yazar, bu bağlamda ifaya eklenen veya seçimlik ceza koşulundan (yani teknik anlamda ceza koşulundan) bahsedilemeyeceğini belirtmekte haklıdır. Fakat burada dönme cezası yerine, gerçek olmayan ceza koşulunun varlığından bahsetmek daha doğru olacaktır. Zira dönme cezasının mevcut olması için, kanun tarafından tanınmamış olan hukuki ilişkiyi tek taraflı olarak sona erdirme hakkının taraflarca tanınmış olması gerekmektedir. Oysa nişanlılık ilişkisini tek taraflı olarak serbestçe sona erdirmek, zaten kanun tarafından tanınmış bir haktır.

[148] Anlaşmanın geçersiz olmayacağı fakat eksik bir borç doğuracağı yönünde bkz. Gümüş, Borçlar Genel, s. 1009; Nevzat Koç, Türk-İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi, İzmir 2002, s. 59; Özmen, Nişanın Bozulması II, s. 525; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 54; Burcu G. Özcan Büyüktanır / Dila Okyar Karaosmanoğlu, "Evlenmeye Zorlamak İçin Öngörülen Cayma Tazminatı ya da Cezai Şart Dava Edilemez; Ancak Yapılan Ödemeler de Geri İstenemez: TMK m. 119 / f. 2 Üzerine Bir Değerlendirme", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi C. 7 S. 1 (2017), s. 215 vd., s. 223. Anlaşmanın

konumundaki nişanlı bu borcun ifasını dava edemeyecektir. Sözleşme cezasının borçlusu konumundaki nişanlının her nasılsa gerçekleştirmiş olduğu ifa ise geçerli kabul edilecek ve ifanın sebepsiz zenginleşme uyarınca iadesi talebine yer olmayacaktır[149]. Kanaatimizce bu esas, yalnızca haklı bir sebep olmaksızın nişanı bozan taraf bakımından kabul edilebilir. Karşı tarafın kusurlu davranışına dayanarak yahut taraflardan herhangi birinin kusuruna dayanmasa bile haklı bir sebep teşkil eden durum nedeniyle evlenmekten kaçınan taraf açısından bu kural uygulanmamalıdır. Bu suretle nişanı bozan taraf evlenmekten kaçınma hâli için öngörülmüş sözleşme cezasını her nasılsa ifa etmiş olsa dahi bu ifanın iadesini talep edebilmelidir[150].

TMK m. 119/II'deki hüküm, eMK m. 83/II'nin Türkçe açısından sadeleştirilmiş hâlinden ibarettir. Ancak eMK m. 83/II, TMK m. 119/II'ye aynen yansımış olan bu hâline, 14.11.1990 tarih ve 3678 sayılı Kanunla yapılan değişiklik neticesinde ulaşmıştır. Değişiklik öncesinde eMK m. 83 hükmü şöyleydi: *"Kanun imtina eden nişanlıyı evlenmeye icbar için dava hakkı vermez ve evlenmekten imtina halinde tazminat verilmesi şart kılınmış ise bu şart muteber değildir."* Görüldüğü üzere hüküm, evlenmeden kaçınma hâli için kararlaştırılacak ceza koşulunun geçersiz olacağını kabul etmekteydi. Bu itibarla sözleşme cezasının ifası dava edilemediği gibi; her nasılsa ifa edilmiş olan sözleşme cezasının da iadesi talep edilebiliyordu. 3678 sayılı Kanunla yapılan değişiklik, öğretide evlenme özgürlüğünü zedeleyen dolaylı bir baskı unsuruna izin verdiği için eleştirilmektedir[151]. Özellikle değişikliğin cayma parasına ilişkin bölümü, başlık parası uygulamasının hukuk nezdinde korumadan istifade edebileceği nedeniyle

geçersiz olacağı yönündeki kanaatimizce isabetsiz aksi görüş için bkz. Mustafa Dural / Tufan Öğüz / Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul 2020, s. 26; Bilge Öztan, Aile Hukuku, Ankara 2015, s. 64-65 (Ancak yazar öte yandan, bu geçersiz ceza koşulundan eksik borç niteliğinde bir sözleşme cezasını ödeme borcunun doğduğunu belirtmektedir; bkz. s. 65).

[149] Mehmet Erdem / Aslı Makaracı Başak, Aile Hukuku, Ankara 2022, s. 24; Özmen, Nişanın Bozulması II, s. 526; Özcan Büyüktanır / Okyar Karaosmanoğlu, s. 223. Hükmün dar yorumlanması ve iade talebinin yalnızca her iki tarafın da amacının ahlâka aykırı olduğu durumda reddedilmesi gerektiği yönünde bkz. B. Öztan, s. 66.

[150] Karşı tarafın kusurlu davranışına dayanarak evlenmekten kaçınan taraf açısından bu yönde bir değerlendirme için bkz. Özmen, Nişanın Bozulması II, s. 528.

[151] Hükmün eleştirisi için bkz. B. Öztan, s. 66; Koç, s. 59-64; Etem Saba Özmen, "Nişanın Bozulmasında Cayma Akçası ve Cezai Şart (MK. 83. Madde Değişikliği) (I)", Yargıtay Dergisi Y. 22 S. 3 (1996), s. 299 vd. ve Özmen, Nişanın Bozulması II, özellikle s. 527 vd.

endişeyle karşılanmıştır[152]. *Özmen,* bu değişikliğin hukukumuzu Roma hukuku uygulamasına yaklaştırdığını ifade etmiştir[153].

vi. Dernekten veya Kooperatiften Çıkma Hakkının Kullanılmasına İlişkin Ceza Koşulu Yasağı

1. Dernekten çıkma hakkı, dernek üyesinin vazgeçilmez haklarındandır. Bu hakkın kullanılmasının engellenmesi veya zorlaştırılması suretiyle kişinin dernekte üye kalmaya zorlanması mümkün değildir. Bu husus, TMK m. 66'da vurgulanmıştır: *"Hiç kimse, dernekte üye kalmaya zorlanamaz. Her üye yazılı olarak bildirmek kaydıyla, dernekten çıkma hakkına sahiptir."* Bu itibarla dernekten çıkan üyenin ceza ödemekle yükümlü tutulacağı yönündeki ceza koşullarının, çıkma hakkının kullanılmasını zorlaştıracağı için geçersiz kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir[154].

Benzer bir durum kooperatif ortağının kooperatiften çıkma hakkı bakımından da mevcuttur. Kooperatif hukukuna hâkim olan açık kapı ilkesi uyarınca,

---

[152] Özmen, Nişanın Bozulması II, s. 529 vd.; Özcan Büyüktanır / Okyar Karaosmanoğlu, s. 229.

[153] Özmen, Nişanın Bozulması II, s. 512. Roma hukukunun ilk dönemlerinde nişanlanma *(sponsalia),* evlenme konusunda borç yaratan bir *stipulatio* yoluyla gerçekleşiyordu. Dolayısıyla evlenme vaadinin ifasının dava edilmesi mümkündü. Bu *stipulatio* usulü klasik hukuk döneminde terk edilmiş; nişanlanmanın kurulması konusunda tarafların karşılıklı rızaları yeterli görülmüştür (Serpil Altop, "Arra Sponsalicia", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası C. LV S. 1-2 (1995-1996), s. 369 vd., s. 369-370; Kayak, s. 252-253; Dinçer Araz, s. 80). Evlenmeye ilişkin borcun ifasını dava etmeleri mümkün olmayan taraflar, karşı tarafı evlenmeye zorlamak konusunda ceza koşullarından istifade etmişlerdir. Söz konusu ceza koşulları, evliliğin serbest iradeyle gerçekleştirilmesi kuralı *(libera esse debent matrimonia)* ile bağdaşmadığı için ahlaka aykırılık sebebiyle geçersiz kabul edilmiştir (S. Altop, s. 370; Kayak, s. 253; Dinçer Araz, s. 216-218). Ancak post-klasik hukuk döneminde doğu etkisiyle Roma hukukuna giren *arra sponsalicia* uygulaması, evlenme konusunda bir baskı yaratmak suretiyle ceza koşulu ile aynı işlevi görmeye başlamıştır. *Arra sponsalicia*, nişanlanmaya ilişkin cayma parasıdır. Şöyle ki nişanlanma sırasında erkek, kadına bir miktar *arra* verir. Daha sonra nişan erkeğin sorumlu olduğu bir sebeple bozulacak olursa, *arra* kadında kalacak; kadının sorumlu olduğu bir sebeple bozulacak olursa, kadın *arra*'nın önceleri dört sonraları ise iki katını erkeğe verecektir (S. Altop, s. 378-379; Dinçer Araz, s. 81).

[154] CR CO I-Mooser, Art. 163 para. 4 dn. 8; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1010; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 131. Böyle bir ceza koşulunun kişilik hakkına aykırı düştüğü için geçersiz kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. Bilge, Cezai Şart, s. 115; Tunçomağ, s. 56. Buna karşılık *Schoch*, düşük tutarda ceza öngören ve üyenin çıkma hakkını kullanmasını gerçekte zorlaştırmayan ceza koşullarının geçerli kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir; bkz. Schoch, s. 99. TMK m. 66'da 30.7.2003 tarih ve 4963 sayılı Kanunla yapılan değişiklik öncesinde dernekten çıkmak isteyen üye, bu durumu altı ay öncesinden derneğe bildirmek durumundaydı. Dolayısıyla çıkma bildirimini altı aydan uzun süreye bağlayan ve bu altı aydan uzun süreye uymayan üyenin ceza ödeyeceğini öngören düzenlemeler geçersiz kabul edilmekteydi. Güncel hâliyle TMK m. 66, dernekten çıkmak isteyen üyenin yazılı bildirimde bulunmasını yeterli görmüştür; bu bildirimin belirli bir süre önceden yapılması yükümlülüğü söz konusu değildir. Buna göre çıkma bildirimini herhangi bir süreye bağlayan ve bu süreye uymayan üyenin ceza ödeyeceğini öngören düzenlemelerin tamamının (altı aydan uzun veya kısa bir süre öngörüldüğüne bakılmaksızın) geçersiz kabul edilmesi gerekmektedir. Hükmün 2003 öncesindeki hâlini esas alan değerlendirmeler için bkz. Tunçomağ, s. 56; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 62; Somer, s. 133.

kooperatifin kapıları ne girmek isteyene ve ne de çıkmak isteyene keyfi olarak kapatılabilir[155]. Her ortağın kooperatiften çıkma hakkı mevcuttur. Kooperatifler Kanunu m. 11/III, bu hakkın vazgeçilmez niteliğini açıkça ortaya koymaktadır. İlgili hüküm uyarınca, *"Bir ortağın hiçbir suretle kooperatiften çıkamıyacağına dair bağlamalar hükümsüzdür"*. Buna göre, kooperatiften çıkan ortağın ceza ödemekle yükümlü tutulacağı yönündeki ceza koşullarının, çıkma hakkının kullanılmasını zorlaştırdığı için geçersiz olacağı ifade edilmiştir[156].

Kanaatimizce aile hukukundaki kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılması veya kullanılmaması durumunda ceza mahiyetinde bir edimin ifa edileceğini öngören anlaşmalarda olduğu gibi, burada da teknik anlamda ceza koşulundan bahsedilemez. Zira kişinin dernekten veya kooperatiften çıkma hakkını kullanmayacağı yönünde geçerli bir borç taahhüdünde bulunması, kişilik hakkına aykırılık teşkil edecek olması nedeniyle mümkün değildir. Taraflar arasında asıl borç ilişkisi olarak nitelendirilebilecek bir ilişkinin bulunmadığı durumda da teknik anlamda ceza koşulundan bahsetmek mümkün olmaz. Bu bağlamda gerçek olmayan bir ceza koşulu mevcuttur; söz konusu anlaşma da yine kişilik hakkına aykırılık nedeniyle kesin hükümsüzdür.

2. Bununla birlikte kooperatifler bakımından özel bir durumun mevcut olduğu unutulmamalıdır; ortağın çıkma hakkını kullanırken kooperatifin mevcudiyetini tehlikeye düşürmemesi gerekmektedir. Bu itibarla açık kapı ilkesi ile kooperatifin korunması ilkesi arasında bir denge kurulması uygun olacaktır. Bu dengeyi kurmak isteyen Kooperatifler Kanunu m. 10 c. 2 uyarınca, *"Çıkma keyfiyetinin kooperatifin mevcudiyetini tehlikeye düşürmesi halinde ayrılmak istiyen ortağın, muhik bir tazminat ödenmesine dahi hüküm anasözleşmeye konulabilir."* Burada bahsedilen çıkma tazminatı, sözleşme cezası niteliği taşımamaktadır; götürü tazminat olarak değerlendirilmelidir[157]. Zira ceza koşulu, gerçekte meydana gelen zarardan bağımsız olarak alacaklıya talep hakkı verir. Oysa burada bahsedilen çıkma

[155] Yarg. HGK, E. 2017/23-859 K. 2017/1719 T. 13.12.2017 (Kazancı): *"Kooperatif ortağı olunmasında "açık kapı ilkesi" geçerlidir. Ortak olmak için yöneticilerin istekleri değil, objektif şartların gerçekleşmesi yeterlidir. (...) Yine açık kapı ilkesi gereği ortak sıfatını kazanan herkesin kooperatiften çıkma hakkı (Koop.K. m.10) olduğu gibi, ana sözleşmede açıkça belirtilmiş olan sebeplerle ortağın ihracına karar verilmesi de mümkündür (Koop.K. m.16)."*

[156] BK OR-Becker, Art. 160 para. 18; CR CO I-Mooser, Art. 163 para. 4 dn. 8; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1010; Tunçomağ, s. 56; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 132. Aksi görüş için bkz. Bilge, Cezai Şart, s. 115.

[157] Tuba Birinci Uzun, Götürü Tazminat, Ankara 2015, s. 130. İsviçre hukukunda aynı düzenlemeyi öngören İsvBK m. 842/II bakımından aynı yönde bkz. ATF 138 III 785, c. 2.1; Tolou, para. 1029.

tazminatı, yalnızca kooperatifin mevcudiyetini tehlikeye düşürecek denli ciddi bir zararın mevcut olması hâlinde talep edilebilecektir. Bu yönde kararlaştırılan bir götürü tazminat anlaşmasının geçerli olabilmesi için, **(1)** ana sözleşmede böyle bir tazminat düzenlemesinin yer alması, **(2)** ortağın kooperatiften çıkmasının kooperatifin mevcudiyetini tehlikeye düşürmüş olması, **(3)** tazminatın uygun olması gerekmektedir[158].

vii. Vekâlet sözleşmesini Sona Erdirme Hakkkının Kullanılmasına İlişkin Ceza Koşulu Yasağı

TBK m. 512 uyarınca gerek vekâlet veren gerek vekil, vekâlet sözleşmesini dilediği zaman tek taraflı olarak sona erdirebilir. Bu itibarla vekâlet sözleşmesi, diğer sürekli borç doğuran sözleşmelere kıyasla farklılaşan karakteristik bir özelliğe sahiptir. Diğer sürekli borç doğuran sözleşmelerde tarafların diledikleri zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirme imkânı bulunmamaktadır. Buna karşılık vekâlet sözleşmesinde böyle bir imkânın tanınmış olmasının sebebi, vekâlet sözleşmesindeki karşılıklı güven ilişkisinin yoğunluğudur[159]. Taraflardan birinin karşı tarafa güvenini yitirdiği durumda bu sözleşmeyle bağlı kalması beklenmemektedir. Taraflardan herhangi biri, herhangi bir neden ileri sürmeksizin ve belirli bir süreye uyması gerekmeksizin sözleşmeyi sona erdirebilir. Ancak sözleşmeyi uygun olmayan zamanda sona erdiren taraf, karşı tarafın bundan doğan zararını gidermekle sorumlu olacaktır.

TBK m. 512'nin emredici nitelik taşıyıp taşımadığı ve bununla bağlantılı olarak vekâlet sözleşmesinin tek taraflı olarak sona erdirilmesi hakkını sınırlayan anlaşmaların geçerli olup olmadığı sorunu, öğretide oldukça tartışmalıdır. Çalışmamızın kapsamını aşan bu tartışmanın detaylarına değinmeyecek; öğretideki eleştirilere rağmen yargı uygulamasında varlığını sürdüren klasik kabule göre açıklamada bulunmakla yetineceğiz[160]. Buna göre TBK m. 512 emredici nitelik taşımaktadır; vekâlet sözleşmesini tek taraflı olarak sona erdirme hakkının

[158] Bu konuda İsvBK m. 842/II'yi esas alan bir değerlendirme için bkz. Isabelle Chabloz, Art. 828-910 CO, Pierre Tercier / Marc Amstutz (ed.), Commentaire romand, Code des obligations II, Bâle 2017, Art. 842 para. 21 vd.; Tolou, para. 1022 vd.

[159] Zevkliler/Gökyayla, s. 671-672; Mehmet Erdem, "Vekaletten Azil ve İstifa (Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Sona Erdirilmesi)", Erdoğan Teziç'e Armağan, İstanbul 2007, s. 949 vd., s. 952.

[160] Bu konuda detaylı bir inceleme için bkz. Suat Sarı, Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi, İstanbul 2004, s. 92 vd. Ayrıca bkz. Erdem, Vekalet, s. 953 vd. İsviçre öğretisinde ileri sürülen eleştirilerin genel görünümü ve Federal Mahkeme'nin buna rağmen tutum değiştirmeyi reddettiği kararı için bkz. TF, 4A_437/2008, c. 1.5 (10.02.2009).

kaldırılması da sınırlandırılması da mümkün değildir[161]. Nitekim hakkın kullanılmasını engelleyecek veya güçleştirecek anlaşmaların da geçersiz kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu çerçevede vekâlet sözleşmesini tek taraflı olarak sona erdirecek tarafın sözleşme cezası ödeyeceğine ilişkin anlaşmaların akıbeti de oldukça şüpheli hâle gelmektedir. Bu tartışmanın önemi, TBK m. 512'nin uygulama alanının tipik vekâlet sözleşmeleri ile sınırlı olmaması nedeniyle artmaktadır. Federal Mahkeme söz konusu hükmü, genel mimarlık sözleşmesi, özel okul sözleşmesi, bina yönetim sözleşmesi gibi vekâlet sözleşmesine dair unsurlar içeren karma sözleşmeler bakımından da uygulamaktadır[162].

Bu bağlamda öncelikle kavramsal bir tespitte bulunmanın gerekli olduğunu düşünmekteyiz. Kanaatimizce vekâlet sözleşmesini tek taraflı olarak sona erdirecek tarafın ceza mahiyetinde bir edim ifa edeceğine ilişkin anlaşmalar teknik anlamda ceza koşulu olarak nitelendirilemez. Zira TBK m. 179 vd. anlamında bir ceza koşulundan bahsedebilmek için, bir asıl borcun varlığı gerekmektedir. Oysa vekâlet sözleşmesinin tek taraflı olarak sona erdirilemeyeceği yönünde geçerli bir taahhütte bulunulması (en azından yargı uygulamasında varlığını sürdüren klasik kabule göre) mümkün değildir. Herhangi bir asıl borç ilişkisinin söz konusu olmadığı bu durumda, ancak gerçek olmayan ceza koşulundan bahsedilebilir[163]. İleride detaylı olarak inceleneceği üzere gerçek olmayan ceza koşulu, bir kişinin, aslında yükümlü olmadığı bir davranışı gerçekleştirmediği veya yapmasına hukuken engel bulunmayan bir davranışı gerçekleştirdiği takdirde belirli bir edimi ifa etmeyi taahhüt etmesidir[164]. Burada da aslında yapılmasına hukuken engel bulunmayan bir davranışın gerçekleştirilmesi (vekâlet sözleşmesinin tek taraflı olarak sona

[161] TF, 4A_284/2013, c. 3.5.1 (13.02.2014); TF, 4A_294/2012, c. 7.1 (08.10.2012); ATF 109 II 467 c. 3e; ATF 104 II 108, JdT 1980 I 77, c. 4; ATF 98 II 305, c. 2a; Yarg. 13. HD, E. 2014/19562 K. 2015/20555 T. 16.6.2015 (Kazancı); Yarg. 13. HD, E. 2013/8249 K. 2013/12850 T. 16.5.2013 (Kazancı); Yarg. 3. HD, E. 2008/6473 K. 2008/9508 T. 27.5.2008 (Kazancı); Alper Gümüş, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2002, s. 36-37; Burak Özen, "Borçlar Kanunu 386/II Üzerine Düşünceler", Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan Cilt I, İstanbul 2001, s. 598 vd., s. 626; Zevkliler/Gökyayla, s. 672; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 62.

[162] Genel mimarlık sözleşmesi bakımından örneğin bkz. TF, 4A_294/2012, c. 7.1 (08.10.2012); ATF 127 III 543, c. 2a. Özel okul sözleşmesi bakımından örneğin bkz. TF, 4A_601/2015, c. 1.2.1 (19.04.2016); TF, 4A_141/2011, c. 2.2 (06.07.2011). Bina yönetim sözleşmesi bakımından örneğin bkz. TF, 4A_284/2013 (13.02.2014), c. 3.5.1-3.5.2; TF, SJ 1989 521, c. 1a.

[163] Aynı yönde bkz. Peter Gauch, "Art. 404 OR - Sein Inhalt, seine Rechtfertigung und die Frage seines zwingenden Charakters", Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis C. 1992 S. 1, s. 9 vd., s. 20 dn. 80; Bentele, s. 50 dn. 239; Erdem, Clause Pénale, s. 102-103; Pınar Altınok Ormancı, "İsviçre Federal Mahkemesi'nin ATF 140 III 200 Kararı Işığında Şekle Aykırı Sözleşmede Yer Alan Ceza Koşulunun Geçerliliği", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 11 S. 139-140 (2016), s. 121 vd., s. 137-138.

[164] Gerçek olmayan ceza koşulu konusunda bkz. *"Üçüncü Bölüm / V. Gerçek Olmayan Ceza Koşulu".*

erdirilmesi) durumunda ceza mahiyetinde bir edim ifa edilmesi kararlaştırılmaktadır. Bu kavramsal tespitimize rağmen, metnin anlaşılmasını zorlaştırmamak ve konunun götürü tazminat ile olan ilişkisini daha net gösterebilmek amacıyla, aşağıdaki açıklamalarımızda ceza koşulu ifadesini kullanacağız.

İsviçre Federal Mahkemesi, vekâlet sözleşmesini uygun olmayan zamanda haklı bir sebebi olmaksızın tek taraflı olarak sona erdiren tarafın karşı tarafa belirli bir meblağ ödemesine ilişkin bazı anlaşmaları geçerli kabul etmektedir[165]. Federal Mahkeme'nin böyle bir yola girmiş olmasının sebebi, özel bir güven ilişkisi barındırmadığı için klasik vekâlet modeline uymayan ilişkilerde dahi vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulmasının ve sona erdirme hakkının her zaman kayıtsız şartsız serbestçe kullanılabilmesinin neden olacağı olumsuzluğu bertaraf etmektir[166]. Bu uygulama kanuni dayanağını TBK m. 512'nin ikinci cümlesinde (İsvBK m. 404'ün ikinci fıkrasında) bulmaktadır. Şöyle ki, "*uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdiren taraf, diğerinin bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür*". Bu hükmü göz önüne alan mahkeme de TBK m. 512 c. 2'nin çizdiği sınırları aşmayan bir meblağın ödenmesine ilişkin anlaşmaların geçerli kabul edilmesini uygun görmüştür.

Söz konusu hüküm, sözleşmeyi sona erdiren tarafın gidermekle sorumlu olduğu zararı, olumsuz zarar ile sınırlı olarak ele almaktadır. Dolayısıyla mahkemenin benimsemesi beklenen duruş, vekâlet sözleşmesini uygun olmayan zamanda haklı bir sebebi olmaksızın tek taraflı olarak sona erdiren tarafın karşı tarafın zararını tazmin etmesine ilişkin anlaşmaları, *olumsuz zararın giderilmesine yönelik olması kaydıyla* geçerli kabul etmektir[167]. Zira sözleşmeyi sona erdiren tarafın bunun ötesinde bir zararı gidermekle sorumlu tutulması, sona erdirme hakkının serbestçe kullanılmasını engelleyebilir. Buna göre vekâlet sözleşmesinin uygun olmayan zamanda feshedilmesine bağlı olarak uğranacak olumsuz zararın giderilmesine yönelik gerçekçi bir zarar tahmini içeren götürü tazminat anlaşmaları geçerli kabul edilmelidir. Bunun ötesinde olumlu zararın giderilmesine yönelik götürü tazminat anlaşmalarının geçerli kabul edilmesi, sona erdirme hakkının

[165] TF, SJ 1978 385 c. 3; ATF 109 II 462, JdT 1984 I 210, c. 4; ATF 110 II 380, JdT 1985 I 274, c. 3a; TF, SJ 1989 521, 1a-1b; TF, 4A_141/2011 (06.07.2011), c. 2.4; TF, 4A_294/2012 (08.10.2012), c. 7; TF, 4A_284/2013 (13.02.2014), c. 3.6.1; TF, 4A_601/2015 (19.04.2016), c. 1.2.

[166] Özen, BK 386/II, s. 625.

[167] Aynı yönde bkz. Gaspard Couchepin, "La forfaitisation du dommage", Semaine Judiciare, 2009 II, s. 1 vd., s. 22; Tolou, para. 975; Erdem, Vekalet, s. 959.

serbestçe kullanılmasını engelleyebileceği ve TBK m. 512'nin emredici karakterini zedeleyeceği için uygun olmaz[168]. Ceza koşulu bakımından da aynı durum söz konusudur. TBK m. 512'nin emredici nitelikte olduğunun varsayıldığı bu tabloda, vekâlet sözleşmesinin uygun olmayan zamanda feshine ilişkin kararlaştırılan bir ceza koşulunun geçerli kabul edilmesi kategorik olarak mümkün değildir[169]. Ceza koşulunun asli işlevi, borçluyu asıl borcun ifası konusunda zorlamaktır. Bu sebeple taraflar sözleşme cezası miktarını, alacaklının ihlal durumunda uğrayacağını öngördükleri zararı önemli ölçüde aşacak şekilde kararlaştırır. Alacaklının uğrayacağı öngörülen zarara tekabül eden bir meblağın ödenmesini öngören anlaşma, ceza koşulu olarak nitelendirilemez. Öte yandan ceza koşulu, belirli bir menfaat türünün telafisine özgülenmiş bir anlaşma olarak da tahayyül edilemez. Dolayısıyla yalnızca olumsuz zararın telafisine özgülenmiş bir ceza koşulu kararlaştırılması, bu hukuki kurumun yapısı gereği mümkün değildir. Yani bir anlaşmanın gerçekten ceza koşulu niteliği taşıması, TBK m. 512 c. 2'nin çizdiği sınırlara riayet etmediği anlamına gelmektedir. Buna göre TBK m. 512'nin emredici nitelikte olduğunun kabul edilmesinin doğal sonucu, vekâlet sözleşmesinin uygun olmayan zamanda feshine ilişkin kararlaştırılan ceza koşullarının hüküm ifade etmemesidir. TBK m. 512'nin emredici niteliğine ilişkin farklı bir yaklaşım benimsenirse, ceza koşulu akdedilip akdedilemeyeceği konusundaki bakış açısı elbette farklılaşacaktır[170].

---

[168] Couchepin, Forfaitisation, s. 22; Atamer, Ceza Koşulu, s. 124. Örneğin bkz. TF, SJ 1989 521: Bir taşınmaz yönetim sözleşmesini süresinden evvel fesheden malikin, fesih gerçekleşmiş olmasaydı yöneticinin sözleşme süresi bitimine kadar kazanacağı yönetim komisyonlarını yöneticiye götürü tazminat olarak ödemesine ilişkin hüküm, bu sebeple geçersiz kabul edilmiştir. Tipik bir vekâlet sözleşmesinin tek taraflı olarak sona erdirilmesine ilişkin kararlaştırılan mutlak götürü tazminat anlaşmasındaki meblağın gerçekte uğranan olumsuz zararı aşsa dahi indirilemeyeceği, dolayısıyla böyle bir anlaşmanın TBK m. 512'nin emrediciliği karşısında geçersiz olduğu; buna karşılık nisbi götürü tazminat anlaşmalarının geçerli kabul edilebileceği görüşü için bkz. Erdem, Vekalet, s. 959-960.

[169] Aynı yönde bkz. Bentele, s. 14 dn. 52; Couchepin, Clause pénale, para. 511; Couchepin, Forfaitisation, s. 22; Tolou, para. 964-968; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1010; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 133; Atamer, Ceza Koşulu, s. 124; Zevkliler/Gökyayla, s. 673; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 62; Kadir Berk Kapancı, "Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi", Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, s. 655 vd., s. 660 dn. 18; Birinci Uzun, s. 133; Cansel/Özel, s. 717-718; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 35-36; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 132-133. Aksi görüş için bkz. OFK OR-Wuffli, Art. 160 para. 5. Ceza koşulunu geçerli kabul etmenin, sözleşmeyi serbestçe sona erdirme hakkını ortadan kaldıracağı, en azından büyük ölçüde sınırlayacağı; dolayısıyla emredici nitelikteki TBK m. 512'nin tanıdığı hakkın tarafların anlaşmasıyla ortadan kaldırılmış olacağı yönünde bkz. Özen, BK 386/II, s. 628.

[170] Örneğin *Werro,* TBK m. 512'deki emredici hükümle dokunulmaz kılınmış olan değerin, sözleşmeyi sona erdirme iktidarı olduğunu savunmaktadır; tarafların elinden sözleşmeyi diledikleri zaman sona erdirme iktidarının alınması mümkün değildir. Buna karşılık taraflar, sözleşmeyi sona erdirme hakkının kullanılmasının sonuçlarını diledikleri gibi düzenleyebilir. Vekâlet sözleşmesinin uygun olmayan zamanda feshedilmesine bağlı olarak uğranacak olumlu zararın giderilmesine yönelik götürü tazminat anlaşması yahut ceza koşulu kararlaştırılmasının önünde herhangi bir engel

Federal Mahkeme'nin verdiği kararlar incelendiğinde, konuya ilişkin tutarsız bir uygulamanın mevcut olduğu görülecektir[171]. Örneğin bir kararda, yukarıda açıkladığımız yaklaşım benimsenmiş; vekâlet sözleşmesini uygun olmayan zamanda feshedecek kişi aleyhine geçerli bir ceza koşulu kararlaştırılması ihtimali tamamen bertaraf edilmiştir. Bu karara göre, TBK m. 512 c. 2'nin çizdiği sınırlar çerçevesinde yalnızca olumsuz zararın tazminini konu alan götürü tazminat anlaşmaları geçerli kabul edilecektir[172]. Başka kararlardaki genel yaklaşım ise olumlu zararı kapsamayıp yalnızca olumsuz zararın giderilmesine yönelik olan anlaşmaların, ceza koşulu veya götürü tazminat anlaşması niteliğinden bağımsız olarak geçerli kabul edileceği yönündedir[173]. Öğretideki bazı yazarlar da bu yaklaşımı destekliyor gibi görünmektedir[174]. Kanaatimizce bu yaklaşım, ceza koşulu ile götürü tazminat anlaşması arasındaki kavramsal sınırı gözden kaçırmakta; bir kavram karmaşası yaratmaktadır.

Yargıtay içtihatları incelendiğinde, böyle detaylı bir incelemenin mevcut olmadığı; vekâlet sözleşmesini tek taraflı olarak sona erdirecek tarafın sözleşme cezası ödeyeceğine ilişkin anlaşmaların tartışmaya mahal vermeksizin geçersiz kabul edildiği görülmektedir[175]. Türk yargı uygulamasında vekâlet sözleşmesini tek taraflı olarak sona erdirecek tarafın sözleşme cezası ödeyeceğine ilişkin anlaşmaların geçersizliği, özellikle avukatlık sözleşmeleri bakımından gündeme gelmektedir.

---

bulunmamaktadır; bkz. Franz Werro, "La peine conventionnelle: quelques aspects saillants de l'actualité jurisprudentielle", Pichonnaz/Werro (Ed.), La Pratique contractuelle 2: Symposium en droit des contrats, 2011, s. 1 vd., s. 7-8. Diğer yandan *Erdem*, TBK m. 512'nin yalnızca tipik vekâlet sözleşmeleri bakımından emredici kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Buna göre tipik vekâlet sözleşmelerinin tek taraflı sona erdirilmesine ilişkin öngörülen ceza koşullarının geçersiz olacağını; ancak atipik vekâlet sözleşmeleri bakımından böyle bir engelin söz konusu olmadığını ve tek taraflı sona erdirmeye ilişkin ceza koşullarının geçerli olarak kararlaştırılabileceğini belirtmektedir (Erdem, Vekalet, s. 961-962).

[171] Bu konuda kararların gösterdiği gelişimin kapsamlı bir özeti için bkz. Tolou, para. 931-960.

[172] TF, SJ 1989 521, 1a-1b.

[173] Özellikle bkz. ATF 109 II 462, JdT 1984 I 210, c. 4. Hatta özel okul sözleşmeleri bağlamında mahkemenin daha esnek davrandığı belirtilmektedir. Mahkeme, okul sözleşmelerinin tek taraflı olarak sona erdirilmesi durumunda öğrencinin okul ücretini yine de ödemekle yükümlü tutulmasına ilişkin ceza koşullarını, ödenmesi kararlaştırılan meblağın yalnızca olumsuz zararı kapsayıp kapsamadığını tartışmaksızın geçerli kabul etmiştir; bkz. TF, 4A_141/2011 (06.07.2011), c. 2.4; TF, 4A_601/2015 (19.04.2016), c. 1.2. Söz konusu kararların incelemesi ve somut olaydaki ceza koşullarının gerçekte yalnızca olumsuz zararı kapsayıp kapsamadıklarına ilişkin bir değerlendirme için bkz. Tolou, para. 948-951 ve 959-960.

[174] Ceza koşulunun, cezalandırıcı mahiyet taşımaması ve yalnızca TBK m. 512 c. 2'nin çizdiği sınırlar çerçevesinde olumsuz zararı tazmine yönelik olması koşuluyla geçerli kabul edildiği görüşü için bkz. David Oser / Rolf H. Weber, Art. 404, Corinne Widmer Lüchinger / David Oser (ed.), Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1–529 OR 2020, Art. 404 para. 13.

[175] Yarg. 13. HD, E. 2014/19562 K. 2015/20555 T. 16.6.2015 (Kazancı); Yarg. 13. HD, E. 2013/8249 K. 2013/12850 T. 16.5.2013 (Kazancı); Yarg. 13. HD, E. 2008/14644 K. 2009/7541 T. 1.6.2009 (Kazancı); Yarg. 13. HD, E. 1997/7395 K. 1997/8923 T. 7.11.1997 (Kazancı).

Yargıtay, müvekkilin azlettiği avukata yine de avukatlık ücreti ödeyeceğine ilişkin anlaşmaları geçersiz kabul etmekte; ancak haksız olarak azledilen avukatın kanunen herhangi bir ücrete hak kazanıp kazanmadığını Avukatlık Kanunu uyarınca (özellikle m. 164/IV ve 174/II ışığında) ayrıca değerlendirmektedir[176].

TBK m. 512'deki ceza koşuluna ilişkin engel, yalnızca sözleşmeyi serbestçe sona erdirme hakkının sınırlanmasına ilişkindir. Vekâlet sözleşmesinin haklı bir sebeple sona erdirilmesine yol açan tarafın sözleşmeyi fesheden tarafa belirli bir meblağ ödemesine ilişkin anlaşmalar, ister ceza koşulu ister götürü tazminat anlaşması olarak nitelendirilsin her hâlükârda geçerli kabul edilmelidir[177]. TBK m. 512, bu tür anlaşmalar bakımından herhangi bir engel oluşturmaz. Federal Mahkeme de okul ile arasındaki sözleşme sona erdirilen öğrencinin hem mevcut dönemin hem de bir sonraki dönemin okul ücretini ödemekle yükümlü tutulmasına ilişkin anlaşmayı, ciddi ve tekrar eden disiplin ihlalleri nedeniyle okuldan atılan bir öğrencinin konu olduğu davada geçerli kabul etmiştir[178]. *Werro,* söz konusu kararı, Federal Mahkemenin vekâlet sözleşmesine ilişkin diğer içtihatlarıyla çeliştiği gerekçesiyle eleştirmektedir. Yazara göre, öğrenci taraflar arasındaki sözleşme okul tarafından feshedilmeden evvel harekete geçmiş ve sözleşmeyi feshetmiş olsaydı geçersiz kabul edilecek olan bir ceza koşulunun, sırf sözleşme okul tarafından feshedilmiş olduğu gerekçesiyle geçerli kabul edilmesi tutarsızdır[179]. Kanaatimizce, kararda herhangi bir tutarsızlık bulunmamaktadır. Ciddi ve tekrar eden disiplin ihlallerinde bulunan öğrenci, okul ile arasındaki sözleşmeyi ihlal etmiştir. Bu durumda okulun sözleşmeyi sona erdirmiş olması, haklı bir sebebe dayanmaktadır. Vekâlet sözleşmesini haklı sebeple sona erdiren tarafın zararının tazmini konusunda TBK m. 512 c. 2 değil; TBK m. 112 uygulanır. Dolayısıyla herhangi bir götürü tazminat anlaşması veya ceza koşulu engeli söz konusu olmaz[180].

Keza tarafların vekâlet sözleşmesinin gereği gibi ifasını sağlamak üzere serbest sona erdirme hakkını sınırlandırmayan ceza koşulları kararlaştırmaları da

[176] Örneğin bkz. Yarg. 3. HD, E. 2008/6473 K. 2008/9508 T. 27.5.2008 (Kazancı); Yarg. 13. HD, E. 2013/8249 K. 2013/12850 T. 16.5.2013.
[177] Couchepin, Forfaitisation, s. 23.
[178] TF, 4A_237/2008 (29.07.2008), c. 3.3.4.
[179] Werro, Peine conventionelle, s. 8-9.
[180] Tolou, para. 942.

mümkündür. Örneğin sadakat yükümlülüğünü ihlal eden vekilin sözleşme cezası ödemesinin kararlaştırılmasının önünde herhangi bir engel yoktur[181].

B. Sözleşme Cezası

Sözleşme cezası, ceza koşulunun konusunu teşkil eden ve asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda ifa edilmesi taahhüt edilen edim yahut katlanılacağı taahhüt edilen hukuki olumsuzluktur. Bu bölümde, sözleşme cezası olarak kararlaştırılabilecek edimin / olumsuzluğun konusu (1), belirlenmesi (2) ve miktarı (3) üzerinde durulacaktır.

1. Sözleşme Cezasının Konusu

Modern borçlar hukukunun yapı taşlarından biri olan ve TBK m. 26'da (İsvBK m. 19'da) yansımasını bulan sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca taraflar, sözleşme cezasının konusunu belirlemekte kural olarak özgürdür[182]. Bununla birlikte tarafların, sözleşme cezasının konusunu belirlerken ceza koşulunun mahiyetinden kaynaklanan bazı sınırlamalara tâbi olabilecekleri gözden kaçırılmamalıdır.

Öncelikle, sözleşme cezası olarak, asıl borç ile bire bir aynı edimin ifasının kararlaştırılması mümkün değildir[183]. Yani, asıl borcu hiç ifa etmemiş olan borçlunun ceza olarak yine asıl borcu ifa edeceğinin yahut eksik ifada bulunmuş olan borçlunun ceza olarak eksik kısmı ifa edeceğinin kararlaştırılması, ceza koşulunun mahiyetine uygun düşmez. Böyle bir anlaşma, ceza koşulu olarak nitelendirilmeyecektir. Sözleşme cezasının, asıl borçtan nitelik itibarıyla farklılaşması veya asıl borcu nicelik itibarıyla arttırması gerekmektedir[184]. İnşaatı belirli bir tarihe kadar tamamlayıp teslim etmeyen yüklenicinin geciktiği her gün için 1.000 TL ödemesi, nitelik itibarıyla farklılaşmayı; sözleşme bedelini belirli bir tarihe kadar ödemeyen iş sahibinin geciktiği her gün için 1.000 TL ödemesi ise nicelik itibarıyla farklılaşmayı örneklemektedir.

---

[181] ATF 103 II 129, JdT 1978 I 150, c. 1; Werro, Peine conventionelle, s. 7; Tolou, para. 913.

[182] Erdem, Clause pénale, s. 76; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1575; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1030; Bilge, Cezai Şart, s. 113; Kocaağa, s. 93; Öktem Çevik, Ceza Koşulu, s. 99; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 124.

[183] Benzer ifadeler için bkz. ZK OR-Oser/Schönenberger, Vorbem. zu Art. 160-163 para. 3; Secrétan, s. 69; Schoch, s. 25; Bentele, s. 5; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1012; Bilge, Cezai Şart, s. 77; Tunçomağ, s. 12; Kocaağa, s. 87; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 31; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 124; Yayvak Namlı, s. 73;

[184] Kocaağa, s. 87; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 31; Yayvak Namlı, s. 74;

Keza asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesine bağlı olarak borçlunun tâbi tutulacağı yaptırımların da sözleşme cezası konusu olarak kararlaştırılması mümkün değildir[185]. Bu gibi yaptırımlar bizzat kanun tarafından öngörülmüştür; ceza koşulunun özelliği ise kaynağını tarafların iradesinde bulmasıdır. Taraflar ceza koşulu vasıtasıyla borçluya kanunun öngördüğünün ötesinde bir yük yüklemektedir. Örneğin bir para borcunu ödemekte geciken borçlunun alacaklıya ceza olarak kanundaki esaslara göre temerrüt faizi ödemesinin kararlaştırılması, ceza koşulu olarak nitelendirilemez.

Ayrıca sözleşme cezasının, borçlu üzerinde asıl borcu ifa etmek konusunda bir baskı yaratmaya elverişli olması gerekmektedir. Öğretide baskın görüş, bu baskının mevcudiyeti açısından sözleşme cezasının parasal bir değere sahip olmasını zorunlu tutmaktadır[186]. Nitekim *Eren,* parasal bir değer taşımayan manevi değerlere ilişkin borçların cebri icra yoluyla takibi mümkün olmadığından (ve dolayısıyla borçlu üzerinde ifa konusunda bir baskı yaratamadığından), sözleşme cezası olarak kararlaştırılamayacağını belirtmektedir[187]. Esasen parasal değer taşımayan edimler bakımından haciz gibi cebri icra yolları kapalı olsa bile, takip konusunda alacaklıya tanınmış imkânlar ve borçlu aleyhine öngörülmüş yaptırımlar yine de mevcuttur[188]. Fakat bu mekanizma, borçlu üzerinde asıl borcu ifa etmek konusunda gerekli baskıyı yaratmak konusunda kanaatimizce yetersiz kalmaktadır. Dolayısıyla parasal değere sahip olmayan edimleri konu alan anlaşmalar, ceza koşulu olarak nitelendirilmemelidir[189].

---

[185] ZK OR-Oser/Schönenberger, Vorbem. zu Art. 160-163 para. 3; Bilge, Cezai Şart, s. 77; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 88; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 125.

[186] Schoch, s. 26; Erdem, Clause pénale, s. 76; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 10; Tunçomağ, s. 69; Ozanoğlu, s. 15; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 93; Arkan, s. 81; Akkayan Yıldırım, s. 370; Cansel/Özel, s. 718; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 135-136; Yayvak Namlı, s. 76; Tamer, s. 736; Aksoy, s. 1000; Mehmet Özgür Avcı, "Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Cezai Şart Sorumluluğu", Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 5 S. 1 (2017), s. 9 vd., s. 12.

[187] Eren, Borçlar Genel, para. 3680.

[188] İcra hukukunda borçların cebri icrası, para borçları ile para dışındaki borçlar arasında bir ayrım yapmak suretiyle ele alınmaktadır. Para dışındaki borçların icrası, İİK m. 24 ilâ 31 uyarınca ilamlı icra yoluyla gerçekleştirilebilmektedir. Bu hükümler, parasal değer taşımayan borçların takibi konusunda da alacaklıya çeşitli imkânlar tanımakta ve borçlu aleyhine yaptırımlar içermektedir. Örneğin yalnızca kendisinin ifa edebileceği bir yapma borcuna ilişkin icra emrinin gereği yerine getirmeyen borçlu hakkında, yapma borcunun konusu parasal bir değer taşımasa dahi, İİK m. 343 uyarınca üç aya kadar tazyik hapsine hükmedilebilmektedir.

[189] Sözleşme cezasının parasal değere sahip olmasının gerekli olmadığı yönünde aksi görüş için bkz. OR BK-Becker, Art. 161 para. 2; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1013; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 33-34 (Fakat yazarın eserinin başka bir bölümünde aksi görüş ifade edilmiştir; bkz. s. 10).

Taraflar sözleşme cezasının konusunu belirlerken, ceza koşulunun mahiyetinden kaynaklanan sınırlamaların yanı sıra, TBK m. 27'de belirtilen genel sınırlamalara da tâbi olacaktır. Ceza koşulunun geçerli olarak hüküm ifade edebilmesi için tarafların belirledikleri sözleşme cezasının konusunun, hukuka, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya objektif olarak imkânsız olmaması gerekmektedir[190]. Örneğin bir kişinin belirli bir borcu yerine getirmediği durumda ceza olarak, ithalatı yasak olan bir maddeyi yurt dışından getireceğine veya ömür boyunca belirli bir kişinin emri altında çalışacağına ilişkin anlaşmalar, TBK m. 27 uyarınca kesin hükümsüz olacaktır.

Bu sınırlamalar ışığında taraflar, borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmeyen borçlunun sözleşme cezası olarak bir miktar para ödemesini, para ödemek dışında başkaca bir edimde bulunmasını yahut hukuki bir olumsuzluğa katlanmasını kararlaştırabilirler.

a. Bir Miktar Paranın Ödenmesi

1. Uygulamada taraflar sözleşme cezası olarak çoğu zaman borçlunun bir miktar para ödemesini kararlaştırmaktadırlar[191]. Bu çerçevede taraflar genellikle basit bir kurgu oluşturmaktadır; rekabet etmeme yasağını ihlal eden işçinin işverene 10.000 TL ödeyeceğinin kararlaştırılmasında olduğu gibi. Bununla birlikte daha karmaşık kurgular oluşturulması da pekâlâ mümkündür. Örneğin bir tek satıcılık sözleşmesi çerçevesinde akdedilen satış sözleşmelerinde indirimli fiyatın esas alınacağı, fakat alıcının sözleşmeden doğan borçlarına aykırı davranması durumunda bu indirimin geriye etkili olarak ortadan kalkacağına ilişkin kayıtlar ceza koşulu olarak nitelendirilmelidir.

2. Taraflar sözleşme cezasının miktarını ister Türk parası ister yabancı para üzerinden belirleyebileceklerdir[192]. Fakat son dönemde Türkiye'nin içinde bulunduğu ekonomik kriz nedeniyle parasal yükümlülüklerin yabancı para veya

[190] Erdem, Clause pénale, s. 76; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 96; Cansel/Özel, s. 719; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 127; Yayvak Namlı, s. 78-79; Derya Ateş, Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık, Ankara 2007, s. 267.

[191] Hans Michael Riemer, "Konventionalstrafen in Gestalt von Verfall- oder Verwirkungsklauseln", Hans Peter / Emil W. Stark / Pierre Tercier (ed.), Le Centenaire du Code des Obligations / Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Fribourg 1982, s. 443 vd., s. 445; Erdem, Clause pénale, s. 76; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1575; Tunçomağ, s. 65; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 94; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 136.

[192] Tunçomağ, s. 66; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 95; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 138.

yabancı para değer kaydı üzerinden kararlaştırılması konusunda getirilmiş bazı yasakların ceza koşulu bakımından da söz konusu olacağı unutulmamalıdır. 12.9.2018 tarihli 85 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı ile[193], Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 sayılı Karara eklenen m. 4(g) uyarınca, *"Türkiye'de yerleşik kişilerin,* [Hazine ve Maliye Bakanlığınca] *belirlenen haller dışında, kendi aralarındaki menkul ve gayrimenkul alım satım, taşıt ve finansal kiralama dâhil her türlü menkul ve gayrimenkul kiralama, leasing ile iş, hizmet ve eser sözleşmelerinde sözleşme bedeli ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülükleri döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılamaz."* Bu yasağa ilişkin detaylar ve özellikle yasak kapsamı dışında tutulmuş istisnalar, Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından çıkarılmış olan Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 2008-32/34) m. 8'de düzenlenmiştir[194]. Yürürlüğü konusunda herhangi bir zaman sınırlaması getirilmemiş olan yasağın, ne kadar süre boyunca yürürlükte kalacağı şimdilik bilinmemektedir.

Bu konunun detayları inceleme alanımızın dışında kalmaktadır[195]; ancak konumuz açısından önem arz eden husus, söz konusu yasağa tâbi bir sözleşmeden doğan borçları teminat altına almak üzere kararlaştırılmış ceza koşulunun da *"bu sözleşmeden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüğü"* olarak yasak kapsamına

[193] Bkz. 13.09.2018 tarihli 30534 sayılı Resmi Gazete.

[194] Söz konusu hüküm, "Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 32/34)'de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Tebliğ No: 2018/32/51)" ile düzenlenmiş (bkz. 6.10.2018 tarihli 30557 sayılı Resmi Gazete); ardından "Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 32/34)'de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Tebliğ No: 2018/32/52)" ile değiştirilerek güncel hâline getirilmiştir (bkz. 16.11.2018 tarih 30597 sayılı Resmi Gazete).

[195] Konu hakkında detaylı incelemeler için bkz. Murat Aydoğdu, Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararda Değişiklik Yapılmasına Daire 85 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ve Bu Kararın Uygulanmasına İlişkin Tebliğ Uyarınca Dövizli veya Dövize Endeksli Ödemeleri İçeren Sözleşmelerde Öngörülen Uyarlamalara İlişkin Değerlendirmeler, Ankara 2018; Zekeriya Kurşat, "1567 Sayılı Türk Parası Kıymetini Koruma Kanunu Hakkında 32 Sayılı Kararda Değişiklik Yapılmasına Dair Karar Bunun Uygulanması Hakkında Tebliğ Hakkında Değerlendirme", Şükran Şıpka / Emrehan İnal / Başak Baysal / Tufan Öğüz / Hasan Erman (ed.), Prof. Dr. Necla Giritlioğlu'na Armağan, İstanbul 2020, s. 379 vd.; Cüneyt Süzel, "Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karardaki Değişikliklerin Deniz Ticareti Hukukuna Etkisi", Cüneyt Süzel (ed.), Deniz Ticareti Hukukunda Yeni Sorunlar Sempozyumu-I, İstanbul 2019 s. 97 vd.; Ercüment Özkaraca, "Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararın İş Sözleşmelerinde Uygulama Alanı", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 25 S. 1 (2019), s. 185 vd.; Murat Topuz (ed.), Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar Çerçevesinde Döviz ile Sözleşme Yapma Yasağı ve Sözleşmenin Uyarlanması, Ankara 2019; Başak Şit İmamoğlu, "Yabancı Para Üzerinden Sözleşme Akdetme Özgürlüğünün Sınırlandırılmasına İlişkin 12 Eylül 2018 Tarihli Cumhurbaşkanı Kararı Hakkında Bir Değerlendirme", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi C. 34 S. 3 (2018), s. 151 vd.; Kardelen Kıraç, Yabancı Para Borçlarının Uyarlanması, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2020, s. 149 vd.

girecek olmasıdır[196]. Ceza koşulunun yasağa tâbi sözleşmenin içinde bir kayıt olarak yahut bu sözleşmeden önce veya sonra ayrı bir anlaşma ile kararlaştırılmış olması bu açıdan herhangi bir fark yaratmayacaktır. Dolayısıyla yabancı para veya yabancı para değer kaydı üzerinden ceza koşulu kararlaştırmak isteyen tarafların zaman, kişi ve konu bakımından yasağın uygulama alanına girip girmediklerini göz önünde bulundurmaları gerekmektedir[197]. Örneğin Türkiye'de yerleşik kişilerin kendi aralarında akdedecekleri ve Türkiye'de bulunan bir taşınmazı konu edecekleri bir taşınmaz satış sözleşmesinde yer alacak ceza koşulu, yasağın kapsamındadır. Buna karşılık döviz cinsinden maliyet içeren bir eser sözleşmesinden doğan borçları teminat altına alacak ceza koşulu, 2008-32/34 sayılı Tebliğ m. 8/VIII'de öngörülmüş istisna uyarınca yasağa tâbi olmayacaktır[198]. Tarafların yasağın uygulama alanında kalmalarına rağmen yine de yabancı para veya yabancı para değer kaydı üzerinden ceza koşulu kararlaştırmalarının yaptırımı, öğretide tartışmalıdır. Bazı yazarlar, yasağa aykırılık içeren sözleşmelerde TBK m. 27 uyarınca kısmi kesin hükümsüzlüğün söz konusu olacağını savunmaktadır[199]. Buna karşılık öğretide nispeten daha baskın olarak nitelendirilebilecek görüş, kesin hükümsüzlüğün söz konusu olmayacağı; yasağa aykırılığın yaptırımının idari para cezasından ibaret

[196] Aydoğdu/Kahveci, Borçlar Özel, s. 935; Aydoğdu, Türk Parası, s. 13; Emre Gökyayla, "32 Sayılı Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında Kararın Satış ve Eser Sözleşmelerinde Bedele Etkisi", Murat Topuz (ed.), Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar Çerçevesinde Döviz ile Sözleşme Yapma Yasağı ve Sözleşmenin Uyarlanması, Ankara 2019, s. 71 vd., s. 81; Kurşat, s. 405; Şit İmamoğlu, s. 155; Kıraç, s. 194; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 139. İş sözleşmeleri bakımından aynı tespit için bkz. Özkaraca, s. 195-196. Kira sözleşmeleri bakımından aynı tespit için bkz. Seda Öktem Çevik, "Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararın Kira Sözleşmelerinde Uygulama Alanı", Murat Topuz (ed.), Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar Çerçevesinde Döviz ile Sözleşme Yapma Yasağı ve Sözleşmenin Uyarlanması, Ankara 2019, s. 89 vd., s. 98.

[197] Borçlunun sözleşme cezası olarak 10.000 USD ödeyeceğinin kararlaştırılması, ceza koşulunun yabancı para üzerinden kararlaştırılmasına örnektir. Keza borçlunun sözleşme cezası olarak 10.000 USD'nin ihlal tarihindeki TL karşılığını ödeyeceğinin kararlaştırılması, ceza koşulunun yabancı para değer kaydı üzerinden kararlaştırılmasına örnektir. Bu durumların her ikisi de yasak kapsamında değerlendirilmektedir. Ayrıca 32/34 sayılı Tebliğ m. 8/XXII c. 1 uyarınca *"Uluslararası piyasalarda fiyatı döviz cinsinden belirlenen kıymetli madenlere ve/veya emtiaya endekslenen ve/veya dolaylı olarak dövize endekslenen sözleşmeler, 32 sayılı Kararın 4 üncü maddesinin (g) bendi uygulaması kapsamında dövize endeksli sözleşme olarak değerlendirilir."* Buna göre fiyatı döviz üzerinden belirlenen kıymetli maden ve emtia değer kayıtları da yabancı para değer kaydının yanı sıra yasak kapsamına dâhil edilmiştir (Alper Gümüş, "Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin (Değiştirilmiş) Tebliğ Çerçevesinde Uyarlamanın Yapılabileceği Sözleşmeler", Murat Topuz (ed.), Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar Çerçevesinde Döviz ile Sözleşme Yapma Yasağı ve Sözleşmenin Uyarlanması, Ankara 2019, s. 21 vd., s. 25-26; Gökyayla, Türk Parası, s. 73; Kıraç, s. 154). Örneğin borçlunun teslimde geciktiği her gün için sözleşme cezası olarak 1 ons altının o tarihteki TL karşılığını ödeyeceğinin kararlaştırılması yasak kapsamında olacaktır.

[198] Bu konuda bkz. Gökyayla, Türk Parası, s. 81-83.

[199] Aydoğdu, Türk Parası, s. 19-20; Süzel, s. 138; Şit İmamoğlu, s. 153.

olduğu yönündedir[200]. Bu çerçevede, ilgili yasağa aykırı hareket eden sözleşme taraflarının her birine, Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında Kanun m. 3/I uyarınca idari para cezası uygulanacaktır. Keza Hazine ve Maliye Bakanlığının, Tebliğ'in uygulanması ile ilgili karşılaşılan tereddütleri giderme amacıyla internet sitesinde yayımlamış olduğu açıklamada da, yasağa aykırı davranmanın sonucu şu şekilde belirtilmiştir: *"Tebliğ'e aykırılıklara ilişkin Türk Parası Kıymetinin Korunması Hakkında 1567 Sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin birinci fıkrası kapsamında 3.000-25.000 TL tutarında (yeniden değerleme oranları dikkate alındığında yaklaşık 6.300-55.000 TL) idari para cezası sözleşmenin her bir tarafı için ayrı ayrı olmak üzere uygulanacaktır. Tekerrür durumunda ise bu cezalar iki katı olarak uygulanmaktadır."*[201] Söz konusu açıklamanın hukuken herhangi bir bağlayıcılığı bulunmamasına ve bir hukuk metninin yorumu konusunda yalnızca mahkemeler yetkili olmasına rağmen[202], uygulamada bir tercih yapmak durumunda olan taraflar Hazine ve Maliye Bakanlığının konu hakkındaki tutumunu dikkate alabilir.

3. Sözleşme cezasının bir miktar paranın ödenmesinden ibaret olduğu hâller bakımından, faizle ilişkilendirilmiş anlaşmalara özel olarak değinmek yerinde olacaktır:

Öncelikle bir para borcu bakımından faizin işlemeye başlayacağı tarihin, kanunda öngörülmüş olana kıyasla öne çekilmesini konu alan anlaşmaların ceza koşulu niteliği taşıyıp taşımayacağı incelenmelidir. Örneğin faiz, irat borcu veya bağışladığı bir miktar parayı ödemekte temerrüde düşen borçlu, icra takibine girişildiği veya dava açıldığı günden başlayarak, temerrüt faizi ödemekle yükümlüdür (TBK m. 121/I). Bununla birlikte tarafların bu yedek hukuk kuralını

---

[200] Kurşat, s. 415; Umut Yeniocak, "Dövizle Sözleşme Kurma Yasağı ve Yasağa Aykırılığın Yaptırımı", Murat Topuz (ed.), Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar Çerçevesinde Döviz ile Sözleşme Yapma Yasağı ve Sözleşmenin Uyarlanması, Ankara 2019, s. 56 vd., s. 64-68; Gökyayla, Türk Parası, s. 81; Kıraç, s. 188-193. Aslında öğretide yasağın Anayasa ve Kanunlara aykırılığı sebebiyle hakim tarafından hiç dikkate alınmaması gerektiği ifade edilmektedir (Kurşat, s. 388-389; Kıraç, s. 159). Fakat yine de *"gerek idari para cezası uygulamaya yetkili mercilerin, gerekse bu cezaya karşı dava yoluna gidilmesi halinde mahkemelerin, normun Anayasa ve Kanuna aykırılığını gözetmekte çekimser kalmaları nedeniyle hükmün uygulanabilir nitelikte olduğu"* belirtilmektedir (Kıraç, s. 159).

[201] Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından kendi internet sitesinde yayımlanmış olan "Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ (Tebliğ No:2008-32/34)'de 16/11/2018 Tarihinde Yapılan Değişiklik ile İlgili Olarak Sıkça Sorulan Sorular" başlıklı açıklama, Cevap 36. Çevrimiçi Erişim: https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2019/06/Sıkça-Sorulan-Sorular-32-52.pdf (Son erişim tarihi: 1.1.2022).

[202] Kurşat, s. 389-390.

bertaraf etmeleri ve temerrüt faizinin borcun muaccel olduğu tarihten itibaren işlemeye başlayacağını kararlaştırmaları mümkündür. Kanaatimizce böyle bir anlaşmanın ceza koşulu olarak nitelendirilmesi gerekir[203]. Zira borçlu, kanunun öngördüğü yedek hukuk kuralı rejimi uyarınca ödemek zorunda olmadığı bir miktar parayı, tarafların iradeleri doğrultusunda borcunu zamanında ifa etmemiş olmasına bağlı bir ceza olarak ödemek durumunda kalmaktadır. Kanunda da, TBK m. 121/I'deki kuralın aksini öngören anlaşmaların ceza koşulu hükümlerine tâbi olacağı açıkça düzenlenmiştir (TBK m. 121/II).

Öğretide ayrıca, borçlunun ceza olarak ek faiz ödemesinin de kararlaştırılabileceği belirtilmektedir[204]. Bu noktada faiz oranına ilişkin her anlaşmanın ceza koşulu olarak nitelendirilemeyeceğine dikkat edilmeli; titiz bir ayrım yapılmalıdır. Tarafların bir para borcuna ilişkin olarak işleyecek faiz oranını serbestçe belirlemeleri, kanuni üst sınırlara ilişkin hükümler saklı kalmak üzere mümkündür. Tarafların böyle bir anlaşma yapmaları ve örneğin anapara faizinin kanuni oran olan %9 yerine %11 üzerinden işleyeceğini kararlaştırmaları ceza koşulu teşkil etmez. Burada salt bir faiz anlaşması söz konusudur. Ancak borcun belirli bir biçimde ihlal edilmesi durumunda ilk etapta öngörülenden daha yüksek bir faiz oranının işlemiş sayılacağı kararlaştırılırsa, artık aradaki farkın sözleşme cezası olarak nitelendirilmesi uygun olur. Örneğin tarafların yapmış oldukları sözleşmede anapara faizi oranını %11 olarak belirlemeleri ve borcun zamanında ifa edilmemesi durumunda anapara faizi oranı olarak %20'nin esas alınacağını kararlaştırmaları durumunda, aradaki %9'luk farka tekabül eden miktarın sözleşme cezası teşkil ettiği söylenebilir[205]. Keza borçlunun faizi ödememesi durumunda faiz oranının yükseltileceğine ilişkin anlaşmalar da ceza koşulu niteliği taşıyabilir[206]. Örneğin tarafların yapmış oldukları sözleşmede temerrüt faizi oranını %11 olarak belirlemeleri ve her ayın bitiminde o ay için muaccel olan faizin üç gün içinde ödenmemesi durumunda temerrüt faizinin %20 üzerinden işlemiş sayılacağını

[203] Aksi görüş için bkz. Gümüş, Borçlar Genel, s. 1011; Tunçomağ, s. 13; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 125.
[204] BK-Becker, Art. 160 para. 6; Öçal, Gecikme Faizi, s. 34; Saymen/Elbir, s. 834.
[205] Borcun zamanında ifa edilmemesi hâlinde anapara faizinin arttırılmış oranda işleyeceğinin kararlaştırılmasının ceza koşulu teşkil ettiği yönünde bkz. Gümüş, Borçlar Genel, s. 1012; Bilge, Cezai Şart, s. 65.
[206] Schoch, s. 10; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 12-13; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 125; Yayvak Namlı, s. 74.

kararlaştırmaları durumunda, aradaki %9'luk farka tekabül eden miktar sözleşme cezası teşkil edecektir.

b. Para Dışındaki Edimlerin İfası

Kanun koyucu, ceza koşuluna ilişkin hükümleri düzenlerken "ceza tutarı" (TBK m. 180/II) ve "cezanın miktarı" (TBK m. 180/I) gibi sözleşme cezasının yalnızca bir miktar paranın ödenmesinden ibaret olabileceğini düşündüren ifadeler kullanmıştır[207]. Bu tercih, tarafların sözleşme cezası olarak uygulamada çoğu zaman bir miktar paranın ödenmesini kararlaştırmalarının yarattığı alışkanlıktan kaynaklanmaktadır. Söz konusu ifadelerin, sözleşme cezasının konusunu yalnızca bir miktar paranın ödenmesine indirgeyici yönde yorumlanması mümkün değildir. Bunun dışında kalan verme, yapma veya yapmama (kaçınma yahut katlanma) edimlerinin de sözleşme cezası olarak kararlaştırılması pekâlâ mümkündür[208]. Bu durum öncelikle TBK m. 26'da hüküm altına alınmış olan irade serbestisinin bir yansımasıdır. Keza kanunun diğer hükümlerinde de borcun konusunun yalnızca bir miktar paranın ödenmesinden ibaret olabileceğini düşündüren ifadeler bulunmasına rağmen, başkaca edimlerin borcun konusunu teşkil etmesine olanak tanınmaktadır.

Alman hukuku açısından da sözleşme cezasının konusunun bir miktar paranın ödenmesiyle sınırlı olmadığı benzer bir tablo söz konusudur. AlmMK §339'da ceza koşulunun konusu olarak yalnızca bir miktar paranın ödenmesinden bahsedilmiş olmasına rağmen, §342'de ceza olarak bir miktar paranın ödenmesinden başka edimlerin kararlaştırılması durumunda da ceza koşuluna ilişkin hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiştir.

Öğretide borçlunun sözleşme cezası olarak örneğin ferdi özellikleriyle belirlenmiş bir malın mülkiyetinin devrini, bir kıymetli evrakın teslimini, bir işi

[207] İsvBK da benzer ifadeler içermektedir: "*Montant de la peine*", "*Betrag der Strafe*" (İsvBK m. 161/II).

[208] ZK OR-Oser/Schönenberger, Vorbem. zu Art. 160-163 para. 6; CR CO I-Mooser, Art. 160 para. 5; OFK OR-Wuffli, Art. 160 para. 6; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 160 para. 12; Secrétan, s. 71; Schoch, s. 26; Bentele, s. 40-41; Santoro, s. 4; Erdem, Clause pénale, s. 76; Couchepin, Clause pénale, para. 44; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1576; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1013; Tunçomağ, s. 68; Ozanoğlu, s. 21-22; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 95; Arkan, s. 81; Öktem Çevik, Ceza Koşulu, s. 99; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 33; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 136 ve 139; Yayvak Namlı, s. 75.

görmeyi, bir borç ilişkisi kurmayı, bir borcun ibrasını, bir borcu yüklenmeyi taahhüt edebileceği belirtilmektedir[209].

c. Borçlunun Bir Hakkı Veya Yetkiyi Kaybetmek Suretiyle Hukuki Olumsuzluğa Katlanması

1. Sözleşme cezası bakımından tartışılması gereken asıl mesele, borçlunun sahip olduğu veya olması beklenen bir hakkı/yetkiyi borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi durumunda kaybedeceğinin kararlaştırılmasının ceza koşulu olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğidir.

Öğretide çoğunluğu oluşturan yazarlar, borçlunun sahip olduğu veya olacağı bir hakkı/yetkiyi kaybetmek suretiyle hukuki bir olumsuzluğa katlanmasını konu alan anlaşmaların ceza koşulu olarak nitelendirilemeyeceğini ifade etmiştir[210]. Bu görüş doğrultusunda borçlunun ceza olarak hukuki bir olumsuzluğa katlanmasının kararlaştırıldığı bu gibi anlaşmaların "hak düşürücü kayıt" *(clause de déchéance / Verfallklausel* veya *Verwirkungsklausel)* olarak nitelendirilmesi ve kavramsal olarak ceza koşulundan ayrılması gerekmektedir[211]. Yine de bu görüşteki yazarların bir kısmı, kavramsal olarak ceza koşulundan ayırdıkları hak düşürücü kayıtlara ceza koşuluna ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması gerektiğini ifade etmiş ve bu ayrımı yumuşatmışlardır[212].

Buna karşılık bizim de katıldığımız ve özellikle İsviçre öğretisinde ağırlık kazanmaya başlayan görüş uyarınca, hak düşürücü kayıt ile ceza koşulu arasında yapılmak istenen bu kavramsal ayrımın herhangi bir dayanağı bulunmamaktadır.

---

[209] Örnekler için bkz. Tunçomağ, s. 69; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 96; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 139.

[210] ZK OR-Oser/Schönenberger, Vorbem. zu Art. 160-163 para. 3; BK OR-Becker, Art. 160 para. 5; Schoch, s. 9; Bentele, s. 41-42; Erdem, Clause pénale, s. 41; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 36; Saymen/Elbir, s. 835; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 343 dn. 1a; Arsebük, s. 989-990; Tunçomağ, s. 13; Arkan, s. 81; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 126; Yayvak Namlı, s. 74. Bazı yazarlar ise hak veya menfaatlerin kaybı biçimindeki bir hukuki olumsuzluğun sözleşme cezası olarak vasıflandırılamayacağını (Secrétan, s. 69-70; Bilge, Cezai Şart, s. 77-78); fakat bedel veya ücret indiriminin sözleşme cezası teşkil edebileceğini (Secrétan, s. 70; Bilge, Cezai Şart, s. 79) belirtmek suretiyle kanaatimizce çelişkili bir tutum benimsemiştir.

[211] Schoch, s. 9-11; Bentele, s. 16; Erdem, Clause pénale, s. 41-43; Tunçomağ, s. 35-37; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 105-107; Yayvak Namlı, s. 43-46.

[212] Bentele, s. 133-134; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1578; Avcı, s. 12. Ceza koşuluna ilişkin hükümlerin, aksi açıkça kanunda öngörülmedikçe hak düşürücü kayıtlara uygulanamayacağı yönündeki görüş için bkz. BK OR-Becker, Art. 163 para. 26; Schoch, s. 71; Tunçomağ, s. 142. Bir hakkı sona erdiren veya azaltan klozlar bakımından ceza koşulu hükümlerinin ancak kıyasen uygulama alanı bulabileceği; buna karşılık bedelin indirilmesi gibi parasal yaptırımlar şeklinde tezahür eden klozlar bakımından ceza koşulu hükümlerinin doğrudan uygulanması gerektiği yönünde bkz. İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 36.

Borçlunun sahip olduğu veya olacağı bir hakkı/yetkiyi kaybetmek suretiyle hukuki bir olumsuzluğa katlanmasını konu alan anlaşmaların, ceza koşulu olarak nitelendirilmesi aşağıda açıklayacağımız gerekçelerle pekâlâ mümkündür[213].

Öncelikle kanunun lafzı, borçlunun sahip olduğu veya olacağı bir hakkı/yetkiyi kaybetmek suretiyle hukuki bir olumsuzluğa katlanmasını konu alan anlaşmaların ceza koşulu olarak nitelendirilmesinin önünde engel teşkil etmemektedir[214]. Kanunda, ceza koşuluna ilişkin olarak herhangi bir tanım bulunmamaktadır. TBK m. 179/I'de (İsvBK m. 160/I'de), bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılan bir "cezadan" bahsedilmektedir; bunun ötesinde cezanın içeriği hakkında herhangi bir sınırlama yapılmamıştır[215]. Borçlunun sahip olduğu veya olacağı bir hakkı/yetkiyi kaybetmek suretiyle hukuki bir olumsuzluğa katlanması da pekâlâ bir "ceza"dır.

Aslında *Oser,* borçlunun herhangi bir hukuki bir olumsuzluğa katlanmasını konu alan anlaşmaların ceza koşulu olarak nitelendirilmeleri gerektiğini kanunda açık bir düzenlemeye kavuşturmak için, 1909 tarihli güncel İsvBK'nu hazırlayan komisyona bir öneride bulunmuştur. Söz konusu komisyonun üzerinde çalıştığı Tasarının 1185. maddesi, sözleşme cezasının konusunu edimlere indirgeyen sınırlayıcı bir ceza koşulu tanımı içermekteydi[216]. Daha geniş ve kapsayıcı bir tanımın yerinde olacağını savunan *Oser* ise, sözleşme cezası için kullanılan "edim" *(Leistung als Strafe oder Schadenersatz)* ifadesinin, "bir hukuki olumsuzluğun üstlenilmesi" *(Übernahme eines Rechtsnachteils)* ifadesiyle değiştirilmesini

---

[213] Özellikle bkz. Riemer, s. 450 vd.; Couchepin, Clause pénale, para. 981 vd.; Iole Fargnoli, "Rechtsverlust als Inhalt der Konventionalstrafe", Jusletter 14. September 2009, para. 16 vd. Ayrıca bkz. BSK OR I-Widmer/Constantini/Ehrat, Art. 160 para. 10-10a; CR CO I-Mooser, Art. 160 para. 4; OFK OR-Wuffli, Art. 160 para. 6; Gauch/Schluep/Emmenegger, para. 3790; Huguenin, para. 1253; Santoro, s. 30; Fernand Chappuis, "Aspects théoriques et application pratique de la clause pénale dans les conventions d'actionnaires", Revue suisse de droit des affaires et du marché financier, 2003/2, s. 65 vd., s. 68; Werro, Peine conventionelle, s. 12; Marc Wolfer, Reurecht und Reugeld auf vertraglicher Grundlage, Zürich 2012, para. 46; Foëx, s. 410; İ. Helvacı, s. 262; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, para. 1464; Furrer/Müller-Chen/Çetiner, para. 1616; Serkan Ayan, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara 2008, s. 196 dn. 117; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 32.

[214] Riemer, s. 450; Santoro, s. 30; Couchepin, Clause pénale, para. 982; Fargnoli, para. 16.

[215] Widmer/Constantini/Ehrat, BSK OR I, Art. 160 para. 10; Fargnoli, para. 16; Werro, Peine conventionelle, s. 12.

[216] Tasarının 1185. maddesi, şu şekilde kaleme alınmıştı: *"On peut convenir, accessoirement à un contrat qu'en cas d'inexécution ou d'exécution imparfaite, le débiteur fournira au créancier une certaine prestation à titre de peine ou de dommages-intérêts (clause pénale)." / "Mit einem Vertrage kann die Abrede verbunden werden, daß im Falle der Nichterfüllung oder der nicht richtigen Erfüllung der Verpflichtete dem Berechtigten eine bestimmte Leistung als Strafe oder Schadenersatz zu entrichten habe (Konventionalstrafe)."*

önermiştir. Fakat *Oser*'in tanıma ilişkin bu önerisi, reddedilmiş; akabinde aynı oturumda ceza koşulu tanımının kanundan tamamen çıkarılmasına karar verilmiştir[217]. *Oser*'in önerisinin reddedilmiş olması, kanun koyucunun, borçlunun hukuki bir olumsuzluğa katlanmasını konu alan anlaşmaları ceza koşulu kavramının dışına çıkarmak yönünde bir iradeye sahip olduğunu göstermez. Zira üzerinde değişiklik yapılması önerilen tanım, kanundan tamamen çıkarılmıştır[218]. Kaldı ki bu tarihi mazeretin, güncel olarak objektif biçimde haklı görünen yorumun önünde engel teşkil etmesine izin verilmemelidir[219].

Diğer yandan kanun koyucunun ceza koşuluna ilişkin hükümleri düzenlerken kullandığı "ceza tutarı" (TBK m. 180/II) ve "cezanın miktarı" (TBK m. 180/I) gibi para borçlarına işaret eden ifadeler de bu konuda bir engel teşkil etmez. Zira söz konusu ifadeler, tarafların sözleşme cezası olarak uygulamada çoğu zaman bir miktar paranın ödenmesini kararlaştırmalarının yarattığı alışkanlığın yansımasıdır; sözleşme cezasının konusunun yalnızca bir miktar paranın ödenmesinden ibaret olabileceği yönünde yorumlanamaz. Nasıl ki para borcu dışında kalan verme, yapma veya yapmama edimleri sözleşme cezası olarak kararlaştırılabiliyorsa, borçlunun bir hakkı/yetkiyi kaybetmek suretiyle hukuki bir olumsuzluğa katlanmasının da sözleşme cezası olarak kararlaştırılabilmesi mümkün olmalıdır[220]. Kaldı ki kanun koyucunun bizzat kendisi, borçlunun bir hakkı/yetkiyi kaybetmek suretiyle hukuki bir olumsuzluğa katlanmasını öngören bazı sözleşmelere ceza koşulu hükümlerinin uygulanması gerektiğini açıkça ifade etmiştir[221]: "*Ceza koşuluna ilişkin hükümler, dönme durumunda ifa edilmiş olan kısmın alacaklıya kalacağını öngören sözleşmelere de uygulanır*" (TBK m. 181/I).

Teleolojik açıdan incelendiğinde de hak düşürücü kayıtların, ceza koşulu olarak nitelendirilmesi gerektiği anlaşılacaktır[222]. Ceza koşulunun asıl amacı ve işlevi, bir ceza tehdidi yaratmak suretiyle borçluyu borcunu gereği gibi ifa etmek konusunda zorlamaktır. Borçlunun bir edimde bulunmasını konu alan klasik bir ceza koşulu anlaşmasının varlığı durumunda, borcun ihlâline bağlı olarak malvarlığının

[217] Riemer, s. 448; Bentele, s. 133; Erdem, Clause pénale, s. 42; Fargnoli, para. 18). Bu konuda bkz. *Revision des schweizerischen Obligationenrechts: Protokolle der Expertenkommissionen, 1.-3. (Sitzung), vom Mai 1908-März 1909,* 7. Sitzung 12. Oktober 1908.
[218] Riemer, s. 451; Bentele, s. 133; Erdem, Clause pénale, s. 42.
[219] Riemer, s. 451; Bentele, s. 133.
[220] Fargnoli, para. 16
[221] CR CO I-Mooser, Art. 162 para. 1; Santoro, s. 30; Couchepin, Clause pénale, para. 982.
[222] Riemer, s. 450-451; Santoro, s. 30; Couchepin, Clause pénale, para. 984; Fargnoli, para. 19-20.

pasifinin artması ihtimali bir ceza tehdidi yaratacak ve borçluyu ifaya zorlayacaktır. Diğer yandan borçlunun bir hakkı/yetkiyi kaybetmek suretiyle hukuki bir olumsuzluğa katlanmasını konu alan bir hak düşürücü kaydın varlığı durumunda ise bir ceza tehdidi yaratacak ve borçluyu ifaya zorlayacak olan, malvarlığının aktifinin azalması ihtimalidir. Görüldüğü üzere öğretinin ceza koşulu olarak nitelendirmekte tereddüt etmediği anlaşmalar ile hak düşürücü kayıtlar arasında amaç ve işlev bakımından herhangi bir fark bulunmamaktadır. Bu iki durumu birbirinden ayırt eden husus, ilgili anlaşmaların kaleme alınış biçiminden kaynaklanan şekli bir farklılıktır[223]. Birinci durumu örnekleyen *"Yüklenici inşaatı teslimde geciktiği her gün için, iş sahibine 1.000 TL ödeyecektir."* yönündeki anlaşma ile ikinci durumu örnekleyen *"Yüklenicinin inşaatı teslimde geciktiği her gün için, iş sahibi sözleşme bedelini 1.000 TL eksik ödeyecektir."* yönündeki anlaşmaların her ikisi de yüklenicinin teslimde geciktiği her gün için malvarlığının 1.000 TL eksileceği konusunda bir ceza tehdidi yaratmaktadır. Dolayısıyla amaç ve işlev açısından ayrı hukuki nitelendirmeyi gerektirecek bir farklılık barındırmamaktadır.

Durum böyle iken ceza koşuluna ilişkin hükümlerin bu anlaşmalara da uygulanması gerekmektedir. Özellikle aşırı ceza koşulunun hâkim tarafından indirilmesine ilişkin TBK m. 182/III'ün uygulanması konusundaki ihtiyaç, borçlunun bir hakkı/yetkiyi kaybetmek suretiyle hukuki bir olumsuzluğa katlanmasını konu alan hak düşürücü kayıtlar bakımından da söz konusudur[224]. Nitekim bu ihtiyacın farkında olan ancak ceza koşulu ile hak düşürücü kayıtlar arasında yine de kavramsal bir ayrım yapılması gerektiğini düşünen yazarlar, ceza koşuluna ilişkin hükümlerin hak düşürücü kayıtlara "kıyasen" uygulanmasını önermektedirler[225]. Fakat yukarıda açıklandığı üzere ceza koşulu ile hak düşürücü kayıtlar arasında kavramsal bir ayrım yapılmasını haklı gösterecek herhangi bir gerekçe bulunmamaktadır. Bu ayrım üzerinde buna rağmen ısrarcı olmak, gereksiz bir kavram kalabalığına ve kıyasen uygulamanın doğasında bulunan çeşitli tereddütlere yol açacaktır. Nitekim *Fargnoli* de şeylerin gerekli olandan fazla türetilmemesi gerektiğine yönelik mantık ilkesi olan "Occam'ın Usturası" *(Novacula Occami)* ilkesini hatırlatmakta ve ceza koşuluna

[223] Steltmann, s. 61.
[224] Widmer/Constantini/Ehrat, BSK OR I, Art. 160 para. 10; Huguenin, para. 1253.
[225] Bentele, s. 133-134; Erdem, Clause pénale, s. 42; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1578; Avcı, s. 12.

ilişkin hükümlerin hak düşürücü kayıtlara doğrudan uygulanması gerektiğini belirtmektedir[226].

2. İsviçre yargı uygulamasında da başlangıçta hak düşürücü kayıtların ceza koşulu olarak nitelendirilemeyeceği görüşü benimsenmiş; fakat yakın tarihte bu yaklaşım, yerini savunduğumuz görüşe bırakmıştır. Federal Mahkeme'nin eski yaklaşımı, 1954 tarihli bir kararında kristalleşmiştir. Karar, bir emekli sandığı kooperatifinden çıkan veya çıkarılan ortakların o ana kadar doğmuş olan emeklilik haklarından yoksun kalacağını öngören bir ana sözleşme hükmünün akıbetine ilişkindir. Federal Mahkeme, borçlunun ceza olarak bazı haklardan yoksun kalacağının kararlaştırıldığı bu gibi anlaşmaların ceza koşulu olarak değil; hak düşürücü kayıt olarak nitelendirilmesi gerektiğine karar vermiştir. Mahkemeye göre hak düşürücü kayıtlar, bir miktar paranın ödenmesi yahut başkaca bir edimin ifası gibi bir edim yükümlülüğü içermemeleri itibarıyla ceza koşulundan ayrılmaktadır. Dolayısıyla bu anlaşmalar bakımından ceza koşuluna ilişkin İsvBK m. 160 vd. (TBK m. 179 vd.) uygulama alanı bulmayacaktır. Nitekim somut olaydaki anlaşmaya, aşırı sözleşme cezasının indirilmesine ilişkin İsvBK m. 163/III (TBK m. 182/III) uygulanmamıştır[227].

Bu içtihat, Federal Mahkeme'nin 2009 tarihli bir kararıyla değişmiştir. Karara konu olan uyuşmazlık, bir diş hekiminin ticari işletmesini hastalarıyla beraber başka bir diş hekimine devretmesine ilişkindir. Taraflar, alıcının bedele ilişkin borcunun taksitler halinde ödenmesini kararlaştırmış ve bu taksitlerin ödenmesini her iki tarafın da sadakatle sözleşmeye uygun olarak davranması koşuluna bağlamışlardır. Sözleşmede özellikle satıcının, hastalarını alıcı ile irtibata geçirip onun tarafından tedavi edilmelerini sağlayacağı düzenlenmiştir. Ancak son taksitin ödenmesinden evvel taraflar arasında hasta bilgi ve belgelerinin gereği gibi devredilip devredilmediği konusunda uyuşmazlıklar doğmuştur. Alıcı, bu bilgi ve belgelerin gereği gibi devredilmediği gerekçesiyle son taksiti ödemekten imtina etmiştir. Satıcı ise alıcının söz konusu taksiti faiziyle birlikte ödemesi talebiyle dava açmıştır.

[226] Fargnoli, para. 33. Occam'ın Usturası ilkesi Latince şu sözlerle ifade edilmektedir: *"Entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem."*

[227] ATF 80 II 123 para. 3.b, JdT 1955 I 168. *Riemer*, Federal Sigorta Hukuku Mahkemesinin *(Tribunal fédéral des assurances / Eidgenössische Versicherungsgericht)* 1968 senesinde aksi yönde bir karar verdiğini; bir derneğin tüzüğünde yer alan hak düşürücü kaydı ceza koşulu olarak nitelendirip İsvBK m. 163/III uyarınca indirime tâbi tuttuğunu belirtmektedir. Ancak bu kararın etkisi, İsviçre Federal Mahkemesininki kadar yaygın olmamıştır. Yayımlanmamış olan bu karar hakkında bkz. Riemer, s. 449-450.

Uyuşmazlığın intikal ettiği Federal Mahkeme, satıcının devir bedeline ilişkin hakkını kısmen kaybetmesini konu alan anlaşmanın ceza koşulu niteliği taşıyıp taşımadığını incelemiştir. Bu incelemede borçlunun bir hakkı/yetkiyi kaybetmek suretiyle hukuki bir olumsuzluğa katlanmasını konu alan anlaşmaların, bir edimde bulunmasını konu alan anlaşmalar ile ekonomik açıdan özdeş olduğuna dikkat çekilmiştir. Dolayısıyla borçlunun aşırı ceza koşuluna karşı korunması ihtiyacının, bu tür anlaşmalar bakımından da söz konusu olacağı belirtilmiştir. Bu bağlamda Federal Mahkeme, eski içtihadını, öğretide ileri sürülmüş olan eleştiriler ve karşılaştırmalı hukuk ışığında gözden geçirmiştir. Sonuç olarak ceza koşulunun konusunun, borçlunun malvarlığının pasifini arttırmak olabileceği gibi; aktifini azaltmak da olabileceğine karar verilmiştir. Buna göre anlaşma ceza koşulu olarak nitelendirilmiş ve İsvBK m. 163/III (TBK m. 182/III) uyarınca denetime tâbi tutulmasının yolu açılmıştır[228].

Yargıtay'ın, borçlunun bir hakkı/yetkiyi kaybetmek suretiyle hukuki bir olumsuzluğa katlanmasını konu alan anlaşmaların ceza koşulu niteliği taşıyıp taşımadığını açıkça tartıştığı herhangi bir karar, tarayabildiğimiz kadarıyla bulunmamaktadır. Bununla birlikte yüklenicinin inşaatı ek sürenin sonunda tamamlamaması veya taahhütlere aykırı olarak tamamlaması durumunda kendisine devredilecek iki daire üzerindeki haklarından vazgeçmiş sayılacağına ilişkin anlaşma, açıkça ceza koşulu olarak nitelendirilmiştir[229]. Keza Yargıtay, inşaat sözleşmesinin feshi durumunda yüklenicinin hiçbir hak iddia etmeden inşaatı olduğu hâliyle arsa sahibine devredeceğine ilişkin kaydı ceza koşulu olarak görmüş olacak ki, aşırı sözleşme cezasının indirilmesi ve tacirin ekonomik mahvına sebep olacak sözleşme cezasının geçersizliği ihtimallerini değerlendirmiştir[230].

3. Borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmeyen borçlunun bir hukuki olumsuzluğa katlanacağını konu alan anlaşmaların ceza koşulu olarak nitelendirilmesinin önünde kural olarak herhangi bir engel bulunmadığı yönündeki tespitimiz, bu tür anlaşmaların tümünün ceza koşulu olarak nitelendirilmesi gerektiği anlamına gelmemektedir. Söz konusu hukuki olumsuzluk, borçluyu asıl borcun ifası

[228] ATF 135 III 433, JdT 2009 I 479, para. 3.3-3.4. Kararın Türkçe tercümesi için bkz. Doğan Kara / H. Murat Develioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler İle İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararlarından Örnekler, İstanbul 2020, s. 214 vd. Derslere başlanmasından sonra dönemin ortasında ayrılan öğrenciye eğitim ücretinin iade edilmeyeceğine ilişkin anlaşmanın, öğrencinin iade talep etme hakkının kaybına yol açtığı ve bu itibarla ceza koşulu teşkil ettiğini hüküm altına alan aynı yöndeki başka bir karar için bkz. TF, 4A_141/2011 (06.07.2011), para. 2.4.
[229] Yarg. 15. HD, E. 2009/1814 K. 2010/1643 T. 23.3.2010 (Kazancı).
[230] Yarg. 15. HD, E. 2007/3434 K. 2008/4508 T. 4.7.2008 (Kazancı).

konusunda zorlayacak mahiyette değilse ceza koşulunun varlığından bahsedilemez. Tıpkı cezanın konusunu bir edimin teşkil ettiği anlaşmalarda olduğu gibi, burada da anlaşmanın hukuki niteliğine ilişkin olarak nihai anlamda belirleyici olan, tarafların anlaşmaya yükledikleri işlevdir. Bu çerçevede anlaşmaya konu olan hukuki olumsuzluğun borçlu üzerinde asıl borcu ifa konusunda baskı kurmaya elverişli olup olmadığı incelenecektir[231].

4. Bu tür ceza koşulları bağlamında son olarak, uygulamada karşılaşılan bazı özel durumlara ayrıca değinilmesi yerinde olacaktır.

i. Öncelikle, borcunu gereği gibi ifa etmeyen borçlunun alacaklısı olduğu karşı edimde indirim yapılacağını öngören anlaşmaların hukuki niteliği incelenmelidir. Örneğin satıcının kararlaştırılan tarihe kadar satış konusunu teslim edememesi durumunda, satış bedelinde %10'luk bir indirim yapılacağının kararlaştırıldığını varsayalım. Böyle bir anlaşmanın ceza koşulu niteliği taşıyıp taşımadığı konusunda öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür[232]. Borçlunun alacaklısı olduğu karşı edimde bir kesinti yapılması, borçlunun bir hakkı kısmen kaybetmek suretiyle bir hukuki olumsuzluğa katlanması anlamına gelecektir. Dolayısıyla yukarıda savunmuş olduğumuz görüş doğrultusunda, böyle bir anlaşmanın ceza koşulu olarak nitelendirilmesi yerinde olur. Ancak bu noktada söz konusu indirimin kanundan kaynaklanıp kaynaklanmadığı da dikkate alınmalıdır[233]. Örneğin satıcının ayıplı mal teslim etmesi durumunda alıcının ayıp oranında satış bedelinde indirim isteme hakkı, kanundan kaynaklanmaktadır (TBK m. 227). Ayıplı mal teslim eden satıcının "ceza" olarak, ayıp oranındaki satış bedelinden yoksun

---

[231] Santoro, s. 32; Couchepin, Clause pénale, para. 985.

[232] Ceza koşulu olarak nitelendirileceği yönünde bkz. Secrétan, s. 70; BK OR-Becker, Art. 160 para. 6;. Ceza koşulu ile hak düşürücü kayıt arasında kavramsal bir ayrım yapmasına rağmen, borcunu gereği gibi ifa etmeyen borçlunun alacaklısı olduğu karşı edimde indirim yapılacağını öngören anlaşmaların ceza koşulu kavramı içinde değerlendirilmesi ve ceza koşuluna ilişkin hükümlerin tamamının bu anlaşmalara uygulanması gerektiği yönünde bkz. Erdem, Clause pénale, s. 43. Ceza koşulu niteliği taşımadığı yönünde bkz. Schoch, s. 10; Tunçomağ, s. 13; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 126-127; Yayvak Namlı, s. 74. *Yağcıoğlu,* borçlunun borcunu ihlal etmesine bağlı olarak alacaklının zaten kanundan kaynaklanan bir tazminat hakkına sahip olduğunu ve alacaklının bu tazminat alacağını kendisinin borçlusu olduğu karşı edimle takas etme hakkının bulunduğunu belirtmektedir. Buna göre bahsi geçen anlaşmaları, zaten kanundan kaynaklanan bir hakkın ifadesi olduğu gerekçesiyle ceza koşulu olarak nitelendirmekten kaçınmaktadır. Kanaatimizce bu yaklaşım, isabetsizdir. Alacaklının tazminat alacağını kendisinin borçlusu olduğu karşı edimle takas edebilmesi, uğramış olduğu zararın varlığını ve miktarını ispat etmesine bağlıdır. Oysa tarafların anlaşması uyarınca karşı edimde yapılacak indirim bakımından herhangi bir zararın ispatı ve hatta varlığı aranmayacaktır. Dolayısıyla bahsi geçen anlaşmanın zaten kanundan kaynaklanan bir hakkın ifadesi olduğu söylenemez.

[233] Aynı yönde bkz. Kocaağa, s. 89.

kalacağının öngörülmesi ceza koşulu olarak nitelendirilemez. Zira yukarıda ifade edilmiş olduğu üzere, asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesine bağlı olarak alacaklıya kanun tarafından tanınmış hak ve yetkilerin sözleşme cezası olarak kararlaştırılması mümkün değildir. Fakat taraflar, kanunun öngördüğünün ötesinde bir indirim kararlaştırmışlarsa, görüşümüz doğrultusunda bir ceza koşulu söz konusu olacaktır.

ii. İkinci olarak, borçlunun sözleşmeyi ihlal etmesi neticesinde sözleşmeden dönülecek olursa borçlunun hâlihazırda gerçekleştirmiş olduğu kısmi ifanın alacaklıda kalacağını öngören anlaşmaların hukuki niteliği değerlendirilmelidir. Böyle bir anlaşma mevcut olmuş olmasaydı, sözleşmeden dönülmesi neticesinde ortaya çıkan tasfiye ilişkisi çerçevesinde tarafların hâlihazırda ifa edilmiş olan edimleri birbirlerine iade etmeleri gerecekti. Bu anlaşmanın varlığı, sözleşmeden dönülmesine sebep olmuş olan borçlunun kendi ifa etmiş olduğu edimin iadesini talep hakkını kaybetmesine yol açmaktadır. Dolayısıyla burada cezanın konusu, "ifa etmiş olduğu edimin iadesini talep hakkını kaybetmek suretiyle bir hukuki olumsuzluğa katlanmak" olup; bunun asıl borç ile örtüşen herhangi bir yönü bulunmamaktadır. Yukarıda savunmuş olduğumuz görüş doğrultusunda, böyle bir anlaşmanın ceza koşulu olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla sözleşme cezası olarak asıl borçtan ayrı bir edimin kararlaştırılmadığı gerekçesiyle bu anlaşmanın ceza koşulu niteliği taşımadığını savunan görüşe itibar etmek mümkün değildir[234]. Keza Yargıtay'ın da bu yöndeki anlaşmaları ceza koşulu olarak nitelendiren kararları mevcuttur[235].

Kaldı ki kanun, ceza koşuluna ilişkin hükümlerin, dönme durumunda ifa edilmiş olan kısmın alacaklıya kalacağını öngören anlaşmalara da uygulanacağını açıkça düzenlemektedir[236] (TBK m. 181/I). Ancak bu tür anlaşmalar bakımından taksitle satışa ilişkin hükümlerin saklı tutulmuş olduğu unutulmamalıdır (TBK m. 181/II). Taksitle satışa ilişkin TBK m. 260/I uyarınca, satıcı, alıcının taksitleri ödemede temerrüde düşmesi sebebiyle sözleşmeden dönerse, her iki taraf da aldığını

[234] Bu görüş için bkz. Schoch, s. 10; Tunçomağ, s. 13; Kocaağa, s. 90; Yayvak Namlı, s. 75.

[235] Yüklenicinin inşaatı bırakması hâlinde işleri bilabedel arsa malikine bırakacağına ilişkin hükmün ceza koşulu teşkil ettiği yönünde bkz. Yarg. 15. HD, E. 1990/2007 K. 1990/2293 T. 18.5.1990 (Mustafa Reşit Karahasan, İnşaat İmar İhale Hukuku Cilt-2, İstanbul 1997, s. 1963-1964); Yarg. 15. HD. E. 1985/1840 K. 1985/1879 T. 29.5.1985 (Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 1965).

[236] Bu bağlamda dar ve teknik anlamda bir ceza koşulundan bahsedilemeyeceği; yalnızca kanunun ceza koşuluna ilişkin hükümlerin uygulanmasını kabul ettiği yönünde bkz. İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 181 para. 1; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1011; Bilge, Cezai Şart, s. 80.

geri vermekle yükümlü olacaktır (TBK m. 260/I). Emredici nitelikteki bu hükme göre alıcının taksitleri ödemede temerrüde düşmesi neticesinde sözleşmeden dönen satıcının hâlihazırda ödenmiş taksitleri alıkoyacağını öngören anlaşmalar, geçersiz kabul edilmelidir[237]. Kısmen ifanın en önemli uygulama alanını teşkil eden taksitle satış sözleşmesine ilişkin hükümlerin saklı tutulmuş olması, TBK m. 181/I'in uygulama alanını ciddi biçimde daraltmıştır[238].

iii. Değinilmesi gereken diğer mesele borçlunun maliki olduğu fakat alacaklının uhdesinde olan bir taşınır eşyanın mülkiyetinin, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda alacaklıya geçeceğini öngören anlaşmaların ceza koşulu niteliği taşıyıp taşımadığıdır. Borçlunun sahip olduğu bir alacak hakkını kaybetmesini konu alan anlaşmalar kadar, ayni bir hakkı kaybetmesini konu alan anlaşmalar da ceza koşuluna konu olabilir[239]. Fakat bu tür anlaşmaların geçerli olabilmesi için, *lex commissoria* yasağının ihlal edilmemiş olması gerekmektedir[240].

2. Sözleşme Cezasının Belirlenmesi

Geçerli bir ceza koşulunun varlığı, sözleşme cezasının taraflarca belirlenmiş olmasına veya en azından belirlenebilir nitelik taşımasına bağlıdır[241]. Öncelikle taraflar, en basit yolu tercih ettikleri takdirde sabit bir sözleşme cezası belirleyeceklerdir. Örneğin rekabet etmeme borcunu ihlal eden borçlunun alacaklıya 10.000 TL ödeyeceğinin kararlaştırılmış olması bu ihtimale örnek teşkil etmektedir. Bunun yanı sıra taraflar sözleşme cezasını, ihlalin devam süresi, cari fiyat gibi objektif değişkenlere bağlı olarak belirlenebilir kılmış olabilirler[242]. Örneğin inşaatın tesliminde geciken yüklenicinin geciktiği her gün için iş sahibine 10.000 TL ödeyeceğinin kararlaştırılması yahut borcunu hiç ifa etmeyen satıcının alıcıya satım konusunun vade tarihindeki cari fiyatının iki katını ödeyeceğinin kararlaştırılması bu bağlamda değerlendirilmelidir.

---

[237] Bu konuda bkz. H. Nomer, para. 236.3; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1011; Kocaağa, s. 90-91.
[238] Bilge, Cezai Şart, s. 80-81.
[239] Riemer, s. 450 dn. 42.
[240] Erdem, Clause pénale, s. 41; Tunçomağ, s. 35.
[241] CR CO I-Mooser, Art. 160 para. 6; Secrétan, s. 73; Riemer, s. 443; Couchepin, Clause pénale, para. 38; Erdem, Clause pénale, s. 76; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 20; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1030; Ozanoğlu, s. 22 dn. 38; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1013; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 137. ATF 119 II 162 c. 2, JdT 1994 I 105.
[242] Bentele, s. 43.

Keza tarafların sözleşme cezasının belirlenmesi yetkisini üçüncü bir kişiye bırakabilecekleri de öğretide ifade edilmektedir[243]. Örneğin, iş planının gerisine düşen yüklenicinin taraflarca oluşturulmuş inşaat uzmanları komisyonu tarafından belirlenecek miktarda sözleşme cezası ödeyeceğinin kararlaştırılması, geçerli bir ceza koşulu teşkil edecektir. Bu yetkinin üçüncü bir kişiye değil, bizzat taraflardan birine bırakılmasının mümkün olup olmadığı ise tartışmalıdır. Federal Mahkeme, kanaatimizce haklı olarak sözleşme cezasının belirlenmesi yetkisinin taraflardan birine bırakılamayacağını belirtmektedir[244]. Zira bu yetkinin borçluya bırakılması anlaşmanın "ceza" mahiyeti ile çelişecek; alacaklıya bırakılması ise borçlunun kişilik haklarına aykırılık teşkil edecektir[245]. Buna karşılık bazı yazarlar, sözleşme cezasının belirlenmesi yetkisinin alacaklıya bırakılabileceği görüşündedir[246]. Bu yazarlara göre alacaklının belirlemiş olduğu sözleşme cezası miktarı keyfi olarak çok yüksek olduğu takdirde, TBK m. 182 veya hakkın kötüye kullanılması yasağı uyarınca miktara müdahale edilebilecektir[247]. Fakat sözleşme cezasının belirlenmesi yetkisinin alacaklıya bırakılmasının yaratacağı olumsuzlukların, salt miktara müdahale etmek suretiyle çözülmesi kanaatimizce mümkün değildir. Alacaklı bu yetkinin kendisine tanıyacağı orantısız müzakere gücünü, süreç içerisinde borçludan başka menfaatler elde etmek üzere kullanabilecektir.

Öğretide ayrıca tarafların sözleşme cezası olarak tam bir miktar belirlemeksizin yalnızca azami bir sınır çizmekle yetinebilecekleri ifade edilmektedir. Sonrasında taraflar aralarında bir anlaşmaya varamayacak olurlarsa sözleşme cezasının miktarını, uyuşmazlığın intikal ettiği hâkim takdir edecektir[248]. Uygulamada tarafların, uzun ve masraflı bir uyuşmazlık çözümü sürecine yol açması kaçınılmaz gibi görünen böyle bir anlaşma yapmaktan imtina etmeleri uygun olacaktır. Ancak her nasılsa böyle bir anlaşma yapıldıysa, anlaşmanın geçerli

[243] Riemer, s. 443; Bentele, s. 43; Erdem, Clause pénale, s. 77; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1030; Tunçomağ, s. 66; Ozanoğlu, s. 22 dn. 38; Kocaağa, s. 98; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 137. Aksi görüşte bkz. Gümüş, Borçlar Genel, s. 1013.

[244] ATF 119 II 162 c. 2, JdT 1994 I 105; TF, 4A_110 / 2012, c. 3.3.3 (09.10.2012). Aynı yönde bkz. OFK OR-Wuffli, Art. 163 para. 1; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 163 para. 8; Bentele, s. 43; Erdem, Clause pénale, s. 77; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1013; Ozanoğlu, s. 22 dn. 38.

[245] Erdem, Clause pénale, s. 77. Alacaklıya bırakılamayacağı yönünde bkz. CR CO I-Mooser, Art. 163 para. 1.

[246] Tunçomağ, s. 66; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 137-138. *Secrétan,* sözleşme cezasını belirleme yetkisinin belirli sınırlar dâhilinde alacaklıya bırakılabileceğini; ancak asgari sınır ile azami sınır arasında çok yüksek bir fark mevcutsa yahut azami bir sınır hiç kararlaştırılmamışsa hâkimin bu durumu ahlâka aykırı olarak nitelendirebileceğini belirtmektedir (Secrétan, s. 73).

[247] Tunçomağ, s. 66; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 137-138.

[248] Bilge, Cezai Şart, s. 113; Tunçomağ, s. 65; Kocaağa, s. 97;

olacağını kabul etmek doğru olur. Zira tarafların borçluyu asıl borcun ifasına zorlamak konusunda böyle açık bir iradeleri mevcutken, mümkün mertebe anlaşmanın geçerliliği yönünde yorum yapılmalıdır. Tarafların sözleşme cezasının belirlenmesi yetkisini üçüncü bir kişiye bırakabilecekleri kabul edildiğine göre, bu yetkinin tarafların anlaşmaya varamaması durumunda devreye girecek olan bir hâkime dolaylı olarak bırakılması da geçerli kabul edilmelidir[249]. 1913 tarihli bir İsviçre Federal Mahkemesi kararında da aynı sonuca varılmıştır. Mahkeme kararda, sözleşme cezasının miktarı konusunda asgari bir sınır mevcut olmaksızın yalnızca azami bir sınır kararlaştırılmasının mümkün olduğunu; bu durumda alacaklının sözleşme cezasını kararlaştırılan azami sınır üzerinden talep edilebilmesi için hem borçlunun kusurunun hem de alacaklının uğradığı zararın özellikle ağır olması gerektiğini belirtmiştir[250].

3. Sözleşme Cezasının Miktarına İlişkin Sınırlar

Taraflar sözleşme serbestisi ilkesinin bir yansıması olarak, sözleşme cezasının miktarını belirlemekte kural olarak serbesttir[251]. Söz konusu serbesti, borçlar hukukuna hâkim olan sözleşme özgürlüğü ilkesinin uzantısıdır. Ayrıca TBK m. 182/I'de açıkça hüküm altına alınmıştır: *"Taraflar, cezanın miktarını serbestçe belirleyebilirler"*. Fakat bu konuda tam ve mutlak bir serbestinin bulunmadığı gözden kaçırılmamalıdır.

Öncelikle sözleşme cezasının miktarı konusunda ceza koşulunun mahiyetinden kaynaklanan doğal bir alt sınır söz konusudur. Borçlunun ifa edeceği edimi veya katlanacağı hukuki olumsuzluğu sözleşme cezası mahiyetinde kılan, alacaklının ihlal durumunda uğrayacağı öngörülen zarardan ve dolayısıyla hâkimin ihlalin yaptırımı olarak hükmedeceği öngörülen tazminattan önemli ölçüde yüksek olmasıdır[252]. İhlal durumunda alacaklının uğrayacağı öngörülen zarar ile borçlunun ödeyeceği kararlaştırılan meblağ arasındaki ilişki, ceza koşulunu diğer hukuki

[249] Riemer, s. 443.

[250] İsviçre Federal Mahkemesi'nin 9.7.1913 tarihli bu kararı yayımlanmamıştır. Kararın ilgili bölümü için bkz. Secrétan, s. 73. Aynı karardan *Riemer* de bahsetmektedir (Riemer, s. 443).

[251] OFK OR-Wuffli, Art. 163 para. 1; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 163 para. 1; Bentele, s. 42; Couchepin, Clause pénale, para. 770; Arsebük, s. 992; Bilge, Cezai Şart, s. 113; Erdem, Delenda, s. 321; Kocaağa, s. 97; Çınar, s. 92; Ahmet Tamer, "Tacirler Bakımından Cezai Şart (Ceza Koşulu)", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Y. 4 S. 14 (2013), s. 731 vd., s. 732.

[252] Ceza koşulu kavramının anlamı ve işlevinin, sözleşme cezası tutarının, alacaklının ifa menfaatinden fazla olmasını gerektirdiği yönünde bkz. Sanlı, s. 340. Kanaatimizce bu tespit özünde haklı bir noktaya işaret etmekle birlikte; sözleşme cezasının salt ifa menfaati ile ilişkilendirilmesi doğru olmaz. Bu konuda bkz. s. 169-170.

kurumlardan kavramsal olarak ayırt etmektedir. Borcunu ihlal eden borçlunun ödeyeceği kararlaştırılan sözleşme cezasının, alacaklının uğrayacağı öngörülen zarar miktarını önemli ölçüde aşması, ceza koşulunun karakteristik özelliğidir. Götürü tazminat ise alacaklının ihlale bağlı olarak uğrayacağı öngörülen zararın gerçekçi bir tahminini yansıtmaktadır[253]. Öte yandan borçlunun ihlal durumunda ödemesi kararlaştırılan meblağ, alacaklının uğrayacağı öngörülen zararın önemli ölçüde altındaysa yine ceza koşulundan bahsedilemez.

Keza sözleşme cezasının miktarı üst sınır bakımından da çeşitli hükümlere tâbidir. Uygulama bakımından büyük önem arz eden bu hükümler, aşağıda incelenmiştir.

a. TBK m. 27 Uyarınca Ahlâka Aykırılık Sınırı ile TBK m. 182/III Uyarınca Sözleşme Cezasının İndirilmesi

Her hukuki işlem gibi ceza koşulu da TBK m. 27'de belirtilen genel sözleşme serbestisi sınırlarına tâbidir. Bu genel sınırlamaların ve özellikle ahlâka aykırılık yasağının, sözleşme cezasının miktarı bakımından nasıl dikkate alınacağı tartışmalı bir husustur. Şöyle ki kanun koyucu, aşırı sözleşme cezasının indirilmesi konusunda özel bir düzenleme olarak TBK m. 182/III'ü tesis etmiştir. Böyle özel bir düzenlemenin varlığı, sözleşme cezasının, ahlâka aykırılık teşkil edecek kadar yüksek miktarda olduğu gerekçesiyle geçersiz kabul edilip edilmeyeceğini tartışmalı hâle getirmektedir. Konusu itibarıyla herhangi bir sorun teşkil etmeyen borçlunun malvarlıksal taahhüdünün, sırf miktarının yüksekliğinden bahisle ahlâka aykırı olarak nitelendirilmesi ve geçersiz kabul edilmesi mümkün müdür?

Öğretide azınlıkta kalan bazı yazarlar, bir sözleşme cezasının miktarı ne kadar yüksek olursa olsun, TBK m. 27 gereğince ceza koşulunun kesin hükümsüzlüğünden bahsedilemeyeceğini ifade etmiştir. Bu görüşe göre, ahlâka aykırılık gibi sözleşme serbestisi sınırları, sözleşme cezasının miktarı bakımından uygulama alanı bulmaz. Zira sözleşme cezasının miktarına ilişkin sınır, TBK m.

[253] Ceza koşulu ile götürü tazminat anlaşması ayrımına ilişkin olarak bkz. "*"Üçüncü Bölüm / I. Götürü Tazminat Anlaşması".*

182/III'te özel hükümle düzenlenmiş; böylelikle genel hükümlerdeki sınırlamaların uygulanması bertaraf edilmiştir[254].

Buna karşılık katılmakta olduğumuz hâkim görüş, ahlâka aykırılık teşkil edecek kadar yüksek bir sözleşme cezası içeren ceza koşulunun geçersiz olacağını kabul etmektedir. TBK m. 27'de öngörülmüş olan sözleşme serbestisi sınırları, sözleşme cezasının konusu için olduğu kadar miktarı için de gözetilmelidir[255]. Sözleşme cezasının miktarı bakımından indirim öngören TBK m. 182/III'teki hükmün, TBK m. 27'deki hükmü bertaraf ettiğini söylemek mümkün değildir. Zira TBK m. 182/III'ün borçlu bakımından sunduğu korumanın kapsamı, TBK m. 27'ye kıyasla daha dardır. Miktarı itibarıyla ahlâka aykırılık teşkil edecek kadar yüksek olan sözleşme cezası taahhüdü içeren bir ceza koşulu bakımından münhasıran TBK m. 182/III'ü uygulamak, TBK m. 27'nin borçluya sağlayacağı korumayı sağlamakta yetersiz kalacaktır. TBK m. 182/III, aşırı olmakla birlikte ahlâka aykırılık teşkil etmeyen ceza koşulları bakımından devreye girmek üzere tasarlanmış tamamlayıcı bir koruma mahiyetindedir. Uygulanma eşiği TBK m. 27'ye kıyasla daha düşük; borçlu bakımından sunduğu korumanın kapsamı da daha dardır.

Sonuç olarak sözleşme cezasının miktarı bakımından, hem TBK m. 27'deki genel sözleşme serbestisi sınırları hem de TBK m. 182/III'te öngörülmüş olan aşırı sözleşme cezasının indirilmesi kurumu uygulama alanı bulur. Bu iki hükmün birbirlerine kıyasla herhangi bir öncelik arz edip etmediği ve bir arada nasıl uygulanacağı, ileride detaylı olarak ayrıca incelenecektir[256].

---

[254] Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 134, 223 ve 249. Bazı yazarlar, aşırı sözleşme cezasının, emredici mahiyetteki TBK m. 182/III hükmünü ihlal etmesi nedeniyle zaten hukuka aykırılık teşkil edeceği ve geçersiz olacağı; dolayısıyla ayrıca ahlâka aykırılık denetimine gerek olmadığı görüşündedir. Bu görüş için bkz. Bentele, s. 54-55.

[255] BK OR-Becker, Art. 163 para. 1; CR CO I-Mooser, Art. 163 para. 3; Schoch, s. 60; Santoro, s. 110; Couchepin, Clause pénale, para. 806 vd.; Tolou, para. 899; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 357; Arsebük, s. 992; Bilge, Cezai Şart, s. 117; Kocaağa, s. 99-100; Ateş, s. 268-269; Çiğdem Kırca, "Genel İşlem Koşulları ile Kararlaştırılan Ceza Koşulunun Denetlenmesi", Emel Badur / Gamze Turan Başara (ed.), Çankaya Üniversitesi'nin 20. Kuruluş Yılı Etkinlikleri, Evrensel Hukuk İlkeleri Işığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu, 10-11 Haziran 2016, Ankara 2016, s. 119 vd., s. 127; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 78. Alman hukuku bakımından bu yönde bkz. MüKoBGB/Gottwald, § 343 para. 8.

[256] Bu konuda bkz. *"Dördüncü Bölüm / V. / D. / 1. Sözleşme Cezasının İndirilmesinin Ön Koşulu Olarak Ceza Koşulunun Geçerli Olması ve TBK m. 27'nin Sözleşme Cezasının Miktarı Bakımından Uygulanabilirliği Meselesi".*

b. Aşırı Yararlanma

Aşırı yararlanma, edim ile karşı edim arasındaki açık bir oransızlığı konu aldığı için, esasen tam iki tarafa borç yükleyen hukuki işlemler bakımından uygulama alanı bulacaktır. Eksik iki tarafa borç yükleyen ve çok taraflı hukuki işlemler bakımından da uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulama alanı bulabileceği kabul edilmektedir[257]. Fakat tek tarafa borç yükleyen hukuki işlemler bakımından edim ile karşı edim arasında açık bir oransızlıktan bahsedilemeyeceği için, klasik görüş, bu tür işlemlerde aşırı yararlanma hükümlerine başvurulamayacağını ifade etmektedir[258].

Bu durum aşırı yararlanma hükümlerine ceza koşulu bağlamında başvurulup başvurulamayacağını tartışmalı hâle getirmiştir. Öğretinin çoğunluğu, yalnızca borçlu açısından bir borç doğuran ve tek taraflı borç yükleyen bir hukuki işlem niteliği taşıyan ceza koşuluna ilişkin olarak aşırı yararlanmanın söz konusu olmayacağını savunmaktadır[259]. Bu görüş takip edilse ve salt ceza koşulu özelinde bir aşırı yararlanmanın varlığından bahsedilemese bile, ceza koşulunun bir yönüyle asıl borç ilişkisinin parçasını oluşturan anlaşmalardan biri olduğu unutulmamalıdır. Bu asıl borç ilişkisi çerçevesinde borçlunun üstlenmiş olduğu edimlerin sözleşme cezası da dâhil olmak üzere bütünü ile alacaklının üstlenmiş olduğu edimlerin bütünü arasında aşırı bir oransızlık mevcutsa, aşırı yararlanma söz konusu olabilecektir[260].

c. Sözleşme Cezası Miktarına İlişkin Özel Sınırlar

Sözleşme serbestisi ilkesinin bir yansıması olan ve ayrıca TBK m. 182/I'de hüküm altına alınmış olan sözleşme cezasının miktarını belirleme serbestisi, kanundaki bazı özel düzenlemeler vasıtasıyla kimi durumlara ilişkin olarak bertaraf edilmiştir. Böyle özel bir düzenlemeye ilk olarak taksitle satış sözleşmesi bağlamında TBK m. 260/II c. 2'de rastlanmaktadır. Buna göre, taksitle satış sözleşmesinde

[257] Gediz Kocabaş, "Aşırı Yararlanmanın Şartları ve Aşırı Yararlanmaya Bağlanan Hukuki Sonuçlar", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi C. 20 S. 2 (2014), s. 105 vd., s. 106.

[258] Kocayusufpaşaoğlu, §39 para. 10. Aksi yönde bkz. BSK OR I-Meise/Huguenin, Art. 21 para. 3.

[259] CR CO I-Mooser, Art. 163 para. 3 dn. 4; Erdem, Clause pénale, s. 110; Couchepin, Clause pénale, para. 581; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1635; Eren, Borçlar Genel, para. 3711; Bilge, Cezai Şart, s. 114; Schoch, s. 61; Arkan, s. 98; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 175; Çınar, s. 106; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 135. Aksi görüş için bkz. Secrétan, s. 72; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 357; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1016; Tamer, s. 760-761.

[260] Couchepin, Clause pénale, para. 813.

alıcının peşinatı ödemede temerrüde düşmesine ilişkin kararlaştırılacak sözleşme cezasının miktarı, peşin satış bedelinin yüzde onunu aşamaz. Keza bu yöndeki başka bir özel düzenleme, ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi bağlamında TBK m. 271/III c. 2'de mevcuttur. Bir yıldan daha uzun süreli ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinde alıcının temerrüde düşmesine ilişkin kararlaştırılacak ceza koşulunun miktarı, satış bedelinin yüzde onunu geçemez. Bununla birlikte alıcının tacir sıfatıyla hareket etmesi veya malın bir ticari işletmenin ihtiyacı için ya da meslekî amaçlarla satın alınması durumunda, ilgili sınırlamanın uygulanmayacağı unutulmamalıdır (TBK m. 272).

d. Faiz Sınırlamaları?

Taraflarca kararlaştırılabilecek faiz oranına ilişkin üst sınırlar öngören TBK m. 88/II ile TBK m. 120/II, para borçlarının ifasına ilişkin ceza koşulları bakımından kanaatimizce uygulanmamalıdır. Dolayısıyla ilgili hükümler, sözleşme cezası miktarı bakımından bir sınır teşkil etmez. Bu konudaki tartışma ve görüşümüz para borçları bahsinde detaylı olarak aktarılmış olduğu için, bu açıklamayı yapmakla yetiniyor ve ilgili bölüme göndermede bulunuyoruz[261].

C. (Dar Anlamda) Ceza Koşulu

Ceza koşulu, dar anlamı itibarıyla tanımlanacak olursa, borçlu ile alacaklının, asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda borçlu tarafından ceza mahiyetinde bir edimin ifa edilmesi veya başkaca bir hukuki olumsuzluğa katlanılması konusunda anlaşmalarıdır[262].

Bu bölümde, ceza koşulunun bir hukuki işlem olarak mahiyeti (1), bu hukuki işlemin taraflarının asıl borç ilişkisinin taraflarından farklılaşıp farklılaşamayacağı (2), ceza koşulunun kararlaştırılma zamanı ve yöntemi (3), ceza koşulunun genel işlem koşulları vasıtasıyla kararlaştırılmasının sonuçları (4) ve ceza koşulunun geçerli olarak hüküm ifade etmesinin tâbi olduğu şekil (5) üzerinde durulacaktır.

[261] Bu konuda bkz. *"İkinci Bölüm / I. / A. / 2. / a. / i. / (2) Sözleşme Cezasının TBK m. 88/II ve TBK m. 120/II Uyarınca Sınırlamaya Tâbi Olup Olmadığı Sorunu"*.
[262] Couchepin, Clause pénale, para. 28.

1. Bir Hukuki İşlem Olarak Ceza Koşulu

1. Ceza koşulunun, kaynağını tarafların iradesinde bulan bir hukuki işlem ile kararlaştırılmış olması gerekmektedir. Asıl borcu ihlal eden borçlunun ceza mahiyetinde bir edim ifa etmek suretiyle yaptırıma tâbi tutulacağının kanun tarafından öngörüldüğü hâllerde, ceza koşulundan bahsedilemez[263]. Örneğin TTK m. 783/III'ü ele alalım. İlgili hüküm uyarınca, karşılıksız bir çek düzenleyen kişi, hamilin bu yüzden uğradığı zararın yanı sıra çekin karşılıksız kalan bedelinin %10'unu hamile ödemekle yükümlüdür. Bazı yazarlar, çek tazminatı olarak anılan bu %10'luk ödeme yükümlülüğünün ceza koşulu niteliğinde olduğunu ifade etmişlerdir[264]. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Söz konusu ödeme yükümlülüğü, tarafların iradesinden değil; doğrudan doğruya kanundan kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla burada bir özel hukuk cezası söz konusudur[265]. Bu cezanın hâkim tarafından TBK m. 182/III uyarınca indirilmesi mümkün değildir. Ancak tarafların kanunda öngörülmüş olanın ötesinde bir yükümlülük kararlaştırdıkları durumda, bu aşan kısım bakımından ceza koşulunun varlığından bahsetmek gerekecektir[266].

2. Ceza koşulu, uygulamada neredeyse her zaman iki taraflı bir hukuki işlem ile kararlaştırılmaktadır. Ancak ceza koşulu açısından iki taraflı bir hukuki işlemin varlığını zorunlu kılan herhangi bir husus bulunmamaktadır.

a. Bu çerçevede öncelikle, ceza koşulunun tek taraflı bir hukuki işlem vasıtasıyla vücut bulmasının mümkün olup olmadığını tartışmak gerekmektedir. Öğretide bir görüş, tek taraflı bir hukuki işlem ile ceza koşulu kurulabilmesinin de pekâlâ imkân dâhilinde olduğunu savunmaktadır[267]. Ancak daha isabetli bulduğumuz aksi görüşe göre, asıl borcun borçlusunun tek taraflı olarak bir taahhütte bulunarak

[263] Eren, Borçlar Genel, para. 3681; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1014; Tunçomağ, s. 16; Arkan, s. 82; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 104; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 34; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 152.

[264] Bu ödeme yükümlülüğünün kanuni cezai şart olarak düşünülebileceği yönünde bkz. Yaşar Karayalçın, Ticaret Hukuku Dersleri II - Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri), Ankara 1959, s. 162.

[265] Aynı yönde bkz. Tunçomağ, s. 17; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 104.

[266] Gümüş, Borçlar Genel, s. 1014.

[267] Erdem, Clause pénale, s. 9; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 4; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1013 dn. 1127; Tunçomağ, s. 61; Arkan, s. 88; Akkayan Yıldırım, s. 371; Öktem Çevik, Ceza Koşulu, s. 98 dn. 5; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 154.

ceza koşuluna hukuki varlık kazandırması mümkün değildir[268]. Bu hususu daha yakından değerlendirerek gerekçelendirelim:

(i) Kişinin, kendisinin alacaklısı olduğu bir ceza koşulunu tek taraflı iradesiyle meydana getirebilmesi zaten düşünülemez. Zira borçlar hukukundaki genel ilkeler uyarınca, kimse tek taraflı iradesiyle bir başkasını borç altına sokamaz.

(ii) Öte yandan kişinin tek taraflı iradesiyle, kendisinin borçlusu olduğu bir ceza koşulunu meydana getirebilmesi de mümkün değildir. Borçlar hukukunda borçlunun sözleşme ile borç altına girebileceği yönündeki genel ilkenin istisnası, TBK m. 9'da düzenlenmiş olan ilan yoluyla ödül sözü vermedir. Nitekim bazı yazarlar, ilan yoluyla ödül sözü verme kurumundan istifade ederek ceza koşulu meydana getirilebileceğini savunmaktadır[269]. Fakat kanaatimizce ceza koşulunun karakteristik özellikleri, ilan yoluyla ödül sözü verme kurumu ile meydana getirilmesini engelleyecektir.

Şöyle ki ilan yoluyla ödül sözü verme, genele yapılan bir ilan vasıtasıyla, bir işin yapılması veya bir sonucun elde edilmesi karşılığında bir ödül verileceğinin vaat edilmesidir[270]. Esasen ilan yoluyla ödül sözü vermede ödülü tetikleyen olgu, *ödüle hak kazanacak kişinin* bir işi veya sonucu yerine getirmesi/getirmemesidir. Örneğin ödül sözü veren kişinin kayıp köpeğini bulup ona getirmek, böyle bir iştir. Kimi zaman ödüle hak kazanacak kişinin yerine getirmesi/getirmemesi istenen işin veya sonucun, ödül sözü veren kişinin menfaatine hizmet etmemesi de mümkündür. Ödül sözü verenin kendisinin satrançta yenilmez olduğunu iddia ettiği ve kendisini yenerek bu iddiasının aksini ispat edene 10.000 TL ödül vermeyi vaat ettiği durumda, böyle bir örnek mevcuttur[271]. *Ödül sözü veren kişinin kendisinin* bir işi veya sonucu yerine getirmesi/getirmemesi durumunda bir edimde bulunacağını ilan etmesi ise ilan yoluyla ödül sözü vermeye değil; olsa olsa koşullu bağışlama önerisine konu olabilir. Nitekim ceza koşulu bağlamında da böyle bir durum söz konusudur. Örneğin bir satıcının, sattığı ürünlerin defolu çıkması durumunda ceza olarak ürün bedelinin beş katını ödeyeceğini ilan ettiğini varsayalım. Burada satıcının

[268] Secrétan, s. 73; Bentele, s. 7; Koller, Konventionalstrafe, para. 8 dn. 8; Santoro, s. 4; Couchepin, Clause pénale, para. 29.
[269] Erdem, Clause pénale, s. 9; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 4; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1013 dn. 1127; Bilge, Cezai Şart, s. 46-47; Tunçomağ, s. 61; Arkan, s. 89; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 108; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 154.
[270] Kocayusufpaşaoğlu, §24 para. 1.
[271] Kocayusufpaşaoğlu, §24 para. 6.

ürün bedelinin beş katını ödeme edimini tetikleyecek olgu, alıcının herhangi bir davranışı değildir. Dolayısıyla bu ilan, TBK m. 9 anlamında bir ilan yoluyla ödül sözü olarak nitelendirilemez. Böyle bir ilanın, tek taraflı bir hukuki işlem olarak sonuç ifade etmesini sağlayacak başkaca bir hukuki kurum da mevcut değildir.

Sonuç olarak, ceza koşulu açısından iki taraflı bir hukuki işlemin varlığını zorunlu kılan herhangi bir husus bulunmadığı düşüncesine biz de katılmaktayız. Fakat borçlunun tek taraflı bir hukuki işlem ile borç altına girmesi, borçlar hukukunda istisnai bir nitelik taşımaktadır ve ancak TBK m. 9'un çizdiği ilan yoluyla ödül sözü verme kalıbı dâhilinde mümkündür. Karakteristik özellikleri itibarıyla bu kalıba sokulamayan ceza koşulunun, tek taraflı bir hukuki işlem olarak meydana getirilmesi bu sebeple mümkün değildir.

b. Öte yandan ceza koşulunun çok taraflı bir hukuki işlem olarak kararlaştırılması mümkündür[272]. Örneğin bir adi ortaklık sözleşmesine taraf olan kişilerce, bu sözleşmeden doğan herhangi bir borcu ihlal eden ortağın 100.000 TL ödeyeceğinin kararlaştırıldığı durumda, çok taraflı hukuki işlem niteliği taşıyan bir ceza koşulu mevcuttur.

Çok taraflı hukuki işlem niteliği taşıyan ceza koşuluna örnek olarak sıklıkla, dernek tüzüğünde veya şirket ana sözleşmelerinde yer verilmiş olan ceza kayıtları gösterilmektedir. Gerçekten de uygulamada özellikle dernek tüzüklerinde sıklıkla, borçlarını ihlal eden dernek üyelerinin bir miktar para cezası ödemekle yükümlü olacakları kararlaştırılmaktadır. Durum böyle olmakla birlikte dernek cezalarının gerçek anlamda ceza koşulu teşkil edip etmedikleri tartışmalıdır.

Bazı yazarlar, bu kayıtların gerçek anlamda ceza koşulu teşkil etmediğini; ancak atipik bir ceza koşulu olarak nitelendirilebileceğini[273] ve TBK m. 179 vd. hükümlerin kıyasen uygulanabileceğini savunmaktadır[274]. Buna karşılık söz konusu kayıtların teknik anlamda ceza koşulu teşkil ettiğini ifade eden yazarlar da

[272] Çok taraflı bir hukuki işlem olarak kararlaştırılabileceği yönünde bkz. BK OR-Becker, Art. 160 para. 2; BSK OR-I, Ehrat/Widmer/Constantini, Art. 160, para. 2; CR CO I-Mooser, Art. 160 para. 6; Santoro, s. 4 dn. 8; Couchepin, Clause pénale, para. 31. Tunçomağ, s. 59; Arkan, s. 88; Akkayan Yıldırım, s. 371; Cansel/Özel, s. 728; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 155. Dernek tüzüklerindeki ceza koşullarına ilişkin detaylı inceleme için bkz. BK ZGB-Riemer, Art. 70, para. 205 vd.

[273] Özsunay, Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, s. 140 vd.

[274] Gümüş, Borçlar Genel, s. 1010.

mevcuttur[275]. *Riemer* ve *Bentele* ise bu konuda farklı bir yaklaşım geliştirmiş ve dernek tüzüğünde yer alan ceza kaydının üyeyi hangi esasa dayalı olarak bağladığını dikkate alan bir ayrım yapmıştır. Şöyle ki, kuruluş esnasında dernek tüzüğünde yer alan ceza kaydı, kurucu üyeler bakımından teknik anlamda ceza koşulu niteliği taşır. Aynı durum, kişinin derneğe üye olduğu sırada dernek tüzüğünde hâlihazırda yer almakta olan ceza kaydı bakımından da söz konusudur. Zira üye, her iki durumda da aslında bir sözleşme yoluyla ceza koşulu taahhüdünde bulunmaktadır. Ceza kaydının üyeyi bağlamasına esas teşkil eden hukuki dayanak, ilk durumda kuruluş sözleşmesi; ikinci durumda ise üyelik sözleşmesidir. Buna karşılık dernek tüzüğünde sonradan bir değişiklik yapılması suretiyle eklenen ceza kaydı, mevcut üyeler bakımından teknik anlamda ceza koşulu olarak nitelendirilemez. Zira bu durumda ceza kaydının üyeyi bağlamasına esas teşkil eden, üyelerin tümünün iradesinin buluştuğu bir sözleşme değil; karar yeter sayısı ile vücut bulan bir karardır. Bu ihtimalde TBK m. 179 vd. ancak kıyasen uygulama alanı bulur[276].

3. Ceza koşulu, sağlar arası bir hukuki işlemdir. Hüküm ve sonuçlarını ölüme bağlı olarak doğurması öngörülen anlaşmalar, ceza koşulu olarak nitelendirilemez[277].

Bir vasiyetnamede, yasal mirasçıların veya vasiyet alacaklılarının bir koşulu/yüklemeyi hiç veya gereği gibi yerine getirmedikleri durumda bir cezaya katlanacaklarının öngörülmüş olması, teknik olarak ceza koşulu niteliği taşımaz[278]. Böyle bir düzenleme, miras hukuku düzenlemelerine tâbi olup; TMK m. 515 uyarınca "koşullar ve yüklemeler" çerçevesinde değerlendirilmelidir. Dolayısıyla ceza mahiyetindeki koşulun/yüklemenin TBK m. 182/III uyarınca indirilmesi mümkün değildir. Koşulları mevcut olduğu takdirde, TMK m. 506 uyarınca saklı paya ilişkin sınırlamalar uygulama alanı bulacaktır[279]. Bu itibarla *Yağcıoğlu*'nun, vasiyetnamede, maddi anlamda ölüme bağlı bir tasarruf olarak ceza koşuluna yer

[275] CHK OR-Pellanda Katja, Art. 160 para. 20; Riemer, s. 444; Bilge, Cezai Şart, s. 49; Tunçomağ, s. 55; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 157.
[276] Riemer, s. 444; Bentele, s. 132.
[277] BK OR-Becker, Art. 160 para. 1; Schoch, s. 23; Erdem, Clause pénale, s. 9; Couchepin, Clause pénale, para. 32; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 4; Eren, Borçlar Genel, para. 3681; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1015; Bilge, Cezai Şart, s. 49; Tunçomağ, s. 18; Arkan, s. 82; Cansel/Özel, s. 722; Somer, s. 133.
[278] BK OR-Becker, Art. 160 para. 1; Schoch, s. 23; Couchepin, Clause pénale, para. 32; Erdem, Clause pénale, s. 9; Bilge, Cezai Şart, s. 47-48; Tunçomağ, s. 18; Arkan, s. 82.
[279] BK OR-Becker, Art. 160 para. 1; Erdem, Clause pénale, s. 62; Couchepin, Clause pénale, para. 32 dn. 12; Bilge, Cezai Şart, s. 48; Tunçomağ, s. 18; Arkan, s. 82. Ceza koşuluna ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağı yönünde bkz. ZK OR-Oser/Schönenberger, Vorbem. zu Art. 160-163 para. 16.

verilebileceği yönündeki görüşüne katılmaya olanak bulamıyoruz[280]. Medeni hukukumuz, maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar bakımından sınırlı sayı ilkesini benimsemiştir. Ceza koşulunun maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf olarak değerlendirilmesi, mirasbırakanın vasiyeti bu doğrultuda olsa bile mümkün değildir.

Öte yandan miras sözleşmelerinde yer alan sağlar arası nitelikteki borçların ifasına ilişkin olarak ceza koşulu kararlaştırılabilir; bu konuda herhangi bir engel bulunmamaktadır[281]. Keza mirasın paylaştırılması sözleşmeleri ile miras payının devri sözleşmelerinde ceza koşulu kararlaştırılabileceği belirtilmektedir[282].

4. Ceza koşulu taraflarca bizzat kararlaştırılmak zorunda değildir; tarafların temsilcileri aracılığıyla da akdedilebilir[283]. Temsilcinin ceza koşulu akdetmek konusunda yetkili olup olmadığı, temsil yetkisinin kapsamına göre tespit edilecektir. Bu noktada akla gelen soru, bir sözleşmeyi akdetmek konusunda yetkili olduğu kabul edilen temsilcinin, bu sözleşmeden doğan borcun ifasına ilişkin bir ceza koşulunu ayrıca yetkilendirilmiş olmamasına rağmen akdedip akdedemeyeceğidir.

Olağan olarak ceza koşulu içeren bir sözleşmenin akdedilmesi söz konusuysa, temsilcinin yetkisinin ceza koşulunu da kapsadığı kabul edilmelidir[284]. Ancak aksi takdirde kural olarak, temsilcinin ceza koşulunu akdetmek konusunda ayrıca yetkilendirilmiş olmasını aramak doğru olur[285].

2. Taraflar

1. Uygulamada, genellikle asıl borç ilişkisinin tarafları ile ceza koşulu anlaşmasının taraflarının örtüştüğü görülmektedir. Yani asıl borcun alacaklısı ve borçlusu, aynı zamanda sözleşme cezasının alacaklısı ve borçlusudur. Peki, bu örtüşme bir zorunluluk mudur? Sözleşme cezasının alacaklısı ve borçlusunun, asıl borcun alacaklısı ve borçlusundan başka kişiler olması mümkün müdür? Bu sorunun,

[280] Görüş için bkz. Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 159.
[281] Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 114; Gülseven, s. 30; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 159-160. İvazlı miras sözleşmesinde ivaz edimi için ceza koşulu kararlaştırılabileceği yönünde bkz. Gümüş, Borçlar Genel, s. 1012.
[282] Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 114; Gülseven, s. 30.
[283] Schoch, s. 23; Bentele, s. 36; Couchepin, Clause pénale, para. 443; Tunçomağ, s. 59; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 105; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 155.
[284] Schoch, s. 23-24; Bentele, s. 36; Tunçomağ, s. 59; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 106; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 155-156.
[285] Bentele, s. 36.

ceza koşulunun işlevlerinin göz önüne alınması suretiyle yanıtlanması gerekmektedir.

2. Öncelikle sözleşme cezasının borçlusunun, asıl borcun borçlusundan başka bir kişi olmasının mümkün olup olmadığını değerlendirelim. Ceza koşulunun asli işlevi, asıl borcun borçlusunu borcun ifası konusunda zorlamaktır. Borçlu, asıl borcu ifa edip etmeme konusundaki kararını, ifanın maliyeti ile ihlalin maliyetini karşılaştırmak suretiyle verir. İhlalin maliyetini ifada bulunmanın maliyetine kıyasla fazla olacak kadar yükselten bir sözleşme cezası, borçluyu ifada bulunmaya zorlayabilecek ve ihlalden caydırabilecektir. Ceza koşulu bu işlevini, yalnızca asıl borcun borçlusu ile sözleşme cezasının borçlusunun aynı kişi olduğu kurguda yerine getirebilir. Bu kişilerin farklılaştığı kurguda asıl borcun borçlusu, ihlal durumunda sözleşme cezasını ifa edecek olma baskısını üzerinde hissetmeyeceği için, asıl borcun ifası konusunda güdülenmiş olmaz[286]. Dolayısıyla asıl borcun borçlusu ile sözleşme cezasının borçlusunun aynı kişi olması, sözleşme cezasının henüz muaccel olmadığı dönem bakımından zorunludur. Asıl borcun ihlal edilmesi durumunda bu borcun borçlusundan başka bir kişinin ceza mahiyetinde bir edim ifa edeceğine ilişkin anlaşmalar, ceza koşulu olarak nitelendirilemez[287]. Örneğin arsa sahibi (A)'nın, yüklenici (B) ile inşaat sözleşmesi kurmaktan imtina ettiğini; zira (B)'nin likidite gücüne güvenemediği için inşaat sözleşmesinde bir ceza koşulu kararlaştırılırsa dahi bunun kendisini koruyacağına inanmadığını varsayalım. Bu varsayımda güven telkin etmek için (C) devreye girmiş ve (B)'nin inşaatı teslimde geciktiği her gün için (A)'ya 1.000 TL ödeyeceğini taahhüt etmiş olsa, (C) ile (A) arasındaki anlaşma ceza koşulu niteliği taşımayacaktır[288].

Öte yandan ceza koşulu, asıl borç ihlal edildikten ve sözleşme cezası muaccel olduktan sonra, borçluyu asıl borcun ifasına zorlama işlevini kaybeder. Bu aşamada

[286] Erdem, Clause pénale, s. 11; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 169-170.

[287] BK OR-Becker, Art. 160 para. 40; Secrétan, s. 74; Bentele, s. 130-131; Erdem, Clause pénale, s. 11; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1015; Bilge, Cezai Şart, s. 56; Tunçomağ, s. 63; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 131; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 170.

[288] Geciktirici koşula bağlı bir borcun söz konusu olduğu yönünde bkz. BK OR-Becker, Art. 160 para. 40; Secrétan, s. 74; Tunçomağ, s. 63. Üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin söz konusu olduğu yönünde bkz. Gümüş, Borçlar Genel, s. 1015; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 131. Taahhüt edilen edimin kapsamının zararın kapsamını aştığı durumda, kural olarak atipik ceza koşulunun mevcut olacağı yönünde bkz. Bentele, s. 131.

sözleşme cezası borcunun, asıl borcun borçlusundan başka üçüncü bir kişi tarafından TBK m. 196 uyarınca üstlenilmesinin önünde herhangi bir engel kalmamış olur[289].

3. Sözleşme cezasının alacaklısının, asıl borcun alacaklısından başka bir kişi olmasının mümkün olup olmadığı ise ayrı bir değerlendirme konusudur. Ceza koşulunun asli işlevinin, borçluyu asıl borcu ifa etmek konusunda zorlamak olduğu yukarıda belirtilmiştir. Yine de ceza koşulu kararlaştırılmasının ihlali kesinkes engellemesi mümkün değildir. Asli işlev yerine gelmeyecek ve borç ihlal edilecek olursa, borçlu sözleşme cezasını ödemek zorunda kalacak ve bu defa ceza koşulunun bir diğer işlevi olan alacaklının uğradığı zararı giderme işlevi söz konusu olacaktır.

Esasen ceza koşulunun bu işlevi yerine getirebilmesi için, asıl borcun alacaklısı ile sözleşme cezasının alacaklısının aynı kişi olması gerekmektedir. Aksi takdirde asıl borcun ihlal edilmesi üzerine zarara uğrayacak kişi başka, zararı telafi edecek meblağın ödeneceği kişi başka olacaktır. Yani zarar ile telafi aynı kişide buluşmayacaktır. Fakat bu durum, asıl borcun alacaklısı ile sözleşme cezasının alacaklısının aynı kişi olmasını zorunlu kılmamaktadır. Sözleşme cezasının alacaklısının, asıl borcun alacaklısından başka üçüncü bir kişi olması mümkündür[290]. Zira alacaklının uğradığı zararı giderme işlevi, borçluyu borcunu ifa etmek konusunda zorlamanın yanında ikincil mahiyette kalmaktadır. Dolayısıyla bu işlevi yerine getirmeyen bir anlaşmanın ceza koşulu olarak nitelendirilmesi hâlâ mümkündür.

Buna göre asıl borcun alacaklısından başka üçüncü bir kişi, henüz daha başlangıçta ceza koşulunun kararlaştırıldığı aşamada sözleşme cezasının alacaklısı olarak tayin edilebilecektir[291]. Bunun için üçüncü kişi yararına sözleşme kurumundan faydalanılabilir[292]. Yüklenici (A) ile arsa sahibi (B) arasında bir inşaat sözleşmesinin mevcut olduğunu ve bu sözleşmede (B)'nin inşaatı teslimde geciktiği her gün için (C)'ye 1.000 TL ödeyeceğinin kararlaştırıldığını varsayalım. Bu kurguda

[289] Sözleşme cezasının muaccel olmasından önceki ve sonraki dönemler arasında herhangi bir ayrım yapmaksızın genel olarak, sözleşme cezası borcunun üçüncü bir kişi tarafından üstlenilemeyeceği yönünde bkz. Bilge, s. 75; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 170.

[290] BK OR-Becker, Art. 160 para. 7; CR CO I-Mooser, Art. 160 para. 5; OFK OR-Wuffli, Art. 160 para. 8; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 160 para. 14; Secrétan, s. 75; Bentele, s. 36-37; Koller, Konventionalstrafe, para. 70; Santoro, s. 5; Erdem, Clause pénale, s. 11; Foëx, s. 417; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 7; Arsebük, s. 991; Bilge, Cezai Şart, s. 94; Berki, s. 289; Tunçomağ, s. 62; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 167.

[291] Foëx, s. 417; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1015; Tunçomağ, s. 63; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 168

[292] Foëx, s. 417; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 168.

doğabilecek hukuki sorunların, üçüncü kişi yararına sözleşmeye ilişkin TBK m. 129 ışığında çözülmesi gerekmektedir. Esasen burada ceza koşulu anlaşmasının tarafları hâlâ (A) ile (B)'dir; fakat üçüncü kişi yararına sözleşmenin kendine özgü bir özelliği olarak (C) de borç ilişkisinin kapsamına girmiştir. (C)'nin sözleşme cezasının alacaklısı olduğunu gerçekten söyleyebilmek için, üçüncü kişi yararına sözleşmenin "tam" nitelikte olması gerekmektedir. Eksik üçüncü kişi yararına sözleşmenin söz konusu olduğu durumda, (C)'nin sözleşme cezası üzerinde alacak hakkı kazandığı söylenemez; yalnızca ifayı kabul etme yetkisi mevcut olur.

Keza ceza koşulu kararlaştırıldıktan sonra da, sözleşme cezası alacaklısı konumuna asıl borcun alacaklısından başka üçüncü bir kişi getirilebilir[293]. Bu çerçevede yine üçüncü kişi yararına sözleşme kurumundan faydalanılabileceği gibi; sözleşme cezası alacağının TBK m. 183 vd. hükümleri uyarınca devredilmesi de mümkündür[294].

3. Ceza Koşulunun Kararlaştırılma Zamanı ve Yöntemi

Taraflar ceza koşulunu, ister asıl borcu doğuran sözleşmenin içinde bir kayıt olarak ister asıl borcun doğmasından daha önce veya sonra akdedilen ayrı bir sözleşme vasıtasıyla kararlaştırabilir[295]. Uygulamada çoğu zaman ilk ihtimal gündeme gelir. Yani ceza koşulu, genellikle, asıl borcu doğuran sözleşmenin içinde bir kayıt olarak yer alır[296]. Böylelikle asıl borç ilişkisi ile ceza koşulu ilişkisi eş zamanlı olarak kurulmuş olur. Diğer yandan tarafların ceza koşulunu, asıl borcun doğmasından daha önce veya sonra akdedilen ayrı bir sözleşme ile kararlaştırmaları da pekâlâ mümkündür. Ancak böyle bir ihtimalde bazı noktalara dikkat edilmesi gerekecektir.

Öğretide çoğunlukla kabul gördüğü üzere, henüz doğmamış olan bir asıl borca ilişkin ceza koşulu kararlaştırılabilir[297]. Bu yönteme, özellikle çerçeve

[293] Tunçomağ, s. 63; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 168.
[294] Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 168.
[295] CR CO I-Mooser, Art. 160 para. 7; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 160 para. 17; Bucher, s. 524; Bentele, s. 37-39; Santoro, s. 4; Couchepin, Clause pénale, para. 470-474; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 103; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 160-161; Yayvak Namlı, s. 63. Pay sahipleri sözleşmesi bakımından bu tespit için bkz. Chappuis, s. 67.
[296] Bentele, s. 37; Couchepin, Clause pénale, para. 470; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 160; Yayvak Namlı, s. 63.
[297] CHK OR-Pellanda Katja, Art. 160 para. 17; Bentele, s. 38; Santoro, s. 4; Couchepin, Clause pénale, para. 471; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1008; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 111; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 161; Yayvak Namlı, s. 63. Ceza koşulunun kararlaştırılabilmesi için fer'îlik ilkesi

sözleşmelerde başvurulmaktadır. Örneğin taraflar ileride akdedilecek münferit satış sözleşmelerinin koşullarını düzenledikleri bir çerçeve sözleşmede, bu münferit sözleşmelerden doğacak borçların ihlal edilmesi durumuna ilişkin bir ceza koşuluna yer verebilmektedir. Ancak böyle bir ceza koşulunun geçerli olarak hüküm ifade etmesi için, her şeyden önce asıl borcun geçerli olarak hüküm ifade etmeye başlaması gerekmektedir[298]. Bu durum fer'îlik ilkesinin yansımasıdır. Böyle bir durumda ceza koşulu, çifte geciktirici koşula bağlanmış hukuki işlem niteliği taşımaktadır. Geçerli olarak bir sözleşme cezası ödeme borcunun doğması, ilk olarak asıl borç ilişkisinin kurulmasına; ikinci olarak bu ilişkiden doğan borcun gereği gibi ifa edilmemesine bağlıdır[299].

Asıl borç doğduktan sonra bu borca ilişkin olarak ceza koşulu kararlaştırılması da yine aynı şekilde mümkündür[300]. Örneğin eser sözleşmesi akdedildikten sonra işin zamanında tamamlanıp tamamlanamayacağı konusunda ortaya çıkan tereddütleri gidermek ve böylelikle düzenli ödeme almak isteyen yüklenici, iş sahibi ile aralarında ceza koşulu kararlaştırılmasını sağlayabilir. Ancak asıl borç doğduktan sonra yapılacak böyle bir anlaşmanın ceza koşulu niteliği taşıyabilmesi için, asıl borcun henüz ihlal edilmemiş olması gerektiği unutulmamalıdır. Asıl borç ihlal edildikten sonra bu ihlalin sonuçlarına ilişkin olarak taraflar arasında akdedilecek anlaşma, *Yağcıoğlu* tarafından isabetle belirtildiği üzere, ceza koşulu olarak nitelendirilemez. Ancak yazarın iddiasının aksine, bu safhada akdedilen bir anlaşmanın götürü tazminat anlaşması olarak nitelendirilmesi de mümkün değildir[301]. Böyle bir anlaşma, durumun koşullarına göre ancak sulh anlaşması olarak nitelendirilebilecektir[302].

4. Genel İşlem Koşulları Vasıtasıyla Ceza Koşulu Kararlaştırılması

1. Bir ceza koşulunun geçerliliğinin TBK m. 20 vd. uyarınca denetime tâbi olması için, her şeyden evvel genel işlem koşulu niteliği taşıyacak şekilde

---

uyarınca öncelikle asıl borç ilişkisinin mevcut olması gerektiği yönündeki aksi görüş için bkz. Schoch, s. 23; Bilge, Cezai Şart, s. 50-51; Tunçomağ, s. 62.

[298] CHK OR-Pellanda Katja, Art. 160 para. 17; Bentele, s. 38; Santoro, s. 4; Couchepin, Clause pénale, para. 473; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 111; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 161.

[299] Bentele, s. 38; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 111; Yayvak Namlı, s. 64.

[300] CR CO I-Mooser, Art. 160 para. 7; Schoch, s. 23; Bentele, s. 39; Santoro, s. 4; Erdem, Clause pénale, s. 10; Couchepin, Clause pénale, para. 474; Tunçomağ, s. 62; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 160; Yayvak Namlı, s. 64.

[301] Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 161.

[302] Bu konuda bkz. Erdem, Clause pénale, s. 45.

kararlaştırılmış olması gerekmektedir. TBK m. 20/I'deki tanım uyarınca *"Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir"*. Bu tanıma göre, genel işlem koşullarının varlığından bahsedebilmek için gerekli olan unsurlar şunlardır: **(a)** bir sözleşmenin koşullarını oluşturuyor olma; **(b)** ileride birden fazla sözleşmede kullanılmak amacıyla hazırlanmış olma; **(c)** önceden hazırlanmış olma; **(d)** tek yanlı olarak hazırlanmış olma; **(e)** düzenleyen tarafından değiştirilmeden sözleşmeye dâhil edilmek niyetiyle sunulmuş olma[303]. Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, genel işlem koşulu nitelendirmesi açısından önem taşımaz.

TBK m. 20 vd. uyarınca gerçekleştirilen genel işlem koşulu denetimi, üç aşamadan oluşmaktadır. İlk olarak yürürlük denetimi gerçekleştirilecek ve genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriği hâline gelip gelmediği tespit edilecektir. Sözleşmenin içeriği hâline geldiği tespit edilen genel işlem koşulları, ikinci aşamada yorum denetimine tâbi tutulacaktır. Bu çerçevede genel işlem koşulları, düzenleyen tarafın aleyhine yorumlanacak ve karşı taraf yorum yoluyla korunacaktır. Son aşamada, içerik denetimi gerçekleştirilecek ve genel işlem koşullarının taraflar arasında kurduğu menfaat dengesinin dürüstlük kuralı uyarınca kabul edilebilecek sınırlar dâhilinde olup olmadığı değerlendirilecektir.

2. Genel işlem koşulu vasıtasıyla kararlaştırılmış olan ceza koşulunun geçerli kabul edilmesi, her şeyden evvel yürürlük denetimini geçmesine bağlıdır. Yürürlük denetimi çerçevesinde, genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriği hâline gelebilmesi için **(a)** düzenleyen tarafın karşı tarafı genel işlem koşulları kullandığı konusunda açıkça uyarmış olması ve **(b)** genel işlem koşulları metninden haberdar olma imkânını karşı tarafa vermiş olması gerekmektedir (TBK m. 21/I)[304]. Ayrıca genel işlem koşullarının içeriğine ilişkin olarak bir bilgi verme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı tartışmalı olmakla birlikte, pek çok yazar, böyle bir yükümlülüğün bulunmadığını savunmaktadır[305].

[303] Bu konuda bkz. Atamer, GİK, s. 13 vd.
[304] Atamer, GİK, s. 28; Ç. Kırca, s. 120-121. Yürürlük denetimini düzenleyen TBK m. 21'de *"karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşulları"* ifadesinin geçmesinden bahisle yürürlük ve içerik denetiminin birbirine karıştırıldığı eleştirisi için bkz. Atamer, GİK, s. 27-28.
[305] Bu yönde bkz. Atamer, GİK, s. 28-29; Ç. Kırca, s. 121.

Öte yandan sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine tamamen yabancı olup bu itibarla "şaşırtıcı" nitelik taşıyan kayıtlar, karşı taraf genel işlem koşullarının varlığı konusunda uyarılmış ve bu koşulların içeriğinden haberdar olma imkânı tanınmış olsa dahi sözleşmenin içeriği hâline gelmez (TBK m. 21/II)[306]. Öğretide, tacirlerin ceza koşulu kararlaştırılmış olabileceğini öngörmesi gerektiği; dolayısıyla ceza koşulunun tacirler açısından şaşırtıcı olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmektedir[307]. Bu görüşe katılmıyoruz. Zira kimi zaman ceza koşulunun bizatihi varlığı şaşırtıcı olmasa dahi, kararlaştırılmış olan sözleşme cezasının miktarı şaşırtıcı olabilir.

3. Yürürlük denetimini geçen ve böylelikle sözleşmenin içeriği hâline geldiği tespit edilen genel işlem koşulları, ikinci aşamada yorum denetimine tâbi tutulacaktır. Yorum denetimini konu alan TBK m. 23 uyarınca *"Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır."* Yani içeriği konusunda tereddüt yaşanan ve birden fazla yoruma açık olan bir genel işlem koşulu yorumlanırken, olası yorumlardan en fazla düzenleyen aleyhine ve karşı taraf lehine sonuç doğuracak olan esas alınmalıdır[308].

Bu noktada bazı yazarların, yorum denetiminin ceza koşulu bağlamında nasıl bir rol oynayabileceğine dair vermiş oldukları bir örneğe değinmek istiyoruz. Bu örneğe göre, sözleşme cezasının muacceliyetinin bağlı olduğu olgunun yalnızca "sözleşmeye aykırılık" biçiminde genel olarak ifade edildiği ve hangi davranışların sözleşmeye aykırılık olarak nitelendirileceğinin ayrıca özel olarak açıklanmadığı durumda, yorum denetimi neticesinde ceza koşulunun hiç düzenlenmediği sonucuna varılabilir[309]. Kanaatimizce bu tespite katılmak mümkün değildir. Yorum denetiminin konusu, birden fazla olası yorumdan hangisinin tercih edilmesi gerektiğine ilişkin olarak hâkime yol göstermektir. Belirtilen örnekte bir ceza koşulunun varlığı açıktır; ceza koşulunun hiç düzenlenmediği yönünde bir yorum yapmak mümkün değildir. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararında da ceza koşulunun, bir sözleşmeden doğan borçların ihlal edilmesi ihtimalini genel

[306] Bu konuda bkz. Atamer, GİK, s. 29-30.
[307] Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 118.
[308] Atamer, GİK, s. 35-36.
[309] Veli Karagöz, "Tip İş Sözleşmelerinde Öngörülen Cezai Şartın Genel İşlem Şartları Bağlamında Denetlenmesi", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi C. VIII S. 1-2 (2004), s. 593 vd., s. 604; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 129.

olarak kapsayacak şekilde kararlaştırılabileceği; belirli bir borcun ihlal edilmesi ihtimaline indirgenmesine gerek olmadığı ifade edilmiştir[310].

4. İçerik denetiminin konusu, yürürlük denetimi neticesinde sözleşme kapsamına girdiği ve bağlayıcı olduğu tespit edilmiş olan genel işlem koşullarının içeriğinin incelenmesidir. Bu çerçevede, genel işlem koşullarının taraflar arasında nasıl bir menfaat dengesi kurduğu değerlendirmeye tâbi tutulur. Dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek ölçüde karşı tarafın aleyhine olan veya karşı tarafın durumunu ağırlaştıran hükümler, kesin hükümsüz kabul edilir (TBK m. 25).

Kanun koyucu içerik denetimini düzenlerken tek ölçüt olarak dürüstlük kuralını işaret etmiş; bunun dışında genelleştirilmiş ölçütler vermekten kaçınmıştır. Genel işlem koşullarının denetimi konusundaki asıl kritik noktayı içerik denetiminin teşkil ettiği; nitekim Alman hukukunda denetimin asıl bu aşamasının detaylı bir şekilde düzenlendiği düşünülecek olursa, söz konusu tercihin isabetli olup olmadığı tartışılabilir[311]. Ancak bu tartışma bir yana, mevcut durumu itibarıyla TBK m. 25'in hüküm içi boşluk içerdiği açıktır[312]. Bazı yazarlar bu boşluğun doldurulması bakımından, TKHK m. 5 ve TTK m. 55/I'den faydalanılması gerektiğini ifade etmektedirler[313]. Hatta *Kırca,* TBK m. 25'in gerekçesinden hareketle AlmMK § 307 vd.'ndan da yararlanılabileceği görüşündedir[314]. Buna göre, genel işlem koşulu vasıtasıyla kararlaştırılmış ceza koşulunun içerik denetimine nasıl tâbi tutulacağını inceleyelim.

Ceza koşulu borçlu üzerinde sözleşme cezasının kurduğu baskı vasıtasıyla borçluyu ifaya zorlamayı amaçlayan; dolayısıyla tanımı itibarıyla borçlunun durumunu alacaklı lehine ağırlaştıran bir anlaşmadır. Genel işlem koşulları vasıtasıyla kararlaştırılmış bir ceza koşulu, sırf bu özelliği sebebiyle başkaca bir değerlendirmeye gerek olmaksızın geçersiz kabul edilecek midir? Alman hukukunda bu konuda özel bir hüküm mevcuttur. Genel işlem koşulu vasıtasıyla kararlaştırılan ceza koşulları, somut olay bazında ayrıca bir değerlendirmeye gerek görülmeksizin

[310] ATF 135 III 433, c. 4.1-4.2.
[311] Bu doğrultuda eleştiriler için bkz. Atamer, GİK, s. 33-34.
[312] Atamer, GİK, s. 42; Ç. Kırca, s. 125.
[313] Atamer, GİK, s. 42-44; Ç. Kırca, s. 125.
[314] Ç. Kırca, s. 128.

geçersiz kabul edilir (AlmMK § 309 b. 6)[315]. Ancak söz konusu hükmün, AlmMK § 310 uyarınca, tacirler arasında akdedilen sözleşmeler bakımından uygulama alanı bulmadığını; bu sözleşmelerde AlmMK § 307'deki genel içerik denetimi hükmünün uygulandığını hatırlatmak gerekmektedir[316]. Öte yandan Türk hukukunda genel işlem koşulu vasıtasıyla kararlaştırılan ceza koşullarının kategorik olarak geçersiz kabul edilmesini gerekli kılan böyle özel bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla genel işlem koşulları vasıtasıyla kararlaştırılmış bir ceza koşulunun sırf bu özelliği sebebiyle başkaca bir değerlendirmeye gerek olmaksızın geçersiz kabul edilmesi, mümkün değildir. TBK m. 25 uyarınca somut olay bağlamında bir değerlendirme yapılması zorunludur. Nitekim öğretide de genel işlem koşulu vasıtasıyla kararlaştırılan ceza koşullarının geçerli olup olmadığının somut olayın özelliklerinin dikkate alınması suretiyle değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir[317].

Bu bağlamda *Kırca*, Alman hukuk uygulamasından hareketle geliştirdiği bazı ölçütlere işaret etmektedir. Sözleşme cezasının miktarı, borçluyu ifaya zorlama amacı ile orantılı olmalı; alacaklı açısından sözleşmesel menfaatlerden bağımsız bir para kazanma aracına dönüşmüş olmamalıdır[318]. Keza sözleşme cezasının miktarı, borçlunun sözleşmeden elde edeceği menfaat ile orantılı olmalıdır; borçlunun sırf ifada birkaç gün geciktiği için ifa edeceği sözleşme cezası, sözleşmeden elde edeceği menfaatin tamamını silip süpürmemelidir[319].

Ceza koşuluna ilişkin kanunda öngörülmüş hükümleri, düzenleyenin karşı tarafı aleyhine değiştiren genel işlem koşullarının da daha dikkatli bir biçimde incelenmesi uygun olacaktır. Alman Federal Mahkemesi'nin vermiş olduğu bir karar, bu konuda ilginç bir örnek teşkil etmektedir. Karar, bir ürün kirası sözleşmesinin kiracının talebi ve kiraya verenin rızası üzerine tarafların karşılıklı anlaşmasıyla sona erdirilmesi durumunda kiracının kiraya verene sözleşme cezası ödemesini öngören

[315] Bu konuda bkz. MüKoBGB/Wurmnest § 309 para. 2. Görüldüğü üzere genel işlem koşulu vasıtasıyla kararlaştırılan ceza koşulu, herhangi bir ek koşula bakılmaksızın kategorik olarak geçersiz kabul edilmektedir. Buna karşılık aynı hüküm genel işlem koşulu vasıtasıyla kararlaştırılan götürü tazminat anlaşmasını, kararlaştırılan götürü tazminatın hayatın olağan akışına göre beklenecek zarar miktarını aşması yahut borçluya bir zararın hiç mevcut olmadığını veya götürü tazminat miktarından az olduğunu ispat etme imkânı tanınmaması hâlinde geçersiz kabul edilmektedir (AlmMK §309 b. 5).

[316] Bu konuda bkz. MüKoBGB/Fornasier, § 309 para. 6 vd.

[317] Mehmet Demir, "Cezaî Şart Kaydına Genel İşlem Koşulları Arasında Yer Verilmesi Sorunu", Prof. Dr. Şeref Gözübüyük'e Armağan, Ankara 2005, s. 437 vd., s. 446; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 127. İsviçre hukuku bakımından aynı yönde bkz. Tolou, para. 1051.

[318] Ç. Kırca, s. 129.

[319] Ç. Kırca, s. 129.

ceza koşulunu konu almaktadır. Mahkeme, sözleşme cezasının muacceliyetinin kusura bağlı olduğunu öngören AlmMK §339'daki kuralın aksini öngören bir genel işlem koşulunun, ancak bu durumu haklı gösteren önemli sebeplerin varlığı hâlinde geçerli kabul edileceğini ifade etmiştir. Olayda böyle bir sebep bulunmadığı gerekçesiyle ceza koşulunu geçersiz kabul etmiştir[320].

İçerik denetimi, genel işlem koşullarının dayatıldığı sözleşme tarafının sözleşmenin doğası gereği zaten zayıf konumda bulunduğu sözleşmeler bakımından iyice sıkılaşacaktır. Örneğin *Karagöz,* borçlunun kusurlu olmasa dahi sözleşme cezası ödeyeceğini veya alacaklının uğradığı zararın tamamının sözleşme cezası miktarı mahsup edilmeksizin borçlu tarafından ayrıca tazmin edileceğini öngören kayıtların, tip iş sözleşmelerinde işçi aleyhine olacak şekilde yer aldıkları takdirde geçersiz kabul edileceğini belirtmektedir[321].

Borçlunun durumunu dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek ölçüde ağırlaştırdığı için içerik denetimini geçemeyen ceza koşulu, kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbi olacaktır. Bu noktada ceza koşulunun, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmeyecek bir ölçüde kısmen geçerli kabul edilip edilemeyeceği sorusu gündeme gelmektedir. Çoğu yazar, ceza koşulunun topyekûn geçersiz kabul edilmesi gerektiğini; aksi takdirde kesin hükümsüzlük yaptırımının önleyici işlevinden istifade edilemeyeceğini savunmaktadır[322]. Şöyle ki genel işlem koşullarını düzenleyen taraf, menfaat dengesini dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek ölçüde bozan bir sözleşme cezasının en kötü ihtimalle mahkeme tarafından kısmen geçerli kabul edileceğini düşünecek ve genel işlem koşullarının hukuka uygun olması konusunda çaba gösterme motivasyonuna sahip olmayacaktır. İsviçre yargı uygulaması da bu yöndedir[323].

5. Ceza Koşulunun Şekli

Ceza koşulunun geçerli biçimde hüküm doğurması, diğer hukuki işlemlerde olduğu gibi geçerlilik koşullarını taşıyor olmasına bağlıdır. Bu koşullar arasında yer alan geçerlilik şekli, temas ettiği kimi tartışmalı noktalar sebebiyle ayrıca incelenmelidir.

---

[320] BGH NJW 1985, 57.
[321] Karagöz, Tip İş Sözleşmesi, s. 599-600.
[322] Schwenzer, para. 24.08, 32.45, 46.09; Ç. Kırca, s. 131; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1014.
[323] TF, 4A_404/2008 (18.12.2008), c. 5.6.3.2.1.

Öncelikle ceza koşulunun, kural olarak herhangi bir geçerlilik şekline tâbi olmadığı belirtilmelidir. Diğer modern borçlar hukuklarında olduğu gibi İsviçre-Türk hukukunda da şekil serbestisi ilkesi hâkimdir[324]. TBK m. 12/I (İsvBK m. 11/I) uyarınca *"Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir."* Kanunda ceza koşulu için özel olarak öngörülmüş herhangi bir geçerlilik şekli bulunmadığına göre taraflar, ceza koşulunu herhangi bir şekil şartına tâbi olmaksızın diledikleri gibi kararlaştırabilir[325]. Bu itibarla ceza koşulunun taraflar arasında sözlü olarak dahi kararlaştırılabilmesi mümkündür. Ancak herhangi bir uyuşmazlık durumunda böyle bir sözlü anlaşmanın ispatının güçlük arz edebileceği unutulmamalıdır. Zira ceza koşulu, bir hukuki işlem olması sebebiyle HMK m. 200 uyarınca senetle ispat zorunluluğuna tâbi olabilir[326].

Bu noktada, ceza koşuluna ilişkin bir geçerlilik şekli öngörüp öngörmediği konusunda tereddüt yaratabilecek TBK m. 446/III'e (İsvBK m. 340b/III) değinilmesi yerinde olur. İlgili hüküm uyarınca *"İşveren, ceza koşulu ve doğabilecek ek zararlarının ödenmesi dışında, sözleşmede* ***yazılı olarak*** *açıkça saklı tutması koşuluyla, kendisinin ihlal veya tehdit edilen menfaatlerinin önemi ile işçinin davranışı haklı gösteriyorsa, yasağa aykırı davranışa son verilmesini de isteyebilir."* Görüldüğü üzere hüküm, işçinin rekabet yasağını ihlal etmesi durumuna ilişkin olarak kararlaştırılan ceza koşulunu konu almaktadır. Fakat bu hükmün ceza koşulunun kendisi bakımından bir geçerlilik şekli öngördüğünü söylemek, *Bentele* tarafından da ifade edildiği üzere mümkün değildir. Hüküm, tarafların TBK m. 446/II (İsvBK m. 340b/II) uyarınca işçiye tanınmış imkânı ortadan kaldırmak konusunda yapacakları anlaşmanın yazılı olmasını aramakta ve böylelikle işçi lehine olan yedek hukuk kuralının bertaraf edilmesini zorlaştırmaktadır[327]. Şöyle ki işçi, TBK m. 446/II uyarınca kural olarak, tarafların belirledikleri ceza miktarını ödeyerek

[324] Julia Xoudis, Art. 11, 12, 16, Luc Thévenoz / Franz Werro (ed.), Commentaire romand, Code des obligations I, Art. 1-529 CO, Bâle 2012, Art. 11 para. 9; Kocayusufpaşaoğlu, §25 para. 6; Hüseyin Altaş, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998, s. 47; Arif Barış Özbilen, Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü, İstanbul 2016, s. 25.

[325] CR CO I-Mooser, Art 160 para. 7; OFK OR-Wuffli, Art. 160 para. 8; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 160 para. 15; Bentele, s. 55; Couchepin, Clause pénale, para. 479; Foëx, s. 412; Kılıçoğlu, s. 985; Bilge, Cezai Şart, s. 76; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 120; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 36; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 161-162.

[326] Kılıçoğlu, s. 985; Öktem Çevik, Ceza Koşulu, s. 99 dn. 7. Buna göre ceza koşulu kural olarak herhangi bir geçerlilik şekline tâbi olmasa bile, mahkeme huzurunda ispatı bakımından belirli bir şekle riayet edilmek suretiyle oluşturulmuş bir senet aranması mümkündür. Borçlar hukuku odaklı bu çalışma geçerlilik şeklini incelemekte; ispat şekli meselesini kapsam dışında bırakmaktadır. Geçerlilik ve ispat şekilleri arasındaki fark ve ilişki için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, §25 para. 8 vd.

[327] Bentele, s. 55; Erdem, Clause pénale, s. 110. Bu konuda ayrıca bkz. Couchepin para. 480-481.

rekabet yasağına ilişkin borcundan kurtulma imkânına sahip sahiptir. Ancak bu kural emredici nitelik taşımamaktadır; taraflar TBK m. 446/III'teki koşulları sağlamak suretiyle aksini kararlaştırabilir. İşte bu kuralın aksini kararlaştırmak ve işçinin rekabet yasağını ihlal etmesi durumunda hem asıl borç olan rekabet yasağına uygun davranılmasını hem de sözleşme cezasının ödenmesini talep etmek isteyen işveren, bu hakkını saklı tutan yazılı bir anlaşmaya ihtiyaç duyacaktır. Bu yönde yazılı bir anlaşma mevcut olduğu takdirde asıl borcun ifası ve sözleşme cezasının ödenmesi talepleri birlikte ileri sürülebilecektir. Diğer yandan işçinin rekabet yasağını ihlal etmesi durumuna ilişkin olarak kararlaştırılacak ceza koşulunun yine de aşağıda incelenecek başka bir sebepten ötürü yazılı geçerlilik şekline tâbi olduğu gözden kaçırılmamalıdır[328].

Görüldüğü üzere taraflar ceza koşulunu, kural olarak herhangi bir şekil şartına tâbi olmaksızın diledikleri gibi kararlaştırabilir. Genel kural bu olmakla birlikte, kimi zaman çeşitli sebeplerden ötürü bu kuralın istisnaları gündeme gelebilir. İlk istisna, asıl borcun doğduğu hukuki işlemin şekil şartına tâbi olması hâlidir. İkinci istisna ise ceza koşulunun belirli bir şekle riayet edilerek akdedilmesi konusunda tarafların anlaşmaları hâlidir. Bu iki istisnai durumda tarafların kararlaştırmış oldukları ceza koşulunun geçerli olması, ilgili geçerlilik şeklinin gerekliliklerinin yerine getirilmiş olmasına bağlı olacaktır. Aşağıda öncelikle bu istisnalar incelenecek; ardından ceza koşulunun söz konusu şekil şartına uymamasının sonuçları ele alınacaktır.

a. Ceza Koşulunun Şekil Şartına Tâbi Olduğu Hâller

i. Asıl Borcun Doğduğu Hukuki İşlemin Şekil Şartına Tâbi Olması

Yukarıda açıklanmış olduğu üzere kanunda, ceza koşulunun bizzat kendisine ilişkin olarak herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Ancak ceza koşuluna bağlanmış olan asıl borcun doğduğu hukuki işlemin bir şekil şartına tâbi olması mümkündür. Bu durumda söz konusu şekil zorunluluğunun, ceza koşulu bakımından da aranıp aranmayacağı sorunu gündeme gelecektir. Bu sorunun, şekil zorunluluğunun kaynağına göre ayrı ayrı değerlendirilmesi yerinde olur.

[328] Bkz. *"İkinci Bölüm / I. / C. / 5. / a. / i. / (1) Asıl Borcun Doğduğu Hukuki İşlemin Kanunen Şekil Şartına Tâbi Olması"*

(1) Asıl Borcun Doğduğu Hukuki İşlemin Kanunen Şekil Şartına Tâbi Olması

1. Ceza koşuluna bağlanmış olan asıl borcun doğduğu hukuki işlem kanun tarafından bir şekil şartına tâbi tutulduğu takdirde söz konusu şekil zorunluluğu, ceza koşulu bakımından da aranacaktır. Buna göre ceza koşulunun geçerli olması için, asıl borcun doğduğu hukuki işlemin tâbi olduğu şekil şartına riayet edilerek kararlaştırılmış olması gerekmektedir[329]. Bu husus, öğretide dile getirilmiş olmanın ötesinde Yargıtay'ın istikrar kazanmış kararlarına da yansımıştır[330].

2. Kuralın bu yönde olduğu konusunda adeta bir görüş birliği bulunmakla birlikte, kuralın gerekçelendirilmesi konusunda farklı yaklaşımlar geliştirildiği görülmektedir. Öğretide bazı yazarlar, asıl borcun doğduğu hukuki işlemin tâbi olduğu şekil şartının ceza koşulu bakımından da aranmasının sebepleri arasında ferîlik ilkesini göstermektedir. Bu yaklaşıma göre, ceza koşuluna karakterini veren ferîlik ilkesi, geçerlilik şekli konusunda da devreye girer. Asıl borcun doğduğu hukuki işlemdeki şekil şartı, ceza koşuluna da kendiliğinden sirayet eder[331].

Ancak kanaatimizce ceza koşulunun asıl borcu doğuran hukuki işlem ile aynı şekil şartına riayet edilerek kararlaştırılması zorunluluğu, ferîlik ilkesinin bir yansıması olarak değerlendirilemez. Zira ferîlik ilkesinin işlevi, sözleşme cezasının doğumunu, devamını ve sona ermesini, asıl borcun doğumuna, devamına ve sona

---

[329] Ceza koşulunun, asıl borcun doğduğu hukuki işlemin tâbi olduğu şekil şartına riayet etmesi gerektiği yönünde bkz. CR CO I-Mooser, Art 160 para. 7; OFK OR-Wuffli, Art. 160 para. 8; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 160 para. 16; Schoch, s. 21; Bentele, s. 56-58; Erdem, Clause pénale, s. 109; Couchepin, Clause pénale, para. 482; Lukas Cotti, Das vertragliche Konkurrenzverbot - Voraussetzungen Wirkungen Schranken, Freiburg 2001, para. 640; Foëx, s. 413; İ. Helvacı, s. 260; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 23; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1583; Eren, Borçlar Genel, para. 3685; Kılıçoğlu, s. 984; H. Nomer, para. 235; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, para. 1478; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1016; Bilge, Cezai Şart, s. 76; Tunçomağ, s. 61; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 120, 124, 125; Arkan, s. 82; Öktem Çevik, Ceza Koşulu, s. 98; Cansel/Özel, s. 718; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 162, 165; Özbilen, s. 144; Karagöz, Cezai Şart, s. 248; Numan Tekelioğlu, "İnşaat Sözleşmelerinde Cezai Şart ve Götürü Tazminat", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi C. 2 S. 2 (2017), s. 159 vd., s. 172; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 36; Yayvak Namlı, s. 87. Aksi görüş için bkz. Bucher, s. 524. *Bucher*, asıl borcu doğuran hukuki işlemin tâbi olduğu şekil şartının bağımsız nitelik taşıyan ceza koşulu bakımından (özellikle asıl borcu doğuran işlemden daha sonra kararlaştırılmış ceza koşulu bakımından) aranmayacağını savunmaktadır.

[330] Yarg. İBGK, E. 2017/10 K. 2019/1, 8.3.2019 (Kazancı); Yarg. 23. HD, E. 2016/3234 K. 2019/1507, T. 18.4.2019 (Kazancı); Yarg. 19. HD, E. 2017/3732 K. 2019/4342, 12.9.2019 (Kazancı); Yarg. 19. HD, E. 2018/3380 K. 2019/5428, 4.12.2019 (Kazancı); Yarg. 15. HD, E. 2018/4892 K. 2019/153, 15.1.2019 (Kazancı); Yarg. 15. HD, E. 2019/2141 K. 2019/5224, 17.12.2019 (Kazancı); Yarg. 23. HD, E. 2015/8378 K. 2018/3536, 5.6.2018 (Kazancı); Yarg. 19. HD, E. 2015/6834 K. 2015/17022, 16.12.2015 (Kazancı); Yarg. 4. HD, E. 1973/3787 K. 1974/2959, 31.5.1974 (Kazancı); Yarg. 4. HD, E. 1971/3776 K. 1971/4729, 17.5.1971 (Kazancı).

[331] CR CO I-Mooser, Art 160 para. 7; KUKO OR-Pietruszak, Art. 160 para. 5; Schoch, s. 21; Couchepin, Clause pénale, para. 482; Foëx, s. 413; Kılıçoğlu, s. 984; Bilge, Cezai Şart, s. 76; Karagöz, Cezai Şart, s. 248; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 162; Yayvak Namlı, s. 86.

ermesine bağlamaktan ibarettir[332]. Bu hukuki kader birliğini sağlamanın ötesinde, asıl borcu doğuran hukuki işlem ile ceza koşulu arasında geçerlilik şekli bakımından bir ortaklık kurmaz. Yani asıl borç herhangi bir sebeple (örneğin şekle aykırılık sebebiyle) geçersiz olursa, ferîlik ilkesinin yansıması olarak ceza koşulu da geçersiz olacaktır. Fakat asıl borcu doğuran hukuki işlemin geçerliliğinin bir şekil şartına bağlanmış olmasının doğrudan doğruya ceza koşulu üzerinde aynı etkiyi yaratacağı söylenemez.

Bu kuralın asıl gerekçesi, şekil konusundaki borçlar hukuku ilkelerinde yatmaktadır. Bu ilkeler, asıl borcu doğuran hukuki işlem ile ceza koşulunun aynı şekil şartına tâbi olarak kararlaştırılmasını, ceza koşulunun hangi anda akdedildiğine göre farklılaşan gerekçeler doğrultusunda zorunlu tutmaktadır:

(a) *Asıl borcu doğuran hukuki işlemle eş zamanlı olarak kararlaştırılan ceza koşulu:* Kanun, şekle tâbi bir hukuki işlemin hangi noktalarının şeklin kapsamına dâhil olması gerektiği konusunda genel bir ilke öngörmemiştir. Bu konunun çözümünü, öğreti ve yargı uygulamasına bırakmıştır. Şeklin, o hukuki işlemin objektif esaslı noktalarını kapsaması gerektiği konusunda bir görüş birliği mevcuttur[333]. Ancak subjektif esaslı noktaların kısmen veya tamamen şekil zorunluluğunun kapsamına dâhil olup olmadığı tartışmalı bir konudur. Bu konuda ileri sürülen görüşler, temel olarak üç grupta incelenebilir: **(1)** Subjektif esaslı noktaların hiçbirinin şekil zorunluluğuna tâbi olmadığı yönündeki görüş, **(2)** Subjektif esaslı noktaların tümünün şekil zorunluluğuna tâbi olduğu yönündeki görüş, **(3)** Subjektif esaslı noktaların bir kısmının şekil zorunluluğuna tâbi olduğu yönündeki görüş[334]. Ceza koşulu da asıl borcu doğuran hukuki işlemin subjektif esaslı noktalarından biri olarak kabul edilmektedir[335]. Dolayısıyla ceza koşulunun şekle bağlanmasının gerekli olup olmadığının tespitinde, subjektif esaslı noktalara ilişkin bu tartışma önem kazanmaktadır.

---

[332] Ferîlik ilkesi hakkında detaylı bilgi için bkz. *"İkinci Bölüm / II. / A. Ceza Koşulunun Ferî Niteliği ve Buna Bağlı Sonuçlar"*.

[333] CR CO I-Xoudis, Art. 11 para. 25; O. Gökhan Antalya, "Hukuki İşlemlerin Şekle Bağlanması Gereken Noktaları", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 6 S. 1-3 (1991), s. 68 vd., s. 69; Altaş, s. 52; Özbilen, s. 140.

[334] Bu tartışma hakkında bkz. CR CO I-Xoudis, Art. 11 para. 26; Antalya, Şekle Bağlanması Gereken Noktalar, s. 69 vd.; Altaş, s. 55 vd.; Özbilen, s. 141 vd.

[335] BK-Kramer/Schmidlin, Art. 11; Bentele, s. 56; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 121; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 162.

Günümüzde, yalnızca objektif esaslı noktaların şekle bağlanmasının gerekli olduğu ve bunun ötesinde subjektif esaslı noktaların şekil zorunluluğunun kapsamının dışında kaldığı yönündeki (1) numaralı görüşün etkisini yitirdiği söylenebilir. Subjektif esaslı noktaların da en azından bir kısmının şekil zorunluluğunun kapsamına dâhil olduğu yönündeki görüşler ağırlık kazanmıştır. Subjektif esaslı noktaların tümünün şekle bağlanması gerektiği yönündeki (2) numaralı görüş benimsenecek olursa, ceza koşulu her hâlükârda şekil zorunluluğunun kapsamına dâhil olacaktır[336]. Kanaatimizce daha isabetli olan ve subjektif esaslı noktaların tümünün değil yalnızca şeklin koruma amacı doğrultusunda tespit edilecek belirli bir kısmının şekle bağlanması gerektiği yönündeki (3) numaralı görüş de aynı sonucu daha sınırlı olarak kabul etmektedir. Şöyle ki, bu görüşe göre şeklin zorunlu kapsamına dâhil edilecek subjektif esaslı noktalar belirli kriterler uyarınca sınırlanmalıdır. Federal Mahkeme, bu sınırlamayı yaparken sözleşmenin doğal çerçevesi kriterini kullanmakta ve yalnızca edim ile karşı edim ilişkisini etkilemesi sebebiyle sözleşmenin doğal çerçevesinin içinde kalan subjektif esaslı unsurları şekle tâbi tutmaktadır[337]. Buna göre ceza koşulu, edim ile karşı edim ilişkisini etkilemesi sebebiyle sözleşmenin doğal çerçevesi içinde kalan bir borcun ifasını sağlamak üzere kararlaştırılmışsa, kendisi de sözleşmenin doğal çerçevesine dâhil ve şekle tâbi olur. Ancak ceza koşuluna bağlanan borç bu mahiyette değilse, ceza koşulu da sözleşmenin doğal çerçevesine dâhil edilemeyeceğinden şekle tâbi olmayacaktır. Nitekim *Oğuzman/Öz* de şeklin zorunlu kapsamı dışında kalan bir unsura ilişkin kararlaştırılacak ceza koşulunun şeklin içinde bulunmamasına rağmen geçerli sayılacağını vurgulamaktadır[338].

---

[336] Bentele, s. 57; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 121; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 162.

[337] Örneğin bkz. TF, 4A_595/2008 (20.03.2009), para. 3.2; TF, 5A_251/2010 (19.11.2010), para. 6.1.1. Bu konuda bkz. CR CO I-Xoudis, Art. 11 para. 27; Özbilen, s. 142 vd.

[338] Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1583 dn. 411; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 122. Yazarların bu tespite ilişkin vermiş oldukları örnek, tartışmalı bir konuya değinmektedir. Bu örneğe göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde inşaatın niteliklerine veya tamamlanma zamanına ilişkin anlaşma, kanunda öngörülmüş olan resmi şeklin zorunlu kapsamına dâhil değildir. Dolayısıyla bunlara ilişkin olarak kararlaştırılacak ceza koşulu da herhangi bir şekle tâbi olmamalıdır. Ancak bu tür sözleşmelerde inşaatın niteliklerine veya tamamlanma zamanına ilişkin anlaşmanın şekle tâbi olup olmadığı başlı başına tartışmalı bir konudur. Yargıtay'ın da bu örnek bağlamında vermiş olduğu karar, aksi yöndedir: *"Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin bir yandan mülkiyetin devri vaadini, diğer yandan da eser sözleşmesini içermesi karşısında, her bir sözleşmeye kendisinin tabi bulunduğu düzenlemelerin uygulanması gerekeceği; ek sözleşmeyle kararlaştırılan cezai şartın, şekle tabi olmayan eser sözleşmesindeki yüklenicinin edimlerine ilişkin bulunması nedeniyle bunun geçerliliğinin resmi şekilde yapılmasına bağlı tutulamayacağı, dolayısıyla ek sözleşmenin ve orada kararlaştırılan cezai şartın geçerli olduğu yolunda görüş bildirilmiş ise de, (...) çoğunlukça bu görüş benimsenmemiştir."* (Yarg. HGK, E.

Türk yargı uygulamasına bakıldığında ise Yargıtay'ın bu kadar ayrıntılı bir inceleme yapmadığı ve asıl borcu doğuran hukuki işlemle eş zamanlı olarak onun içinde bir kayıt olarak kararlaştırılan ceza koşulunu her hâlükârda şekil zorunluluğunun kapsamına dâhil ettiği görülmektedir[339].

(b) *Asıl borcu doğuran hukuki işlemden sonra ayrı bir hukuki işlem ile kararlaştırılan ceza koşulu:* Tarafların asıl borcu doğuran hukuki işlemi kurduktan sonra ayrı bir hukuki işlem ile ceza koşulu kararlaştırmaları, ilk hukuki işlemin değiştirilmesi (tadil edilmesi) anlamına gelecektir[340]. Buna bağlı olarak söz konusu ceza koşulunun şekli, şekle tâbi hukuki işlemlerin değiştirilmesini düzenleyen TBK m. 13 (İsvBK m. 12) uyarınca değerlendirilmelidir. İlgili hüküm, şekle tâbi bir hukuki işlemde yapılacak değişiklik için de aynı şekle uyulmasını zorunlu kılmaktadır[341]. Aslında TBK m. 13/I c.2 uyarınca sözleşme metniyle çelişmeyen tamamlayıcı yan hükümler bu kuralın dışında tutulmuştur. Sonraki anlaşmanın ilk hukuki işlemi değiştirici nitelik mi yoksa tamamlayıcı nitelik mi taşıdığını tespit etmek kimi zaman zorluk arz etse dahi ceza koşuluna ilişkin anlaşmalar bakımından böyle bir zorluk bulunmamaktadır. Söz konusu anlaşmalar, ilk hukuki işlemi tamamlayıcı nitelikte değil; değiştirici niteliktedir. Zira ceza koşulu hukuki işlemdeki hak ve borçları kuvvetlendirmekte; daha güçlü bir hâle getirmektedir. Sonuç olarak taraflarca sonradan kararlaştırılacak ceza koşulu, asıl borcu doğuran hukuki işlemin tâbi olduğu şekil şartına riayet etmelidir[342]. Nitekim bu husus, istikrar kazanmış Yargıtay kararlarında da ifade edilmektedir[343].

2003/15-124 K. 2003/175, 19.3.2003 (Kazancı)) İnşaatın niteliklerine veya tamamlanma zamanına ilişkin anlaşmaların resmi şeklin kapsamında olduğu ve bunlara ilişkin olarak kararlaştırılacak ceza koşulunun da şekle tâbi olduğu yönünde bkz. Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 164-165.

[339] Yarg. İBGK, E. 2017/10 K. 2019/1, 8.3.2019 (Kazancı): *"Asıl borcun kaynaklandığı sözleşme bir geçerlilik şekline tabi olup, gerekli şekil şartına uyularak yapılmış olsa da, cezai şart da aynı şekle uyularak kararlaştırılmadıkça geçerli olmaz. Asıl borca ilişkin sözleşme şekle tabi değilse, ceza koşulu da şekle tabi olmadan kararlaştırılabilir."* Aynı yönde bkz. Yarg. 19. HD, E. 2018/3380 K. 2019/5428, 4.12.2019 (Kazancı); Yarg. 19. HD, E. 2017/3732 K. 2019/4342, 12.9.2019 (Kazancı); Yarg. 19. HD, E. 2015/6834 K. 2015/17022, 16.12.2015 (Kazancı).

[340] Bentele, s. 57; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 124; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 165; Yayvak Namlı, s. 87.

[341] Altaş, s. 81.

[342] Bentele, s. 57; Couchepin, Clause pénale, para. 493; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1016; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 124; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 165; Yayvak Namlı, s. 87.

[343] Yarg. 23. HD, E. 2015/8378 K. 2018/3536, 5.6.2018: *"Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin resmi şekilde yapılması zorunludur. Tadil sözleşmeleri de asıl sözleşmenin tabi olduğu şekilde yapılmalıdır. Bu sebeple mahkemece asıl sözleşmede olmayan cezai şartın adi yazılı sözleşmede kararlaştırılmış olması sebebiyle reddi yerindedir."* Aynı yönde bkz. Yarg. 15. HD, E. 2018/4892 K. 2019/153, 15.1.2019 (Kazancı); Yarg. 15. HD, E. 2019/2141 K. 2019/5224, 17.12.2019

(c) *Asıl borcu doğuran hukuki işlemden önce ayrı bir hukuki işlem ile kararlaştırılan ceza koşulu:* Tarafların ceza koşulunu henüz asıl borcu doğuran hukuki işlemden evvel kararlaştırdıkları durumda da yine bu işlemin tâbi olduğu şekil şartına riayet etmeleri gerektiği belirtilmektedir. Zira tarafların daha evvel şekil şartına riayet etmeksizin kararlaştırmış oldukları ceza koşulunu, asıl borcu doğuran hukuki işlemi yaparken şeklin içine dâhil etmiş olmamaları bu ceza koşulundan vazgeçme iradeleri olarak değerlendirilmektedir[344]. Keza Yargıtay da tarafların zamansal olarak önce akdettikleri adi yazılı sözleşmede ceza koşulu kararlaştırdıkları, ancak daha sonra tapu memuru huzurunda resmi şekilde gerçekleştirilen sözleşmede bu ceza koşuluna yer vermedikleri somut olayda ceza koşulunun geçersiz olduğuna karar vermiştir[345].

3. Yukarıda açıkladığımız gerekçelerle şekle bağlanması gereken bir ceza koşulu anlaşmasının, daha sonra sözleşme cezasının arttırılması yoluyla değiştirilmesi de yine aynı şekil şartına riayet etmek suretiyle gerçekleştirilmelidir[346]. Zira TBK m. 13 (İsvBK m. 12) uyarınca şekle tâbi bir hukuki işlemde yapılacak değişiklik için de aynı şekle uyulması gerekmektedir.

Buna karşılık sözleşme cezasının azaltılması yahut ceza koşulunun tamamen ortadan kaldırılmasına yönelik anlaşmalar bakımından durum biraz daha çetrefillidir. Bu tür anlaşmalar bakımından, borcu doğuran işlem kanunen şekle bağlı tutulmuş olsa bile ibra için şekil şartı aranmayacağını düzenleyen TBK m. 132'nin (İsvBK m. 115'in) ne ölçüde uygulanacağını değerlendirmek gerekecektir. Kanunen şekil şartına bağlanmış bir hukuki işlemden doğan borcun hafifletilmesi veya tamamen ortadan kaldırılması konusundaki anlaşmaların tâbi olduğu şekil, TBK m. 13 ile TBK

(Kazancı); Yarg. 23. HD, E. 2016/3234 K. 2019/1507, T. 18.4.2019 (Kazancı); Yarg. 4. HD, E. 1971/3776 K. 1971/4729, 17.5.1971 (Kazancı).

[344] Bentele, s. 58; Couchepin, Clause pénale, para. 492; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 125; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 165; Yayvak Namlı, s. 87.

[345] Yarg. 4. HD, E. 1973/3787 K. 1974/2959, 31.5.1974 (Kazancı): *"Tapu memurunun önünde yapılan ve resmi biçimde gerçekleşen sözleşmede ceza koşulu kararlaştırılmış değildir. Tescilden önce yapılan adi sözleşme sonradan yerin tapuya tescili ile geçersiz duruma düşmüştür. O halde tapu memuru önünde gerçekleşen ve geçerlilik biçimine bağlı olan sözleşmede aynı biçimde tarafların yükümlülüğünü ağırlaştıran koşula yer olmadığına göre ceza koşuluna hükmedilmesi usul ve yasaya aykırıdır."*

[346] Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 125; Yayvak Namlı, s. 87. Yarg. 15. HD, E. 1998/2525 K. 1998/3875, 15.10.1998 (Kazancı): *"Biçimine uygun yapılmış sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın artırılması yanlardan yüklenicinin yan edimini ağırlaştırıcı nitelikte olduğundan bu değişikliğin asıl sözleşmenin tabi olduğu biçimle yapılması zorunludur. Bu sebeple adi yazılı biçimde olan ek sözleşmeye dayanılarak yapılan takibe davalının itirazının kaldırılması suretiyle davanın kabulü doğru olmamıştır. Hakimin BK.12.maddesini doğrudan göz ününde bulundurması gerekir."* Aynı yönde bkz. Yarg. 15. HD, E. 2005/6737 K. 2006/6400, 9.11.2006 (Kazancı).

m. 132 arasındaki çatışma sebebiyle oldukça tartışmalı bir meseledir[347]. Kanaatimizce hâkim görüşün benimsenmesi ve bir borcun hafifletilmesi veya tamamen ortadan kaldırılmasına ilişkin anlaşmalara TBK m. 13'ün değil; salt TBK m. 132'nin uygulanması yerinde olacaktır. Zira TBK m. 132'de öngörülmüş olan ibranın şekilsizliği kuralı, ibra edilecek borcun muacceliyeti yahut sinallagmatik niteliği bakımından sınırlandırılmamıştır[348]. Kaldı ki borçlar hukukundaki ana kural da şekil serbestisidir. *In favorem negotii* ilkesinin bir gereği olarak, şekil zorunluluğuna ilişkin kurallar dar yorumlanmalıdır[349]. Buna göre sözleşme cezasının miktarının azaltılmasına veya ceza koşulunun tamamen ortadan kaldırılmasına ilişkin anlaşmalar, ceza koşulunun bağlandığı borcun doğduğu hukuki işlem şekil şartına bağlanmış olsa bile şekle tâbi olmayacaktır[350].

4. Asıl borcun doğduğu hukuki işlemin kanunen şekle tâbi olması sebebiyle ceza koşulunun da aynı geçerlilik şekline tâbi tutulması, uygulamada özellikle taşınmazlara ilişkin sözleşmeler bakımından gündeme gelebilmektedir. Bu konuda akla gelen ilk sözleşme olan taşınmaz satış sözleşmesi, bilindiği üzere TBK m. 237/I uyarınca resmi şekle tâbidir. Söz konusu resmi şekil, Tapu Kanunu m. 26 uyarınca tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından düzenlenecek senet ile gerçekleştirilecektir. Dolayısıyla yukarıda açıkladığımız esaslar çerçevesinde, taşınmaz satış sözleşmesinden doğan borçlara ilişkin kararlaştırılacak olan ceza koşulunun da bu usûle riayet etmek suretiyle resmi şekilde kararlaştırılması

---

[347] İbra sözleşmesinin şekli hakkındaki tartışma konusunda detaylı bilgi için bkz. Alper Gümüş, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi, İstanbul 2015, s. 175 vd. Ayrıca bkz. CR CO I-Xoudis, Art. 12 para. 6; CR CO I-Piotet, Art. 115 para. 21; Kocayusufpaşaoğlu, §28 para. 2; Altaş, s. 83 vd. Kanunen şekil şartına bağlanmış bir hukuki işlemden doğmuş olan borcun hafifletilmesi veya tamamen ortadan kaldırılması konusundaki anlaşmaların şekle tâbi olup olmadığı konusunda ileri sürülen görüşler kabaca şu şekilde gruplanabilir: (1) TBK m. 132, TBK m. 13'e kıyasla özel hüküm niteliği taşır. Dolayısıyla bu anlaşmalar bakımından şekil şartı aranmaz. (2) Bu anlaşmalar, borç muaccel hâle gelmedikçe TBK m. 13 uyarınca şekle tâbidir; borç muaccel hâle geldikten sonra ise TBK m. 132 uyarınca şekle tâbi olmayacaktır. (3) Tek tarafa veya eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmeden doğan borçların hafifletilmesi veya ortadan kaldırılması bakımından TBK m. 132 uygulanır ve şekil şartı aranmaz. Fakat tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeden doğan borçların hafifletilmesi veya ortadan kaldırılması bakımından kural olarak TBK m. 13'ün uygulanması ve şekil şartının aranması gerekmektedir. Zira bir tarafın borcunun hafiflemesi veya ortadan kaldırılması, edim ile karşı edim dengesinin bozulması suretiyle karşı tarafın borcunun ağırlaşmasına yol açmaktadır. Ancak anlaşmanın konusu olan borç hafifletildikten veya ortadan kaldırıldıktan sonra, bu borcun alacaklısı olan tarafın bir karşı edimde bulunmasına gerek olmayacaksa; başka bir deyişle, anlaşma konusu olan borç, artık borç ilişkisinin yegâne konusunu teşkil etmekteyse herhangi bir şekil şartına riayet edilmesine gerek yoktur. Zira bu ihtimalde bir tarafın borcunun hafiflemesi veya ortadan kaldırılması, karşı tarafın borcunun ağırlaşmasına yol açmaz.

[348] Gümüş, İbra, s. 183-184.

[349] CR CO I-Xoudis, Art. 11 para. 14.

[350] Aynı yönde bkz. Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 125.

gerekmektedir[351]. Keza taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, TBK m. 237/II uyarınca resmi şekle tâbidir. Noterlik Kanunu m. 89 uyarınca söz konusu resmi şekil, noterde düzenleme şeklinde yapılacak resmi senet ile yerine getirilecektir. İşte taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan borçlara ilişkin kararlaştırılacak ceza koşulunun da, noterde düzenleme şeklinde yapılacak resmi senet ile kararlaştırılması gerekmektedir[352]. Buna karşılık Yargıtay içtihatları doğrultusunda tapuda kayıtlı olmayan bir taşınmazın mülkiyetinin devri için zilyetliğin devri yeterli görüldüğü ve satış sözleşmesi bakımından herhangi bir şekil şartı aranmadığı için, bu sözleşmelerden doğan borçlara ilişkin kararlaştırılan ceza koşulu şekle tâbi olmayacaktır[353].

Asıl borcun doğduğu hukuki işlemin kanunen şekle tâbi olması sebebiyle ceza koşulunun da aynı geçerlilik şekline tâbi tutulduğu bir diğer önemli bağlam, rekabet yasağı sözleşmeleridir. TBK m. 444'te de rekabet yasağı anlaşmasının yazılı şekilde kararlaştırılması zorunlu tutulmuştur. Dolayısıyla bu asıl borcu teminat altına alacak ceza koşulunun da aynı şekil şartına riayet edilerek kararlaştırılması gerekmektedir[354].

5. Bununla birlikte İsviçre Federal Mahkemesi'nin yakın tarihli bir kararı, asıl borcu doğuran hukuki işlemin tâbi olduğu şeklin ceza koşulu bakımından da aranacağına ilişkin yukarıdaki açıklamalarımızın İsviçre yargı uygulamasına tam olarak yansıyıp yansımadığı konusunda tereddüt yaratmaktadır[355].

---

[351] Bilge, Cezai Şart, s. 76; Tunçomağ, s. 61; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 121; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 162. Yarg. HGK, E. 1993/13-125 K. 1993/711, 10.11.1993 (Kazancı): *"Yasada, asıl sözleşme içerisinde kararlaştırılan ve sözleşmenin bir parçası olan ceza-i şart içinde (akdi kayıt) asıl borcun tabi olduğu biçim koşulunun geçerli olacağı yolunda bir hüküm bulunmamaktadır; ancak yukarıda açıklanan nedenlerle taşınmaz satımını güçlendiren ceza-i şart da, satış sözleşmesinin tabi olduğu resmi şekilde yapılmalıdır; aksi halde ceza-i şartın geçerliliğinden sözedilemez."* Aynı yönde bkz. Yarg. 3. HD, E. 2015/11991 K. 2015/19305, 1.12.2015 (Kazancı). İsviçre hukuku bakımından bkz. Schoch, s. 22; Bentele, s. 57.

[352] Tunçomağ, s. 61; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 122; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 162-163. Yarg. 13. HD, E. 2012/16327 K. 2013/28297, 18.11.2013 (Kazancı). İsviçre hukuku bakımından bkz. Couchepin, Clause pénale, para. 495.

[353] Tunçomağ, s. 62; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 122; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 163. Bu yönde bir Yargıtay kararı için bkz. Günay, Cezai Şart, s. 73.

[354] CR CO I-Mooser, Art 160 para. 7; Schoch, s. 22; Bucher, s. 524; Bentele, s. 57; Santoro, s. 56; Erdem, Clause pénale, s. 110; Cotti, para. 640; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 122; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 162; Karagöz, Cezai Şart, s. 248; Yayvak Namlı, s. 526.

[355] ATF 140 III 200, JdT 2014 II 401. Kararın aslı İtalyanca olup, incelememizde Federal Mahkeme tarafından yapılan Fransızca tercüme esas alınmıştır. Kararın incelemesi için bkz. Jörg Schmid, "Reservationsvereinbarung beim Grundstückkauf, Formmangel und Konventionalstraf", Baurecht / Droit de la construction 2014, s. 278 vd.; Marc Wolfer, "Schweizerisches Bundesgericht, 1. Zivilabteilung, Urteil vom 11. März 2014 i.S. A. c. B. SA, BGer 4A_413/2013 = BGE 140 III 200

Karar, bir niyet mektubunda kararlaştırılmış olan ve mahkemece ceza koşulu olarak nitelendirilen bir sözleşme hükmünü konu almaktadır. Söz konusu niyet mektubu uyarınca taraflardan biri (davalı) maliki olduğu arazi üzerinde kat mülkiyeti kurmayı ve bu arazide inşa edeceği bağımsız bölümlerin bir kısmını diğer tarafa satmayı; buna karşılık diğer taraf da (davacı) söz konusu bağımsız bölümleri satın almayı vaat etmiştir. Taraflar anlaşmalarının resmi şekle tâbi olduğunun bilincinde olarak, belirli bir tarihe kadar noter önünde 500.000 İsviçre frangı üzerinden satış sözleşmesi yapma taahhüdünde bulunmuş; ayrıca taraflardan birinin kendisine düşen yükümlülükleri yerine getirmediği takdirde "sözleşme cezası" *(pena convenzionale)* olarak 100.000 İsviçre frangı ödemesini kararlaştırmışlardır. Davalının satış sözleşmesini kurmaya yanaşmayıp araziyi bir üçüncü kişiye satması üzerine davacı, kararlaştırılan sözleşme cezasının kendisine ödenmesi talebiyle dava açmıştır. Davalı ise ceza koşulunun şekle aykırılık sebebiyle geçersiz olduğu yönünde savunma yaparak davanın reddini talep etmiştir.

Uyuşmazlığın intikal ettiği Federal Mahkeme, söz konusu niyet mektubunun taşınmaz satış vaadi niteliğinde olduğunu; dolayısıyla resmi şekilde yapılması gerekirken adi yazılı şekilde yapılmış olan bu sözleşmenin geçersiz olduğunu; davalının sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmesinin somut olayın koşulları çerçevesinde hakkın kötüye kullanılması teşkil etmediğini tespit etmiştir. Bu tespitler neticesinde öğretinin genel olarak Federal Mahkeme'den beklediği, davacının sözleşme cezasının ödenmesi yönündeki talebini de reddetmesidir. Zira ceza koşulunun da, bir unsurunu teşkil ettiği taşınmaz satış vaadi sözleşmesi gibi resmi şekle tâbi olması gerekir ve somut olayda adi yazılı şekilde akdedilmiş olduğu için geçersizdir. Olayda davalının geçersizliği ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması da teşkil etmediğine göre, davacının bu geçersiz ceza koşuluna dayalı talebinin reddedilmesi gerekir. Fakat Federal Mahkeme, bu talebin kabulü veya reddi konusunda karar verebilmek için öncelikle ceza koşulunun amacının tespit edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Ceza koşulu taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan borcun ifa edilmemesinden kaynaklanan olumlu zararı gidermek üzere

(ital. Originalsprache)", Aktuelle juristische Praxis (AJP) / Pratique juridique actuelle (PJA) 2015/6, s. 962 vd.; Davide Giampaolo / Markus Vischer, "Gültigkeit von Konventionalstrafen in formmangelbehafteten Vorverträgen zu Grundstückkäufen (Art. 216 Abs. 2 i.V.m. Art. 22 Abs. 2 OR)?", Der digitale Rechtsprechungs-Kommentar, 27.02.2015 (Çevrimiçi Erişim: https://www.walderwyss.com/user_assets/publications/1583.pdf); Altınok Ormancı. Kararın Türkçe tercümesi için bkz. Kara/Develioğlu, s. 274 vd.

kararlaştırılmışsa, ceza koşulunun geçersizliği nedeniyle talebin reddi gerekecektir. Ancak ceza koşulu, *culpa in contrahendo*'dan doğabilecek olumsuz zararı gidermek üzere kararlaştırılmışsa herhangi bir şekil şartına tâbi olmayacağı için talebin kabulü söz konusu olabilecektir.

Buna bağlı olarak Federal Mahkeme, ceza koşulunun somut olayın koşullarının değerlendirilmesi yoluyla daha yakından incelenmesi ve yorumlanması gerektiği sonucuna varmıştır. Bu yorum neticesinde ceza koşulunun amacının, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan borcun ifa edilmemesinden kaynaklanan olumlu zararı gidermek mi yoksa *culpa in contrahendo*'dan doğabilecek olumsuz zararı gidermek mi olduğu tespit edilmelidir. Tarafların ceza koşulu kararlaştırmaktaki amacı *culpa in contrahendo*'dan doğabilecek olumsuz zararı gidermekse, ceza koşulu geçerli kabul edilmelidir. Akabinde, olayda *culpa in contrahendo* sorumluluğun koşullarının yerine gelip gelmediğinin ve eğer gelmişse kararlaştırılmış sözleşme cezasının davacının maruz kaldığı olumsuz zarara kıyasla aşırı olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Sonuç olarak dosya, bu konularda inceleme yapmak ve ceza koşulunun amacını belirlemek üzere istinaf mahkemesine iade edilmiştir[356].

Federal Mahkeme'nin takiben vermiş olduğu bir başka karar da yine bu bağlamda incelemeye değerdir[357]. Bu ikinci karara konu olan olayda taraflar arasında adi yazılı bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesi akdedilmiştir. Bu sözleşmenin resmi şekil şartına riayet etmemesi sebebiyle geçersiz olduğu şüphesizdir. Uyuşmazlık konusu husus ise bu adi yazılı sözleşmede yer alan ve satış sözleşmesinin satıcıdan kaynaklanmayan herhangi bir sebepten ötürü 31 Aralık 2011'e kadar akdedilmemesi durumunda alıcının satıcıya 1 Ocak 2010 tarihinden itibaren her ay için belirli miktarlarda telafi ödemesi yapmasını öngören hükmün geçerli olup olmadığıdır. Uyuşmazlığı inceleyen Federal Mahkeme kararında, olumsuz zararı gidermeye

[356] Dosyanın iade edildiği İstinaf Mahkemesi, ceza koşulunun *culpa in contrahendo*'dan doğabilecek olumsuz zararı götürü olarak gidermek üzere kararlaştırıldığını ve somut olayda *culpa in contrahendo* sorumluluğun koşullarının yerine gelmiş olduğunu tespit etmiştir. Ancak tarafların kararlaştırmış oldukları 100.000 İsviçre frangından ibaret sözleşme cezasının aşırı olduğundan bahisle, sözleşme cezasını 50.000 İsviçre frangına indirmiş ve davacının talebini bu hâliyle kabul etmiştir. Karar için bkz. TC (TI), 12.2014.93 (30.09.2014). Kararın İtalyanca aslına, dosya numarasıyla arama yapmak suretiyle www.sentenze.ti.ch adresinden erişilebilmektedir. Kararın Fransızca özeti için bkz. Pascal Pichonnaz / Franz Werro, "Contrat de vente immobilière / Grundstückkaufvertrag", Baurecht / Droit de la construction 2015, s. 174 vd., s. 175.

[357] TF, 4A_281/2014 (17.12.2014). Kararın incelemesi için bkz. Jörg Schmid / Oliver Zbinden, Formfragen zur Reservationsabrede über ein Grundstück mit Abgeltungsvereinbarung – eine Reprise, Baurecht / Droit de la construction 2015, s. 144 vd.

yönelik anlaşmaların asıl borcu doğuran hukuki işlemin şekline tâbi olmayacağını bir kere daha ifade etmiştir. Ancak somut olaydaki anlaşmanın, olumsuz zararı gidermeye yönelik olmadığı; zira alıcıyı satış sözleşmesi akdetmek suretiyle taşınmaz satış vaadinden doğan borcu ifa etmek konusunda zorlamayı amaçladığı ve "cezalandırıcı karakter" *(pönalen Charakter)* taşıdığı sonucuna varmıştır. Dolayısıyla bu anlaşma, taşınmaz satış vaadi gibi resmi şekle tâbidir. Şekle aykırılık sebebiyle geçersiz olan anlaşmaya dayalı talep reddedilmiştir.

Federal Mahkeme'nin olumsuz zararı gidermeye yönelik anlaşmaları resmi şekle tâbi tutmayan bu yaklaşımı, öğretide bazı yazarlar tarafından sert bir dille eleştirilmiştir. *Schmid* ile *Zbinden,* sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan olumsuz zararın giderilmesini konu alan anlaşmaların borçlu üzerinde satış sözleşmesi kurmak konusunda dolaylı bir baskı yarattığını, bu sebeple söz konusu anlaşmaların taşınmaz satış vaadi sözleşmesi gibi resmi şekle tâbi tutulmasının zorunlu olduğunu belirtmektedirler[358]. Keza *Wolfer* de olumsuz zararın giderilmesini konu alan bu yöndeki anlaşmaların resmi şekle tâbi tutulmaması durumunda taşınmaz satışı için öngörülen şeklin koruma amacının anlamsız kalacağını belirtmekte ve şekil şartının aranmasını savunmaktadır[359]. Türk öğretisinde de kararı inceleyen yazarlar, Federal Mahkeme'ye aynı eleştirileri yöneltmektedir. *Altınok Ormancı* bu yaklaşımın ceza koşulunun ferîlik özelliğini göz ardı ettiğini ve şeklin koruma amacına aykırı olduğunu belirtmekte[360]; *Yağcıoğlu* ise kararı herhangi bir dayanağı olmaksızın şekil zorunluluğuna istisna getirdiği için isabetsiz bulmaktadır[361]. Federal Mahkeme'nin kararını gerekçelendirme yöntemi de ayrıca eleştiri konusu olmuştur. Mahkeme, vekâlet sözleşmesinin uygun olmayan zamanda tek taraflı olarak sona erdirilmesinden kaynaklanan zararın giderilmesine ilişkin olarak kararlaştırılan ceza koşullarının da geçerli kabul edildiğini belirtmiş ve bu durumla somut olay arasında bağlantı kurmak suretiyle kararını gerekçelendirmiştir. Bu gerekçe, söz konusu içtihadın öğretide zaten hâlihazırda eleştiriliyor olması ve dava konusu somut olayla paralellik arz etmemesi sebebiyle ikna edici bulunmamıştır[362]. Buna karşılık Federal

[358] Schmid, Reservationsbarung, s. 279-280; Schmid/Zbinden, s. 145.
[359] Wolfer, Urteil, s. 964-965.
[360] Altınok Ormancı, s. 134-139.
[361] Altınok Ormancı, s. 134-139; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 163. Aynı yönde bkz. Özbilen, s. 145 dn. 475.
[362] Schmid, Reservationsbarung, s. 280; Wolfer, Urteil, s. 965-966; Altınok Ormancı, s. 136-139; Alfred Koller, "§ 3 Vom Formmangel und seinen Folgen Der formungültige Grundstückkauf", Alfred Koller (ed.), Der Grundstückkauf, Stämpfli 2017, §3 para. 104.

Mahkeme'nin kararını olumlu bulan yazarlar da bulunmaktadır. *Giampaolo* ile *Vischer,* taşınmaz satış vaadine ilişkin öngörülmüş olan resmi şekil şartının tarafları düşünmeksizin acele kararlar vermekten alıkoymayı amaçladığını belirtmekte; sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan sorumluluğu teminat altına almaya yönelik anlaşmalar bağlamında böyle bir amaca yer olmadığını savunmaktadır[363].

Kanaatimizce Federal Mahkeme'nin bu yaklaşımına ilişkin tartışmanın temeli, bir hukuki nitelendirme sorununa dayanmaktadır. Tarafların asıl sözleşmenin akdedilmemesi durumunda belirli bir meblağ ödeneceğini öngördükleri anlaşmaların daha yakından incelenmesi ve hukuki nitelendirmeye dayalı bir ayrım vasıtasıyla çözüme varılması gerekmektedir[364].

(a) Ceza koşulu, borçluyu bir borcun ifası konusunda zorlama amacıyla kararlaştırılan ve borç yine de ifa edilmeyecek olursa bundan kaynaklanan zararı telafi etme işlevi gören bir anlaşmadır. Bir borcun ifa edilmemesi durumunda çoğu zaman olumlu zararın tazmini gündeme gelmektedir. Dolayısıyla ceza koşulu genellikle olumlu zarar ile ilişkilendirilmekte; olumsuz zarar ile ceza koşulu arasında mantıksal bir bağdaşmazlık bulunduğu belirtilmektedir[365]. Bu görüşe katılmıyoruz. **(1)** Borçlunun doğrudan doğruya kanundan doğan sözleşme öncesi yükümlülüklerini yerine getirmemesinin alacaklı nezdinde yol açacağı olumsuz zarar, borçlu tarafından *culpa in contrahendo* doktrini uyarınca giderilmelidir. Tarafların bu gibi yükümlülüklerin ifa edilmesi konusunda borçluyu zorlamak amacıyla yapacakları anlaşmanın ceza koşulu olarak nitelendirilmesinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Borçlu bu yükümlülükleri yerine getirmediği takdirde ceza koşulu devreye girecek ve alacaklının uğradığı olumsuz zararı giderecektir. **(2)** Keza kimi zaman sözleşmesel bir borcun ihlal edilmesi, alacaklı nezdinde oluşacak olumsuz zararı giderme sorumluluğu doğurabilir. Örneğin borcunu ihlal eden ve alacaklının TBK m. 125 uyarınca sözleşmeden dönmesine neden olan borçlu, alacaklının uğradığı olumsuz zararı gidermekle yükümlü olur. İşte böyle bir durumda sözleşme

[363] Giampaolo/Vischer, para. 10.
[364] Bu yönde bir yaklaşım için bkz. Tolou, para. 860 vd.
[365] Buz, Çetin Aşçıoğlu'nun "Yargı Kararlarında Cezai Şart" Başlıklı Tebliğinin Tartışmalar Bölümü, s. 135.

cezasının alacaklının uğradığı olumsuz zararı gidermek üzere devreye girmesi elbette mümkündür[366].

Dolayısıyla ceza koşulu ile olumsuz zarar arasında mantıksal bir bağdaşmazlık yoktur[367]. Fakat ceza koşulu, yalnızca belirli bir menfaat türünün (ifa menfaatinin / güven menfaatinin / bütünlük menfaatinin) telafisine özgülenmiş bir anlaşma olarak tahayyül edilemez. Ceza koşulunun asli işlevi, borçluyu borcun ifası konusunda zorlamaktır; zararın giderilmesine yönelik işlevi ikincildir. Ceza koşulu asli işlevini yerine getiremeyecek ve borç ihlal edilecek olursa, borçlu sözleşme cezası olarak kararlaştırılan meblağı ödemek durumunda kalacaktır. Bu noktada ceza koşulunun ikincil işlevi devreye girecek ve ödenen meblağ, alacaklı nezdinde meydana gelmiş zararı (bu zararın türü her ne olursa olsun) giderecektir[368]. Ceza koşulunun bu özelliği, onu götürü tazminat anlaşmasından ayırır. Asli amacı alacaklının uğradığı zararın giderilmesini sağlamak olan götürü tazminat anlaşması, belirli bir menfaat türüne özgülenmiş olarak kararlaştırılır[369].

(b) Anlaşılacağı üzere, olumsuz zararın giderilmesini konu alan ceza koşulunun asıl borcun doğduğu hukuki işlemin tâbi olduğu şekle bağlı olup olmadığı sorusunu yanıtlamak ne anlamlı ne de mümkündür. Ceza koşulu yalnızca belirli bir menfaat türünün telafisine özgülenmiş bir anlaşma olarak tahayyül edilemeyeceği için, bu soru hukuki düzlemde hiç gündeme gelmeyecektir. Ceza koşulu olarak nitelendirilecek anlaşmalar, borçluyu bir borcun ifasına zorlamayı ve bu borç her nasılsa gereği gibi ifa edilmezse ortaya çıkacak her tür zararın telafisini sağlamayı konu alır; bu gibi anlaşmalar da borçluyu ifası konusunda zorladıkları asıl borcun bağlandığı şekle tâbi tutulmalıdır.

Olumsuz zararın giderilmesi amacıyla kararlaştırılmış götürü tazminat anlaşmalarının şekle tâbi olup olmadığı ise ayrıca incelenmesi gereken başka bir meseledir. Öğretide götürü tazminat anlaşmalarının, ilişkin oldukları asıl borcun doğduğu hukuki işlemin tâbi olduğu şekle riayet etmesi gerektiği ifade edilmektedir.

---

[366] Fakat sözleşmeden dönmenin etkisi konusunda benimsenecek görüşe göre, sözleşmenin geriye etkili olarak ortadan kalkması bir engel teşkil edebilir. Bu konuda bkz. s. 354-355.

[367] Ceza koşulunun çoğu zaman borçluyu ifaya zorlamak ve böylece bir borcun ifasını teminat altına almak amacıyla kabul edildiği; ancak olumsuz zararı teminat altına almak amacıyla da ceza koşulu öngörülebileceği yönünde bkz. Altınok Ormancı, s. 138-139. Sözleşme öncesi yükümlülüklerin ifası konusunda borçluyu zorlamaya yönelik anlaşmaların ceza koşulu olarak nitelendirileceği yönünde bkz. Tolou, para. 868.

[368] Tolou, para. 861.

[369] Tolou, para. 865.

Ancak bu konuda görüş bildiren yazarlar genel bir değerlendirme yapmakta; özel olarak olumsuz zararın giderilmesi amacıyla kararlaştırılmış götürü tazminat anlaşmalarına ayrıca değinmemektedir[370]. *Tolou* ise götürü tazminat anlaşmasının şekli meselesini, bu anlaşmanın telafi etmeyi amaçladığı menfaat türüne göre bir ayrım yaparak incelemektedir. Bir borcun gereği gibi ifa edilmemesinden doğacak olumlu zararın giderilmesine yönelik götürü tazminat anlaşmaları, bu borcun doğduğu hukuki işlemin bağlanmış olduğu kanuni şekle tâbi tutulmalıdır[371]. Fakat olumsuz zararın giderilmesine yönelik götürü tazminat anlaşmaları bakımından böyle bir şekil şartı söz konusu olmaz[372].

(c) ATF 140 III 200'de asıl sorun, Federal Mahkeme'nin taraflar arasındaki anlaşmayı yanlış nitelendirmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Federal Mahkeme'nin şekil şartı aranmamasına ilişkin kararı, borçlunun sözleşme öncesi yükümlülüklerini yerine getirmemesinin meydana getireceği olumsuz zararın tazminine yönelik götürü tazminat anlaşmalarıyla sınırlı bağlamda ele alındığında yerindedir[373]. Fakat somut olayda bir ceza koşulu söz konusudur. Satış bedeli olarak 500.000 CHF belirlenmişken, satış vaadi sözleşmesinden doğan yükümlülükleri yerine getirmeyen tarafın 100.000 CHF ödeyeceği kararlaştırılmıştır. Kararlaştırılan

[370] Couchepin, Forfaitisation, s. 8-9; Mehmet Erdem, "Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009), Ankara 2009, s. 97 vd., s. 100; Kapancı, Götürü Tazminat, s. 662; Şafak Parlak Börü, "Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış", Türkiye Barolar Birliği Dergisi S. 129 (2017), s. 195 vd., s. 204; Tekelioğlu, s. 177; Birinci Uzun, s. 85.

[371] Tolou, para. 851-852

[372] Tolou, para. 853 vd. Yazar, olumsuz zararın tazmininin iki durumda gündeme geleceğini ve her iki durumda da taraflarca herhangi bir şekil şartına riayet edilmeksizin götürü tazminat anlaşması akdedilebileceğini belirtmektedir. (1) *Sözleşme öncesi bir yükümlülüğün ihlal edilmesinden doğacak olumsuz zararın giderilmesine yönelik götürü tazminat anlaşmaları:* Bu anlaşmaların yarattığı dolaylı baskı borçluyu, aslında şekle tâbi olan bir sözleşmeyi kurmak konusunda değil; zaten kanundan kaynaklanmakta olan sözleşme öncesi yükümlülüklerini ihlal etmemek konusunda zorlamaktadır. Bu anlaşma vasıtasıyla alacaklının, borçlu sözleşme öncesi yükümlülüklerini yerine getirmiş olsaydı bulunacağı duruma getirilmesi amaçlanmaktadır. Başka bir deyişle telafi edilen, borçlunun sözleşme öncesi yükümlülüklerini ihlal etmiş olmasından doğan *culpa in contrahendo*'ya bağlı zarardır. Dolayısıyla anlaşma, herhangi bir şekle tâbi tutulmamalıdır (Tolou, para. 867). (2) *Sözleşmesel bir yükümlülüğün ihlal edilmesinden doğacak olumsuz zararın giderilmesine yönelik götürü tazminat anlaşması:* Bu anlaşmalar gerçekten de karşı taraf üzerinde sözleşmesel bir yükümlülüğün gereği gibi ifası konusunda baskı yaratmaktadır. Ancak yine de şekle tâbi oldukları söylenemez. Zira olumsuz zararın giderilmesine yönelik tazminat, şekle bağlanmış olan sözleşmeden doğan borcun aynen ifası ile ekonomik açıdan özdeşlik taşımamaktadır. Olumsuz zararın tazmini ile alacaklı, sözleşmesel borç gereği gibi ifa edilmiş olsaydı bulunacağı duruma değil; sözleşme hiç kurulmamış olsaydı bulunacağı duruma getirilmektedir. Dolayısıyla şekil şartını bu anlaşma bakımından aramak şeklin koruma amacı bakımından gereksizdir (Tolou, para. 869-874).

[373] Bu yöndeki götürü bir bedel öngören her tür anlaşmanın (yani hem götürü tazminat anlaşmalarının hem de ceza koşulunun) şekle tâbi olduğu; fakat götürü bir bedel öngörmeksizin salt telafi amacı güden anlaşmaların şekle tâbi olmadığı yönündeki farklı görüş için bkz. Koller, Grundstückkauf, §3 para. 104.

bu meblağ, alacaklının ihlal durumunda uğrayabileceği zararın gerçekçi bir tahminini yansıtmamakta; aksine borçluyu satış vaadi sözleşmesinden doğan yükümlülükleri yerine getirmek (yani satış sözleşmesini kurmak) konusunda zorlama amacının mevcut olduğunu göstermektedir[374]. Bu durumda söz konusu anlaşmanın geçerliliği, borçluyu ifası konusunda zorladığı asıl borcun tâbi olduğu şekle uygun yapılmasına bağlı tutulmalıdır. Nitekim Federal Mahkeme'nin, olumsuz zararı gidermeye yönelik olmadığı ve alıcıyı taşınmaz satış vaadinden doğan borcu ifa etmek konusunda zorlamayı amaçladığı kanaatine vardığı anlaşmayı şekle aykırılıktan ötürü geçersiz kabul ettiği 2014 tarihli kararı, çok daha tutarlı ve isabetlidir[375].

(2) Asıl Borcun Doğduğu Hukuki İşlemin Tarafların İradesiyle Şekil Şartına Tâbi Kılınmış Olması

Kanun tarafından herhangi bir şekil şartına bağlanmamış bir hukuki işlemin geçerliliğinin, tarafların kendi iradeleri doğrultusunda bir şekle bağlanması mümkündür. Keza taraflar, kanunen şekle tâbi tutulmuş olan bir hukuki işlemin şekil şartlarını da yine kendi iradeleri doğrultusunda ağırlaştırabileceklerdir (TBK m. 17 / İsvBK m. 16). Nitekim ceza koşulunun ilişkin olduğu asıl borcu doğuran hukuki işlemin de böyle bir iradi şekle tâbi tutulmuş olması mümkündür. Bu çerçevede tarafların asıl borcu doğuran hukuki işlem bakımından kararlaştırmış oldukları iradi şeklin, ceza koşulu bakımından da aranıp aranmayacağı sorusunun yanıtlanması gerekmektedir.

Ferîlik ilkesinin geçerlilik şekli konusunda da devreye gireceği ve asıl borcu doğuran hukuki işlemdeki şekil şartının ceza koşuluna da kendiliğinden sirayet edeceği kabul edildiği takdirde bu sorunun her hâlükârda olumlu yanıtlanması gerekecektir. Nitekim *Couchepin* bu görüştedir. Yazara göre asıl borcu doğuran hukuki işlem iradi bir şekil şartına tâbi ise, ceza koşulu ister bu işlem ile eş zamanlı olarak ister daha önce veya sonra ayrıca kararlaştırılmış olsun aynı şekil şartına riayet etmelidir[376].

---

[374] Tolou, para. 227. Ceza koşulu ile götürü tazminat anlaşması ayrımı hakkında bkz. *"Üçüncü Bölüm / I. Götürü Tazminat Anlaşması"*

[375] TF, 4A_281/2014 (17.12.2014).

[376] Couchepin, Clause pénale, para. 498. Zamansal anlamda bir ayrım yapmaksızın aynı yönde bkz. Foëx, s. 413. Bununla birlikte bazı yazarların bir yandan ferîlik ilkesinin geçerlilik şekli konusunda devreye gireceğini kabul ettikleri diğer yandan asıl borcu doğuran hukuki işlemdeki iradi şekil şartını bazı durumlarda ceza koşuluna sirayet ettirmedikleri görülmektedir. Örneğin *Yağcıoğlu* ve

Ancak yukarıda da değindiğimiz üzere kanaatimizce geçerlilik şekli konusunda ferîlik ilkesine başvurulamaz. Asıl borcu doğuran hukuki işlemin geçerliliğinin iradi bir şekil şartına bağlanmış olması, doğrudan doğruya ceza koşulu üzerinde aynı etkiyi yaratmaz. Bu durumda iradi şeklin ceza koşulu bakımından da aranıp aranmayacağı sorusunun, şekil konusundaki borçlar hukuku ilkelerine göre yanıtlanması gerekmektedir[377].

(a) *Asıl borcu doğuran hukuki işlemle eş zamanlı olarak kararlaştırılan ceza koşulu:* İradi şekil bağlamında şekil zorunluluğunun kapsamının belirlenmesinde başvurulacak kriter, tarafların iradesidir. Dolayısıyla hukuki işlemin hangi noktalarının şeklin kapsamına dâhil olması gerektiği ve ceza koşulunun bunlar arasında bulunup bulunmadığı konusunda genel bir yanıt verilmesi mümkün değildir. Bu yanıtın tarafların iradelerinin yorumlanması neticesinde her bir ceza koşuluna özgü olarak verilmesi gerekmektedir. Tarafların iradelerinin yorumlanmasıyla kesin bir sonuca varılamadığı ve şüphenin giderilemediği durumunda, şekil zorunluluğunun kapsamına ceza koşulunun da dâhil olduğunun kabul edilmesi yerinde olacaktır[378]. Buna göre ceza koşulunun, iradi şekil şartına riayet etmek suretiyle kararlaştırılması gerekecektir.

(b) *Asıl borcu doğuran hukuki işlemden sonra ayrı bir hukuki işlem ile kararlaştırılan ceza koşulu:* Yukarıda da işaret edilmiş olduğu üzere tarafların asıl borcu doğuran hukuki işlemi kurduktan sonra ayrı bir hukuki işlem ile ceza koşulu kararlaştırmaları, ilk hukuki işlemin değiştirilmesi (tadil edilmesi) anlamına gelecektir. Fakat şekle tâbi hukuki işlemlerin değiştirilmesini düzenleyen TBK m. 13'ün (İsvBK m. 12'nin) uygulama alanı, yalnızca kanuni şekille sınırlı olup; iradi şekli kapsamamaktadır. Dolayısıyla kanunen şekle tâbi tutulmuş bir hukuki işlemi değiştirirken aynı şekil şartına riayet edilmesi zorunluyken, iradi olarak şekle tâbi tutulmuş bir hukuki işlemin değiştirilmesinde kural olarak herhangi bir şekil zorunluluğu aranmamaktadır[379]. Buna göre asıl borcu doğuran hukuki işlemden sonra

---

Yayvak Namlı, ceza koşulunun asıl borcu doğuran hukuki işlemden daha önce veya sonra kararlaştırıldığı durumda iradi şekil şartına riayet edilmesini aramamaktadır (Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 165-166; Yayvak Namlı, s. 88-89). Kanaatimizce bu yaklaşım kendi içinde bir çelişki barındırmaktadır.

[377] Aynı doğrultuda bkz. Bentele, s. 59-60; Kocaağa, s. 126-127.

[378] Bentele, s. 59; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 126; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 166; Yayvak Namlı, s. 88.

[379] CR CO I-Xoudis, Art. 16, para. 31; Kocayusufpaşaoğlu, §31 para. 9; Altaş, s. 82; Özbilen, s. 161-162.

ayrı bir hukuki işlem ile kararlaştırılan ceza koşulu, ilk hukuki işlem iradi olarak şekle tâbi tutulmuş olsa bile kural olarak şekil şartına tâbi değildir[380]. Fakat Yargıtay'ın aksi yönde bir kararının bulunduğu görülmektedir[381].

Bununla birlikte tarafların yapmış oldukları anlaşma ile sözleşmede sonradan yapılacak değişiklikleri de aynı şekil şartına tâbi kılmış oldukları durumda ceza koşulu da şüphesiz şekil şartına tâbi olacaktır[382].

(c) *Asıl borcu doğuran hukuki işlemden önce ayrı bir hukuki işlem ile kararlaştırılan ceza koşulu:* Bu durumda ceza koşulunun, asıl borcu doğuran hukuki işlemin tâbi olduğu şekil şartını sağlamasına kural olarak gerek yoktur. Ancak tarafların yapmış oldukları anlaşma ile aksini kararlaştırmaları durumunda bu anlaşmaya öncelik verilecektir[383].

ii. Doğrudan Ceza Koşulunun Tarafların İradeleri Doğrultusunda Şekil Şartına Tâbi Olması

Taraflar kanunen herhangi bir geçerlilik şekline tâbi olmayan ceza koşulunu dilerlerse iradeleri doğrultusunda şekle bağlayabilir. Bahsettiğimiz ihtimalde şekle ilişkin anlaşmanın konusu, asıl borcu doğuran hukuki işlem değil, ceza koşulunun

---

[380] Bentele, s. 60; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1016; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 126-127; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 166; Yayvak Namlı, s. 88-89.

[381] Dava konusu somut olayda taraflar, noterde düzenleme şeklinde yaptıkları arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin inşaatın tamamını bitiremeyeceğinin anlaşılması halinde, sözleşmenin feshedilebileceğini ve yükleniciden miktarı sonradan belirlenecek cezai şartın talep edilebileceğini kararlaştırmışlardır. Gerçekten de sözleşme cezası miktarını, bir süre sonra bu sözleşmeye ek olarak düzenledikleri adi yazılı sözleşme ile belirlemişlerdir. Böyle bir durumda aslında kanunen şekle bağlı olmayan eser sözleşmesine ilişkin unsurlar, tarafların iradesi ile resmi şekle bağlanmış durumdadır. İradi şekil söz konusu olduğu için sözleşme cezasının miktarının belirlenmesine ilişkin tadilin, herhangi bir geçerlilik şekline tâbi olmaksızın gerçekleştirilebilmesi mümkün olmalıdır. Fakat Yargıtay aksi yönde karar vermiştir. *"Bir an için, eser sözleşmesinin yasaca herhangi bir geçerlilik şartına tabi tutulmamış olması nedeniyle, yüklenicinin eser sözleşmesindeki edimlerini yerine getirmemesi halinde ödeyeceği cezai şartın sonradan ek sözleşmeyle kararlaştırılmasının da herhangi bir şekle tabi bulunmayacağı kabul edilse dahi, BK.'nun 16. maddesinin açıklanan düzenlemesi karşısında somut olayda ek sözleşme yine de hukuken geçerli olamayacaktır. Zira, taraflar eser sözleşmesini resen düzenleme şeklinde yapmış olmakla, o sözleşmedeki edime ilişkin cezai şartı içerecek sonraki sözleşmenin de aynı şekilde yapılacağını kararlaştırmış sayılırlar. Eş söyleyişle, burada eser sözleşmesinin zorunlu olmadığı halde resmi şekilde yapılmış olması, tarafların, eser sözleşmesine ilişkin değişikliklerin de ancak aynı şekilde yapılması halinde geçerli olacağına ilişkin, Borçlar Kanunu'nun 16. maddesi anlamında bir kararlaştırma içinde bulunduklarının kabulünü gerektirir."* (Yarg. HGK, E. 2003/15-124 K. 2003/175, 19.3.2003 (Kazancı)).

[382] Bentele, s. 60.

[383] Bentele, s. 60; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 127; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 166; Yayvak Namlı, s. 88.

bizzat kendisidir. Bu durumda ceza koşulunun geçerli olarak hüküm doğurması, tarafların kararlaştırdığı şeklin şartlarını taşımasına bağlı olacaktır[384].

Bu noktada tarafların yaptıkları anlaşma ile ceza koşulunun hâlihazırda tâbi olacağı şekil şartını hafifletemeyecekleri hatırlatılmalıdır[385]. Örneğin taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan borçların ihlali için kararlaştırılacak ceza koşulu, asıl borcun doğduğu hukuki işlem kanunen resmi şekle tâbi olduğu için yine resmi şekilde yapılmalıdır. Tarafların aralarında anlaşmak suretiyle bu resmi şekil şartını hafifletmeleri ve örneğin ceza koşulunu adi yazılı şekle tâbi tutmaları mümkün değildir.

b. Ceza Koşulunun Şekil Şartına Uymamasının Sonuçları

Şekle aykırı hukuki işlem, öğretide ve yargı uygulamasında oybirliğiyle kabul edildiği üzere geçersizdir. Ancak söz konusu geçersizliğin türü, son derece tartışmalıdır. Bu konuda çeşitli görüşler ileri sürülmüş olmakla birlikte, ağırlık kazanmış olanlar "kesin hükümsüzlük" ve "kendine özgü geçersizlik" görüşleridir[386]. Kesin hükümsüzlük görüşü uyarınca, şekle aykırı hukuki işlem baştan itibaren hiçbir hüküm doğurmaz. Bu geçersizlik herkes tarafından ileri sürülebilecek ve hâkim tarafından re'sen dikkate alınacaktır. Hakkaniyet ihtiyacını gidermek üzere daha yakın zamanda geliştirilmiş olan kendine özgü geçersizlik görüşü uyarınca ise şekle aykırı hukuki işlem, şeklin amacı doğrultusunda korunan taraf şekle aykırılığı ileri sürmediği müddetçe hükümlerini doğurur. Dolayısıyla bu geçersizliğin herkes tarafından ileri sürülmesi ve hâkim tarafından re'sen dikkate alınması mümkün değildir.

Buradan hareketle ceza koşulunun kendisi için öngörülmüş olan şekle aykırı olması durumunda geçersiz olacağı aşikârdır. Ancak hangi geçersizlik türünün söz konusu olacağı bahsi, genel hükümler bağlamında incelenmesi gereken ve bu çalışmanın kapsamını aşan bir tartışmadır. Çalışmamız bakımından geçersizlik konusunda önem arz eden mesele, ceza koşulunun şekle aykırılık sebebiyle geçersiz olmasının asıl borcu doğuran hukuki işlem üzerindeki etkisidir. Asıl borcu doğuran

[384] Bentele, s. 60; Couchepin, Clause pénale, para.497; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 125-126; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 166.
[385] CR CO I-Xoudis, Art. 16 para. 2.
[386] Bu konuda detaylı bilgi için bkz. CR CO I-Xoudis, Art. 11 para. 41 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, §29 para. 2 vd.; Altaş, s. 93 vd.; Özbilen, s. 177 vd.

hukuki işlemin şekil de dâhil olmak üzere geçerlilik koşullarını taşıdığı fakat ceza koşulunun şekle aykırılık sebebiyle geçersiz olduğu durumda, ceza koşulunun geçersizliği asıl borcu doğuran hukuki işleme etki edecek midir?

Asıl borcu doğuran hukuki işlemin içinde onunla eş zamanlı olarak kararlaştırılan ceza koşulu bakımından böyle bir soru zaten hiç gündeme gelmeyecektir. Ceza koşulunun şekle aykırı olması, içinde bulunduğu asıl borcu doğuran hukuki işlemin kendisinin de gerekli şekil şartına aykırı olduğunu gösterir; buna bağlı olarak hukuki işlem kendi şekle aykırılığından ötürü geçersiz olur[387].

Bu soru, asıl borcu doğuran hukuki işlemden önce veya sonra ayrı bir hukuki işlem ile kararlaştırılan ceza koşulları bakımından gündeme gelebilmektedir. Taraflarca noterde düzenleme şeklinde bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesi akdedildiğini, ancak daha sonra bu sözleşmeden doğan borçları teminat altına alan ceza koşulunun adi yazılı olarak kararlaştırıldığını varsayalım. Böyle bir ihtimalde ceza koşulunun şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olacağı şüphesizdir. Bu durumun taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin üzerinde yaratacağı etkiyi ise ferîlik ilkesinin tek yönlü olduğunu göz önünde tutarak değerlendirmek gerekmektedir. Asıl borcu doğuran hukuki işlemin şekle aykırılık yüzünden geçersiz olması, ceza koşulunun da geçersiz olması sonucunu doğurur. Fakat bunun aksi söz konusu olmaz. Yani ceza koşulunun şekle aykırılık yüzünden geçersizliği, asıl borcu doğuran hukuki işlemi kendiliğinden geçersiz hâle getirmeyecektir[388]. Dolayısıyla bu ihtimalde asıl borcu doğuran hukuki işlemin geçerliliğini, ceza koşulundan bağımsız olarak değerlendirmek gerekmektedir[389]. Yine de ceza koşulunun geçersizliğinin asıl borcu doğuran hukuki işlem üzerinde bazı dolaylı etkileri olabilir. Örneğin daha evvel kararlaştırılmış olan ceza koşulunun geçerli olduğu inancıyla asıl borcu doğuran hukuki işleme taraf olduğunu iddia eden kişi, gerekli koşulları sağlıyorsa temel hatasına dayanabilir ve asıl borcu doğuran hukuki işlemi iptal etmek suretiyle geçersizleştirebilir[390]. Keza taraflar asıl borcu doğuran hukuki işlemin hüküm ifade

[387] Couchepin, Clause pénale, para. 491. Asıl borcu doğuran hukuki işlemin geçersizliğine ilişkin farklı bir bakış açısı için bkz. Bentele, s. 66.
[388] Couchepin, Clause pénale, para. 489; Kocaağa, s. 121. Ferîlik ilkesinin tek yönlü olması konusunda bkz. *"İkinci Bölüm / II. / A. / 1. / a. Tek Yönlülük"*.
[389] Bentele, s. 69.
[390] Bentele, s. 69-70.

etmesini, daha sonra geçerli bir ceza koşulu akdedilmesine bağladıkları takdirde, ceza koşulunun geçersizliği asıl hukuki işlemi de etkileyecektir[391].

Bu konuda değinilmesi gereken son mesele, şekle aykırılığın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil etmesi ile ceza koşulu arasındaki bağlantıdır. Bilindiği üzere bir hukuki işlemin şekle aykırılığının ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği durumlarda bu hukuki işlemin sanki geçerliymiş gibi hüküm doğurması sağlanmaktadır[392]. İşte asıl borcu doğuran hukuki işlemin şekle aykırı olduğu fakat bu durumun ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği takdirde, bu durumun ceza koşulu bakımından da dikkate alınması gerekmektedir[393]. Nitekim yargı uygulaması da bu yönde olup; alacaklının şekle aykırı ceza koşulundan kaynaklanan talepleri kabul edilmektedir[394]. Yargıtay bu hususu şöyle ifade etmiştir: *"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 nedeniyle dinlenmediği hallerde, sözleşme geçerli sayıldığından, onun fer'i nitelikte olan cezai şart da geçerli sayılacaktır."*[395] Diğer yandan asıl borcu doğuran hukuki işlemin şekle aykırılık sebebiyle geçersiz olduğu ve bu geçersizliği ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması da teşkil etmediği durumda, ceza koşulunun hüküm ifade etmesini sağlamak ferîlik ilkesi sebebiyle hiçbir şartta mümkün değildir[396].

---

[391] Couchepin, Clause pénale, para. 493.

[392] Bu konuda bkz. Altaş, s. 156 vd.; Özbilen, s. 210 vd.

[393] Erdem, Clause pénale, s. 98; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 123; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 164; Altınok Ormancı, s. 135-136.

[394] TF, 4A_573/2016; (19.09.2017). Asıl borç ilişkisinin şekle aykırılığını ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği durumda ceza koşulunun şekle aykırılığının da ileri sürülemeyeceğini belirten ve somut olayda bu durumun varlığını tespit eden bu kararın detaylı incelemesi için bkz. Stephanie Hrubesch-Millauer / Olivia Fuhrer, "Rechtsprechungspanorama Einleitungsartikel und Personenrecht", Aktuelle juristische Praxis (AJP) / Pratique juridique actuelle (PJA) 2018/5, s. 634 vd.

[395] Yarg. 19. HD, E. 2018/3380 K. 2019/5428, 4.12.2019 (Kazancı).

[396] *Aşçıoğlu,* bu konuda farklı ancak kanaatimizce son derece isabetsiz bir yaklaşım önermektedir. Yazar tebliğinde, geçersizlik konusunda geliştirilmiş olan modern görüşün, asli haklar ile ferî hakların geçerliliklerinin birbirlerinden bağımsız olarak ele alınmasını gerektirdiğini belirtmektedir. Bu doğrultuda asıl borcu doğuran hukuki işlemin şekle aykırılık sebebiyle geçersiz olmasına ve bu geçersizliği ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması teşkil etmemesine rağmen, ceza koşulunun hüküm ifade etmesine imkân tanınabileceğini savunmuştur. Bkz. Çetin Aşçıoğlu, "Yargı Kararlarında Cezai Şart I - Geçersiz Sözleşmelerde (Biçim Koşulu Açısından) Ceza Koşulu", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu Bildiriler Tartışmalar XIV, Ankara 4-5 Nisan 1997, s. 109 vd. Söz konusu görüş, ferîlik ilkesini tamamen göz ardı etmektedir. Nitekim bu sebeple

II. Ceza Koşulu Açısından *Sine Qua Non* Özellikler

Ferîlik gibi bazı özellikler, ceza koşulu açısından *sine qua non* nitelik taşımaktadır. Öyle ki taraflar bu özellikleri dışlayacak bir anlaşma yaptıkları takdirde, artık teknik anlamda bir ceza koşulunun varlığından bahsedilemez. Dolayısıyla ceza koşulunun morfolojik değerlendirmesi kapsamında bu *sine qua non* özelliklerin incelenmesi bir zorunluluktur.

İncelenecek özelliklerden ilki, sözleşme cezasının ferî nitelik taşıması; yani asıl borca bağlı olmasıdır (A). İkincisi, sözleşme cezası alacağının doğması bakımından, alacaklının borcun ihlali neticesinde zarara uğramış olmasının aranmamasıdır (B). İncelenecek son özellik, ceza koşulunun, yapısı gereği geciktirici koşula bağlı bir taahhüt teşkil etmesidir (C).

A. Ceza Koşulunun Ferî Niteliği ve Buna Bağlı Sonuçlar

Ceza koşulunun temel işlevi, asıl borcun ifası konusunda borçlu üzerinde bir baskı yaratmak ve bu borcun gereği gibi ifa edilmemesi durumunda alacaklının uğramış olduğu zararın tazminini kolaylaştırmaktır. Dolayısıyla ceza koşulu, ancak asıl borcun geçerli bir biçimde varlığı durumunda anlam kazanır. Nitekim henüz Roma hukukunda (gerçek) ceza koşulu bakımından kabul edilen ilke uyarınca, asıl borç ile sözleşme cezası arasında bir aslilik-ferîlik ilişkisi bulunmaktadır[397]. Sözleşme cezası, ferî nitelik taşır[398]. Buna göre sözleşme cezasının hukuki kaderi, asıl borcun hukuki kaderine bağlanmıştır. Öyle ki sözleşme cezasının doğumu,

---

tebliğ, sunulmuş olduğu sempozyumda da eleştirilere maruz kalmıştır. Bkz. İsmet Arslan, Çetin Aşçıoğlu'nun "Yargı Kararlarında Cezai Şart" Başlıklı Tebliğinin Tartışmalar Bölümü, s. 129-130; Vedat Buz, Çetin Aşçıoğlu'nun "Yargı Kararlarında Cezai Şart" Başlıklı Tebliğinin Tartışmalar Bölümü, s. 135.

[397] Kayak, s. 246; Dinçer Araz, s. 86.

[398] BK OR-Becker, Art. 160 para. 8; BSK OR I-Widmer/Constantini/Ehrat, Art. 160 para. 3; CR CO I-Mooser, Art. 160 para. 1; OFK OR-Wuffli, Art. 160 para. 7; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 160 para. 8; KUKO OR-Pietruszak, Art. 160 para. 5; Schoch, s. 13; Bentele, s. 31 vd.; Santoro, s. 7; Chappuis, s. 66; Erdem, Clause pénale, s. 84 vd.; Couchepin, Clause pénale, para. 395 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 342; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1580; Kılıçoğlu, s. 983; H. Nomer, para. 237; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, para. 1466; Furrer/Müller-Chen/Çetiner, para. 1619; Bilge, Cezai Şart, s. 67; Tunçomağ, s. 15; Ozanoğlu, s. 15; Arkan, s. 82; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 155 vd.; Cansel/Özel, s. 719; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 13; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 140 vd.; Nomer Ertan, Cezai Şart, s. 29; Emre Gökyayla, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde, Mahkemece Sözleşmenin Feshine Karar Verilen Hallerde İfaya Eklenen Ceza Koşulunun Akıbeti", Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 19 Özel Sayı (2017), s. 47 vd., s. 56; Öktem Çevik, Ceza Koşulu, s. 100; Aksoy, s. 1007; İsmail Esin, "Avukat Gözüyle; Cezai Şart Nedir, Ne Değildir Ve Nasıl Kullanılmalıdır?", Prof. Dr. Halûk Burcuoğlu'na Armağan Cilt I, İstanbul 2020, s. 911 vd., s. 918.

devamı ve ileri sürülebilirliği *(Entstehung, Fortbestand und Durchsetzbarkeit)* asıl borca bağlıdır[399]. Ceza koşulu kurumuna karakterini veren en önemli özellik, asıl borç ile sözleşme cezası arasındaki bu bağlılık ilişkisi olmuştur.

Asıl borç ile sözleşme cezası arasındaki aslilik-ferîlik ilişkisinin daha iyi anlaşılabilmesi bakımından, bu ilişkinin özellikleri (1) ve sonuçlarının (2) üzerinde durulması yerinde olur.

1. Ferîlik İlişkisinin Özellikleri

a. Tek Yönlülük

Aslilik-ferîlik ilişkisi doğrultusunda asıl borç ile sözleşme cezası arasında kurulan bağlılık, tek yönlüdür. Şöyle ki sözleşme cezasının hukuki kaderi, asıl borcun hukuki kaderine bağlanmıştır. Ancak tersinin geçerli olduğunu; yani asıl borcun hukuki kaderinin, sözleşme cezasının hukuki kaderine bağlı olduğunu söylemek mümkün değildir. Buna göre örneğin asıl borcun geçersiz olması, sözleşme cezasının da geçersizliği sonucunu doğurur. Sözleşme cezasının geçersiz olması ise asıl borcun geçersiz hâle gelmesine yol açmaz[400]. Bu husus, TBK m. 182/II'de ortaya koyulmuştur: *"Asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse, cezanın ifası istenemez. Ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hâle gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez."* Görüldüğü üzere hükmün birinci cümlesi sözleşme cezasının asıl borca bağlı olduğunu; ikinci cümlesi ise asıl borcun sözleşme cezasına bağlı olmadığını ifade etmektedir. Bu itibarla bağlılığın tek yönlü olduğunu teyit eden TBK m. 182/II c. 2, 818 sayılı eBK'da mevcut olmayan ve 6098 sayılı TBK ile getirilmiş yeni bir düzenlemedir[401].

---

[399] BSK OR I-Widmer/Constantini/Ehrat, Art. 160 para. 3; OFK OR-Wuffli, Art. 160 para. 7; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 160 para. 8; KUKO OR-Pietruszak, Art. 160 para. 5; Santoro, s. 7.

[400] Santoro, s. 7; Saymen/Elbir, s. 836; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1589; Kılıçoğlu, s. 985; Furrer/Müller-Chen/Çetiner, para. 1620; Bilge, Cezai Şart, s. 67; Cansel/Özel, s. 717; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 141-142; Gökyayla, İfaya Eklenen Ceza Koşulu, s. 56-57; Öktem Çevik, Ceza Koşulu, s. 101.

[401] Esasen bu ikinci cümleye yapılan ekleme, TBK m. 182/II'yi, FrMK m. 1227'nin 1 Ekim 2016 tarihli revizyon öncesindeki hâli ile özdeş kılmıştır. Ancak FrMK m. 1227, zaten aşikâr bir kuralı hüküm altına aldığı gerekçesiyle, 1 Ekim 2016 tarihli revizyon sırasında kanundan çıkarılmış bulunmaktadır. Bu konuda bkz. *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°*

Sözleşme cezasının geçersiz olmasına rağmen asıl borcun geçerli olarak varlığını sürdürmesi, alacaklıyı özellikle tam iki taraflı sözleşmeler bakımından zor durumda bırakır. Buna bağlı olarak alacaklı, ceza koşulunun geçersiz olacağını bilseydi asıl borcu doğuran hukuki işlemi hiç yapmamış olacağını iddia etmek isteyebilir. Böyle bir iddianın kabul görüp görmeyeceğinin ayrıca irdelenmesi gerekmektedir.

818 sayılı eBK döneminde asıl borç ile sözleşme cezası arasındaki bağlılığın tek yönlü olduğunu teyit eden TBK m. 182/II c. 2 düzenlemesi bulunmamaktaydı. Bu konu, kısmi kesin hükümsüzlüğe ilişkin eBK m. 20/II (TBK m. 27/II) ışığında ele alınmaktaydı. Zira ceza koşulu asıl borcu doğuran hukuki işlemin bir unsuru olarak kabul edilmekte olduğu için, ceza koşulunun geçersizliği kısmi kesin hükümsüzlük olarak nitelendirilmekteydi. Buna göre ceza koşulunun geçersizliği, asıl borcu doğuran hukuki işlemin geçerliliğini kural olarak etkilememekteydi. Ancak ceza koşulu olmaksızın asıl borcu doğuran hukuki işlemin yapılmayacağı açıkça anlaşıldığı takdirde, asıl borcu doğuran hukuki işlemin de geçersiz olacağı kabul edilmekteydi[402]. Yargıtay'ın da bu yönde bir kararı mevcuttu: *"Eğer esas borç, ahlaka (adaba) aykırı olmaz da cezai şart aykırı olursa, yalnız bu şart geçerli olmaz. Zira B.K.'nun 20. maddesinin 2. fıkrası gereğince, akdin muhtevi olduğu şartlardan bir kısmının butlanı, akdi iptal etmeyip, yalnız şart, lağvolunur. Fakat bunlar olmaksızın akdin yapılmayacağı meczum bulunduğu takdirde, akitler tamamıyla batıl addolunur."*[403] Ancak 6098 sayılı TBK'da asıl borç ile sözleşme cezası arasındaki bağlılığın tek yönlü olduğunun özel bir hükümle ortaya koyulması, öğretide yeni bir görüşün ortaya çıkmasına neden olmuştur. Buna göre ceza koşulunun geçersizliği, asıl borcu doğuran hukuki işlemin geçerliliğini hiçbir durumda etkilemez. Ceza koşulu olmaksızın asıl borcu doğuran hukuki işlemin yapılmayacağının açıkça anlaşılması durumunda dahi bu sonuç değişmez. Dolayısıyla alacaklının ceza koşulunun geçersiz olacağını bilseydi asıl borcu doğuran hukuki işlemi hiç yapmamış olacağı yönündeki iddiası dinlenmez[404]. Bu bağlamda *Gümüş*, ceza

---

2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

[402] Tunçomağ, s. 85; Kocaağa, Cezai Şart, s. 124; Gökçeoğlu, s. 45; Arkan, s. 82. Ceza koşulu olmaksızın asıl borcu doğuran hukuki işlemin yapılmayacağını ispat yükü, bu iddiada bulunan tarafın (yani çoğu zaman alacaklının) üzerindeydi.

[403] Yarg. HGK, E. 1970/1053 K. 1974/222, 20.3.1974 (Kazancı).

[404] H. Nomer, para. 237.5; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, para. 1477; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1016; M. Turgut Öz, Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, 3. Baskı,

koşulunun geçersizliğinin, farazi irade araştırmasından arındırılmış basit kısmi kesin hükümsüzlük yaptırımına yol açacağını belirtmektedir[405].

Kanaatimizce TBK m. 182/II c. 2'nin işlevi, asıl borç ile sözleşme cezası arasındaki bağlılığın tek yönlü olduğunu ortaya koymaktan ibarettir. Hüküm, kısmi kesin hükümsüzlüğün hukuki işlemin bütününe etkisi bakımından herhangi bir düzenleme içermemektedir. Dolayısıyla TBK m. 182/II c. 2 ile m. 27/II arasında bir özellik-genellik ilişkisi kurulması mümkün değildir; bu iki hüküm aynı konuyu düzenlememektedir. Bu sebeple alacaklının ceza koşulunun geçersiz olacağını bilseydi asıl borcu doğuran hukuki işlemi hiç yapmamış olacağı yönündeki iddiasına TBK m. 27/II'nin uygulanması bakımından herhangi bir engel bulunmamaktadır. Buna göre ceza koşulunun geçersiz olması asıl borcu doğuran hukuki işlemi kural olarak etkilemez. Ancak ceza koşulu olmaksızın asıl borcu doğuran hukuki işlemin yapılmayacağı açıkça anlaşıldığı takdirde, asıl borcu doğuran hukuki işlem de geçersiz olur. Ceza koşulu olmaksızın asıl borcu doğuran hukuki işlemin yapılmayacağını ispat yükü, bu iddiada bulunan tarafın (yani alacaklının) üzerindedir.

b. Süre Bakımından Sınırlılık

Asıl borç ile sözleşme cezası arasındaki aslilik-ferîlik ilişkisi, ilanihaye sürmez; sözleşme cezasının muaccel olduğu ana kadar varlığını korur. Asıl borcun gereği gibi ifa edilmemesine bağlı olarak sözleşme cezasının muaccel olmasıyla birlikte, ferîlik ortadan kalkar. Muaccel olan sözleşme cezası bağımsız bir borç hâline gelir ve artık asıl borcun hukuki kaderine bağlı olmaktan kurtulur[406]. Örneğin asıl borcun vadesi gelmesine rağmen ifa edilmemesi durumunda ceza koşulu

İstanbul 2012, s. 28; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 141-142; Öktem Çevik, Ceza Koşulu, s. 101. Asıl borcu doğuran hukuki işlemin geçersizliğinin, TBK m. 27/II uyarınca ceza koşulunun geçersiz olmasına dayanılarak ileri sürülemeyeceği; fakat esaslı yanılma hükümleri uyarınca ceza koşulunun geçerli olacağı inancının boşa çıkmasına dayanılarak ileri sürülebileceği yönünde bkz. Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 38.

[405] Gümüş, Borçlar Genel, s. 1016.

[406] BK OR-Becker, Art. 160 para. 27; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 160 para. 11; KUKO OR-Pietruszak, Art. 160 para. 6; Erdem, Clause pénale, s. 84; Couchepin, Clause pénale, para. 400; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 21; Kılıçoğlu, s. 985; Tunçomağ, s. 16; Arkan, s. 85; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 156; Cansel/Özel, s. 721-722; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 14; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 141. Yarg. 13. HD, E. 1992/8546 K. 1993/348, 25.1.1993 (Kazancı): *"Asıl borç ile ceza koşulu arasında bir asıl borç-yan borç (fer'i borç) ilişkisi diğer bir anlatımla asıl borç ile ceza koşulu arasındaki bağlılık, ceza koşulunun istenebileceği (muaccel olacağı) ana kadar süregelir. Bu andan sonra, ceza koşulu bağımsızlaşır ve asıl borcun yazgısını paylaşmaktan kurtulur ve bağımsız bir borç haline gelir."* Aynı yönde ifadeler için bkz. Yarg. 19. HD, E. 2013/14654 K. 2013/19950 T. 17.12.2013; Yarg. 15. HD, E. 1983/1922 K. 1983/2312, 7.10.1983 (Kazancı).

muaccel olacaktır; bu noktadan sonra asıl borcun ifası imkânsız hâle gelse bile ceza koşulu bu durumdan etkilenmez. Alacaklı borçludan sözleşme cezasını ifa etmesini talep edebilir[407]. Aynı şekilde ceza koşulu bir kere muaccel olduktan sonra asıl borç zamanaşımına uğrarsa, ceza koşulu bu durumdan etkilenmez. Ceza koşulu kendi muacceliyet anından itibaren işlemeye başlayan zamanaşımı süresine tâbidir. Bu zamanaşımı süresi dolmadığı müddetçe, borçlunun sözleşme cezasının ifası talebine karşı asıl borca ilişkin zamanaşımı defini ileri sürmesi mümkün değildir[408].

Ancak bağımsız bir borç hâline gelen sözleşme cezasının yine de alelade bağımsız bir borç olarak algılanmaması ve kendine özgü nitelikler sergileyebileceğinin unutulmaması gerekmektedir. Asıl borç ile sözleşme cezası arasında ferîlik olarak nitelendirilemeyecek olsa bile hâlâ belirli bir ilişki bulunmaktadır. Örneğin ifayı kabul ederken herhangi bir çekince koymamış olan alacaklı, daha sonra ifaya eklenen sözleşme cezası niteliğindeki bir sözleşme cezasının ifasını talep edemeyecektir. TBK m. 179/II'de düzenlenmiş olan bu kural asıl borç ile sözleşme cezası arasında belirli bir ilişkinin varlığını sürdürdüğünü göstermektedir[409].

c. Ceza Koşulu Nitelendirmesi Bakımından *Sine Qua Non* Olma

Asıl borcun ihlal edilmesi durumunda borçlunun ifa etmesi kararlaştırılan ceza mahiyetindeki edimin ferî nitelik taşımasını zorunlu tutan emredici mahiyette bir kural bulunmamaktadır. Ceza mahiyetindeki bir edimin ifasının asıl borç geçersiz veya sona ermiş olsa dahi talep edilebileceğini öngören ve bu itibarla ferîlik ilkesini bertaraf eden anlaşmalar geçerlidir[410]. Ancak bu durumda artık teknik anlamda bir ceza koşulundan bahsetmek mümkün olmayacaktır[411]. Zira ceza koşulunu karakterize eden ferîlik ilkesinin ortadan kaldırılması, anlaşmanın tipini bozacaktır. Bu itibarla

---

[407] Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 80.

[408] BK OR-Becker, Art. 160 para. 27; Bentele, s. 107; Erdem, Clause pénale, s. 85; Tunçomağ, s. 15; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 213 dn. 1; Erdem, Zamanaşımı, s. 368-369.

[409] Erdem, Clause pénale, s. 84-85.

[410] Couchepin, Clause pénale, para. 399; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 19. Aksi yönde bkz. Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 110. Yazar, asıl borcun geçersizliği hâlinde bile sözleşme cezasının ifa edileceğinin kararlaştırılmasının (başka bir deyişle ceza koşulunun ferîlik ilkesine tâbi olmayacağının kararlaştırılmasının) geçersiz olduğunu ifade etmiştir. Bu kabule göre böyle bir anlaşmanın varlığı durumunda borçludan ne asıl borcu ne de sözleşme cezasını ifa etmesi talep edilebilir. Ancak kanaatimizce irade serbestisine ilişkin böyle bir sınırlamayı haklı gösterecek herhangi bir gerekçe bulunmamaktadır.

[411] Couchepin, Clause pénale, para. 399. Böyle bir anlaşmanın ceza koşulu niteliğine halel getirmeyeceği yönündeki aksi görüş için bkz. Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 19.

ferîlik ilkesinin ceza koşulu bakımından *sine qua non* nitelikte olduğu söylenebilir. Teknik anlamda ceza koşulu niteliği taşımayan bu anlaşmanın hukuki niteliğini, diğer unsurlarını göz önüne almak suretiyle ayrıca değerlendirmek gerekecektir[412].

Bu bağlamda TBK m. 182/II'den özel olarak bahsetmek yerinde olacaktır. İlgili hüküm uyarınca, asıl borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle geldiği takdirde kural olarak sözleşme cezasının ifası istenemez; ancak aksinin kararlaştırılması mümkündür. Aksi yönde anlaşma yapan taraflar, asıl borç sona ermiş olmasına rağmen sözleşme cezasının geçerli olarak talep edilebilmesini sağlayabilmekte; ferîlik ilkesini aşabilmektedir. Bu bağlamda artık teknik anlamda ceza koşulundan bahsedilemez; gerçek olmayan bir ceza koşulu söz konusu olur[413]. Ancak ceza koşuluna ilişkin TBK m. 179 vd.'nda düzenlenmiş olan hükümler, kıyasen de olsa uygulanabilirliğini sürdürür[414].

2. Ferîlik İlişkisinin Sonuçları

a. Asıl Borcun Geçersizliğinin Ceza Koşulu Üzerindeki Etkisi

Ceza koşulunun hüküm ifade etmesi ve geçerli bir sözleşme cezası ödeme borcunun doğması, her şeyden evvel geçerli bir asıl borcun varlığına bağlıdır. Asıl borç geçersizse, ferîlik ilişkisinin uzantısı olarak sözleşme cezası da geçersiz olur[415].

---

[412] Aralarında herhangi bir aslilik-ferîlik ilişkisi bulunmayan borçların, ceza koşulu bağlamında değerlendirilemeyeceği; duruma göre seçimlik borç olarak nitelendirilebileceği yönünde bkz. Tunçomağ, s. 15; Arkan, s. 82; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 156; Cansel/Özel, s. 719.

[413] Bentele, s. 30; Couchepin, Clause pénale, para. 1086; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 87. Bağımsız bir garanti taahhüdünün varlığı yönünde bkz. KUKO OR-Pietruszak, Art. 163 para. 4; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1018 dn. 1133; Aksoy, s. 1008. Garanti sözleşmesi benzeri bağımsız bir alacağın varlığı yönünde bkz. Gümüş, Borçlar Genel, s. 1018 dn. 1133.

[414] BSK OR I-Widmer/Constantini/Ehrat, Art. 163 para. 9; KUKO OR-Pietruszak, Art. 163 para. 4; Aksoy, s. 1008 dn. 57; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1018 dn. 1133.

[415] ATF 73 II 158, c. 2; TF, SJ 1974 430, c. 3; TF, SJ 1975 1, c. 4; Yarg. HGK, E. 2014/13-1013 K. 2016/318 T. 16.3.2016 (Kazancı): *"Cezai şart, bağlı olduğu asıl borcun akıbetine bağlıdır. Asıl borç geçersiz ise bunun müeyyidesi olan cezai şart da geçersizdir."* BK OR-Becker, Art. 160 para. 9; CR CO I-Mooser, Art 160 para. 8; OFK OR-Wuffli, Art. 160 para. 7; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 160 para. 9; Chappuis, s. 66; Erdem, Clause pénale, s. 84 ve 90; Couchepin, Clause pénale, para. 402; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 344; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1582; H. Nomer, para. 237; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1010; Furrer/Müller-Chen/Çetiner, para. 1619; Arsebük, s. 989; Berki, s. 284; Bilge, Cezai Şart, s. 67; Tunçomağ, s. 81; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 75; Öktem Çevik, Ceza Koşulu, s. 100; Cansel/Özel, s. 719; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 13; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 109. *Aşçıoğlu*, geçersizlik konusunda geliştirilmiş olan modern görüşün, asli haklar ile ferî hakların geçerliliklerinin birbirlerinden bağımsız olarak ele alınmasını gerektirdiğini belirtmektedir. Bu doğrultuda asıl borcu doğuran hukuki işlemin şekle aykırılık sebebiyle geçersiz olmasına ve bu geçersizliği ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması teşkil etmemesine rağmen, ceza koşulunun hüküm ifade etmesine imkân tanınabileceğini savunmuştur. Bkz. Aşçıoğlu. Ferîlik ilkesini tamamen göz ardı eden bu yaklaşımın benimsenmesi mümkün değildir. Nitekim bu sebeple, tebliğin

Hukuki işlemin geçersizliğine yol açan sebepler, oldukça çeşitlidir; irade sakatlıklarından muvazaaya kadar uzanan geniş bir alana yayılmaktadır. Oysa asıl borcun geçersizliğinin ceza koşuluna etkisi, 818 sayılı eBK döneminde mehaz İsvBK'nun bir yansıması olarak yalnızca hukuka ve ahlaka aykırılık sebebiyle geçersizlik ihtimalini açıkça belirtir şekilde düzenlenmişti: "*Ceza, kanuna veya ahlaka (adaba) muğayir bir borcu teyit için şart edilmiş veya hilafına mukavele olmadığı halde borcun ifası borçlunun mesuliyetini icap etmeyen bir hal sebebiyle gayri mümkün olmuş ise, şart olunan cezanın tediyesi talep edilemez.*" (eBK m. 161/II). Bu durum hukuka ve ahlaka aykırılık dışında kalan diğer geçersizlik hâlleri bakımından da aynı sonucun söz konusu olup olmayacağı bakımından şüphe yaratmaya elverişliydi. Esasen hem İsviçre hem de Türk öğretisinde bu hüküm, ehliyetsizlik ve şekle aykırılık gibi diğer geçersizlik hâllerini de kapsayacak biçimde geniş yorumlanmaktaydı[416]. Ancak başlangıçtaki imkânsızlık konusunda böyle net bir tavır mevcut olmayıp; farklı görüşler ileri sürülmekteydi. Öğretideki çoğunluğu oluşturan yazarlar, tıpkı diğer geçersizlik türlerinde olduğu gibi başlangıçtaki imkânsızlıkta da asıl borcun geçersizliğinin sözleşme cezasına sirayet edeceği görüşündeydi[417]. Buna karşılık *Oser* ile *Schönenberger* öğretinin genelinden ayrılmakta ve başlangıçtaki imkânsızlık sebebiyle geçersiz olan bir borca ilişkin kararlaştırılan ceza koşulunun, yeterli ciddiyete sahip olması kaydıyla bağımsız bir taahhüt olarak geçerli olacağını belirtmekteydi[418]. *Tunçomağ* ise burada gerçek olmayan bir sözleşme cezasının mevcut olduğu kabulünden hareketle farklı bir görüş geliştirmiştir. Gerçek olmayan sözleşme cezası taahhüdü, imkânsız asıl borç ile ferîlik ilişkisi içerisinde değildir. Bu itibarla imkânsız asıl borcun geçersizliğinin sözleşme cezasına sirayeti söz konusu olmayacaktır. Fakat bu bağımsız sözleşme cezası taahhüdü, objektif olarak imkânsız olan bir geciktirici koşula bağlanmış olduğu ve böyle bir şarta bağlanmış hukuki işlemler geçersiz kabul edildiği için kendi içinde zaten geçersiz olacaktır[419].

---

sunulmuş olduğu sempozyumda da eleştirilere tâbi tutulmuştur. Bkz. İsmet Arslan, Çetin Aşçıoğlu'nun "Yargı Kararlarında Cezai Şart" Başlıklı Tebliğinin Tartışmalar Bölümü, s. 129-130; Vedat Buz, Çetin Aşçıoğlu'nun "Yargı Kararlarında Cezai Şart" Başlıklı Tebliğinin Tartışmalar Bölümü, s. 135.

[416] Bilge, Cezai Şart, s. 68-69; Tunçomağ, s. 81; Kocaağa, Cezai Şart, s. 93-94.

[417] Örneğin bkz. Erdem, Clause pénale, s. 92; Bilge, Cezai Şart, s. 116; Kocaağa, Cezai Şart, s. 95-96.

[418] ZK-Oser/Schönenberger, Art. 163 para. 3. Başlangıçtaki imkânsızlık sebebiyle geçersiz olan bir borca ilişkin kararlaştırılan ceza koşulunun, istisnaen de olsa "atipik ceza koşulu" olarak nitelendirilerek geçerli kabul edilebileceği yönünde benzer bir görüş için bkz. Bentele, s. 28-29.

[419] Tunçomağ, s. 83.

6098 sayılı TBK asıl borcun geçersiz olduğu tüm hâlleri genel bir ifadeyle kapsamına almıştır; böylece bu sorunu ortadan kaldırmış görünmektedir[420]. Yeni hüküm uyarınca, *"Asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse, cezanın ifası istenemez."* (TBK m. 182/II)[421].

Herhangi bir sebeple geçersiz olan asıl borcun ifa edilmemesi durumuna ilişkin kararlaştırılmış olan ceza koşulunun geçersiz olacağı tereddütsüzdür. Aksi yöndeki herhangi bir görüş, ceza koşulunu karakterize eden ferîlik ilkesinin yok sayılması anlamına geleceği için kabul edilemez. Asıl borç hukuka, ahlaka, kişilik haklarına aykırılık, başlangıçtaki imkânsızlık, ehliyetsizlik, şekil şartı eksikliği, muvazaa gibi sebeplerden herhangi biri yüzünden geçersiz ise bu borcun ifasını teminat altına almaya çalışan ceza koşulu da ferîlik ilkesinin bir uzantısı olarak geçersiz olur. Saydığımız bu geçersizlik sebeplerinin bir kısmını bazı örnekler vermek suretiyle daha yakından inceleyelim.

Hukuka aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz olan asıl borcun ifasına ilişkin kararlaştırılan ceza koşulu da kesin hükümsüzdür[422]. Örneğin alım, ön alım ve geri alım haklarına ilişkin tapu sicilindeki şerhin 10 yıllık kanuni sürenin sona ermesinden sonra yenileneceğine ilişkin önceden verilen taahhüt, hukuka aykırılık gerekçesiyle geçersiz kabul edilmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi, böyle bir taahhüde ilişkin olarak kararlaştırılacak ceza koşulunun da geçersiz olduğunu hüküm altına almıştır[423].

Kişilerin haklarını ve özgürlüklerini TMK m. 23 hükmüne aykırı şekilde ortadan kaldıran/sınırlandıran yahut ahlâka aykırı borçlara ilişkin kararlaştırılan ceza

---

[420] Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 79.

[421] Hükümde geçen "cezanın ifasının istenemeyeceği" yönündeki ifade, salt lafzi olarak yorumlanmamalıdır. Bu ifade salt lafzi olarak yorumlanacak olursa, asıl borcun geçersiz olduğu durumda sözleşme cezasının eksik borç niteliği taşıyacağı anlamı çıkar. Yani sözleşme cezasının ifası talep edilemez; fakat borçlu bir şekilde ifa etmiş olduğu sözleşme cezasının iadesini de talep edemez. Oysa ferîlik ilkesinin bir gereği olarak asıl borcun geçersiz olduğu durumda, sözleşme cezasının da geçersiz olması gerekmektedir. Dolayısıyla hükümde geçen ifade aslında asıl borcun geçersiz olduğu durumlar bakımından kesin hükümsüzlüğe işaret etmektedir (Oser/Schönenberger, Art. 160, para. 2; Bilge, Cezai Şart, s. 67; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 77). Fakat *Yağcıoğlu*'nun isabetli olarak işaret ettiği şekilde asıl borcun geçersiz olmayıp ifa imkânsızlığı nedeniyle sona erdiği durum bakımından, farklı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bu hâllerde sözleşme cezası kesin hükümsüz olmayacak; asıl borcun sona ermesine bağlı olarak sona erecektir (Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 113).

[422] Erdem, Clause pénale, s. 93; Tunçomağ, s. 81.

[423] ATF 73 II 158, c. 2. Aynı yönde bkz. CR CO I-Mooser, Art. 163 para. 4 dn. 7; Tunçomağ, s. 81; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 163.

koşulları da kesin hükümsüzdür. Örneğin Yargıtay vermiş olduğu bir kararda, işçinin iktisaden mahvına sebep olacak düzeyde geniş bir alanı kapsadığı için geçersiz olan rekabet yasağı anlaşmasında kararlaştırılmış olan ceza koşulunun da geçersiz olacağına hükmetmiştir[424].

Henüz sözleşmenin kurulduğu sırada konusu objektif olarak imkânsız olan borçlara ilişkin kararlaştırılan ceza koşulları, asıl borcun kesin hükümsüzlüğünün sözleşme cezasına sirayet etmesi nedeniyle kesin hükümsüz olacaktır[425]. Yargıtay'ın, imar yasağı bulunan bölgede inşaat yapılmasını öngördüğü için geçersiz olan inşaat sözleşmesinde kararlaştırılan ceza koşulunun geçersiz olacağına hükmettiği kararı, bu tespiti örneklemektedir[426]. Keza imar mevzuatı sebebiyle kiralayanın kiralananı inşa edip kiracıya teslim edemeyeceği için geçersiz olan kira sözleşmesinde kararlaştırılan ceza koşulunun da yine bu bağlamda bir örnek teşkil etmektedir[427]. Bununla birlikte borçlunun sözleşme kurulduğu esnada borcun konusunun imkânsız olduğunu bilebilecek durumda olduğu ihtimalde, alacaklıya karşı *culpa in contrahendo* sorumluluğunun gündeme gelebileceği gözden kaçırılmamalıdır[428]. Öte yandan tarafların her ikisi de sözleşme kurulduğu esnada borcun konusunun objektif olarak imkânsız olduğunu bilebilecek durumdaysa, gerçek olmayan sözleşme cezasının varlığının değerlendirilmesi uygun olacaktır[429].

Asıl borcun doğduğu hukuki işlemin gerekli şekil şartına riayet etmeme nedeniyle geçersiz olduğu durumda, bu geçersizlik ceza koşuluna da sirayet edecektir. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir. Taşınmaz satış sözleşmesinin resmi şekilde yapılmadığı bir olayda Yargıtay, öncelikle bu sözleşmenin geçersiz olacağını belirtmiş; ardından bu sözleşmeden doğan taşınmaz mülkiyetini devir borcunun yerine getirilmemesi durumu için kararlaştırılmış ceza koşulunun geçersiz olacağını ortaya koymuştur[430]. Yine başka bir kararda, noterde düzenleme şeklinde yapılması gerekirken adi yazılı şekilde yapıldığı için geçersiz olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan borçlara ilişkin kararlaştırılan ceza koşulunun geçersiz olacağı

[424] Yarg. 11. HD, E. 2016/2751 K. 2017/1589, 16.3.2017 (Kazancı).
[425] CR CO I-Mooser, Art. 163 para. 4; Erdem, Clause pénale, s. 91; Aksoy, s. 1010.
[426] Yarg. 15. HD, E. 1988/4461 K. 1989/2129, 27.4.1989 (Kazancı).
[427] İlk karar için bkz. Yarg. 15. HD, E. 1988/4461 K. 1989/2129, 27.4.1989 (Kazancı). İkinci karar için bkz. Yarg. 13. HD, E. 1984/2594 K. 1984/4113, 29.5.1984 (Kazancı). Bu kararların başlangıçtaki objektif imkânsızlık perspektifinin yanı sıra, hukuka aykırılık perspektifinden değerlendirilmesi de mümkündür.
[428] Aksoy, s.1010.
[429] Erdem, Clause pénale, s. 23.
[430] Yarg. 13. HD, E. 1984/6592 K. 1984/8181, 24.12.1984 (Kazancı).

belirtilmiştir[431]. Bu sonuç, asıl borcun geçersizliğini sözleşme cezasına sirayet ettiren ferîlik ilkesinin bir gereğidir. Kaldı ki asıl borcun doğduğu hukuki işlemin geçerliliğinin kanun tarafından belirli bir şekle tâbi tutulduğu durumda, bu borca ilişkin ceza koşulunun da aynı şekle riayet etmesi gerekmektedir[432]. Bununla birlikte şekle aykırılığı ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği hâllerde, hukuki işlem geçerliymiş gibi sonuç doğuracağı için sözleşme cezasının da geçerli olacağını kabul etmek gerekmektedir[433].

Böyle bir kesin hükümsüzlük hâlinin söz konusu olmadığı, irade sakatlıklarına veya aşırı yararlanmaya bağlı olarak iptal edilebilirliğin söz konusu olduğu durumda ise asıl borcun ve ceza koşulunun kaderi bir süreliğine askıdadır. İradesi sakatlanan veya aşırı yararlanılan taraf, iptal hakkını kullandığı takdirde hem asıl borç hem de ceza koşulu geriye etkili olarak kesin hükümsüz hâle gelir. Buna karşılık iptal hakkının kullanılmadığı ve işlemin onandığı durumda hem asıl borç hem de sözleşme ceza koşulu en baştan itibaren geçerli olarak telakki edilecektir[434]. Bu noktada iptal edilebilirlik durumunda ceza koşulu taahhüt edilmesinin özel bir sonucuna da değinilmesi yerinde olur. İradesi sakatlanan veya aşırı yararlanılan kişi, bu irade sakatlığını veya aşırı yararlanmayı oluşturan durum sona erdikten sonra (yani irade sakatlığında yanılma veya aldatılma öğrenildikten yahut korkutmanın etkisi ortadan kalktıktan sonra; aşırı yararlanmada düşüncesizlik veya deneyimsizlik öğrenildikten yahut zor durumda kalma ortadan kalktıktan sonra) asıl borca ilişkin bir ceza koşulu taahhüdünde bulunacak olursa örtülü bir onama beyanında bulunmuş kabul edilir[435].

b. Asıl Borcun Sona Ermesinin Ceza Koşulu Üzerindeki Etkisi

Sözleşme cezasının doğumu gibi devamı da asıl borca bağlıdır. Dolayısıyla asıl borcun sona ermesi, kural olarak ceza koşulundan doğan borcu da sona erdirecektir[436]. Bu husus TBK m. 131/I'de açıkça hüküm altına alınmıştır: *"Asıl borç*

[431] Yarg. 15. HD, E. 2007/413 K. 2008/157, 17.1.2008 (Kazancı).
[432] Ceza koşulunun şekline ilişkin bkz. *"İkinci Bölüm / I. / C. / 5. Ceza Koşulunun Şekli".*
[433] Erdem, Clause pénale, s. 98.
[434] Bilge, Cezai Şart, s. 72; Tunçomağ, s. 83-84; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 83; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 112.
[435] Tunçomağ, s. 84; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 84; Gökçeoğlu, s. 44; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 112.
[436] BSK OR I-Widmer/Constantini/Ehrat, Art. 160 para. 4; CR CO I-Mooser, Art. 163 para. 16; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 160 para. 9; Chappuis, s. 66; Erdem, Clause pénale, s. 84; Couchepin, Clause pénale, para. 405; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 345; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1584; H. Nomer, para. 237.1; Furrer/Müller-Chen/Çetiner, para. 1619; Berki, s. 288; Bilge, Cezai

ifa ya da diğer bir sebeple sona erdiği takdirde, rehin, kefalet, faiz ve ceza koşulu gibi buna bağlı hak ve borçlar da sona ermiş olur".

Bu çerçevede asıl borcu ve dolayısıyla sözleşme cezasını sona erdirecek hâller ile bunların ceza koşulu üzerindeki etkilerine genel olarak göz atalım. Borcu sona erdiren hâller, ifa, ibra, alacaklı ile borçlu sıfatının birleşmesi, yenileme, borçlunun sorumlu olmadığı ifa imkânsızlığı ve takastır. Asıl borcun henüz sözleşme cezası muaccel olmamışken bu hâllerden herhangi biri neticesinde sona ermesi, sözleşme cezasının da kural olarak sona ermesine yol açar. Ancak, ferîlik ilişkisinin ilanihaye sürmediği; sözleşme cezasının muaccel hâle geldikten sonra asıl borçtan bağımsızlaştığı önemle vurgulanmalıdır. Dolayısıyla sözleşme cezası muaccel olduktan sonra asıl borcun sona ermesinin, sözleşme cezasının üzerinde kural olarak herhangi bir etkisi olmayacaktır[437].

Genel kural bu yönde olmakla birlikte, ifa, yenileme ve borçlunun sorumlu olmadığı ifa imkânsızlığı hâllerindeki bazı istisnai durumlara ayrıca değinmekte fayda görüyoruz.

(1) Yukarıda, sözleşme cezası muaccel olmadan evvel asıl borcun sona ermesinin sözleşme cezasını da sona erdireceğini belirtmiştik. Ancak TBK m. 134/II, bu kurala, cari hesabın kesilmesi neticesinde borcun yenilenmesine ilişkin bir istisna getirmiştir. Esasen cari hesabın kesilmesi, borcun yenilenmesi ve dolayısıyla asıl borcun sona ermesi sonucunu doğurur. Buna göre ceza koşulunun yenilenmiş borç hakkında aksi taraflarca kararlaştırılmış olmadıkça hüküm ifade etmemesi beklenir. Fakat TBK m. 134/III uyarınca, *"Kalemlerden birinin güvencesi varsa, aksi kararlaştırılmadıkça, hesap kesilip sonucun kabul edilmiş olması, güvenceyi sona erdirmez."* Öğretide bazı yazarlar, ceza koşulunu teminat olarak değerlendirmekte ve bu hükmün kapsamına sokmaktadır[438]. Kanaatimizce ceza koşulunu teminat olarak nitelendirmek teknik olarak mümkün olmasa dahi, TBK m.134/II'nin amaçsal yorumunun ceza koşulunu da kapsadığı söylenebilir. Dolayısıyla ceza koşulunun, aksi taraflarca kararlaştırılmış olmasa bile, cari hesabın kesilmesi neticesinde yenilenmiş borç hakkında da hüküm ifade edeceğini kabul etmek doğru olur.

Şart, s. 72; Tunçomağ, s. 183; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 168; Cansel/Özel, s. 719; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 143; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 17.

[437] Bentele, s. 103; Bilge, Cezai Şart, s. 74; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 171.

[438] Bilge, Cezai Şart, s. 73; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 170.

(2) Yukarıda, sözleşme cezası muaccel olduktan sonra asıl borcun sona ermesinin sözleşme cezası üzerinde kural olarak herhangi bir etkisinin olmadığını belirtmiştik. Fakat bu kuralın, asıl borcun ifa ile sona erdiği hâl bakımından ifaya eklenen sözleşme cezasına özgü bir istisnası bulunmaktadır. Alacaklı asıl borcun ifasını, sözleşme cezası konusunda herhangi bir çekince koymaksızın kabul ettiği takdirde, ifaya eklenen sözleşme cezasına ilişkin hakkı TBK m. 179/II uyarınca sona erer[439]. Kanaatimizce bu istisna, yalnızca asıl borcun ifa ile sona erdiği durum ile sınırlı olarak uygulama alanı bulmalıdır; bunun dışında ibra yahut takas gibi borcu sona erdiren diğer hâllerde alacaklı herhangi bir çekince koymuş olmasa dahi sözleşme cezası sona ermez[440].

Öte yandan seçimlik sözleşme cezası bağlamında alacaklı, asıl borç ile sözleşme cezasından birini seçerek yalnızca onun ifasını talep edebilecektir. Dolayısıyla sözleşme cezası muaccel olduktan sonra asıl borcun ifa ile sona ermiş olması, sözleşme cezasını da sona erdirir.

(3) Son olarak ifa imkânsızlığı meselesine değinelim. İfa imkânsızlığının hukuki sonuçlarını, borçlunun imkânsızlıktan sorumlu tutulabileceği ve tutulamayacağı durumlar bakımından ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir. Borçlu ifa imkânsızlığından ötürü sorumlu tutulamıyorsa, asıl borç ve buna bağlı olarak sözleşme cezası sona erecektir[441]. Bununla birlikte tarafların, ifanın borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsızlaşması durumunda dahi borçlunun sözleşme cezasını ifa etmekle sorumlu olacağı konusunda anlaşmaları, TBK m. 182/II uyarınca mümkündür. Böyle bir anlaşma mevcutsa ifa imkânsızlığı asıl borcu sona erdirmesine rağmen sözleşme cezası varlığını sürdürür. Artık asıl borç sona erdiği için alacaklı yalnızca sözleşme cezasının ifasını talep edebilecektir. Bu bağlamda ferîlik ilkesinin bertaraf edilmiş olması nedeniyle, gerçek olmayan sözleşme cezasından bahsedilmesi doğru olur[442]. Ancak ceza koşuluna ilişkin TBK

---

[439] Bu konuda detaylı bilgi için bkz. *"Dördüncü Bölüm / IV. / B. / 3. / b. Asıl Borcun İfasını Çekincesiz Kabul"*.

[440] Sözleşme cezası muaccel olduktan sonra asıl borcun takas veya ibra ile sona ermesinin, kural olarak ifaya eklenen sözleşme cezasını sona erdirmeyeceği yönünde bkz. Arkan, s. 87. Asıl alacağın takas, ibra veya yenileme ile sona ermesi durumunda, alacaklının cezayı isteyebilmesinin bu hakkını saklı tutmuş olmasına bağlı olduğu yönünde bkz. H. Nomer, para. 239.4.

[441] KUKO OR-Pietruszak, Art. 163 para. 4; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1011; Couchepin, Clause pénale, para. 406; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 80.

[442] Bentele, s. 30; Couchepin, Clause pénale, para. 1086; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 87. Bağımsız bir garanti taahhüdünün varlığı yönünde bkz. KUKO OR-Pietruszak, Art. 163 para. 4; Gümüş, Borçlar

m. 179 vd.'nda düzenlenmiş olan hükümler, kıyasen de olsa uygulanabilirliğini sürdürür[443].

c. Asıl Alacağın Devri

Ceza koşulunun ilişkin olduğu asıl alacağın devri, bu devrin hangi anda gerçekleştiğine göre farklı neticelere yol açar. Dolayısıyla aşağıda öncelikle, asıl alacağın sözleşme cezası henüz muaccel olmadan evvel devredilmesi ihtimali incelenecek; ardından, bu devrin sözleşme cezası muaccel olduktan sonra gerçekleşmesinin sonuçları ele alınacaktır.

i. Asıl Alacağın Sözleşme Cezası Henüz Muaccel Olmamışken Devri

1. Asıl alacak, sözleşme cezası alacağı henüz muaccel olmadan evvel devredilmişse ferîlik ilkesinin bir uzantısı olarak sözleşme cezası alacağı da *ipso iure* (kanun gereği) devrolmuş sayılmalıdır[444]. Dolayısıyla sözleşme cezasının devrolmuş sayılması için, tarafların bu konuda ayrıca anlaşmalarına gerek yoktur.

Bu noktada Yargıtay'ın isabetsiz bir kararından hareketle, önemli bir ayrıma dikkat çekilmelidir. Sözleşme cezası alacağı yalnızca ilişkin olduğu, yani gereği gibi ifa edilmezse kendisini tetikleyecek olan asıl alacağın devredilmesi durumunda devrolmuş sayılır. Ceza koşulu anlaşmasının içinde bulunduğu sözleşmeden doğan fakat gereği gibi ifa edilmemesi bu sözleşme cezasını tetiklemeyecek herhangi bir alacağın devri, sözleşme cezası alacağının da devrolmuş sayılmasına yol açmaz. Bununla birlikte Yargıtay'ın arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine ilişkin bir kararında bu hususa dikkat edilmediği görülmektedir. Şöyle ki ülkemizde yaygın olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uygulaması çerçevesinde yükleniciler, arsa maliklerine karşı sahip oldukları arsa payının devri alacağını henüz inşaat tamamlanmadan evvel üçüncü kişilere devretmektedir. İşte Yargıtay, bu arsa payının devri alacağını devralmış olan üçüncü kişileri, yüklenicinin inşaatı gereği gibi tamamlanması durumunda ifa etmesi kararlaştırılmış olan sözleşme cezasından da

---

Genel, s. 1018 dn. 1133; Aksoy, s. 1008. Garanti sözleşmesi benzeri bağımsız bir alacağın varlığı yönünde bkz. Gümüş, Borçlar Genel, s. 1018 dn. 1133.

[443] BSK OR I-Widmer/Constantini/Ehrat, Art. 163 para. 9; KUKO OR-Pietruszak, Art. 163 para. 4; Aksoy, s. 1008 dn. 57; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1018 dn. 1133.

[444] BK OR-Becker, Art. 160 para. 25; CR CO I-Mooser, Art. 160 para. 1; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 160 para. 10; KUKO OR-Pietruszak, Art. 160 para. 5; Erdem, Clause pénale, s. 86; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 22; Göktürk, s. 594; Bilge, Cezai Şart, s. 74; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 159; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 17.

sorumlu tutmuştur[445]. Oysa sözleşme cezası alacağı, yüklenicinin alacaklısı olduğu arsa payının devri alacağının değil; yüklenicinin borçlusu olduğu inşaatı gereği gibi tamamlama borcunun ferîsi niteliğindedir. Dolayısıyla yüklenicinin arsa payının devrine ilişkin alacağını devretmesi, kendisinin borçlusu olduğu ve arsa payının devri alacağına bağlı olmayan sözleşme cezasının üzerinde herhangi bir etki yaratmaz.

2. Alacağın devrine ilişkin çözülmesi gereken bir diğer önemli mesele, tarafların aralarında yapacakları bir anlaşma ile asıl alacak ile sözleşme cezası alacağının birbirlerinden bağımsız olarak devredilmesini sağlayıp sağlayamayacaklarıdır.

Bazı yazarlar, ferîlik ilkesinin bir gereği olarak, asıl alacak ile sözleşme cezası alacağının birbirlerinden bağımsız olarak devredilmesinin sözleşme cezasının henüz muaccel olmadığı safhada mümkün olmadığını; bunun aksine anlaşma yapılamayacağını savunmaktadırlar[446]. Buna karşılık katıldığımız hâkim görüş, tarafların yalnızca asıl alacağın veya sözleşme cezası alacağının devri konusunda anlaşmalarının mümkün olduğunu belirtmektedir[447]. Zira ferîlik ilkesi, sözleşme cezasının doğumu, devamı ve ileri sürülebilirliğinin asıl alacağa bağlı olması konusunda kendisini gösterir. Bunun ötesinde asıl alacak ile sözleşme cezasının alacaklılarının aynı kişi olmasını zorunlu kılmaz.

Bu görüş kabul edildiği takdirde, asıl alacak ve sözleşme cezasının birbirlerinden bağımsız olarak devredilmesinin sonuçlarının ayrıca incelenmesi gerekecektir. Zira asıl alacak ile sözleşme cezasının alacaklılarının farklı kişiler olması beraberinde bazı sorunlar getirecektir.

---

[445] Yarg. 14. HD, E. 2007/427 K. 2007/4637, T. 20.4.2007 (Kazancı): *"Arsa payı devri karşılığı inşat yapım sözleşmesinin yüklenicisi olan taraf, sözleşmede aksine hüküm yoksa teslim borcunu ([818 sayılı] B.K. m. 364) yerine getirdiğinde arsa sahibine karşı kazandığı kişisel hakkını (bağımsız bölüm tapusunun devrini) doğrudan ondan isteyebileceği gibi Borçlar Kanunu'nun 162. maddesi hükmünden yararlanarak yine aksine sözleşme hükmü yoksa arsa sahibinin rızası gerekmeden üçüncü kişilere yazılı olmak koşuluyla ([818 sayılı] B.K. m. 163) devir ve temlik edebilir. (...) [Y]üklenicinin borcu kapsamında kalan eserdeki ayıp ve eksikliklerden ve koşullar yerinde ise arsa sahibinin isteyebileceği cezai şart alacağı ile sözleşmedeki diğer alacaklardan ve ayrıca kanundan kaynaklanan arsa sahibinin diğer alacaklarından da ondan temellük edilen kişisel hakkın ifasını isteyen üçüncü kişi de sorumludur."*

[446] Bu doğrultuda bkz. Berki, s. 289. Borçlunun sözleşme cezasına ilişkin taahhüdüyle alacaklıya tanıdığı cezalandırma hakkının asıl alacaktan ayrılıp devredilemeyeceği; ancak sözleşme cezasının konusuna ilişkin talebin devredilebileceği yönünde bkz. Schoch, s. 50-51. İfaya eklenen sözleşme cezasının asıl alacaktan bağımsız devrinin muacceliyetten önce de mümkün olduğu; fakat seçimlik sözleşme cezasının muacceliyetten önce asıl alacaktan bağımsız devredilemeyeceği yönünde bkz. Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 169.

[447] BK OR-Becker, Art. 160 para. 25; Erdem, Clause pénale, s. 87; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 22; Bilge, Cezai Şart, s. 75; Tunçomağ, s. 89; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 158 dn. 11.

(a) Alacaklının sözleşme cezasını kendi uhdesinde muhafaza edip *asıl alacağı devretmiş* olduğu ihtimalde, ceza koşulunun türüne göre farklı sorunlar gündeme gelir.

Seçimlik bir ceza koşuluna ilişkin olarak çözülmesi gereken en önemli mesele, asıl borç ile sözleşme cezasından hangisinin ifasının talep edileceği konusundaki seçim hakkının kime ait olduğudur. Bu seçim hakkı, tarafların aksini kararlaştırmaları mümkün olmakla birlikte kural olarak asıl alacağı devralana aittir. Zira seçim hakkı, asıl alacağa bağlıdır[448]. Asıl alacağı devralan, seçim hakkını genellikle asıl borcun ifası ve buna bağlı hukuki çarelere başvuru yönünde kullanacak; sözleşme cezasını kendi uhdesinde muhafaza edip asıl alacağı devredenin ise eli boş kalacaktır.

İfaya eklenen bir ceza koşulunun varlığı durumunda, hem sözleşme cezasının hem de asıl borcun ifasının talep edilmesi mümkün olduğu için, herhangi bir seçim hakkı sorunu söz konusu olmayacaktır. Sözleşme cezasının ifasını asıl alacağı devreden kişi; asıl borcun ifasını ise asıl alacağı devralan kişi talep edebilecektir. Ancak burada da şöyle bir sorun mevcuttur: Asıl alacağı devralan, ifayı çekincesiz olarak kabul ettiği takdirde asıl alacağı devreden, TBK m. 179/II uyarınca sözleşme cezasının ifasını talep etme hakkını yitirecektir. Bu durumda asıl alacağı devreden kişinin asıl alacağı devralan kişiyi ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmasından ötürü sorumlu tutmasının mümkün olup olmadığı sorunu gündeme gelecektir. *Erdem,* asıl alacağı devralan kişinin kural olarak bu durumdan ötürü sorumlu tutulamayacağı görüşündedir. Kanaatimizce de bu görüşe itibar edilmelidir. Zira aksi kararlaştırılmadığı veya dürüstlük kuralı aksini gerektirmediği müddetçe asıl alacağı devralanın, ifayı kabul ederken çekince koymak konusunda herhangi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır[449]. Asıl alacağı devreden kişi bu tasarrufta bulunurken, devralana böyle bir yükümlülük yüklemediyse bunun sonuçlarına katlanmalıdır.

Münhasır bir ceza koşulunun bağlantılı olduğu asıl alacağın devredilmiş olması durumunda ise asıl alacağı devreden, sözleşme cezasının ifasını talep edebilecekken; asıl alacağı devralan, herhangi bir talepte bulunamayacaktır. Bu ihtimalde asıl alacağı devralanın, devredeni mevcut durumdan ötürü sorumlu tutup

[448] BK OR-Becker, Art. 160 para. 25; Erdem, Clause pénale, s. 87; Bilge, Cezai Şart, s. 75.
[449] Erdem, Clause pénale, s. 88.

tutamayacağı sorusu gündeme gelecektir. Asıl alacak bir edim karşılığı olmaksızın devredilmişse, devredenin herhangi bir sorumluluğu doğmaz. Zira alacağı devredenin, edim karşılığı olmaksızın devredilmiş olan alacaklara ilişkin olarak herhangi bir garanti sorumluluğu bulunmamaktadır (TBK m. 191/II). Kaldı ki münhasır bir ceza koşulunun kararlaştırıldığı asıl alacağı devralmış olan kişi, ifanın gerçekleşmemesi durumunda elinin boş kalacağını da en baştan bilebilecek durumdadır[450]. Fakat asıl alacak bir edim karşılığında devredilmişse meseleyi, devredenin kanuni garanti sorumluluğunu da dikkate alarak incelemek gerekecektir[451]. Alacağı bir edim karşılığında devreden kişi, devir sırasında alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu garanti etmiş sayılır (TBK m. 191/I). Ancak bilindiği üzere bu kanuni garanti sorumluluğunun aksinin taraflarca kararlaştırılması veya hâl ve şartlardan anlaşılması mümkündür[452]. Nitekim münhasır bir ceza koşulu ile bağlantılı olan asıl alacağın devredilmesinde de taraflar aksini açıkça kararlaştırmış olmasalar bile, hâl ve şartlar icabı herhangi bir garanti sorumluluğunun bulunmadığının kabul edilmesi gerekmektedir[453]. Zira böyle bir asıl alacağı devralmış olan kişi, ifanın gereği gibi gerçekleşmemesi durumunda elinin boş kalacağını en baştan bilebilecek durumdadır. Diğer yandan asıl alacağı devreden kişi, asıl alacağı devralan kişiyi ceza koşulunun münhasır niteliği konusunda bilgilendirmemişse farklı bir sonuca varmak gerekecektir. Böyle bir durumda asıl alacak ister edim karşılığında ister edim karşılığı olmaksızın devredilmiş olsun, alacağı devralan kişinin bundan ötürü alacağı devralan kişiye irade sakatlıkları gibi çeşitli hükümleri esas alarak başvurması mümkün olacaktır.

Farklı ceza koşulu türlerine ilişkin olarak yukarıda incelenmiş sorunlar bir yana, tüm ceza koşulu türlerine ilişkin ortak bir sorun da asıl alacağı devralan kişinin bu alacak üzerindeki tasarruflarının sonuçlarını tespit etmektir. Asıl alacak ile sözleşme cezası arasındaki ferîlik ilişkisi, bu borçların alacaklıları başka kişiler olsa dahi varlığını sürdürmektedir. Dolayısıyla asıl alacağı devralan kişinin herhangi bir tasarrufu neticesinde asıl alacağın geçersiz hâle gelmesi veya sona ermesi, sözleşme cezasını da geçersiz hâle getirir veya sona erdirir. Bu durumda asıl alacağı devreden kişinin asıl alacağı devralanı uğramış olduğu zarardan ötürü sorumlu tutabilmesi, aksi kararlaştırılmadığı veya dürüstlük kuralı aksini gerektirmediği müddetçe

[450] Erdem, Clause pénale, s. 87.
[451] Erdem, Clause pénale, s. 87.
[452] Baki İlkay Engin, Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Ankara 2002, s. 69-70.
[453] Erdem, Clause pénale, s. 88.

mümkün değildir. Zira kendisi, bu devretme tasarrufunda bulunurken bu gibi durumları göz önüne almış olmalıdır; tasarrufunun sonuçlarına katlanması gerekmektedir.

(b) Alacaklının asıl alacağı kendi uhdesinde muhafaza edip *sözleşme cezası alacağını devretmiş* olduğu ihtimalde, ceza koşulunun türüne göre farklı sorunlar gündeme gelir.

Seçimlik bir ceza koşulunun varlığı durumunda yine asıl borç ile sözleşme cezasından hangisinin ifasının talep edileceği konusundaki seçim hakkının kime ait olduğu sorusu gündeme gelecektir. *Erdem* bu soruyu, sözleşme cezasının devrinin bir edim karşılığında gerçekleşip gerçekleşmediğini esas alan bir ayrım yaparak yanıtlamaktadır. Yazara göre, devir bir edim karşılığı olmaksızın gerçekleşmiş ise sözleşme cezasını devreden, seçim hakkını kendisi kullanacaktır. Dolayısıyla asıl borcun ifasını talep edebilecek ve buna bağlı olarak sözleşme cezasını devralanın elinin boş kalmasına sebep olabilecektir. Aksi yönde bir taahhütte bulunmamışsa, bu seçiminden ötürü sözleşme cezasını devralana karşı herhangi bir sorumluluğu da söz konusu olmayacaktır[454]. Diğer yandan devir bir edim karşılığında gerçekleşmiş ise konuyu alacağı devredenin garanti sorumluluğu ışığında değerlendirmek gerekecektir. Zira alacağı devredenin garanti sorumluluğu, öğretide TBK m. 191/I'in lafzının ötesine geçecek şekilde geniş yorumlanmaktadır. Buna göre alacağı devreden, alacağın tahsil edilmesini kendi davranışlarıyla engellememe yükümlülüğü altındadır. Durum böyleyken yazar, seçim hakkının sözleşme cezasını devralana geçmesinin daha adil olduğunu belirtmektedir[455]. *Tunçomağ* ise böyle bir ayrım yapmamakta; seçim hakkının her halükârda sözleşme cezasını devralmış olan tarafa geçeceğini belirtmektedir[456]. *Kanaatimizce* ne *Erdem*'in ne de *Tunçomağ*'ın görüşüne katılmak mümkündür. Bu konuda sözleşme cezasının devrinin bir edim karşılığında gerçekleşip gerçekleşmediğinin herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Bunun yerine, seçim hakkının asıl alacağa bağlı olduğu ilkesinden hareket edilmelidir. Dolayısıyla seçim hakkı, sözleşme cezası alacağını devretmiş olmasına rağmen asıl alacağı kendi uhdesinde tutan kişiye aittir[457]. Fakat bu kişi seçim hakkını

[454] Erdem, Clause pénale, s. 88.
[455] Erdem, Clause pénale, s. 88.
[456] Tunçomağ, s. 89-90.
[457] Aynı yönde bkz. BK OR-Becker, Art. 160 OR para. 25; Bilge, Cezai Şart, s. 75. Böyle bir durumda sözleşme cezası alacağının temliki sözleşmesinin, asıl alacağın alacaklısının seçim hakkını sözleşme cezasından yana kullanması koşuluna bağlandığı yönünde bkz. Gümüş, Borçlar Genel, s. 1029.

asıl borcun ifasından yana kullanacak olursa, alacağın tahsil edilmesini kendi davranışlarıyla engellemiş olur. Bu durumda devir ister edim karşılığı olmaksızın ister edim karşılığında gerçekleşmiş olsun, devir borcunu gereği gibi ifa etmemiş olduğu için TBK m. 112 uyarınca sorumlu tutulabilecektir. Alacağı devredenin alacağın tahsil edilmesini temlik anından sonra kendi davranışlarıyla engellemesi, garanti sorumluluğu kapsamında değil; devir borcunu gereği gibi ifa kapsamında değerlendirilmesi gereken bir sorundur[458].

İfaya eklenen bir ceza koşulu mevcutsa, sözleşme cezasının ifasını, sözleşme cezası alacağını devralan kişi; asıl borcun ifasını ise asıl alacağı kendi uhdesinde tutup sözleşme cezası alacağını devreden kişi talep edebilecektir. Ancak bu noktada asıl alacağı kendi uhdesinde tutup sözleşme cezası alacağını devreden kişinin, ifayı çekincesiz olarak kabul etmesinin sonuçlarını değerlendirmek gerekecektir. Bu durumda sözleşme cezası alacağını devralan kişi, TBK m. 179/II uyarınca sözleşme cezasının ifasını talep etme hakkını yitirecektir. Buna bağlı olarak sözleşme cezası alacağını devretmiş olan kişinin, ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmasından ötürü sorumluluğuna başvurmanın mümkün olup olmadığı sorusu gündeme gelecektir. *Erdem* bu soruyu yine sözleşme cezası alacağının devrinin bir edim karşılığında gerçekleşip gerçekleşmediğini esas alan bir ayrım yaparak, alacağı devredenin garanti sorumluluğu ışığında yanıtlamaktadır[459]. *Kanaatimizce* buradaki mesele, tıpkı yukarıdaki gibi alacağı devredenin alacağın tahsil edilmesini kendi davranışlarıyla engellemesinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla sorunun garanti sorumluluğu kapsamında değil; devir borcunu gereği gibi ifa kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir[460]. Bu konuda edim karşılığı olmaksızın gerçekleşmiş devirler ile edim karşılığında gerçekleşmiş devirler arasında bir ayrım yapılmasına yer yoktur. Sözleşme cezası alacağını devreden, ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmakta kusurluysa TBK m. 112 uyarınca sorumlu tutulabilecektir. Örneğin gecikmiş olduğu bilinebilecek ifa çekincesiz olarak kabul edilmişse, TBK m. 112 uyarınca sorumluluk doğar. Buna karşılık gereği gibi gerçekleşen bir ifanın çekincesiz olarak kabul edilmiş olması, devir borcunu gereği gibi bağlamında kusurlu davranış teşkil etmeyecek ve TBK m. 112 uyarınca sorumluluk doğmayacaktır. İfaya eklenen bir sözleşme cezası alacağı devralmış olan kişinin,

[458] Bu konuda bkz. Engin, s. 112-114.
[459] Erdem, Clause pénale, s. 90.
[460] Bu konuda bkz. Engin, s. 112-114.

borcun gereği gibi ifa edilebileceği ihtimalini göz önünde bulundurması ve bu duruma katlanması gerekmektedir.

Münhasır bir ceza koşulunun kararlaştırılmış olması durumunda sözleşme cezası alacağının devri, nispeten sorunsuz bir ihtimaldir. Sözleşme cezası alacağını devralan bu cezanın ifasını talep edebilecek; asıl alacağı kendi uhdesinde tutup sözleşme cezasını devreden ise herhangi bir talepte bulunamayacaktır[461].

ii. Asıl Alacağın Sözleşme Cezası Muaccel Olduktan Sonra Devri

Asıl alacak devredildiği zaman sözleşme cezası alacağı hâlihazırda muaccel durumdaysa, ferîlik ilkesi söz konusu olmayacaktır. Artık sözleşme cezası bağımsızlaşmıştır. Buna göre, sözleşme cezası alacağının asıl alacakla birlikte *ipso iure* (kanun gereği) devredildiği kabul edilemez[462]. Asıl alacağı devreden ve devralanın bunun aksini kararlaştırmaları ve asıl alacağın yanı sıra sözleşme cezası alacağının da devredilmesi ise pekâlâ mümkündür.

d. Asıl Borcun Üstlenilmesi

1. Üçüncü bir kişi, ifası konusunda ceza koşulu kararlaştırılmış olan bir asıl borcu üstlendiği zaman, sözleşme cezasını da üstlenmiş sayılır mı? Kanaatimizce bu sorunun, asıl borç üstlenildiği anda sözleşme cezasının muaccel olup olmadığına göre bir ayrım yapılarak yanıtlanması gerekmektedir

Asıl borç üstlenildiği anda henüz muaccel olmayan bir sözleşme cezasının borcu üstlenen kişiye geçmesi, ferîlik ilkesinin bir gereği olarak *ipso iure* (kanun gereği) gerçekleşir. Zira borcu üstlenen kişi, üstlenmiş olduğu borcu tüm ferîleriyle birlikte üstlenmiş olur. Buna karşılık asıl borcun üstlenilmesi anında zaten muaccel olmuş bir sözleşme cezasının borcu üstlenen kişiye geçip geçmeyeceği tartışmalı bir konudur[463]. Katılmakta olduğumuz hâkim görüş uyarınca, borcun dış üstlenilmesine ilişkin sözleşmeden aksi anlaşılmadıkça, üstlenme anında zaten muaccel olmuş olan

[461] Erdem, Clause pénale, s. 90.
[462] CR CO I-Mooser, Art. 160 para. 1; Bentele, s. 101; Erdem, Clause pénale, s. 86; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 22; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1029; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1603; Bilge, Cezai Şart, s. 75; Arkan, s. 86-87; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 160; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 16.
[463] Bu tartışma hakkında bkz. Zafer Kahraman, Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi (Borcun Nakli), İstanbul 2013, s. 252 vd.

sözleşme cezasının da borcu üstlenen kişiye geçeceği kabul edilmelidir[464]. Fakat bu durum, *Kocaağa* ile *Yağcıoğlu*'nun aksi yöndeki fikirlerine rağmen ferîlik ilkesi ışığında açıklanamaz[465]. Zira *Erdem* tarafından isabetli olarak ifade edildiği üzere sözleşme cezası, muaccel olmakla birlikte ferîliğini kaybetmiş; bağımsız bir nitelik kazanmıştır. Buna rağmen sözleşme cezasının borcu üstlenen kişiye geçmesinin sebebi, tarafların borcun üstlenilmesine ilişkin hukuki işlemdeki varsayılan iradeleridir. Borcun üstlenilmesi, alacaklı ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında kurulan bir hukuki işlemdir. Bu hukuki işlemde alacaklının iradesi, önceki borçlu ile olan hukuki ilişkisini sona erdirmeye ve bu ilişkiyi borcu üstlenen kişiyle devam ettirmeye; borcu üstlenen kişinin iradesi ise önceki borçluyu bu borçtan tamamen kurtarmaya yöneliktir. Durum böyle iken borcun üstlenilmesi, sözleşme cezasının da kural olarak üstlenilmiş sayılmasına yol açacaktır[466].

Buna göre borçlunun kişiliğine özgü nitelik taşıyan sözleşme cezalarının, borcun üçüncü kişi tarafından üstlenilmesiyle birlikte sona erdiğini kabul etmek gerekecektir[467]. Zira borçlunun kişiliğine özgü bir sözleşme cezasının üçüncü kişi tarafından üstlenilmiş sayılması mümkün değildir. Bu durum hakkaniyete de uygundur. Borcun üçüncü kişi tarafından üstlenilmesi konusunda rıza gösteren alacaklının, böyle bir sözleşme cezasının borcu üstlenen kişiye geçmeyeceğini hesap etmesi gerekmektedir.

2. Tartışılması gereken bir diğer mesele, asıl borç ile sözleşme cezasının birbirlerinden bağımsız olarak üstlenilmesinin mümkün olup olmadığıdır.

Erdem ile *Tunçomağ*, sözleşme cezasının muaccel olmasından önceki aşama için de sonraki aşama için de bu soruyu olumlu olarak yanıtlamaktadır[468]. Buna karşılık öğretideki bazı yazarlar, sözleşme cezası henüz muaccel olmamışken üçüncü bir kişinin asıl borç veya sözleşme cezasından yalnızca birisini üstlenmesinin ceza koşulu kavramının karakterini bozacağını belirtmektedir. Ceza koşulu, asıl borcun

[464] Aynı yönde bkz. BK-Becker, Art. 178 para. 2; Tschäni/Gaberthüel, Art. 178, Corinne Widmer Lüchinger / David Oser (ed.), Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1–529 OR 2020, Art. 178 para. 1; Erdem, Clause pénale, s. 89; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1029; Kahraman, s. 253. Aksi yönde bkz. Arkan, s. 86-87.

[465] Sözleşme cezasının muaccel olup olmadığına bakmaksızın konuyu genel olarak ferîlik ilkesi doğrultusunda değerlendiren ve ifası konusunda ceza koşulu kararlaştırılmış olan bir borcu üstlenen kişinin sözleşme cezasını da üstlenmiş sayılacağını belirten görüş için bkz. Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 161; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 146.

[466] Erdem, Clause pénale, s. 89; Kahraman, s. 253.

[467] Erdem, Clause pénale, s. 89.

[468] Erdem, Clause pénale, s. 89; Tunçomağ, s. 90.

borçlusunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi hâlinde ceza olarak bir edim ifa etmeyi taahhüt etmesini konu almaktadır. Asıl borcun borçlusu ile sözleşme cezasının borçlularının başka kişiler olması, bu kurguyu bozacaktır[469]. Bu eleştiride ciddi bir haklılık payı mevcuttur. Asıl borcun borçlusu ile sözleşme cezasının borçlusunun aynı kişi olması, henüz sözleşme cezasının muaccel olmadığı aşama bakımından zorunludur. Zira ceza koşuluna karakterini veren asli işlev, borcun borçlusunu ifaya zorlamaktır. Asıl borcun borçlusu ile sözleşme cezasının borçlusunun farklı kişiler olduğu kurguda, bu işlev yerine gelemez[470]. Yine de kanaatimizce tarafların asıl borç ile sözleşme cezasından yalnızca birinin üçüncü kişi tarafından üstlenilmesi konusundaki anlaşmalarının geçersiz kabul edilmesi yerinde olmaz. Bunun yerine tarafların anlaşması geçerli olarak mütalaa edilmeli ve asıl borç ile sözleşme cezasının borçlularının bundan böyle farklı kişiler olduğu kabul edilmelidir. Zira tarafların irade serbestisi çerçevesinde ceza koşulunun karakterini bozmaları pekâlâ mümkündür. Fakat böyle bir anlaşmanın varlığı durumunda artık teknik anlamda bir ceza koşulunun varlığından bahsedilemeyecektir[471].

Öte yandan ceza koşulu, asıl borç ihlal edildikten ve sözleşme cezası muaccel olduktan sonra, borçluyu asıl borcun ifasına zorlama işlevini kaybeder. Bu aşamada sözleşme cezası borcunun, asıl borcun borçlusundan başka üçüncü bir kişi tarafından TBK m. 196 uyarınca üstlenilmesinin önünde herhangi bir engel kalmamış olur. Asıl borç ile sözleşme cezasının borçluları farklı kişiler olsa dahi, yine de teknik anlamda bir ceza koşulu mevcuttur.

e. Savunmalar ve Özellikle Zamanaşımı

Asıl borca ilişkin olarak ileri sürülebilecek itiraz ve defilerin, sözleşme cezasının ifası talebine karşı da ileri sürülmesi mümkündür[472]. Bu çerçevede zamanaşımı konusuna özel olarak değinilmesi yerinde olacaktır.

Asıl borç henüz sözleşme cezası muaccel olmadan evvel zamanaşımına uğradığı takdirde, sözleşme cezası da zamanaşımına uğramış olur. Borçlu, sözleşme

[469] Bilge, Cezai Şart, s. 75; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 161 dn. 15. Böyle bir anlaşmanın üçüncü kişinin fiilini taahhüt teşkil edeceği yönünde bkz. Gümüş, Borçlar Genel, s. 1029.
[470] Bu konuda bkz. *"İkinci Bölüm / I. / C. / 2. Taraflar"*.
[471] Atipik bir ceza koşulunun mevcut olacağı yönünde bkz. Bentele, s. 130-131.
[472] Bentele, s. 84; Erdem, Clause pénale, s. 85; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-II, İstanbul 1977, s. 389; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 344-345; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 171.

cezasının ifası talebine karşı zamanaşımı defini ileri sürebilecektir[473]. Bu durum, ferîlik ilkesinin bir yansımasıdır. Öte yandan sözleşme cezası bir kere muaccel olduktan sonra, ferîlik ilişkisi ortadan kalkar; asıl borcun zamanaşımına uğraması, sözleşme cezası üzerinde herhangi bir etki yaratmaz. Sözleşme cezası, kendi muacceliyet anından itibaren işlemeye başlayan bağımsız bir zamanaşımı süresine tâbi olur. Bu bağımsız zamanaşımı süresi dolmadığı müddetçe, borçlunun sözleşme cezasının ifası talebine karşı zamanaşımı defini ileri sürmesi mümkün değildir[474].

Anlaşılacağı üzere sözleşme cezasına ilişkin zamanaşımı, asıl borcun ihlal edildiği ve sözleşme cezasının muaccel olduğu anda işlemeye başlayacaktır. Bununla birlikte Yargıtay'ın, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden doğan borçların ifasına ilişkin kararlaştırılan ceza koşulları konusunda farklı bir uygulaması mevcuttur. Örneğin yüklenicinin inşaatı 1.3.2020 tarihinde teslim edeceğinin ve teslimde geciktiği her gün için iş sahibine 1.000 TL ödeyeceğinin kararlaştırıldığını varsayalım. Esasen doğru olan, 2 Mart tarihinden itibaren her gün 1.000 TL'lik sözleşme cezası meblağının muaccel olması ve her bir meblağ bakımından zamanaşımı süresinin kendi muacceliyet tarihinde işlemeye başlamasıdır. Yani 2 Mart tarihinde muaccel olan 1.000 TL için zamanaşımı süresi 2 Mart'tan; 3 Mart tarihinde muaccel olan 1.000 TL için zamanaşımı süresi 3 Mart'tan itibaren işlemelidir. Fakat Yargıtay, yüklenicinin inşaatı teslimde temerrüde düşmesi üzerine arsa sahiplerinin ifayı beklemeyi tercih edebileceğini ve hemen dava açmaya zorlanamayacağını; dolayısıyla yüklenici inşaatı tamamlayıp teslim edinceye kadar sözleşme cezasına ilişkin zamanaşımı süresinin işlemeye başlamayacağını belirtmektedir[475]. Bu uygulamanın zamanaşımı kurumunun ilkeleriyle bağdaştırılması, oldukça güç görünmektedir.

---

[473] BK OR-Becker, Art. 160 para. 9; Bentele, s. 107 dn. 507; Couchepin, Clause pénale, para. 724; Tunçomağ, s. 15; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 213 dn. 1. *Couchepin*, tarafların asıl borcun zamanaşımına uğraması durumu için ceza koşulu kararlaştırabileceklerini; böyle bir durumda asıl borcun zamanaşımına uğramasının, sözleşme cezasının ifasının talep edilebilmesini engellemeyeceğini aksine tetikleyeceğini belirtmektedir. Bu konuda bkz. Couchepin, Clause pénale, para. 725.

[474] BK OR-Becker, Art. 160 para. 27; Bentele, s. 107; Erdem, Clause pénale, s. 85; Tunçomağ, s. 15; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 213 dn. 1; Erdem, Zamanaşımı, s. 368-369.

[475] Yarg. 15. HD, E. 2020/1643 K. 2020/2512 T. 21.9.2020 (Kazancı): *"Dairemizin Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen yerleşik içtihat ve uygulamalarında arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerine dayalı gecikmeye bağlı cezai şart ve gecikme tazminatı taleplerinde, arsa sahipleri yüklenicinin temerrüdü üzerine hemen dava açmaya zorlanamayacakları ve ifayı bekleyerek gecikmeden doğan zararlarını isteyebileceklerinden zamanaşımı süresinin inşaatın tamamlanıp teslim edildiği tarihten itibaren işleyeceği kabul edilmektedir.* Aynı yönde bkz. Yarg.

Sözleşme cezasının tâbi olduğu zamanaşımı süresi, TBK m. 146 uyarınca kural olarak on yıldır. Bununla birlikte sözleşme cezasının dönemsel edim niteliği taşıdığı hâllerde (örneğin ifada gecikilen her ay için 1.000 TL ödeneceğinin kararlaştırıldığı durumda), zamanaşımı süresi TBK m. 147 b.1 uyarınca beş yıldır.

Asıl borcun tâbi olduğu zamanaşımı süresinin sözleşme cezasının tâbi olduğu zamanaşımı konusunda bir önemi bulunmamaktadır[476]. Zira ferî alacakların asıl alacaktan farklı bir zamanaşımı süresine tâbi olmasının önünde herhangi bir engel yoktur[477]; kaldı ki sözleşme cezası muaccel hâle geldiği anda ferî özelliğini zaten kaybeder. Buna göre örneğin eser sözleşmesinden doğan beş yıllık zamanaşımı süresine tâbi bir alacağa ilişkin sözleşme cezası, TBK m. 146 uyarınca on yıllık zamanaşımına tâbi olmalıdır. Ancak Yargıtay uygulaması ne yazık ki aksi yöndedir; eser sözleşmesinden doğan borçlara ilişkin sözleşme cezaları beş yıllık zamanaşımına tâbi tutulmaktadır[478].

f. Teminat Altına Alınma

Sözleşme cezasının ifasının kişisel veya ayni teminatlar vasıtasıyla teminat altına alınması şüphesiz mümkündür[479]. Bu bağlamda esas tartışma yaratabilecek sorun, sadece asıl borç teminat altına alındığında, teminat altına alınan alacağın kapsamına sözleşme cezasının da kendiliğinden dâhil olup olmayacağıdır. Bazı yazarlar, asıl borca ilişkin teminatın, sözleşme cezasını da ferî özelliği nedeniyle kural olarak kendiliğinden teminat altına alacağını; ancak tarafların bunun aksini kararlaştırabileceğini belirtmektedir[480]. Kanaatimizce bu sorunun, salt sözleşme cezasının ferî karakterinin esas alınması suretiyle tüm teminatlar bakımından genel

---

HGK, E. 2012/15-165 K. 2012/408 T. 27.6.2012 (Kazancı); Yarg. 15. HD, E. 2018/1714 K. 2019/552 T. 12.2.2019 (Kazancı).

[476] Bentele, s. 106; Erdem, Clause pénale, s. 190; Tunçomağ, s. 182; Erdem, Zamanaşımı, s. 53. Sözleşme cezasının tâbi olduğu zamanaşımı süresinin, asıl borcun tâbi olduğu zamanaşımı süresine eşit olduğu yönündeki aksi görüş için bkz. CR CO I-Pichonnaz, Art. 133 para. 3; Couchepin, Clause pénale, para. 726; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1029; Bilge, Cezai Şart, s. 63.

[477] Erdem, Zamanaşımı, s. 367.

[478] Örneğin bkz. Yarg. 15. HD, E. 2018/1714 K. 2019/552 T. 12.2.2019 (Kazancı): *"Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi, eser sözleşmesi ile birlikte satış vaadi sözleşmesinden oluşan karma bir akit olup eksik işler ve ayıplı imalâtların giderim bedeli, gecikme tazminatı ve cezai şart alacaklarında zamanaşımı süresi genel kural olarak sözleşme tarihinde yürürlükte bulunan 818 Sayılı Borçlar Kanunu 126/4 ve 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 147/6. maddesi gereğince 5 yıllık zamanaşımı süresine tabidir."* Aynı yönde bkz. Yarg. 15. HD, E. 2007/7205 K. 2008/1513 T. 10.3.2008 (Kazancı); Yarg. 15. HD, E. 2004/56 K. 2004/3638 T. 29.6.2004 (Kazancı).

[479] CR CO I-Mooser, Art. 160 para. 3; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 163 para. 31; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1013; Bilge, Cezai Şart, s. 75-76.

[480] Schoch, s. 112-113.

olarak çözüme bağlanması mümkün değildir; sorunun çözümünde her bir teminat türünün kendine özgü niteliklerinin de hesaba katılması gerekmektedir. Dolayısıyla sorun, çalışmanın kapsamını gereğinden fazla genişletmeme kaygısıyla, başlıca teminat türlerini teşkil eden ipotek, taşınır rehni ve kefalet özelinde kısaca değerlendirilecektir.

i. Taşınmaz Rehninin Teminat Altına Aldığı Alacak Yönünden Kapsamı ve Sözleşme Cezası

Taşınmaz rehninin teminat altına aldığı alacak yönünden kapsamı, taşınmaz rehninin türüne göre değişiklik gösterir.

Anapara ipoteğinde bu kapsam, asıl alacak ile TMK m. 875 ve 876'da sınırlı sayıda olacak şekilde belirtilmiş olan kalemlerden ibarettir. Dolayısıyla sözleşme cezasının yorum yoluyla bu kapsama dâhil edilmesi mümkün değildir. Sözleşme cezasının bu kapsama girmesi için, resmi şekilde yapılan rehin sözleşmesinde belirtilmesi ve tapu siciline tescil edilmesi gerekmektedir[481].

Üst sınır ipoteğinde ise, taraflarca belirlenmiş olan üst sınır tavan teşkil etmek üzere, temel borç ilişkisinden doğan ve parasal talep imkânı veren alacaklının her tür isteminin teminat altına alındığı kabul edilmektedir (TMK m. 851/I). Dolayısıyla sözleşme cezası da dâhil olmak üzere tüm alacak taraflarca belirlenmiş üst sınırı aşmıyorsa, rehin sözleşme cezasını da kapsar[482].

ii. Taşınır Rehninin Teminat Altına Aldığı Alacak Yönünden Kapsamı ve Sözleşme Cezası

Taşınır rehninin teminat altına aldığı alacak yönünden kapsamı, TMK m. 946/II'de düzenlenmiştir. Buna göre rehin hakkı, asıl alacak ile birlikte sözleşme faizlerinin, takip giderlerinin ve gecikme faizinin teminatını sağlar. Görüldüğü üzere sözleşme cezası, hükümde belirtilen kalemler arasında yer almamaktadır. Bu durum, asıl borcu teminat altına alan taşınır rehninin alacak yönünden kapsamına sözleşme

[481] Karl Wieland, (çev. İsmail Hakkı Karafakıh): Kanunu Medenide Aynî Haklar Kısım II, Ankara 1949, m. 818 para. 2; Tunçomağ, s. 71; Bülent Davran, Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul 1972, s. 22; Erden Kuntalp, Ana Para ve Üst Sınır (Maksimal) İpotek Ayrımı, Ankara 1989, s. 33-34; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 165; Aslı Makaracı Başak, Taşınır Rehni Sözleşmesi, İstanbul 2014, s. 198 dn. 95. İfaya eklenen ceza koşuluna ilişkin olarak bu yönde bkz. Faruk Acar, Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul 2015, s. 138.

[482] Tunçomağ, s. 71; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 165.

cezasının dâhil olup olmadığına ilişkin bir tartışmanın doğmasına ve çok farklı görüşlerin ileri sürülmesine sebep olmuştur[483].

Öğretideki genel yaklaşım, taşınır rehninin alacak yönünden kapsamına sözleşme cezasını da dâhil etmek yönündedir. Tarafların bu konuda ayrıca anlaşmış olmalarına gerek görülmemektedir[484]. Bazı yazarlar ise seçimlik sözleşme cezası ile ifaya eklenen sözleşme cezası arasında bir ayrım yapmış ve açıklamalarını bu ayrım çerçevesinde şekillendirmiştir. Buna göre asıl borcun taşınır rehni ile teminat altına alınması, taraflar bu konuda ayrıca anlaşmış olmasalar dahi seçimlik sözleşme cezasını da kapsayacaktır. Fakat ifaya eklenen sözleşme cezası, bakımından farklı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bu tür sözleşme cezaları, aksi kararlaştırılmadıkça, taşınır rehninin alacak yönünden kapsamına dâhil sayılamaz[485]. Bir diğer görüş ise sözleşme cezasının işlevini esas alan bir ayrım yapmaktadır. Sözleşme cezası, alacaklının uğradığı zararı tazmin etme işlevi bulunduğu müddetçe taşınır rehni ile teminat altına alınmış alacağın kapsamına dâhil olarak düşünülmelidir. Ancak zararı tazmin etme işlevi bulunmayan sözleşme cezaları bakımından aksi sonuca ulaşılmalıdır[486].

Bu son görüş, çıkış noktası itibarıyla yerinde görünmektedir. Gerçekten de asıl borcu teminat altına alan taşınır rehni, ifa menfaatini teminat altına almaktadır. Dolayısıyla, alacaklının uğradığı zararı tazmin etme işlevi üstlenen edimlerin rehnin kapsamına dâhil edilmesi mantıklıdır. Fakat ceza koşulunun, bu bahsettiğimiz kalıba indirgenmesi mümkün değildir. Ceza koşulunun asıl işlevi, borçluyu asıl borcun ifasına zorlamaktır. Bir edimi sözleşme cezası mahiyetinde kılan, alacaklının ihlal durumunda uğrayacağı öngörülen zarardan ve dolayısıyla hâkimin ihlalin yaptırımı olarak hükmedeceği öngörülen tazminattan önemli ölçüde daha yüksek olmasıdır[487]. Bu nedenle asıl borcu teminat altına alan taşınır rehni, bu borcun ifası için borçluyu zorlamak üzere kararlaştırılmış sözleşme cezasını kural olarak kapsamaz. Sözleşme

[483] AlmMK § 1210'da sözleşme cezasının taşınır rehninin kapsamına dâhil olduğu açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla Alman hukuku bakımından böyle bir tartışma bulunmamaktadır.
[484] M. Kemal Oğuzman / Özer Seliçi / Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, İstanbul 2021, para. 3652.
[485] Wieland, m. 891 para. 3; Makaracı Başak, s. 198-199. Asıl borç için verilen rehinin, alacaklı seçimlik sözleşme cezasının ifasını talep ettiği takdirde sözleşme cezasını teminat altına aldığı kabul edileceği yönünde bkz. Erdem, Clause pénale, s. 79; İ. Helvacı, s. 263; Arkan, s. 86.
[486] ZK-Oftinger/Bär, Art. 891 para. 68 ve 72; CHK-Reetz/Graber, Art. 891 para. 20; Bülent Köprülü / Selim Kaneti, Sınırlı Ayni Haklar, 2. Bası, İstanbul 1982-1983, s. 471; Tunçomağ, s. 71-72.
[487] Bu konuda detaylı bilgi için bkz. *"Üçüncü Bölüm / I. / A. Ceza Koşulu ile Götürü Tazminat Anlaşması Arasındaki Kavramsal Sınır".*

cezasının taşınır rehninin alacak yönünden kapsamına dâhil edilebilmesi için tarafların bunu ayrıca kararlaştırmış olmaları gerektiği kanaatindeyiz[488].

Öte yandan TMK m. 946/II hükmü emredici mahiyette değildir. Yukarıda değindiğimiz tartışmayı en başından bertaraf etmek isteyen taraflar açısından makul olan çözüm, rehin sözleşmesi ile teminatın kapsamını genişletmek ve sözleşme cezasını kapsama dâhil etmektir.

iii. Kefilin Sözleşme Cezasından Sorumluluğu

TBK m. 589/II b.1 uyarınca kefilin kanundan kaynaklanan sorumluluğu, kefil olduğu borcun aslının yanı sıra, asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinin kusura veya temerrüde bağlı yasal sonuçlarını da kapsamaktadır[489]. Buna göre asıl borca ilişkin kararlaştırılmış olan ceza koşulundan sorumluluk, kefilin kanundan kaynaklanan sorumluluğunun kapsamına girmez. Zira ceza koşulundan sorumluluk, borçlunun kusurunun veya temerrüdünün yasal bir sonucu olmayıp; asıl borçlu ile alacaklı arasındaki hukuki işlemden doğmaktadır[490].

Ancak kefilin kanundan kaynaklanan sorumluluğuna ilişkin bu hüküm, emredici nitelikte değildir. Kefilin sorumluluğunun kapsamının genişletilmesi veya daraltılması, kefil ile alacaklı arasında yapılacak bir anlaşmayla mümkündür[491]. Buna göre kefil, kefalet sözleşmesinde ayrıca kararlaştırılmış olması kaydıyla, borçlunun kusurunun veya temerrüdünün sözleşmesel sonuçlarından da sorumlu tutulabilecektir[492]. Bu durum asıl borca ilişkin ceza koşulundan sorumluluğun, tarafların anlaşmasıyla kefilin sorumluluğu kapsamına dâhil edilebileceği düşüncesini akla getirmektedir. Esasen kefilin sözleşme cezasından da sorumlu olacağının taraflarca kararlaştırılmasının önünde teorik açıdan herhangi bir engel

[488] Aynı yönde bkz. Selahattin Sulhi Tekinay, Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Haklar, İstanbul 1994, s. 138-139.
[489] Ancak bu sorumluluğun her halükârda kefalet sözleşmesinde belirtilen azami miktarı aşamayacağı unutulmamalıdır.
[490] Zevkliler/Gökyayla, s. 734; Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt-II, İstanbul 2014, s. 414; Necip Bilge, "Kefilin Mesuliyetinin Şümulü", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 13 S. 1 (1956), s. 86 vd., s. 115; Özen, Kefalet, s. 139.
[491] Özen, Kefalet, s. 143; Serkan Ayan, Kefalet Sözleşmesi, Ankara 2018, s. 517; Cihan Avcı Braun, "Kefalet Sözleşmesi: m. 589-590", Turgut Öz / Faruk Acar / Emre Gökyayla / Murat Develioğlu, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Cilt 6, 7, 8 (Madde 393-649), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, m. 589 para. 17.
[492] Özen, Kefalet, s. 143; Ayan, Kefalet, s. 570-571; İstŞ TBK 6,7,8-Avcı Braun, m. 589 para. 17.

bulunmamaktadır[493]. Nitekim İsvBK m. 499/II b. 1 uyarınca kefil, kural olarak sözleşme cezasından sorumlu değildir; fakat taraflar açıkça aksini kararlaştırdıkları takdirde kefilin sorumluluğunun kapsamı, ceza koşulundan sorumluluğu da içine alacak şekilde genişleyecektir[494]. Aynı esas, ceza koşulundan sorumluluğa ilişkin olarak İsvBK m. 499/II b. 1'deki gibi açık bir kural bulunmamasına rağmen, öğreti tarafından 818 sayılı eBK m. 490 bağlamında da kabul edilmekteydi. Buna göre kefalet sözleşmesinde ayrıca kararlaştırılmış olması kaydıyla kefil, ceza koşulundan sorumlu tutulmaktaydı[495].

Fakat 6098 sayılı TBK, kefilin ceza koşulundan sorumlu tutulması konusunda farklı bir hüküm öngörmüş ve bu konuda bir tartışmanın doğmasına sebebiyet vermiştir. İlgili hüküm olan TBK m. 589/IV uyarınca "*Kefilin (...) ceza koşulundan sorumlu olacağına ilişkin anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür.*" Bu hükmün emredici niteliği ve kapsamı öğretide tartışmalıdır.

Bazı yazarlar, tarafların hükmün aksini kararlaştırmak suretiyle kefili ceza koşulundan sorumlu tutabileceğini savunmaktadır. *Gümüş,* hükümdeki yasağın temelinde kişilik hakkının, genel ahlakın, kamu düzeninin ve zayıfın korunmasını gerektirir herhangi bir menfaat bulunmadığını ve bu itibarla kefilin ceza koşulundan sorumluluk üstlenmesinin hükmün lafzına rağmen geçerli kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir[496]. *Ayan*'a göre ise TBK m. 589/IV, hükmün getirilme amacı olan ferîlik ilkesi ışığında dar yorumlanmalıdır. Bu doğrultuda kefilin ifaya eklenen ceza koşulu ile seçimlik ceza koşulundan sorumlu tutulacağına ilişkin anlaşmalar geçerli kabul edilmelidir. Kefilin ceza koşulundan sorumluluk üstlenmesi yasağının, yalnızca dönme cezasına ilişkin anlaşmaları (bağımsız bir kefalet sözleşmesinin konusu hâline getirilmediği müddetçe) kapsadığı söylenebilir[497].

Buna karşılık öğretinin çoğunluğu, hükmün emredici nitelikte olduğunu ve tarafların kefili ceza koşulundan sorumlu tutmak yönünde yapacakları anlaşmaların

[493] Özen, Kefalet, s. 141.
[494] Bu konuda bkz. Philippe Meier, Art. 499, Luc Thévenoz / Franz Werro (ed.), Commentaire romand, Code des obligations I, Art. 1-529 CO, Bâle 2012, Art. 499 para. 9.
[495] Gümüş, Cilt-II, s. 414; Bilge, Kefilin Mesuliyeti, s. 115-116.
[496] Gümüş, Cilt-II, s. 414-415. Ancak yazar daha yakın tarihli bir eserinde görüşünü değiştirmiş; bu yöndeki anlaşmanın kesin hükümsüz sayılacağını belirtmiştir (Gümüş, Borçlar Genel, s. 1013).
[497] Ayan, Kefalet, s. 572-573.

kesin hükümsüz olacağını ifade etmektedir[498]. Kanaatimizce de hükmün emredici karakteri açıkça ortadadır. Kefilin ceza koşulundan sorumlu tutulmasına ilişkin anlaşmaları geçerli kabul etmek, *contra legem* bir yorum teşkil edecek ve TMK m. 1'deki hukukun yürürlük kaynaklarına ilişkin ilkeleri ihlal edecektir. Diğer yandan hükümde öngörülmüş olan kefilin ceza koşulundan sorumluluk üstlenmesi yasağının kapsamının yalnızca dönme cezasına indirgenmesi de isabetli bir yaklaşım değildir. Zira hükümde bahsi geçen ceza koşulu kavramının tipik karşılığı, ifaya eklenen ceza koşulu ile seçimlik ceza koşuludur. Dönme cezası, gerçek anlamda ceza koşulu kapsamında dahi değerlendirilmemektedir[499].

Pozitif hukuk açısından durum böyle olmakla birlikte, TBK m. 589/IV'ün *de lege ferenda* isabetsizliği tartışmasızdır. *Özen*, kefalet sözleşmesi ile teminat altına alınabilecek borcun konusu bakımından getirilen bu sınırlamayı haklı olarak eleştirmektedir. Kefilin korunması konusundaki ihtiyaç, asıl borçlunun yararlanabileceği her tür savunmadan kefilin de yararlanabilmesini mümkün kılan ferîlik ilişkisi ile zaten giderilmiş durumdadır[500]. Burada amaçlanan kefilin aşırı miktardaki sözleşme cezalarına karşı korunması ise bu konuda da TBK m. 182/III devreye girecektir. Kaldı ki kefilin aşırı miktardaki sözleşme cezalarına karşı korunması bakımından TBK m. 182/III'teki sözleşme cezasının indirilmesi kurumundan yararlanılması mümkündür[501]. Durum böyleyken, tarafların iradesinin böyle bir sınırlamaya tâbi tutulmasında korunmaya değer hiçbir menfaat bulunmamaktadır.

g. Ferîlik İlişkisinin Diğer Sonuçları

1. Ferîlik ilişkisinin, yukarıda açıklananlardan başka sonuçları da mevcuttur. Örneğin sözleşme cezasının ifa yerinin belirlenmesinde, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı müddetçe kural olarak asıl borcun ifa yeri esas alınır[502]. Keza asıl

[498] Aydoğdu/Kahveci, Borçlar Özel, s. 853-854; Kocaağa, Ceza Koşulu s. 60; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 130; Özen, Kefalet, s. 142; İstŞ TBK 6,7,8-Avcı Braun, m. 589 para. 31; Merve Yılmaz, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı", Türkiye Barolar Birliği Dergisi Y. 24 S. 97 (2011), s. 155 vd., s. 163 dn. 25; Mehmet Deniz Yener, "Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu İle Yapılan Değişiklikler", Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi C. 3 S. 7 (2012), s. 105 vd., s. 110.

[499] Bu konuda bkz. *"Üçüncü Bölüm / IV. Dönme Cezası".*

[500] Özen, Kefalet, s. 141.

[501] Özen, Kefalet, s. 141.

[502] BK OR-Becker, Art. 160 para. 10; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 160 para. 11; Schoch, s. 17; Erdem, Clause pénale, s. 85; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 22;

borç ilişkisine uygulanan hukuk, taraflarca ceza koşuluna uygulanacak hukuk konusunda özel bir anlaşma yapılmadığı müddetçe ceza koşulu için de uygulanacaktır[503].

2. Bu çerçevede, sözleşme cezası borçlusunun ölümünün sonuçlarına göz atmak da yerinde olacaktır. Mirasçılar mirasbırakanın borçlarından, borçlunun kişiliğine özgü nitelik taşıyan borçlar hariç olmak üzere sorumlu tutulurlar. Dolayısıyla ifası konusunda ceza koşulu kararlaştırılmış bir borcun borçlusu öldüğü takdirde mirasçıları, asıl borcun yanı sıra sözleşme cezasından da kural olarak sorumlu olacaklardır[504]. Ancak bu noktada asıl borcun veya sözleşme cezasının borçlunun kişiliğine özgü nitelik taşıdığı ihtimalleri ayrıca incelemek gerekmektedir. **(a)** Asıl borcun borçlunun kişiliğine özgü nitelik taşıdığı ihtimalde belirleyici olan, borçlunun sözleşme cezasının muacceliyetinden önce mi sonra mı öldüğüdür. Borçlu henüz sözleşme cezası muaccel olmadan evvel ölmüşse, ölümle birlikte borçlunun kişiliğine özgü nitelikteki asıl borç sona ereceği için ferîlik ilkesinin uzantısı olarak sözleşme cezası da sona erer[505]. Ancak borçlu sözleşme cezası bir kere muaccel olduktan sonra ölmüşse, ferîlik ilkesi devreye girmez ve bağımsız olan sözleşme cezası mirasçıların malvarlığında varlığını sürdürür. **(b)** Borçlunun kişiliğine özgü nitelik taşıyan sözleşme cezası borçlunun ölümüyle birlikte sona erer. Borçlunun mirasçılarının asıl borçtan sorumlulukları ise devam eder[506].

B. Zarardan Bağımsızlık

Sözleşme cezası alacağının doğması bakımından, alacaklının borcun ihlali neticesinde zarara uğramış olması aranmaz. Alacaklı borcun ihlali karşısında herhangi bir zarara uğramış olmasa dahi, borçludan sözleşme cezasını ifa etmesini talep edebilir[507]. Bu husus, TBK m. 180/I'deki *"Alacaklı hiçbir zarara uğramamış*

Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 345; Bilge, Cezai Şart, s. 74; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 162; Öktem Çevik, Ceza Koşulu, s. 101.

[503] BSK OR I-Widmer/Constantini/Ehrat, Art. 160 para. 4; BK OR-Becker, Art. 160 para. 42; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 160 para. 8; Chappuis, s. 66; Couchepin, Clause pénale, para. 82; CR CO I-Mooser, Intro. art. 158-163 para. 9. Bu yönde bkz. ATF 82 II 550 c. 1.

[504] Erdem, Clause pénale, s. 85; Tunçomağ, s. 87.

[505] Erdem, Clause pénale, s. 85-86.

[506] Erdem, Clause pénale, s. 86.

[507] BK OR-Becker, Art. 161 para. 1; CR CO I-Mooser, Art. 161 para. 2; OFK OR-Wuffli, Art. 161 para. 3; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 163 para. 25; KUKO OR-Pietruszak, Art. 161 para. 2; Bentele, s. 73; Erdem, Clause pénale, s. 130; Couchepin, Clause pénale, para. 670; Santoro, s. 12; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 180 para. 1; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 358; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1621; Kılıçoğlu, s. 993; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, para. 1487; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1018; Berki, s. 292; Tunçomağ, s. 95; Arkan, s. 91; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 218; Öktem Çevik,

olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir" ifadesi ile açıkça vurgulanmıştır. Sözleşme cezası alacağının doğması bakımından zararın varlığı aranmadığına göre; borcun ihlali ile alacaklının uğradığı zarar arasında herhangi bir nedensellik bağının bulunmasına da gerek yoktur[508].

Bazı yazarlar, TBK m. 180/I'deki düzenlemenin yedek hukuk kuralı niteliği taşımasından hareketle; sözleşme cezası alacağının doğumunun zarar şartına bağlanabileceğini savunmaktadır[509]. Hükmün emredici nitelik taşımadığı açıktır; ancak taraflar bu hükmün aksini kararlaştırdıkları takdirde artık teknik anlamda ceza koşulundan bahsetmek kanaatimizce mümkün olmaz. Zira ceza koşulu için *sine qua non* özelliklerden biri, zarardan bağımsız olmasıdır[510].

C. Ceza Koşulunun Yapısından Kaynaklanan Özellik: Koşula Bağlı Borç

1. Öğretide çoğu yazar ceza koşulunu, geciktirici koşula bağlı bir edim taahhüdü olarak nitelendirmektedir[511]. Zira ceza koşulunun hüküm ifade etmesi, tanımı itibarıyla, asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi olgusuna bağlanmış durumdadır. Asıl borç hiç veya gereği gibi ifa edilmediği takdirde, ceza koşulu hüküm ifade edecek ve sözleşme cezası muaccel olacaktır. "Asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi" olgusu, TBK m. 170 anlamında bir koşul teşkil etmektedir.

Ceza Koşulu, s. 107; Cansel/Özel, s. 727; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 65; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 185; Ozanoğlu, s. 42; Kapancı, Sözleşme Cezası, s. 665; Esin, Cezai Şart, s. 917.

[508] Zeynep Damla Taşkın, "Borçlunun Kusurunun Ceza Koşulu Anlaşması Üzerindeki Etkisi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi C. 26 S. 2 (2020), s. 1305 vd., s. 1340; Esin, Cezai Şart, s. 918.

[509] Bentele, s. 73 dn. 360; BSK OR I-Widmer/Constantini/Ehrat, Art. 161 para. 2; KUKO OR-Pietruszak, Art. 161 para. 2.

[510] Secrétan, s. 90; Erdem, Clause pénale, s. 21; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 180 para. 2; Berki, s. 292; Bilge, Cezai Şart, s. 85. Böyle bir anlaşmanın çoğunlukla götürü tazminat anlaşması niteliği taşıyacağı yönünde bkz. Erdem, Clause pénale, s. 130; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 180 para. 2; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 67; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 185.

[511] CR CO I-Mooser, Art. 163 para. 13; OFK OR-Wuffli, Art. 160 para. 1; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 160 para. 7; Bentele, s. 44; Koller, Konventionalstrafe, para. 73; Santoro, s. 6; Erdem, Clause pénale, s. 15; Couchepin, para. 410; Foëx, s. 410; İ. Helvacı, s. 260; İstŞ TBK 2,3- Erdem, m. 179 para. 11; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1565; Eren, Borçlar Genel, para. 3684; H. Nomer, para. 235.1; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, para. 1465; Furrer/Müller-Chen/Çetiner, para. 1616; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 217; Ozanoğlu, s. 16; Nomer Ertan, Cezai Şart, s. 29; Arkan, s. 78; Tamer, s. 735; Öktem Çevik, Ceza Koşulu, s. 100; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 10; Aksoy, s. 1000; Taşkın, s. 1306. Ceza koşulunun kural olarak geciktirici koşula bağlı bir edim taahhüdü olduğu; ancak Federal Mahkemenin borçlunun hukuki bir olumsuzluğa katlanmasını da sözleşme cezası olarak telakki eden kararı sonrasında bozucu koşula bağlı bir edim taahhüdü olarak da kararlaştırılabileceği yönünde bkz. BSK OR I-Widmer/Constantini/Ehrat, Art. 160, para. 1. Ceza koşulunun bozucu koşula bağlı bir edim taahhüdü olduğu yönünde bkz. Cansel/Özel, s. 716. Ceza koşulunun koşula bağlı bir borç olduğu; ancak bazı özellikleriyle koşula bağlı borçlardan ayrıldığı yönünde bkz. Tunçomağ, s. 38-39.

Buna karşılık bazı yazarlar ceza koşulunun, koşula bağlanmış bir edim taahhüdü olarak nitelendirilmesi fikrini çeşitli gerekçelerle reddetmektedirler[512]. Bu yazarlara göre asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi olgusu, TBK m. 170 anlamında bir koşul teşkil etmemektedir. Bu olgu, kanunun sözleşme cezasının muacceliyeti bakımından aradığı bir hukuki unsurdur *(conditio iuris)*[513].

(1) Bu görüşteki yazarların bir kısmı, koşul kavramının tanımından hareket etmekte ve asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi gibi bir olgunun bu tanım kapsamına dâhil edilemeyeceğini savunmaktadır. Şöyle ki dar ve teknik anlamda koşul, hukuki işlemin hüküm ifade etmesinin bağlanmış olduğu ve ileride gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen olgudur. Bir olgunun koşul olarak nitelendirilebilmesi için, ileride gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin subjektif olarak şüpheli olması yeterli değildir; objektif olarak şüpheli olması gerekmektedir. Asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi olgusu, salt borçlunun inisiyatifine bırakılmış bir olgu olduğu için gerçekleşip gerçekleşmeyeceği subjektif olarak şüphelidir; dolayısıyla koşul olarak nitelendirilemez[514]. Kanaatimizce bu gerekçe, koşul kavramı bağlamında yürütülen objektif şüphe - subjektif şüphe tartışmasını yanlış algıladığı için isabetsizdir. Gerçekten de öğretide, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği objektif olarak şüpheli olmayan olguların koşul olarak nitelendirilmesi reddedilmektedir. Ancak bir olgunun gerçekleşmesinin salt taraflardan birinin inisiyatifine bırakılmış olması, bu olgunun gerçekleşmesinin objektif olarak şüpheli olmadığı anlamına gelmez[515]. Aksi yönde bir kabul, iradi koşul *(condition potestative/Wollensbedingung)* kavramını tamamen yadsımak anlamına gelir. Oysa günümüzde koşul kavramının, tesadüfi koşullar kadar iradi koşulları da kapsayacak biçimde geniş algılandığı açıktır[516].

(2) Bir diğer gerekçe olarak, ceza koşulunun asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi üzerine hüküm ifade etmesinin kanunda düzenlenmiş olduğu; bu durumun dar ve teknik anlamda koşul nitelendirmesini engellediği ileri

[512] Schoch, s. 7; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1015; Bilge, Cezai Şart, s. 56-58; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 209; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 49-51; Esin, Cezai Şart, s. 920-921.

[513] Bilge, Cezai Şart, s. 58; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 209; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 50-51.

[514] Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 50.

[515] Nitekim *Yağcıoğlu*'nun görüşünü desteklemek üzere atıf yapmış olduğu *Sirmen* ve *Akıntürk*, subjektif şüpheli olgular olarak, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği salt taraflardan birinin inisiyatifine bırakılmış olgulardan değil; gerçekleşip gerçekleşmediği zaten objektif olarak belli olan fakat hukuki işlemin tarafları nazarında bilinmeyen olgulardan bahsetmektedir. Bkz. Lâle Sirmen, Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992, s. 49; Turgut Akıntürk, "Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerinde Bir İnceleme", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 27 S. 3-4 (1970), s. 219 vd., s. 226.

[516] CR CO I-Pichonnaz, Art. 151 para. 29; Sirmen, s. 67 vd.

sürülmektedir[517]. Kanaatimizce bu gerekçe de isabetsizdir. Gerçekten de bir olgunun koşul olarak nitelendirilebilmesi için, hukuki etkinin bu olguya tarafların iradesiyle bağlanmış olması gerekmektedir. Hukuk kuralları gereğince bir olguya hukuki etkinin bağlanmış olduğu durumda, koşul yerine hukuki unsurdan bahsetmek gerekmektedir[518]. Ancak ceza koşulunun hüküm ifade etmesini, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi olgusuna bağlayan zaten tarafların iradesidir. Sözleşme cezasının muacceliyetini tetikleyen olgu, herhangi bir borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi değil; taraflarca kararlaştırılmış olan asıl borç hangisiyse o borcun taraflarca kararlaştırılmış olan ihlal ne mahiyetteyse o mahiyette ihlal edilmesidir.

(3) Ayrıca bazı yazarlar, koşula bağlı borç ilişkisi ile ceza koşulu arasındaki farklılıklara işaret etmekte ve bu farklılıkların ceza koşulunun koşula bağlı borç ilişkisi olarak nitelendirilmesini engellediğini savunmaktadır. Koşula bağlı borç ilişkisinde koşul teşkil eden olgunun gerçekleşmesi hem borçlunun hem alacaklının iradesine bırakılabilir; ancak ceza koşulu bağlamında borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi olgusunun gerçekleşmesi yalnızca borçlunun iradesine bırakılmıştır[519]. Keza koşula bağlı borç ilişkisinde koşul teşkil eden olguyu gerçekleştirip gerçekleştirmememek konusunda taraflar serbesttir; oysa ceza koşulunda borçlu asıl borcu ifa etme yükümlülüğü altındadır[520]. Koşula bağlı borç ilişkisinde koşul teşkil eden olgu gerçekleştikten sonra dahi yalnızca tek borç söz konusu olur; fakat ceza koşulunda borç hiç veya gereği gibi ifa edilmediği takdirde sözleşme cezası ikinci bir borç olarak muaccel olur[521]. Koşula bağlı borç ilişkisinde koşul teşkil eden olgunun gerçekleşmesi hukuki etkinin doğması bakımından yeterlidir; oysa sözleşme cezasının muacceliyeti için asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden ötürü borçlunun sorumlu olması aranmaktadır[522]. Geciktirici koşula bağlı alacaklar bekleme dönemindeyken üzerinde tasarruf edilebilen bir beklenti yaratmakta; oysa ceza koşulu bağlamında böyle bir beklenti mevcut olmamaktadır[523].

Kanaatimizce bu farklılıklar, ceza koşulunun koşula bağlı borç ilişkisi olarak nitelendirilemeyeceğini ortaya koymak bakımından yetersizdir; yalnızca "özel" bir

[517] Gümüş, Borçlar Genel, s. 1015; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 50-51.
[518] Akıntürk, s. 226-227; Sirmen, s. 52.
[519] Bilge, Cezai Şart, s. 56; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 208; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 50.
[520] Bilge, Cezai Şart, s. 57; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 208; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 50.
[521] Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 208.
[522] Schoch, s. 8; Bilge, Cezai Şart, s. 57.
[523] Gümüş, Borçlar Genel, s. 1015.

tür koşula bağlı borç ilişkisi teşkil ettiğini göstermektedir. Dar ve teknik anlamda koşul, farklı özellikler gösteren pek çok koşulu çatısı altında toplamaktadır. Ceza koşuluna özgü farklılıklar olarak sunulan hususların, bir olgunun dar ve teknik anlamda koşul olarak nitelendirilmesi için aranan özellikler ile bağdaştırılması pekâlâ mümkündür.

Sonuç olarak ceza koşulunun, geciktirici koşula bağlı bir edim taahhüdü olarak nitelendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Koşul kavramına ilişkin TBK m. 170 vd.'ndaki hükümler, TBK m. 179 vd.'nda düzenlenmiş bulunan ceza koşuluna ilişkin hükümlerde bir boşluk bulunduğu ve somut olayın niteliğine uygun düştüğü takdirde uygulama alanı bulabilir[524].

2. Ceza koşulunun geciktirici koşula bağlı bir edim taahhüdü olarak nitelendirilmesinin hukuki sonuçlarını, iflas konusunda gözlemlemek mümkündür.

İflasın açılması, borçlunun ipotek suretiyle teminat altına alınmış olan borçları hariç olmak üzere diğer borçlarını muaccel kılacaktır (İİK m. 195/I). Borçlunun ceza koşulu ile teminat altına alınmış olan asıl borcu da ayrıca ipotek suretiyle teminat altına alınmış olmadığı takdirde, borçlunun iflasıyla birlikte muaccel hâle gelir. Ancak bu durum, asıl borcun bağlı olduğu sözleşme cezasının kendiliğinden muaccel hâle gelmesi sonucuna yol açmaz[525]. Alacaklı, sözleşme cezası alacağını, geciktirici koşula bağlı bir borç olarak İİK m. 197/I uyarınca iflas masasına kaydettirebilecektir[526]. Sözleşme cezasının muaccel hâle gelmesi için, asıl borcun, iflas hiç gündeme gelmeseydi ifa edilmesi gereken tarihe kadar ifa edilmemiş olması gerekmektedir[527].

Keza alacaklının iflas etmesi durumunda da sözleşme cezası, geciktirici koşula bağlı bir alacak olarak iflas masasına kaydedilecek; İİK m. 250 uyarınca dağıtılacaktır[528].

---

[524] Erdem, Clause pénale, s. 16; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 11; Arkan, s. 78; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 10. Özel hükümlerle düzenlenmiş olduğu için ceza koşuluna, koşula bağlı borçlara ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı yönünde aksi görüş için bkz. Cansel/Özel, s. 716.

[525] Erdem, Clause pénale, s. 86. Borçlunun kendi kusuruyla iflas ettiği durumda sözleşme cezasının da muaccel hâle geleceği görüşü için bkz. Tunçomağ, s. 92.

[526] Erdem, Clause pénale, s. 86; Bilge, Cezai Şart, s. 76; Tunçomağ, s. 91; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 172.

[527] Erdem, Clause pénale, s. 86.

[528] Erdem, Clause pénale, s. 86; Bilge, Cezai Şart, s. 76; Tunçomağ, s. 92.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Ceza Koşulunun Benzer Hukuki Kurumlar ile İlişkisi: Ceza Koşulunu Diğer Hukuki Kurumlardan Ayıran Nedir?

I. Götürü Tazminat Anlaşması

Götürü tazminat anlaşması, borçlunun asıl borcu ihlal etmesi durumunda alacaklının uğrayacağı zararı gidermek üzere ödeyeceği tazminatın, henüz borç ihlal edilmemişken taraflarca önceden götürü olarak belirlenmesine ilişkin anlaşmadır[1]. Ceza koşulunun tarihi kökeninin Roma hukukuna kadar uzandığı düşünülecek olursa, götürü tazminat kavramının ceza koşulunun gölgesinde kalmış nispeten yeni bir kavram olduğu özellikle Kıta Avrupası hukuk sistemleri bakımından söylenebilir. Kanunda düzenlenmemiş olan bu hukuki kurum, ihtiyaçlar doğrultusunda uygulama tarafından geliştirilmiştir[2].

Borca aykırılıktan sorumluluk konusunda kanunda öngörülen rejim, zararın varlığını ve kapsamını ispat yükünü alacaklıya yüklemekte (bkz. TBK m. 114/II yollamasıyla TBK m. 50/I); tazmin sürecini pek çok açıdan zorlaştırmakta ve uzatmaktadır. Diğer yandan taraflar, kanundaki sorumluluk rejiminin emredici olmamasından istifade ederek alacaklının zararının tazminini kolaylaştıran anlaşmalar yapabilmektedir. Götürü tazminat anlaşmasında da böyle bir durum söz konusudur. Borçlunun asıl borcu ihlal etmesi durumunda alacaklının uğrayacağı zarara ilişkin olarak henüz zarar meydana gelmeden *ex ante* bir öngörüde bulunulmakta; bu öngörü esas alınarak borçlunun ödeyeceği tazminat götürü olarak belirlenmektedir. Böylelikle taraflar arasındaki olası uyuşmazlıkların barışçıl olarak çözülebilmesi için bir uzlaşma zemini yaratılmış olmaktadır. Sonuç olarak götürü

---

[1] Çeşitli tanımlar için bkz. Bentele, s. 19; Erdem, Clause pénale, s. 45; Couchepin, Clause pénale, para. 1023; Couchepin, Forfaitisation, s. 2; Werro, Peine conventionelle, s. 3; Tolou, para. 18; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1039; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 176; Köksal Kocaağa, "İnşaat Sözleşmesinde İşi Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart mı Yoksa Götürü Tazminat mıdır?", Türkiye Barolar Birliği Dergisi S. 74 (2008), s. 149 vd., s. 150; Ozanoğlu, s. 28; Erdem, Götürü Tazminat, s. 98; Parlak Börü, s. 197; Kapancı, Götürü Tazminat, s. 656-657; Birinci Uzun, s. 68; Gündüz, Götürü Tazminat, s. 1490; Tekelioğlu, s. 176; Bahar Öcal Apaydın / Nurten İnce Akman, "Götürü Tazminatın Hâkim Tarafından İndirilmesi Meselesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi C. 25 S. 1 (2019), s. 220 vd., s. 222. *Tolou*'nun yapmış olduğu tanıma göre, bir borcun ihlal edilmesi dışındaki başka zarar verici olguların gerçekleşmesi (örneğin üçüncü bir kişinin belirli bir davranışta bulunması veya beklenmedik bir hâlin meydana gelmesi) durumuna ilişkin olarak da götürü tazminat anlaşması akdedilebilir. Bu durumda "bağımsız bir götürü tazminat anlaşması" söz konusu olacaktır (Tolou, para. 22).

[2] Couchepin, Clause pénale, para. 1023; Couchepin, Forfaitisation, s. 3; Tolou, para. 70; Kapancı, Götürü Tazminat, s. 671.

tazminat anlaşması, özü itibarıyla, ileride doğabilecek zarara ilişkin bir öngörü içermekte ve bu öngörülen zararın tazminini konu almaktadır. Nitekim götürü tazminat anlaşmasına karakterini veren husus, taraflarca gerçekleşeceği öngörülen zarar ile ödeneceği kararlaştırılan götürü tazminat arasındaki yakın ilişkidir.

A. Ceza Koşulu ile Götürü Tazminat Anlaşması Arasındaki Kavramsal Sınır

1. Ceza koşulu ile götürü tazminat anlaşması, ilk bakışta, oldukça yakın ve hatta özdeş gibi görünmektedir. Zira her ikisi de, borçlu asıl borcu ihlal ettiği takdirde alacaklı nezdinde meydana gelecek zararı tazmin eden edimleri konu alan yan anlaşmalardır. Bu itibarla öncelikle, ceza koşulu ile götürü tazminat anlaşmasının birbirlerinden farklı hukuki kurumlar olup olmadığı konusunun açığa kavuşturulması gerekmektedir.

2. Karşılaştırmalı hukuk perspektifinden bakıldığında, ceza koşulu ile götürü tazminat anlaşması arasındaki ayrımın bazı hukuk sistemlerinde son derece belirgin olduğu; bazı hukuk sistemlerinde ise bu ayrımın silikleştiği ve borçlunun asıl borcu ihlal etmesi durumunda ifa etmeyi taahhüt ettiği edimlerin tümünün aynı çatı altında değerlendirildiği görülmektedir.

Anglo-Amerikan hukuk çevresinde ceza koşulu ile götürü tazminat anlaşması arasında kavramsal bir ayrımın mevcut olduğu şüphesizdir; fakat bu ayrımın nasıl yapılması gerektiği konusu öteden beri tartışmalıdır. İngiliz hukukunda son dönemde yaşanan gelişmeler bir yana bırakılacak ve genel bir değerlendirme yapılacak olursa, bu hukuk çevresine dahil olan hukuk sistemlerinde ceza koşulu geçersiz kabul edilirken; götürü tazminat anlaşmasının geçerli biçimde hüküm ifade ettiği söylenebilir. Dolayısıyla borçlunun asıl borcu ihlal etmesi durumunda ifa etmeyi taahhüt ettiği edimin sözleşme cezası mı götürü tazminat mı teşkil ettiği konusunda yapılacak tespit, uygulanacak hükümlerin belirlenmesinden öte; anlaşmanın geçerli olup olmadığının belirlenmesinde etkili olmaktadır[3].

[3] Bu konuda detaylı bilgi için bkz. *"Beşinci Bölüm – İngiliz Hukukunda Ceza Koşulu: Karşılaştırmalı Hukuk Bize Ceza Koşulu Hakkında Ne Öğretebilir?"*. Amerikan hukukuna ilişkin Türkçe kaleme alınmış incelemeler için bkz. Akkayan Yıldırım, s. 387 vd.; Akkanat, s. 27 vd.

Buna karşılık UNIDROIT İlkeleri ile PECL gibi hukuk uyumlaştırması metinlerinde[4], ceza koşulu ile götürü tazminat arasındaki kavramsal ayrım ortadan kaldırılmıştır. Borçlunun asıl borcu ihlal etmesi durumunda ifa etmeyi taahhüt ettiği edimlerin tümü tek bir çatı altında toplanmış ve aynı hükümlere tâbi kılınmıştır[5]. Bu çatı kavramın isimlendirilmesinde de ulusal hukuk sistemlerinin ceza koşulu ve götürü tazminat kavramlarına yüklediği anlamlardan bağımsız düşünebilmek için yeni ve nötr bir terim tercih edilmiştir. Kavram, "borçlunun borcu ihlal etmesi durumunda ödenmesi kararlaştırılan tutar" *(agreed payment for non-performance)* olarak ifade edilmiştir (bkz. UNIDROIT İlkeleri m. 7.4.13 ve PECL m. 9:509). Metinlerdeki bu tercih, uygulamada tereddüt yaratan kavramsal ayrımları mümkün olduğu ölçüde ortadan kaldırma ve farklı hukuk sistemlerinin ortak özelliklerini ön plana çıkarma yönündeki genel yaklaşımın bir yansımasıdır. Fransız hukukunda hâkim anlayış da aynı yöndedir. Borçlar hukuku reformu öncesinde de genel kabul görmekte olan ve ceza koşulu ile götürü tazminat anlaşmasını herhangi bir ayrım yapmaksızın birlikte ele alan hâkim anlayış, konuya ilişkin kanunun farklı yerlerinde bulunan hükümlerin reform esnasında m. 1231-5'te aynı çatı altında buluşturulmasıyla iyice yerleşmiştir[6]. Ceza koşulu ile götürü tazminat anlaşması

[4] UNIDROIT İlkeleri ve PECL hakkında genel bilgi için bkz. Işıl Yelkenci, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi, İstanbul 2014, s. 16 vd.

[5] Reinhard Zimmermann, "Art. 9:509", Nils Jansen/Reinhard Zimmermann (ed.), Commentaries on European Contract Laws, 2018, Art. 9:509 para. 1; Tolou, para. 73; Atamer, Ceza Koşulu, s. 106.

[6] FrMK'nun 2016'da gerçekleşen borçlar hukuku reformundan önceki hâlinde m. 1226 ilâ 1233, ceza koşulunu düzenlemekteydi. Bu bağlamda ceza koşulu, sözleşmenin ifasını sağlamak üzere, borcunu ihlal eden borçlunun bir şey vermeyi taahhüt ettiği anlaşma olarak tanımlanmaktaydı (m. 1226). Kanunda, ceza koşulunun zararı tazmin işlevinden de bahsedilmişti. Buna göre ceza koşulu, alacaklının asıl borcun ifa edilmemesi yüzünden uğradığı zararın tazminatı idi (m. 1229). Ceza koşuluna ilişkin tüm bu düzenlemelerden farklı bir başlık altında yer alan m. 1152'de ise borcunu ifa etmeyen borçlunun tazminat olarak belirli bir meblağ ödemesi kararlaştırılan hâllerde, bu kararlaştırılan meblağdan daha fazlasına veya azına hükmedilemeyeceği düzenlenmişti. Esasen bu son düzenleme, götürü tazminat anlaşmasına ilişkin bir pozitif hukuk düzenlemesi olarak ele alınmaya ve böylelikle ceza koşulu ile götürü tazminat anlaşması arasında kavramsal bir ayrım yaratmaya elverişliydi. Ancak öğreti ve yargı uygulaması, ceza koşulu ile götürü tazminat anlaşması arasında herhangi bir ayrım yapmadı; FrMK m. 1152, ceza koşuluna ilişkin hükümlerden biri olarak değerlendirildi. Yaklaşık 150 yıl boyunca kemikleşen bu yaklaşım, kanun koyucuya da sirayet etti. Kanun koyucu 1975 yılında m. 1152'de bir değişiklik yaparak hâkime, borcunu ifa etmeyen borçlunun tazminat olarak ödemesi kararlaştırılan meblağa müdahale etme yetkisi tanıdı. Burada amaç, sözleşme cezası miktarı üzerinde yargısal bir denetimin yolunu açmaktı. Bu durum, kanun koyucunun da m. 1152'yi ceza koşuluna ilişkin hükümlerden biri olarak kabul ettiğinin en açık göstergesiydi. Nitekim 1 Ekim 2016 tarihinde gerçekleştirilen borçlar hukuku reformunda m. 1152 ve 1226 ilâ 1233 gözden geçirilmiş; m. 1231-5'te tek bir çatı altında bir araya getirilmiştir. Yine de bazı yazarların, Fransız hukukundaki bu klasik yaklaşımın isabetsizliğine işaret ettiği ve ceza koşulu ile götürü tazminat anlaşması arasındaki kavramsal farklılığa dikkat çektiği gözden kaçırılmamalıdır. Bu yönde detaylı değerlendirmeler için bkz. Mazeaud para. 258 vd.; Erdem, Götürü Tazminat, s. 112-116.

arasında herhangi bir ayrım yapmayan bu yaklaşım, Fransız hukuku etkisi altındaki Belçika ve İtalya gibi hukuk sistemlerinde de gözlemlenebilir.

Alman hukuk çevresi bağlamında ise ceza koşulu ile götürü tazminat anlaşması arasındaki ilişki daha bulanıktır. Götürü tazminat kavramının kanunda düzenlenmemiş olması konuyu tartışmalı hâle getirmiş ve farklı görüşler ileri sürülmüştür[7]. Bazı yazarlar götürü tazminatı ayrı bir hukuki kavram olarak kabul etmemekte ve ceza koşulunun bir türü olarak nitelendirmektedir *(Einheitslehre)*[8]. Buna karşılık çoğu yazar, götürü tazminatın karakteristik özelliklerinin ceza koşulundan farklılaştığı ve dolayısıyla kendine özgü ayrı bir hukuki kavram olarak ele alınması gerektiği görüşündedir *(Differenzierungslehre)*[9]. Alman Federal Mahkemesi de içtihatlarını bu ikinci görüş doğrultusunda geliştirmiş; ceza koşulu ile götürü tazminat anlaşmasının farklılığına işaret etmiştir[10]. AlmMK §309'da genel işlem koşullarının denetlenmesine ilişkin olarak götürü tazminat anlaşması ile ceza koşulunun ayrı ayrı düzenlenmiş olması da iki kurumun özdeş olmadığını ortaya koymaktadır[11]. Bu çerçevede genel işlem koşulu vasıtasıyla kararlaştırılan götürü tazminat anlaşmaları, kararlaştırılan götürü tazminatın hayatın olağan akışına göre beklenecek zarar miktarını aşması yahut borçluya bir zararın hiç mevcut olmadığını veya götürü tazminat miktarından az olduğunu ispat etme imkânı tanınmaması hâlinde geçersiz kabul edilmektedir (AlmMK §309 b. 5). Genel işlem koşulu vasıtasıyla kararlaştırılan ceza koşulları ise başkaca bir ek koşula gerek görülmeksizin doğrudan geçersiz kabul edilmektedir (AlmMK §309 b. 6)[12]. Görüldüğü üzere AlmMK, iki hukuki kurumdan ayrı ayrı bahsetmekle yetinmemiş; bu kurumları farklı kurallara tâbi tutmuştur.

3. Aynı tartışma Alman hukuk çevresinin bir kolunu teşkil ettiğini söylenebilecek olan İsviçre ve Türk hukuklarına da yansımıştır. İsviçre-Türk hukukunda azınlıkta kalan yazarlar, ceza koşulu ile götürü tazminat anlaşması arasındaki kavramsal farklılığı reddetmekte ve götürü tazminat anlaşmalarını da ceza

---

[7] Tartışmanın sunumu için bkz. Detlev Fischer, Vertragsstrafe und vertragliche Schadenersatzpauschalierung – Eine rechtsvergleichende Darstellung der neueren deutschen und französischen Rechtsentwicklung, Frankfurt am Main 1981, s. 72-91; Ozanoğlu, s. 23 dn. 44.

[8] Bu görüşteki yazarlardan *Rolf Belke, Peter Schlechtriem* ve *Günter Hager*'in görüşlerinin sunumu için bkz. D. Fischer, s. 72 vd.

[9] Bu görüşteki yazarlardan Eduard Bötticher, Volker Beuthien ve Karl Larenz'in görüşlerinin sunumu için bkz. D. Fischer, s. 78 vd.

[10] BGH, NJW 1970, 29, s. 31-32; BGH, NJW 1992, 2625.

[11] Atamer, Ceza Koşulu, s. 107-108.

[12] Atamer, Ceza Koşulu, s. 107-108.

koşulu kapsamında değerlendirmektedir[13]. Bu düşünceyi Türk hukuk literatüründe ilk ifade edenlerden biri, Fransız hukukundaki hâkim görüşün etkisi altında kalan *Tunçomağ*'dır[14]. Keza *Sarı*, kanunda ceza koşuluna ilişkin olarak öngörülmüş yedek hükümlere kıyasla farklılaşan ceza koşullarının taraflarca akdedilebileceğini; diğer yazarlarca götürü tazminat anlaşması olarak nitelendirilen anlaşmaların da yedek hükümlere kıyasla farklılaşmış bir tür ceza koşulu teşkil ettiğini savunmaktadır. Örneğin alacaklının hiç veya belirlenen miktarda zarara uğramaması durumunda sözleşme cezası ödenmeyeceğinin (TBK m. 180/I'nin aksinin) yahut alacaklının belirlenen miktarı aşan zarara uğraması durumunda bu zararın tazmin edilmeyeceğinin (TBK m. 180/II'nin aksinin) kararlaştırılması mümkündür. Yazara göre bu tür anlaşmaların ceza koşulundan farklı bir kavram olarak ele alınmasına ihtiyaç yoktur. Zira kanundaki yedek hukuk kurallarından sapan bu düzenlemeler mevcut anlaşmanın ceza koşulu niteliğini ortadan kaldırmamaktadır[15]. *Gündüz* de benzer bir gerekçelendirme yapmakta; ayrıca karşılaştırmalı hukuk perspektifinden bakarak İsviçre-Türk hukuku bağlamında götürü tazminat anlaşmasının ayrı bir hukuki kavram olarak kabul edilmesine gerek olmadığını savunmaktadır. Şöyle ki, yazara göre, Anglo-Amerikan hukuk çevresinde götürü tazminatın gelişmesinin nedeni, sözleşmeyi ifa etme zorunluluğu bulunmadığı için ceza koşulunun dışlanmış olması ve tazminatta belirliliği sağlamak amacıyla götürü tazminattan istifade edilmesidir[16].

Buna karşılık hâkim ve kanaatimizce yerinde olan görüş çerçevesinde ceza koşulu ile götürü tazminat anlaşmasının farklı hukuki kurumlar olduğu kabul edilmelidir[17]. Bu konuda aşağıdaki gerekçeler ileri sürülebilir:

---

[13] Eylem Demir, Die Schadensetsatzregelung im UN-Kaufrecht, Schultess 2015, s. 29-30; Tunçomağ, s. 29; Sarı, Götürü Tazminat, s. 302-303; Gündüz, Götürü Tazminat, s. 1503-1506. Ceza koşulu ile götürü tazminat anlaşması arasındaki kavramsal ayrımı reddeden; bu çerçevede ceza koşulunun borçluyu ifaya zorlama işlevini yadsıyan ve adeta ceza koşulunu götürü tazminat anlaşması kavramı içinde eriten bir görüş için bkz. Akkanat, s. 55.

[14] Tunçomağ, s. 29.

[15] Sarı, Götürü Tazminat, s. 302-303.

[16] Gündüz, Götürü Tazminat, s. 1503-1505.

[17] BSK OR I-Widmer/Constantini/Ehrat, Art. 160 para. 12; CR CO I-Mooser, Art. 160 para. 4; OFK OR-Wuffli, Art. 160 para. 10; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 160 para. 18; KUKO OR-Pietruszak, Art. 160 para. 18; Gauch, Contrat d'entreprise, para. 709; Bentele, s. 19-21; Erdem, Clause pénale, s. 48; Couchepin, Clause pénale, para. 1034; Couchepin, Forfaitisation, s. 14; Cotti, para. 646; Tolou, para. 170; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 42; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1566a; H. Nomer, para. 235.2; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, para. 1348; Furrer/Müller-Chen/Çetiner, para. 1618; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1042; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 176 vd.; Ozanoğlu, s. 23-24; Erdem, Götürü Tazminat, s. 121; Parlak Börü, s. 219; Kapancı, Götürü Tazminat, s. 675; Birinci

(a) Ceza koşulu ile götürü tazminat anlaşması, karakteristik olarak birbirlerinden farklılaşan hukuki kurumlardır. Bu hukuki kurumlar arasındaki kavramsal sınır, tarafların anlaşmaya yüklemiş oldukları işlevdir. Ceza koşulunun asli işlevi, borçluyu asıl borcu ifa etmek konusunda zorlamaktır. Asli işlev yerine gelmeyecek ve borç ihlal edilecek olursa, ceza koşulunun bu defa alacaklının uğradığı zararı giderme işlevinin söz konusu olacağı şüphesizdir. Ancak bu işlev, borçluyu borcunu ifa etmek konusunda zorlamanın yanında ikincil mahiyette kalmaktadır. Buna karşılık götürü tazminat anlaşması bakımından durum, ceza koşulunun tam tersidir. Götürü tazminat anlaşmasının asli işlevi, asıl borcun ihlal edilmesi durumunda doğması beklenen zararı gidermektir. Borçlunun asıl borcu ihlal etmesi durumunda götürü tazminat anlaşmasında tespit edilmiş belirli bir miktarı ödeyecek olduğunu bilmesi, kendisini asıl borcu ifa etmek konusunda müphem miktarda bir tazminat ödeme ihtimaline kıyasla daha fazla güdüleyebilecektir. Ancak yine de bu anlaşma bağlamında asli ve baskın olan işlev, alacaklının asıl borcun ihlal edilmesi durumundaki zararını gidermektir[18].

Ceza koşulu ile götürü tazminat anlaşmasının işlevleri arasındaki bu farklılık, ihlal durumunda alacaklının uğrayacağı öngörülebilen zarar ile borçlunun ödeyeceği kararlaştırılan meblağ arasındaki ilişkiye yansımıştır. Ceza koşulunda borcunu ihlal eden borçlunun ödeyeceği kararlaştırılan sözleşme cezası, alacaklının uğrayacağı öngörülebilen zarar miktarını önemli ölçüde aşmaktadır. Bu itibarla borçlunun üzerinde olağan borca aykırılık rejiminin yaratacağı ifa baskısından daha ağır bir baskı yaratmakta ve borçluyu ifaya güdülemektedir. Götürü tazminat ise alacaklının ihlale bağlı olarak uğrayacağı öngörülebilen zararın gerçekçi bir tahminini yansıtır; böylelikle söz konusu zararı telafi etmeye yönelmiştir[19].

Uzun, s. 146; Tekelioğlu, s. 179; Öktem Çevik, Ceza Koşulu, s. 102; Cansel/Özel, s. 716; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 129; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 90; Taşkın, s. 1309-1310. *Sanlı* ise ceza koşulu ile götürü tazminat anlaşmasının farklı hukuki kurumlar olduğunu kabul etmekle birlikte (s. 338 dn. 1093); kavramlar arasında bir geçişkenlik bulunduğunu ve ceza koşulunun götürü tazminat anlaşmasının bir türü olduğunu belirtmektedir (s. 339 dn. 1097).

[18] Erdem, Clause pénale, s. 48-49; Couchepin, Clause pénale, para. 1048; Couchepin, Forfaitisation, s. 18; Tolou, para. 197-202; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 42; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 179-180; Erdem, Götürü Tazminat, s. 102; Birinci Uzun, s. 146-148; Parlak Börü, s. 221-222; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 129-130; Öcal Apaydın/İnce Akman, s. 234. Ceza koşulunun borçluyu asıl borcu ifa etmek konusunda zorlamanın yanı sıra *"ve bundan ziyade"* alacaklıyı zararı ispat külfetinden kurtarmak amacıyla kaleme alındığı yönünde aksi görüş için bkz. Akkanat, s. 39-40.

[19] Couchepin, Forfaitisation, s. 18-19; Tolou, para. 225-226; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 186; Erdem, Götürü Tazminat, s. 123; Kapancı, Götürü Tazminat, s. 679; Birinci Uzun, s. 158-160; Parlak Börü, s. 224 dn. 110; Sanlı, s. 342; Tekelioğlu, s. 180-181; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 97.

İlgili bölümde açıklandığı üzere ceza koşulunun unsurları, asıl borç, sözleşme cezası ve tarafların anlaşmasıdır. Götürü tazminat anlaşması bağlamında ödenmesi kararlaştırılan meblağ, alacaklının uğrayacağı öngörülebilen zarar ile olan ilişkisi nedeniyle "sözleşme cezası" olarak değerlendirilemez. Dolayısıyla ceza koşulunun unsurlarını içinde barındırmadığı açık olan götürü tazminat anlaşmasını, karakteristik olarak ceza koşulu ile özdeş görmek mümkün değildir.

(b) Ceza koşulu, işlevinden ötürü, yalnızca belirli bir menfaat türünün (ifa menfaatinin / güven menfaatinin / bütünlük menfaatinin) telafisine özgülenmiş bir anlaşma olarak tahayyül edilemez. Ceza koşulunun asli işlevi, borçluyu borcun ifası konusunda zorlamaktır; zararın giderilmesine yönelik işlevi ikincildir. Ceza koşulu asli işlevini yerine getiremeyecek ve borç ihlal edilecek olursa, borçlu sözleşme cezası olarak kararlaştırılan meblağı ödemek durumunda kalacaktır. Bu noktada ceza koşulunun ikincil işlevi devreye girecek ve ödenen meblağ, alacaklı nezdinde meydana gelmiş zararı (bu zararın türü her ne olursa olsun) giderecektir[20]. Ceza koşulunun bu özelliği, onu götürü tazminat anlaşmasından ayırır. Asli amacı alacaklının uğradığı zararın giderilmesini sağlamak olan götürü tazminat anlaşması ise belirli bir menfaat türüne özgülenmiş olarak kararlaştırılabilir[21]. Götürü tazminat anlaşması ile tarafların giderilmesini amaçladıkları zarar çoğunlukla ifa menfaatinin ihlal edilmesinden doğan olumlu zarardır. Fakat tarafların güven menfaatinin ihlal edilmesinden doğan olumsuz zararın veya bütünlük menfaatinin ihlal edilmesinden doğan zararın giderilmesi konusunda götürü tazminat anlaşması akdetmeleri de mümkündür[22].

(c) İki hukuki kurumun karakterindeki bu farklılaşma, uygulanacak kuralların da farklı olmasını gerektirmektedir. Ceza koşuluna ilişkin olarak kanunda düzenlenmiş hükümler, taraflar arasında götürü tazminat anlaşması ile kurulmuş olan menfaat dengesine uygun düşmez.

Sözleşme cezasını aşan zararın tazminine ilişkin TBK m. 180/II, bu konuda iyi bir örnek teşkil etmektedir. İlgili hüküm uyarınca alacaklı, borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmedikçe sözleşme cezasını aşan zararının tazminini talep

[20] Tolou, para. 861.
[21] Tolou, para. 865.
[22] Olumsuz zarara ilişkin olarak bkz. Erdem, Clause pénale, s. 45; Tolou, para. 650 ve 656; Erdem, Götürü Tazminat, s. 101; Gündüz, Götürü Tazminat, s. 1494. Bütünlük menfaatinin ihlal edilmesinden doğan zarara ilişkin olarak bkz. Tolou, para. 661.

edemez. Böylelikle genel borca aykırılıktan sorumluluk rejiminin aksine bir düzenleme yapılmış; borçlunun aksi ispat edilmediği müddetçe kusurlu sayılması ilkesi terk edilmiştir. Öğretide çoğu yazar, kusuru ispat yükünü tersine çeviren bu hükmün son derece isabetsiz olduğunu haklı olarak ifade etmektedir[23]. Ancak bu *de lege ferenda* tartışma bir yana bırakılacak olursa hükmün mantıklı olduğu iddia edilebilecek tek açıklaması, sözleşme cezası bağlamında alacaklıdan yana ağır basan menfaat terazisinin sözleşme cezasını aşan zarar bağlamında bu defa borçludan yana ağır basmasını sağlama çabası olabilir[24]. Gerçekten de öngörülebilen zarar miktarını önemli ölçüde aşacak bir meblağ olan sözleşme cezasının gerçek zarardan bağımsız olarak talep edilebiliyor olması, alacaklı açısından çok ciddi bir avantaj yaratmaktadır. Buna karşılık alacaklıyı sözleşme cezasını aşan zararının tazminini talep edebilmesi için hem kendi zararını hem borçlunun kusurunu ispat etmek zorunda bırakmak, alacaklı nezdinde can alıcı bir dezavantaj yaratacaktır.

Bu avantaj-dezavantaj dengesinin ceza koşulu bağlamında dahi haklı görülebileceği şüphelidir. Zira hukuki durumunu ceza koşulu ile güçlendirmiş alacaklı sözleşme cezasını aşan bir zarara uğradığı takdirde, alelade alacaklıya kıyasla daha zayıf konumda kalmaktadır. Ancak sözleşme cezasının, alacaklının uğrayacağı öngörülebilen zarar miktarını önemli ölçüde aşan bir meblağa tekabül etmesi, durumun vehametini bir nebze hafifletmektedir. Buna karşılık TBK m. 180/II'nin götürü tazminat anlaşmaları bakımından uygulanması, çok daha ciddi bir sorun yaratacaktır. Alacaklının götürü tazminatı aşan bir zarara uğraması, sözleşme cezasını aşan bir zarara uğramasına kıyasla daha yüksek bir ihtimaldir. Kaldı ki götürü tazminatın alacaklı bakımından sağladığı avantaj, ceza koşuluna kıyasla daha sınırlıdır. Bu durumun uygulamada yol açacağı sonuç, şöyle bir örnek üzerinden açıklanabilir. Kendisini ceza koşulu ile korumaya almış alacaklı maça 2-0 avantajla başlamaktadır. Alacaklının sözleşme cezasını aşan bir zarara uğramasına ilişkin %5'lik ihtimalin gerçekleşmesi ve TBK m. 180/II'nin bu skoru 2-3 borçlu lehine çevirmesi, o kadar da büyük bir sorun teşkil etmeyebilir. Buna karşılık götürü tazminatta alacaklı maça 1-0 avantajla başlamaktadır. Alacaklının sözleşme cezasını aşan bir zarar uğramasına ilişkin %25'lik ihtimalin gerçekleşmesi ve TBK m.

[23] Bu konuda bkz. s. 320.

[24] Nitekim bazı yazarlar, sözleşme cezası bağlamında alacaklı lehine bozulmuş olan menfaat dengesinin yeniden sağlanabilmesi bakımından kuralın önemli bir amaca hizmet ettiği görüşündedir ve öğretinin geri kalanının TBK m. 180/II'ye ilişkin olarak ileri sürdüğü eleştirileri yersiz bulmaktadır. Örneğin bkz. BK OR-Becker, Art. 161 para. 3; Bilge, Cezai Şart, s. 111; Dirican, s. 37; Aksoy, s. 1006; Esin, Cezai Şart, s. 919-920.

180/II'nin bu skoru 1-3 borçlu lehine çevirmesi, çok daha ciddi bir sorundur. Götürü tazminat anlaşmasının alacaklıya kaşıkla verdiğini, TBK m. 180/II kepçeyle geri alacaktır.

Anlaşılacağı üzere ceza koşulu ile götürü tazminat anlaşması arasındaki kavramsal ayrım, "yapay" olmayıp; etkisi somut olarak gözlemlenebilecek bir gerçektir. Bu iki hukuku kurumun işlevleri arasındaki farklılık, TBK m. 180/II örneğinin gösterdiği üzere uygulamada farklı muamele görmelerini gerektirmektedir.

(d) Durum böyleyken ceza koşuluna ilişkin kanundaki düzenlemelerin yedek hukuk kuralı niteliğinde olması, götürü tazminat anlaşmasının bir tür ceza koşulu olarak değerlendirilmesini haklı göstermez. Mühim olan, götürü tazminat anlaşmasının karakteristik olarak ceza koşulu nitelendirmesine uygun olup olmadığıdır; ki olmadığı da yukarıda ifade edilmiştir. Götürü tazminat anlaşmasının ceza koşulundan türemiş bir hukuki kurum olarak düşünülmesi, yanlış tespitlere yol açmaktadır. Bu hukuki kurumun temeli, borca aykırılıktan sorumluluk rejimine ilişkin hükümlerin ve özellikle TBK m. 51'in yedek hukuk kuralı niteliği taşımasına dayanmaktadır. Taraflar götürü tazminat anlaşmasını, bu rejimdeki hükümlerin aksini kararlaştırmak suretiyle akdetmektedir[25].

Kanunda yedek hukuk kurallarıyla düzenlenmiş bir hukuki kurumdan karakteristik olarak farklılaşan bir anlaşmanın ayrı bir hukuki kurum olarak kabul edilmesi, başka örneklerde de karşımıza çıkmaktadır. Örneğin kefalet sözleşmesine ilişkin kanundaki düzenlemelerin yedek hukuk kuralı niteliğinde olması, bağımsız garanti sözleşmesinin yine de ayrı bir hukuki kurum olarak değerlendirilmesini engellememiştir.

(e) Ceza koşulu ile götürü tazminat anlaşmasının tek bir potada eritilmesini, karşılaştırmalı hukuka dayanan bir argümanla haklı göstermek de mümkün değildir. Bu argüman doğrultusunda, Anglo-Amerikan hukuk çevresinde ceza koşulunun geçersiz kabul edilmesinden doğan boşluğun götürü tazminat anlaşması kurumunun geliştirilmesi ile giderildiği; İsviçre-Türk hukukunda böyle bir boşluk bulunmadığına göre ayrı bir götürü tazminat anlaşması kurumuna gerek olmadığı savunulmuştur.

[25] Erdem, Götürü Tazminat, s. 98.

Anglo-Amerikan hukuk çevresinde ceza koşulunun geçersiz kabul edildiği; yalnızca götürü tazminat anlaşmalarının hüküm ifade ettiği (genel bir değerlendirme yapılacak olursa) doğrudur. Ancak İsviçre-Türk hukukunda da ceza koşulu kararlaştırılmasının açık veya dolaylı olarak yasaklandığı bazı hâller mevcuttur. Bu hâllerin bir kısmı bakımından götürü tazminat anlaşması akdedilmesinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Örneğin kooperatiften çıkan ortak, sözleşme cezası ödemekle yükümlü tutulamaz; ancak götürü tazminat ödemekle yükümlü tutulması Kooperatifler Kanunu m. 10 c. 2'deki koşullar sağlandığı takdirde mümkündür. Görüldüğü üzere ceza koşulunun geçersiz kabul edildiği hâller bakımından ayrı bir götürü tazminat anlaşması kurumuna duyulan ihtiyaç, İsviçre-Türk hukuku bağlamında da söz konusudur[26].

Kaldı ki ceza koşulu ile götürü tazminat anlaşması arasındaki kavramsal ayrımı anlamlı kılan, özel olarak götürü tazminat anlaşmasının geçerliliği-ceza koşulunun geçersizliği meselesi değildir. Ayrımın anlamı, birbirlerinden karakteristik olarak farklılaşan bu hukuki kurumların genel olarak farklı kurallara tâbi tutulmasına zemin hazırlamaktır. Bu farklı kuralların nasıl tasarlanacağı, bir hukuk politikası tercihidir. Kurallar arasındaki farklılığın Anglo-Amerikan hukuk çevresindeki görünümü, kökeni on altıncı yüzyıla kadar uzanan bir hukuk politikasının sonucu olarak geçerlilik-geçersizlik denetimidir. İsviçre-Türk hukukundaki görünümü ise TBK m. 179 vd.'ndaki hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağıdır.

4. Yargı uygulamasına bakıldığında ceza koşulu ile götürü tazminat anlaşmasının birbirlerinden ayrı hukuki kurumlar olarak kabul edildiği; ancak yer yer aradaki sınırın çizilmesi bakımından sorunlar yaşandığı görülecektir.

Yargıtay kararlarında ceza koşulu ile götürü tazminat anlaşması arasındaki ayrımın her zaman yeterince net bir şekilde ortaya koyulabildiği söylenemez. Yine de özellikle inşaatı zamanında bitirmeyen yüklenicinin ödeyeceği kararlaştırılan kira tazminatlarına ilişkin davalar bağlamında böyle bir ayrım yapıldığını görmek mümkündür. Yargıtay'ın 1997 tarihli bir kararı, hem bu ayrımın yapıldığını göstermek açısından hem de ceza koşulu ile götürü tazminat anlaşması arasındaki kavramsal sınırı örneklemek açısından incelemeye değerdir. Kararda geçen ifadelere

[26] Parlak Börü, s. 219; Birinci Uzun, s. 142. Ancak ceza koşulu yasağının bulunduğu her hâlde götürü tazminat anlaşması kararlaştırılabileceği söylenemez. İlgili yasağın amacı yakından incelenmeli ve buna göre bir karara varılmalıdır.

göre, *"Taraflar arasında düzenlenmiş bulunan 7.6.1995 tarihli taahhütnamede davalı, daireyi 28.2.1996 gününde teslim etmeyi aksi takdirde her geçen ay için kira parasını ödemeyi taahhüt etmiştir. Ayrıca gecikmenin dört ayı geçmesi halinde kira bedelinin ikiye katlanacağı kararlaştırılmıştır. Öncelikle hemen şunu belirtmek gerekir ki gecikme halinde ödenmesi kararlaştırılan kira parası, davacının doğacak kâr yoksunluğuna ilişkin olup bu kararlaştırma ceza koşulu olarak nitelendirilemez. Ancak gecikmenin dört ayı geçmesi halinde kira parasının ikiye katlanacağını öngören hüküm, ceza koşulu niteliğindedir."*[27]. Kararda, yüklenicinin teslimde geciktiği ilk dört ay için ödemeyi taahhüt ettiği bedelin sözleşme cezası teşkil etmediği belirtilmiştir. Anlaşıldığı kadarıyla bu ödenmesi kararlaştırılmış meblağ, teslim edilecek dairenin öngörülen kira bedelinin gerçekçi bir tahminini yansıtmaktadır. Dolayısıyla burada arsa sahibinin geç teslime bağlı olarak uğrayacağı zararın götürü olarak belirlenmesine ilişkin bir anlaşma, yani götürü tazminat anlaşması söz konusudur. Ancak dört ayı aşan gecikme için yüklenicinin ödeyeceği meblağın ikiye katlanacağının kararlaştırılmış olması, artık ceza koşulu alanına girildiğini gösterir. Zira yüklenicinin ödemesi kararlaştırılan meblağ, alacaklının uğrayacağı öngörülen zararın oldukça üstündedir. Yükleniciyi dört aydan daha fazla gecikmeksizin ifaya zorlama amacı söz konusudur.

B. Somut Olaydaki Anlaşmanın Ceza Koşulu veya Götürü Tazminat Anlaşması Olarak Nitelendirilmesi

1. Ceza koşulu ile götürü tazminat anlaşması arasındaki kavramsal farklılığın teorik olarak ifade edilmesi nispeten kolay olsa dahi, somut olaydaki bir anlaşmayı hukuken nitelendirmek çok daha çetrefilli bir meseledir. Somut olayda tarafların yapmış oldukları anlaşmanın ceza koşulu olarak mı yoksa götürü tazminat anlaşması olarak mı nitelendirileceği hususu, özünde bir sözleşmenin yorumu meselesidir.

2. Tarafların sözleşmede kullandıkları lafzın, bir yorum elemanı olarak dikkate alınacağı şüphesizdir. Özellikle yüksek meblağlı girift bir ticari ilişkinin söz konusu olduğu ve sözleşmenin hazırlanması sürecinde avukatlardan destek alındığı durumda, tarafların kendi anlaşmalarını nitelendirirken "götürü tazminat" veya "ceza koşulu" ifadelerinden birini kullanmış olması, yorum konusunda yol gösterici

[27] Yarg. 13. HD, E. 1997/10061 K. 1997/10663 T. 22.12.1997 (Kazancı).

olabilecektir[28]. Bununla birlikte tarafların anlaşmalarını lafzen nasıl nitelendirdiklerinden hareketle nihai bir sonuca varılması, her sözleşmenin yorumu meselesinde olduğu gibi burada da mümkün değildir[29]. Nihai anlamda belirleyici olan, TBK m. 19 uyarınca tarafların gerçek ve ortak iradeleri ile anlaşmaya yükledikleri işlevdir. Tarafların gerçek iradelerinin örtüşmemesi durumunda, güven prensibi ışığında tarafların objektif iradeleri ile anlaşmaya yükledikleri işlevin tespit edilmesi gerekecektir. Bu çerçevede, tarafların irade açıklamalarının taşıdığı anlam, somut olayın koşulları dikkate alınmak suretiyle dürüstlük kuralı doğrultusunda araştırılır[30]. Tarafların ihlalin yaratabileceği olası zararın telafisine yönelik bir uzlaşma zemini oluşturmaya çalıştıkları anlaşılırsa, götürü tazminat anlaşmasının varlığından bahsedilecektir. Buna karşılık tarafların amacının asıl borcun gereği gibi ifa edilmesini sağlamak üzere borçlu üzerinde baskı kurmak olduğu anlaşılırsa, ceza koşulu söz konusudur[31].

Salt tarafların anlaşmaya yükledikleri işlevin esas alınması, ceza koşulu ile götürü tazminat anlaşması arasındaki kavramsal sınırın teorik olarak çizilmesi açısından yeterli olabilir. Fakat böyle bir değerlendirme, soyut bir unsura odaklanıyor olması nedeniyle müphem kalmaya mahkûmdur. Dolayısıyla pratikte bir anlaşmayı hukuken nitelendirebilmek için yeterince sağlam ve tutarlı bir zemin sunamaz. Bu noktada, borcun ihlal edilmesi durumunda alacaklının uğrayacağı öngörülen zarar ile borçlunun ifa edeceği kararlaştırılan meblağ arasındaki ilişki önem kazanmaktadır. Sayısal anlamda ifade edilmeye elverişli unsurlar içeren bu ilişki, tarafların anlaşmaya yükledikleri işlevin somutlaştırılabilmesine olanak sağlar. Şöyle ki götürü tazminat, alacaklının ihlale bağlı olarak uğrayacağı öngörülebilen zarara yakındır; onun gerçekçi bir tahminini yansıtır. Böylelikle söz konusu zararı telafi etmeye yönelmiştir. Sözleşme cezası ise alacaklının ihlal neticesinde uğrayacağı öngörülebilen zararı önemli ölçüde aşmaktadır; gerçekçi bir zarar tahmini

[28] Birinci Uzun, s. 156-157; Atamer, Ceza Koşulu, s. 116.

[29] ATF 95 II 532, JdT 1971 I 40, c. 5; OGer (Luzern), 1B 11 54, c. 4.2; Couchepin, Forfaitisation, s. 20; Tolou, para. 246; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 186; Kocaağa, Götürü Tazminat, s. 154; Ozanoğlu, s. 29; Kapancı, Götürü Tazminat, s. 678; Birinci Uzun, s. 157; Tekelioğlu, s. 180; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 96; Atamer, Ceza Koşulu, s. 117. Nitekim Yargıtay da taraflarca "cezai şart" başlığı altında düzenlenmiş olan bir kaydı, götürü tazminat anlaşması olarak nitelendirmiştir; bkz. Yarg. 23. HD, E. 2014/4117 K. 2015/4877 T. 25.6.2015 (Kazancı).

[30] Tolou, para. 211; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 128.

[31] Couchepin, Clause pénale, para. 1048; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1042; Erdem, Götürü Tazminat, s. 122-123; Kapancı, Götürü Tazminat, s. 679; Tekelioğlu, s. 180.

olarak değerlendirilemez. Bu itibarla borçluyu ifaya güdülemektedir[32]. Görüldüğü üzere pratikte götürü tazminat anlaşması ile ceza koşulu arasındaki ayrımı yaparken mühim olan, tarafların ihlal durumunda ödenmek üzere kararlaştırdıkları meblağın "öngörülen zararın gerçekçi bir tahminini" yansıtıp yansıtmadığıdır[33]. Bu itibarla ayrıma asıl rengini veren, ceza koşulu değil; götürü tazminat anlaşmasıdır. Gerçekçi bir zarar tahminine yaklaşan anlaşmalar götürü tazminat anlaşması olarak; gerçekçi bir zarar tahminini önemli ölçüde aşması itibarıyla götürü tazminat alanının dışına çıkan anlaşmalar ise ceza koşulu olarak nitelendirilecektir.

Bu konuyu basit bir örnek üzerinden uygulamalı olarak açıklayalım[34]. Bir inşaatın zamanında teslim edilmesi durumunda iş sahibinin elde edeceği öngörülen kira getirisinin 10.000 TL olduğunu varsayalım.

(a) Bu varsayımda taraflar, inşaatı teslimde geciken yüklenicinin geciktiği her ay için iş sahibine 11.000 TL ödeyeceğini kararlaştırdıkları takdirde bir götürü tazminat anlaşması söz konusudur.

(b) Buna karşılık taraflar, inşaatı teslimde geciken yüklenicinin geciktiği her ay için iş sahibine 20.000 TL ödeyeceğini kararlaştırdıkları takdirde bir ceza koşulu söz konusu olacaktır.

3. İhlal durumunda ödenmesi kararlaştırılan meblağın gerçekçi bir zarar tahmini teşkil edip etmediği, anlaşmanın yapıldığı andaki koşulların esas alınması suretiyle belirlenmelidir. Anlaşmanın yapılmasından sonra ortaya çıkan koşullar değerlendirmeye alınmaz. Yani *ex ante* bir değerlendirme söz konusu olacaktır[35]. Bu tespit, sözleşmenin yorumlanmasına ilişkin genel ilkelerin özel bir uygulamasından ibarettir. Bilindiği üzere sözleşmeler, kuruldukları andaki koşullara göre yorumlanmalıdır[36].

Alacaklının ihlal neticesinde uğradığı gerçek zararın bu *ex ante* değerlendirmede herhangi bir rol oynamadığını özellikle vurgulamak

[32] Couchepin, Forfaitisation, s. 18-19; Tolou, para. 225-226; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 186; Erdem, Götürü Tazminat, s. 123; Kapancı, Götürü Tazminat, s. 679; Birinci Uzun, s. 158-160; Parlak Börü, s. 224 dn. 110; Sanlı, s. 342; Tekelioğlu, s. 180-181; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 97.
[33] Birinci Uzun, s. 76; Parlak Börü, s. 200; Tekelioğlu, s. 177.
[34] Benzer bir uygulama için bkz. Atamer, Ceza Koşulu, s. 88-89.
[35] Tolou, para. 228; Birinci Uzun, s. 78; Parlak Börü, s. 201; Sanlı, s. 345-346; Atamer, Ceza Koşulu, s. 117.
[36] Kocayusufpaşaoğlu, § 32 para. 11.

gerekmektedir[37]. Bir meblağın götürü tazminat olarak nitelendirilmesi için, taraflarca anlaşmanın yapıldığı andaki koşullar ışığında öngörülebilen zararın gerçekçi bir tahminini teşkil etmesi gerekli ve yeterlidir. Alacaklının ihlal neticesinde uğradığı gerçek zarar, anlaşma akdedildikten sonra ortaya çıkan yeni koşullar nedeniyle bu tahmine kıyasla önemli ölçüde az miktarda kalsa dahi bu nitelendirme değişmez. Keza tarafların öngörebildikleri zararı önemli ölçüde aşacak şekilde belirledikleri ve bu itibarla sözleşme cezası olarak nitelendirilen meblağ, alacaklının gerçekte uğradığı zarara yakınlaşsa ve hatta bu zararın altında kalsa dahi sözleşme cezası nitelendirmesi değişmez.

Yukarıda verdiğimiz örneğe biraz geliştirerek geri dönelim[38]. Tarafların sözleşmeyi akdettikleri 1.9.2019 tarihinde mevcut olan koşullar uyarınca yapılan öngörüye göre, inşaatın teslim edilmesi kararlaştırılan 1.9.2021 tarihinde elde edilecek kira getirisinin 10.000 TL olduğunu varsayalım.

> **(a)** Bu varsayımda tarafların, inşaatı teslimde geciken yüklenicinin geciktiği her ay için 11.000 TL ödeyeceğini kararlaştırdıkları takdirde bir götürü tazminat anlaşmasının söz konusu olacağını belirtmiştik. İki yıllık inşaat sürecinde koşullarda meydana gelen değişiklikler (örneğin bölgede meydana gelen doğal afete bağlı olarak nüfusun azalması ve konut talebinin düşmesi) nedeniyle, 1.9.2021 tarihinde bölgedeki rayiç kira getirisi 5.000 TL'ye düşmüş olsa dahi, yüklenicinin teslimde geciktiği her ay için 11.000 TL

[37] Tolou, para. 252. Yazar, ceza koşulu/götürü tazminat anlaşması ayrımında alacaklının uğradığı gerçek zararın dikkate alınmasının isabetsizliğini, bu yöndeki bir kanton mahkemesi kararını (TC, Jura, CC 112/2015) eleştirerek açıklamaktadır. Karar, bir finansal kiralama sözleşmesini konu almaktadır. Sözleşme uyarınca kiracı, kiraladığı aracı yılda azami 15.000 km kullanmayı; aşan kullanım için km başına 0,26 CHF ödemeyi taahhüt etmiştir. Sözleşme sona erdiğinde aracın azami kullanım sınırını 132.553 km aşacak kadar kullanıldığı anlaşılmış; bunun üzerine kiraya veren kiracıdan 34.458 CHF ödemesini talep etmiştir. Mahkeme, kiraya verenin fazla kullanım sebebiyle uğradığı gerçek zararın (araçtaki değer azalmasının) yaklaşık 9.440 CHF olduğunu tespit etmiş; sözleşmede ödenmesi kararlaştırılan meblağın bu miktarı ciddi ölçüde aşması sebebiyle sözleşme cezası olduğuna hükmetmiştir. *Tolou,* mahkemenin gerekçesini iki açıdan eleştirmektedir. Öncelikle mahkemenin bu tutumu, sözleşmelerin kuruldukları andaki koşullara göre yorumlanması ilkesine aykırıdır. Sözleşmelerin kurulduktan sonraki koşulların dikkate alınması suretiyle yorumlanması, aynı anlaşmanın iki farklı senaryoda iki farklı şekilde nitelendirilmesine neden olacaktır. Örneğin somut olayda aracın fazla kullanımı böyle aşırı olmasa, gerçek zarar ile kararlaştırılan meblağ birbirine yakın olacaktı. Mahkeme bu defa aynı hükmü, götürü tazminat anlaşması olarak nitelendirecekti. Ayrıca gerçek zararın dikkate alınması, zararın ispatı meselesini yeniden gündeme getirmektedir; oysa tarafların böyle bir anlaşmayı akdetmekle zararın ispatı konusundan uzaklaşmak istedikleri açıktır. Öte yandan somut olaydaki meblağ, hesaplanma yöntemi sebebiyle gerçekten sözleşme cezası olarak nitelendirilmelidir. Bu konuda bkz. s. 231-232. (Tolou, para. 253-263). Alacaklının uğradığı gerçek zararın da nitelendirme bakımından dikkate alınması gerektiği yönündeki aksi görüş için bkz. Couchepin, Clause pénale, para. 1051.

[38] Benzer bir uygulama için bkz. Atamer, Ceza Koşulu, s. 125-128.

ödenmesine ilişkin anlaşma götürü tazminat anlaşması niteliğini koruyacaktır. Borçlunun bu götürü tazminat miktarının indirilmesini talep edip edemeyeceği ayrı bir tartışma konusudur ve aşağıda incelenecektir[39].

(b) Bu varsayımda tarafların, inşaatı teslimde geciken yüklenicinin geciktiği her ay için 20.000 TL ödeyeceğini kararlaştırdıkları takdirde bir ceza koşulunun söz konusu olacağını belirtmiştik. İki yıllık inşaat sürecinde koşullarda meydana gelen değişiklikler (bölgede faaliyete geçen ulaşım hatları, açılan sosyal merkezler, konut talebinde meydana gelen artış vb.) nedeniyle, 1.9.2021 tarihinde bölgedeki rayiç kira getirisi 25.000 TL'ye çıksa dahi, yüklenicinin teslimde geciktiği her ay için 20.000 TL ödenmesine ilişkin anlaşma ceza koşulu niteliğini koruyacaktır.

Sonuç olarak kararlaştırılan meblağın gerçekçi bir zarar tahmini teşkil edip etmediğini anlamak için bir kıyaslama yapılmalıdır. Kıyaslamada bir kefeye "ihlal durumunda ödenmesi kararlaştırılan meblağ", diğer kefeye ise "anlaşmanın yapıldığı anda mevcut koşullar ışığında ihlal durumunda doğması öngörülebilen zarar" koyulmalıdır. Basit bir değerlendirme yapacak olursak, iki kefe birbirine yakın bir dengede kalıyorsa götürü tazminat anlaşması mevcuttur. İlk kefe diğer kefeye kıyasla ne kadar ağır basarsa, ceza koşulu nitelendirmesi ihtimali o kadar artacaktır.

4. Peki kefelerden birinde durmakta olan "öngörülebilen zarar" kavramı, tam olarak neyi ifade etmektedir? İsviçre-Türk sorumluluk hukukunda tazmin edilebilir nitelik taşımayan alacaklının edime atfettiği subjektif değer ve şans kaybı gibi kalemlerin de taraflarca zarar tahminine dâhil edilmesi ve telafisinin götürü tazminat anlaşması vasıtasıyla sağlanması mümkün müdür? Bu sorunun olumlu yanıtlanması, götürü tazminat anlaşmasının uygulama alanını ceza koşulunun uygulama alanını daraltacak şekilde genişletecektir. Kıyaslamada esas alınan zarar miktarının yüksek olması, sözleşmedeki hükmün ceza koşulu – götürü tazminat anlaşması ayrımında götürü tazminat anlaşması tarafına düşme ihtimalini arttırır.

Sorunun yanıtı, tartışmalıdır. Bazı yazarlar, götürü tazminat anlaşmasının, yalnızca dar ve teknik anlamda "zarar" kapsamında değerlendirilen ve TBK m. 112 uyarınca tazmin edilebilir nitelik taşıyan kayıpların telafisini konu alabileceğini

[39] Bkz. s. 237 vd.

savunmaktadır. Alacaklının dava açtığı ve borçlunun sorumluluğuna gittiği takdirde tazminini sağlayamayacağı kayıplarının telafisine yönelik bir anlaşma, götürü tazminat anlaşması olarak nitelendirilemez. Böyle bir anlaşma, ceza koşulu olarak nitelendirilecektir[40]. Buna karşılık *Tolou,* götürü tazminat anlaşmasının işlevlerinden birinin, TBK m. 112 uyarınca tazmin edilmesi mümkün olmayan kayıplara tazmin edilebilir nitelik kazandırmak olduğunu belirtmektedir. Yazara göre, TBK m. 112 uyarınca tazmin edilebilir nitelik taşımayan ama alacaklı nezdinde bir eksilme yaratan kayıpların telafisi, götürü tazminat anlaşmasına pekâlâ konu olabilir. Nitekim götürü tazminat anlaşmasının işlevlerinden biri de zararın sözleşmeselleştirilmesi *(contractualisation du dommage)* suretiyle ona tazmin edilebilir nitelik kazandırmaktır[41]. Burada "zarar" kavramının TBK m. 112'nin çizdiği sınırları aşarak daha geniş düşünülmesi gerekmektedir. İhlal durumunda ödeneceği kararlaştırılan meblağ, TBK m. 112 uyarınca tazmin edilebilir nitelik taşımayan kayıplar da dâhil olmak üzere zararın gerçekçi bir tahminini yansıtıyorsa götürü tazminat anlaşması söz konusu olur. Ancak meblağ, bu zarar tahminini önemli ölçüde aşmaktaysa borçluyu ifaya zorlama işlevi baskın olduğu için ceza koşulundan bahsedilmelidir[42].

Kanaatimizce *Tolou*'nun görüşü, götürü tazminat anlaşması özelinde ikna edici bulunsa dahi, ceza koşulu ile götürü tazminat anlaşması arasında sağlıklı bir ayrım yapmayı engelleyeceği için sorunludur. Mahkemenin bu tür kayıpları tazmin etmeyi reddetmesinin nedenlerinden biri, ölçülebilir bir parasal değer taşımamaları; dolayısıyla bu kayıplara objektif bir değer biçilememesidir[43]. *Tolou,* bu objektif değer eksikliğinin mahkeme açısından sorun teşkil etmemesi gerektiğini; zira tarafların götürü tazminat vasıtasıyla bu kayıplara bizzat kendilerinin parasal bir değer biçtiğini ve mahkemece bu değerin esas alınması gerektiğini belirtmiştir. Fakat taraflarca ödenmesi kararlaştırılan meblağın, öngörülen zararın gerçekçi bir tahminini teşkil edip etmediğine ilişkin yargısal kontrol, bu subjektif değer üzerinden yapılamaz. Dışsal bir gözlemci olan hâkimin, öznel değerlemeye bağlı subjektif değeri bizzat gözlemleyip tespit edebilmesi mümkün değildir. Hâkimin subjektif

[40] Koller, Konventionalstrafe, para. 17; Cotti, para. 650; Couchepin, Clause pénale, para. 1037 dn. 977.

[41] Tolou, para. 249. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Tolou, para. 667 vd.

[42] Tolou, para. 250. *Sanlı,* alacaklının edime piyasa değerinden daha yüksek bir subjektif değer atfetmesi veya edimin özgün bir vasfa sahip olması durumunda, alacaklının ifa menfaati ile borcu ihlal eden borçlunun ödemesi kararlaştırılan meblağ arasında anlamlı bir ilişki kurmanın zorlaşacağını; dolayısıyla tereddüt hâlinde taraflar arasındaki anlaşmanın götürü tazminat anlaşması olarak nitelendirilmesinin daha doğru olacağını ifade etmiştir (Sanlı, s. 342-343).

[43] Örneğin bkz. ATF 126 III 388, c. 11a.

değeri tespit edebilmesinin tek yolu alacaklının bu konudaki açıklamalarına itibar etmek olabilir. Ancak böyle bir senaryoda alacaklıyı subjektif zararı oluşturan tercihlerini dürüst bir şekilde açıklamaya ve zararını gerçekten az/fazla gösterip hâkimi yanıltmamaya sevk edecek hiçbir teşvik bulunmamaktadır. Götürü tazminat anlaşmasının varlığının kendisi açısından daha avantajlı olduğu senaryoda alacaklı, ödenmesi kararlaştırılan meblağın yaşadığı kayba biçtiği subjektif değere tekabül ettiğini ifade edecektir. Tersi durumda ceza koşulunun varlığı daha avantajlıysa alacaklı, yaşadığı kayba biçtiği subjektif değerin, ödenmesi kararlaştırılan meblağın altında kaldığını beyan edecektir.

Bu konuyu somutlaştırmak amacıyla *Goetz* ile *Scott*'ın endişeli mezun örneğini uyarlamak istiyoruz[44]. (A1) ile (A2), mezun oldukları üniversitenin basketbol takımının taraftarlarıdır. Senelerdir ikinci lig seviyesinde oynayan takım sonunda çok önemli bir başarı elde ederek kendi bölgesinde final oynamaya hak kazanınca her biri, final maçını arkadaşlarıyla birlikte yerinde izlemek üzere 25'er adet bilet satın alır. Ayrıca kendilerini arkadaşlarıyla birlikte maçın oynanacağı şehre götürmek üzere otobüs şirketi (B)'den birer otobüs kiralamaya karar verir. Final maçını arkadaşlarıyla birlikte yerinde izleyebilmek her ikisi için de önemlidir; bu konuya atfettikleri önem taahhüt edilen seferin gereği gibi gerçekleştirilip gerçekleştirilmeyeceği konusunda endişe duymalarına yol açmaktadır. Olası bir ihlal durumunda başvurabilecekleri hukuki çare olan tazminat, edimin piyasadaki değerine göre hesaplanacak ve 2.500 TL'den ibaret olacaktır. Bu tazminat, edime atfettikleri subjektif değeri tazmin etmek konusunda yeterli olmayacaktır. Nitekim hem (A1) hem (A2), seferin gereği gibi gerçekleşmemesi ve maça zamanında yetişilememesi durumunda (B)'nin kendilerine 10.000 TL ödeyeceğini yaptıkları sözleşmeye birer hüküm vasıtasıyla ekler.

> (A1)'in borçlunun borcu ifa etmesi ile borçlunun borcu ifa etmeyip kendisine bir tazminat ödemesi arasında kayıtsız olması için kendisine ödenmesi gereken tazminat miktarı 10.000 TL'dir. Yani (A1) açısından sözleşmede kararlaştırılan 10.000 TL'lik meblağ, edime atfettiği subjektif değer de dâhil olmak üzere seferin gereği gibi gerçekleşmemesi durumunda uğrayacağı kaybın gerçekçi bir tahminidir.

[44] Örnek için bkz. s. 66 vd.

(A2) ise (A1) kadar fanatik olmakla birlikte, takımın finalde kaybedeceğine dair bir his taşıdığı için maçta bulunmak konusunda yer yer tereddüt yaşamaktadır. (A2)'nin borçlunun borcu ifa etmesi ile borçlunun borcu ifa etmeyip kendisine bir tazminat ödemesi arasında kayıtsız olması için kendisine ödenmesi gereken tazminat miktarı 5.000 TL'dir. Dolayısıyla onun açısından sözleşmede kararlaştırılan 10.000 TL'lik meblağ, edime atfettiği subjektif değer de dâhil olmak üzere seferin gereği gibi gerçekleşmemesi durumunda uğrayacağı kaybın oldukça üzerinde kalmaktadır.

Tolou'nun görüşü benimsenecek olursa, (A1) ile (B) arasındaki anlaşmanın götürü tazminat anlaşması; (A2) ile (B) arasındaki anlaşmanın ise ceza koşulu olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. Oysa hâkimin (A1) ile (A2)'nin öznel değerlemelerine bağlı subjektif değerlerin farklı olduklarını gözlemleyebilmesi ve farklı hukuki nitelendirmeler yapabilmesi mümkün değildir. Hâkimin subjektif değeri tespit edebilmesinin tek yolu (A1) ile (A2)'nin bu konudaki açıklamalarına itibar etmek olabilir; fakat bunun da hukuk güvenliği ve borçlunun menfaati bakımından ciddi sorunlar yaratacağı şüphesizdir. *Sonuç olarak* ceza koşulu - götürü tazminat anlaşması nitelendirmesine ilişkin değerlendirmede esas alınacak zarar, dar ve teknik anlamda "zarar" kapsamında değerlendirilen ve TBK m. 112 uyarınca tazmin edilebilir nitelik taşıyan kayıplardan ibaret olmalıdır.

5. İhlal durumunda ödenmesi kararlaştırılan meblağın gerçekçi bir zarar tahmini teşkil edip etmediği konusunda bazı göstergelerden faydalanmak mümkündür. Bu çerçevede özellikle birden fazla ihlalin tek bir çatı altında toplanıp toplanmadığına, ödenmesi kararlaştırılan meblağın hesaplanma yöntemine ve ihlalin sonuçlarının öngörülebilir olup olmadığına dikkat edilmesi uygun olacaktır.

(a) Farklı zararlar doğurmaya elverişli ihlallerin aynı çatı altında toplanmış ve bu ihlallerden hangisi gerçekleşirse gerçekleşsin borçlunun aynı meblağı ödeyeceğinin kararlaştırılmış olması, bir ceza koşulunun varlığını ortaya koyar[45]. Zira ödenmesi kararlaştırılan meblağ ile öngörülen zarar arasındaki bağlantı kopmuştur; gerçekçi bir zarar tahmininden bahsedilemez.

[45] OGer (Luzern), 1B 11 54, c. 4.2; Gauch, Contrat d'entreprise, para. 710; Tolou, para. 229; Birinci Uzun, s. 160; Atamer, Ceza Koşulu, s. 118.

Buna göre, her tür sözleşme ihlalinde aynı meblağın ödenmesini öngören genel olarak kapsayıcı bir ceza koşulu kararlaştırılması mümkün görünmektedir[46]. Fakat böyle genel bir götürü tazminat anlaşması akdedilmesi, götürü tazminat anlaşmasının özüne ters düşeceği için düşünülemez[47]. Bir götürü tazminat anlaşmasının birden fazla ihlali kapsayabilmesi için, ya bu ihlallerin doğuracağı öngörülen zarar miktarlarının aynı olması ya da farklı miktarlarda zarar doğuracağı öngörülen ihlaller için farklı meblağlar ödeneceğinin kararlaştırılmış olması gerekmektedir[48].

(b) Ödenecek meblağın hesaplanması yöntemi de anlaşmanın hukuki niteliği konusunda yol göstericidir.

Alacaklının uğrayacağı zararın kapsamının koşullara göre değişkenlik göstereceği durumda borçlunun ödemesi kararlaştırılan meblağın sabit veya değişken olması, hukuki niteliğini etkileyecektir. Böyle bir ihtimalde ödenmesi kararlaştırılan meblağın götürü tazminat niteliği taşıyabilmesi için, zarara paralel olarak değişkenlik arz edecek şekilde belirlenmiş olması zorunludur. Zararın değişken karakterine rağmen sabit bir meblağın kararlaştırılmış olması, ceza koşulunun varlığını gösterir[49].

Örneğin yüklenicinin inşaatı teslimde gecikmesi durumunda iş sahibinin uğrayacağı zararın kapsamı, gecikme süresinin uzunluğuna göre değişecektir. Teslimdeki gecikme ne kadar uzun sürerse, iş sahibinin uğradığı zararın miktarı da o kadar artar. Böyle bir durumda teslimdeki gecikme ne kadar uzun sürerse sürsün yüklenicinin sabit bir meblağ ödeyeceğinin kararlaştırıldığı anlaşma, ceza koşuludur. Zira alacaklının uğrayacağı zarar zamanla artacak olmasına rağmen borçlunun ödeyeceği kararlaştırılan meblağın sabit olması, bu ikisi arasında gerçekçi bir bağlantı bulunmasını engellemektedir[50]. Keza belirli süreli bir borç ilişkisinin haklı sebebe dayanmaksızın tek taraflı olarak feshedilmesi durumunda karşı tarafın uğrayacağı zararın kapsamı, sona erdirme anına göre değişkenlik gösterir. Sözleşme ne kadar geç feshedilirse, karşı tarafın uğradığı zararın miktarı o kadar azalır. Dolayısıyla böyle bir ilişkiyi tek taraflı olarak fesheden kişinin ödeyeceği meblağın

[46] ATF 135 III 433, JdT 2009 I 479, c. 4.2.
[47] Tolou, para. 230.
[48] Tolou, para. 230.
[49] Tolou, para. 234.
[50] Atamer, Ceza Koşulu, s. 118.

götürü tazminat olarak nitelendirilebilmesi, fesih anına göre kademelendirilmiş biçimde belirlenmiş olmasına bağlıdır[51].

Öte yandan meblağın değişkenlik arz ediyor olması götürü tazminat anlaşmasının varlığını kabul etmek için yeterli değildir. Mühim olan kararlaştırılan meblağın, zarar üzerinde etkili olan parametreler doğrultusunda hesaplanacağının kararlaştırılmasıdır[52]. Buna karşılık ihlalin yaratacağı zarar verici sonuçlardan farklılaşan parametrelere göre hesaplanacağı kararlaştırılmış olan bir meblağ, değişkenlik gösterse dahi sözleşme cezası olarak nitelendirilecektir[53].

Bu noktada örnek olarak, İsviçre Mimarlar ve Mühendisler Odasının mimarların hizmet ve ücretlerini düzenleyen 102 sayılı tüzüğü *(SIA 102[54])* incelenebilir. Bu tüzüğün 1969 tarihli versiyonunda yer alan m. 8.1 uyarınca, mimarın herhangi bir kusuru bulunmamasına rağmen sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdiren iş sahibi, mimarın o zamana kadar tamamladığı hizmetlere karşılık olarak tüzükte öngörülen ücreti ve buna ek olarak söz konusu ücretin %15'ine tekabül eden bir meblağı mimara ödemekle yükümlüdür. Ayrıca mimarın fazlaya ilişkin hakkı, uğramış olduğu zararın bu meblağdan daha fazla olduğunu ispatlaması durumunda saklıdır. Federal Mahkeme, mimar ile iş sahibi arasındaki mimarlık sözleşmelerinin bir parçası hâline gelen söz konusu hükmü, birden fazla kez incelemek durumunda kalmıştır. Mahkeme, mimarın fesih zamanına kadar hak kazandığı ücretin %15'ine tekabül edecek şekilde hesaplanan meblağı başlangıçta götürü tazminat olarak nitelendirmiş[55]; ancak zaman içerisinde öğretideki eleştirilerin de etkisiyle bakış açısını değiştirmiş ve bir sözleşme cezasının varlığına hükmetmeye başlamıştır[56]. Nitekim öğretide de belirtildiği üzere, borçlunun ödemesi kararlaştırılan meblağın hesaplanma biçimi, bir sözleşme cezasına işaret etmektedir. Zira mimarın fesih zamanına kadar hak kazandığı ücretin belirli bir yüzdesine tekabül edecek şekilde hesaplanan meblağ, mimarlık sözleşmesinin feshedilmesi geciktikçe artmaktadır. Oysa mimarın bu fesih nedeniyle uğrayacağı zarar, mimarlık sözleşmesinin feshedilmesi geciktikçe azalmaktadır. Dolayısıyla ihlal durumunda

[51] Tolou, para. 236.
[52] Tolou, para. 232.
[53] Tolou, para. 232.
[54] *"Règlement concernant les prestations et honoraires des architectes"* / *"Ordnung für Leistungen und Honorare der Architektinnen und Architekten"*.
[55] TF, SJ 1978 385, c. 3.
[56] ATF 109 II 462, JdT 1984 I 210, c. 4; ATF 110 II 380, JdT 1985 I 274, c. 3a.

ödenmesi kararlaştırılan meblağ ile doğacağı öngörülebilen zarar arasında, ters bir orantı söz konusudur. Böyle bir anlaşmanın, gerçekçi bir zarar tahminini yansıtmadığı açıktır[57].

Tüzüğün daha sonra hazırlanan versiyonlarında ve 1 Ocak 2020 tarihi itibarıyla yürürlükte olan güncel versiyonunda ise sözleşmeyi tek taraflı olarak fesheden iş sahibinin mimara ödeyeceği meblağ, mimarın fesih zamanına kadar hak kazandığı ücret üzerinden değil; fesih nedeniyle hak kazanamadığı ücret üzerinden hesaplanmaktadır. Böylelikle ihlal durumunda ödenmesi kararlaştırılan meblağ ile doğacağı öngörülebilen zarar arasında, doğru orantı kurulmuştur. Mimarın fesih nedeniyle hak kazanamadığı ücretin %10'u olarak belirlenen bu meblağ, zararın hesaplanması yöntemi itibarıyla götürü tazminat olarak nitelendirilmeye elverişlidir[58].

Bir diğer örnek olarak yukarıda değindiğimiz ve finansal kiralama sözleşmesini konu alan bir kanton mahkemesi kararı incelenebilir. Sözleşme uyarınca kiracı, kiraladığı aracı yılda azami 15.000 km kullanmayı; aşan kullanım için km başına 0,26 CHF ödemeyi taahhüt etmiştir. Mahkeme bu anlaşmanın ceza koşulu niteliğinde olduğu konusunda doğru bir sonuca varmış, ancak alacaklının uğradığı gerçek zararı dikkate alan hatalı bir yol izlemiştir[59]. *Tolou* tarafından işaret edildiği gibi, buradaki anlaşmayı ceza koşulu kılan husus, ödenecek meblağın hesaplanma yöntemidir. Taraflar sözleşme cezasının aşılan kilometre başına sabit bir miktar olarak hesaplanacağını öngörmüş; böylece doğrusal bir hesaplama yöntemi benimsemiştir. Oysa fazla kullanılan aracın değeri, doğrusal olarak azalmamaktadır. Aracın 15.000-35.000 km bandında kullanımına bağlı olarak gerçekleşen değer kaybı, 115.000-135.000 km bandında kullanımına bağlı olarak gerçekleşen değer

[57] Pierre Tercier, "Encore la nature juridique du contrat d'architecte", Baurecht / Droit de la construction 1979, s. 9; Couchepin, Clause pénale, para. 511; Couchepin, Forfaitisation, s. 21; Tolou, para. 233.

[58] Federal Mahkeme, sözleşmeyi uygun olmayan zamanda fesheden iş sahibinin, mimara, fesih nedeniyle hak kazanamadığı ücretin %10'unu ödeyeceğine ilişkin bu hükmü İsvBK m. 404'e (TBK m. 512) uygun bulmakta ve geçerli kabul etmektedir. Örneğin bkz. TF, 4A_294/2012 (08.10.2012). Karara ilişkin bir inceleme için bkz. Franz Werro, "L'indemnité pour résiliation anticipée du contrat d'architecte selon le règlement SIA 102 (1984)", Baurecht / Droit de la construction 2013, s. 120 vd.

[59] TC, Jura, CC 112/2015.

kaybından fazladır. Dolayısıyla borçlunun ihlali durumunda ödenmesi kararlaştırılan meblağ, öngörülebilir zararın gerçekçi tahminini yansıtmamaktadır[60].

(c) Tarafların sonuçlarını öngöremedikleri bir ihlal durumunda ödenmesini kararlaştırdıkları meblağ, sözleşme cezasıdır. Zira burada meblağ, öngörülebilir bir zarar tahmininden hareketle belirlenmemektedir[61].

6. Uygulamada inşaat sözleşmelerinin çoğu, yüklenicinin inşaatı geç teslim etmesi durumunda belirli bir meblağ ödeyeceğine ilişkin hükümler öngörmektedir. Bu hükümlerin ceza koşulu olarak mı yoksa götürü tazminat olarak mı nitelendirileceği hususu, uyuşmazlıkların çözümü bakımından büyük önem arz etmektedir. *Kocaağa,* inşaat sözleşmelerinde öngörülen bu hükümlerin amacının genellikle arsa sahiplerinin geç teslimden ötürü yoksun kalacağı kira getirisini telafi etmek olduğunu belirtmektedir. Nitekim tazmin edilmesi gereken muhtemel zarar miktarının taraflarca önceden belirlenmesine ve taraflar arasında uyuşmazlığın önlenmesine yönelik olan bu anlaşmalar, götürü tazminat niteliğindedir[62]. Bununla birlikte kimi inşaat sözleşmelerinde tarafların amacı, muhtemel zararı önceden belirleyip telafi etmekten öte, yükleniciyi zamanında ifaya zorlamaktır. Bu durumda ceza koşulunun varlığı kabul edilmelidir[63]. Tarafların amaçlarının tespiti bakımından, ödenmesi kararlaştırılan meblağ ile muhtemel kira geliri arasındaki ilişki çok önemli bir yol göstericidir. Belirlenen meblağın, muhtemel kira gelirinin gerçekçi bir tahmini olduğu anlaşılıyorsa götürü tazminat; bunu önemli şekilde aştığı anlaşılıyorsa ceza koşulundan bahsedilmelidir.

7 . Anglo-Amerikan hukukunda ceza koşulu ile götürü tazminat anlaşması ayrımına ilişkin olarak benimsenen kriterler, İsviçre-Türk hukuku bakımından da bir esin kaynağı olarak dikkate alınabilir[64]. Yine de her hukuk sisteminin kendine özgü bazı özellikleri olduğu, belirli bir hukuk sistemindeki ceza koşulu ile götürü tazminat anlaşması ayrımının İsviçre-Türk hukuku ile tam olarak örtüşmeyebileceği hatırlatılmalıdır. Kaldı ki Anglo-Amerikan hukuk çevresinde de yeknesak bir yaklaşım mevcut değildir. Anglo-Amerikan hukukunun çekirdeğini İngiliz hukuku teşkil etmesine rağmen, günümüzde ceza koşuluna ilişkin Amerikan veya Avustralya

[60] Kararın incelemesi için bkz. Tolou, para. 253-263.
[61] Tolou, para. 267.
[62] Kocaağa, Götürü Tazminat, s. 155-156.
[63] Kocaağa, Götürü Tazminat, s. 155-156.
[64] Tolou, para. 179.

hukuku uygulaması incelendiğinde İngiliz hukukundan farklılaşan noktalar bulunduğu görülecektir.

Bu çerçevede özellikle Lordlar Kamarasının ceza koşulu ile götürü tazminat anlaşması ayrımına odaklanan ve ceza koşulu konusunda İngiliz hukukunun yirminci yüzyıl uygulamasını şekillendiren 1914 tarihli *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v. New Garage & Motor Co Ltd*[65] kararının İsviçre-Türk hukuku açısından da yol göstermeye elverişli olduğu görüşündeyiz[66].

8. Tüm yorum unsurlarının değerlendirmeye alınmasına rağmen hukuki nitelendirmeye ilişkin tereddüdün giderilememesi durumunda anlaşmanın ceza koşulu olarak mı yoksa götürü tazminat anlaşması olarak mı nitelendirilmesi gerektiği tartışmalıdır. Bazı yazarlar bu durumda götürü tazminat anlaşmasının varlığını kabul etmenin daha uygun olacağı görüşündedir. Zira ceza koşulu taraflar arasındaki menfaat dengesini alacaklı lehine bozmakta, oysa götürü tazminat anlaşması her iki tarafın menfaatlerini daha dengeli biçimde korumaktadır[67]. Ancak diğer görüş, kanunda düzenlenmiş olan bir hukuki kurum olmasından hareketle ceza koşulunun varlığını kabul etmek gerekeceği yönündedir[68]. *Tolou* ise bu konuda genel bir kuralın benimsenmesinin mümkün olmadığını; başvurulabilecek pek çok göstergeden hareketle somut olayın koşulları doğrultusunda bir sonuca varılması gerektiğini belirtmektedir[69].

C. Götürü Tazminat Anlaşmasına Uygulanacak Kurallar ve Özellikle Ceza Koşuluna İlişkin Hükümlerin Uygulanma Kabiliyeti

1. Götürü tazminat anlaşması, kanunda düzenlenmiş olmayan[70] ve *sui generis* (kendine özgü) bir sözleşme niteliği taşımaktadır[71]. Ceza koşulu ile götürü tazminat

---

[65] *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage & Motor Co. Ltd.*, [1915] A.C. 79. Karara ilişkin Türkçe değerlendirmeler için bkz. Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 137 vd.; Atamer, Ceza Koşulu, s. 97-98.

[66] Atamer, Ceza Koşulu, s. 117.

[67] Kılıçoğlu, s. 994; Kapancı, Götürü Tazminat, s. 679; Birinci Uzun, s. 164; Parlak Börü, s. 224.

[68] OGer (Luzern), 1B 11 54, c. 4.2; Koller, OR AT, 81.12; H. Nomer, para. 235.2; Ayan, İnşaat, s. 207.

[69] Tolou, para. 213.

[70] Götürü tazminat anlaşması, kanunda düzenlenmiş bir kurum olmasa dahi; bazı yazarlar kanunda öngörülmüş götürü tazminat örneklerine rastlamanın mümkün olduğunu belirtmektedirler. Örneğin temerrüt faizi, kanun tarafından öngörülmüş bir götürü tazminattır. Bu yönde bkz. Erdem, Götürü Tazminat, s. 99; Kapancı, Götürü Tazminat, s. 657; Birinci Uzun, s. 204; Parlak Börü, s. 197 dn. 8; Gündüz, Götürü Tazminat, s. 1490 dn. 6. Bu konuda detaylı bir değerlendirme için bkz. Tolou, para. 270-294.

anlaşması arasında kavramsal bir farklılık bulunduğu tespit edildiğine göre, ceza koşuluna ilişkin TBK m. 179 vd.'nın, götürü tazminat anlaşmasına doğrudan uygulanması mümkün değildir. Ancak söz konusu hükümlerin götürü tazminat anlaşmasına kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıdır. Bilindiği üzere bir kanun hükmünün doğrudan düzenlemediği bir konuda kıyasen uygulanabilmesi, ancak bu konunun mahiyetine uygun düşmesi hâlinde mümkündür[72]. Oysa ceza koşuluna ilişkin hükümler, bu kurumun borçluyu ifaya zorlayıcı baskın karakteri göz önüne alınarak tasarlanmıştır. Dolayısıyla bu hükümler, asli işlevi alacaklının ihlal neticesinde uğrayacağı zararı tazmin etmek olan bir götürü tazminat anlaşmasının mahiyetine uygun düşmemektedir. Sonuç olarak kanaatimizce, ceza koşuluna ilişkin TBK m. 179 vd.'nın götürü tazminat anlaşmasına kıyasen dahi uygulanması mümkün değildir[73]. Götürü tazminat anlaşmasına uygulanacak kurallar, tarafların anlaşmasından ve bu anlaşmada boşluk bulunan durumlarda tazminat hukukuna hâkim genel ilkelerden hareketle belirlenmelidir. Zira götürü tazminat anlaşması TBK m. 112 uyarınca mevcut olan tazminat alacağını şekillendirir; bundan farklı bir borç doğurmaz.

2. Bu çerçevede götürü tazminat anlaşması ile ceza koşuluna uygulanacak kurallar arasında aşağıdaki farklılıkların bulunduğu söylenebilir:

(a) Alacaklının sözleşme cezasını talep edebilmesi için zarara uğramış olmasına gerek yoktur. Alacaklı herhangi bir zarara uğramamış olsa dahi sözleşme cezasını talep edebilecektir. Bu husus, TBK m. 180/I'de açıkça hüküm altına alınmıştır[74]. Götürü tazminatın muacceliyeti bakımından alacaklının zarara uğramış olmasının zorunlu olup olmadığı ise tartışmalıdır. Bazı yazarlar, herhangi bir zarara uğramamış alacaklının, kararlaştırılan götürü tazminat miktarını yine de talep

---

[71] Tolou, para. 70; Erdem, Götürü Tazminat, s. 109; Parlak Börü, s. 203; Birinci Uzun, s. 90; Kapancı, Götürü Tazminat, s. 655; Tekelioğlu, s. 178; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 125-126; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 91; Öcal Apaydın/İnce Akman, s. 224.

[72] Kıyasen uygulama hakkında bkz. Osman Berat Gürzumar, "Türk Medenî Kanunu'nun 5'inci Maddesi ve Özel Hukuk Uygulamasındaki Yeri", Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan Cilt I, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi S. 1 (2004), s. 105 vd.

[73] Koller, Konventionalstrafe, para. 18; Erdem, Clause pénale, s. 49; Couchepin, Clause pénale, para. 1024; Couchepin, Forfaitisation, s. 3; Tolou, para. 67; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 178; Kocaağa, Götürü Tazminat, s. 154; Ozanoğlu, s. 30; Kapancı, Götürü Tazminat, s. 675; Birinci Uzun, s. 153; Parlak Börü, s. 217; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 133. Ceza koşulu ile götürü tazminat anlaşmasının farklı kurumlar olduğunu kabul etmekle birlikte, kanundaki ceza koşuluna ilişkin hükümlerin götürü tazminat anlaşmasına kıyasen uygulanabileceği görüşü için bkz. Sanlı, s. 338-339.

[74] Bu konuda bkz. *"İkinci Bölüm / II. / B. Zarardan Bağımsızlık"*.

edebileceğini ifade etmektedir[75]. Buna karşılık ağırlıklı görüş, alacaklının götürü tazminat talep edebilmesi için zarara uğramış olmasını aramaktadır[76]. Hatta bazı yazarlar, borçlunun hiçbir zarar meydana gelmese dahi "götürü tazminatı" ödemekle sorumlu olacağının kararlaştırıldığı anlaşmaların teknik anlamda götürü tazminat anlaşması olarak nitelendirilemeyeceğini; bu durumda ceza koşulundan bahsedilebileceğini ifade etmiştir[77]. Kanaatimizce, götürü tazminat anlaşmasının ceza koşulundan türemiş bir kurum olarak değil; TBK m. 112 uyarınca mevcut olan tazminat alacağını şekillendiren bir kurum olarak algılanması gerekmektedir. Bu doğrultuda ikinci görüşe üstünlük tanınması ve herhangi bir zarara uğramamış alacaklının götürü tazminat talebinin reddedilmesi uygun olacaktır.

Sonuç olarak alacaklının götürü tazminat talep edebilmek için ihlal neticesinde zarara uğramış olması zorunludur. Ancak alacaklının bu zarara ilişkin ispat yükünü taşıyıp taşımadığı ayrıca değerlendirilmelidir. Kanaatimizce zararın varlığını veya kapsamını ispat yükü, olağan tazminat hukuku kurallarının aksine alacaklıya değil; borçluya yüklenmelidir. Yani borçlu hiç zarar meydana gelmediğini veya meydana gelen zararın götürü tazminat miktarından az olduğunu ispat etmediği müddetçe kararlaştırılan götürü tazminatın tamamını ödemelidir[78]. Zaten götürü tazminat anlaşmasının amacı, alacaklıyı zararın varlığını ve kapsamını ispatlama yükünden kurtarmaktır. Bu itibarla bazı yazarların zararın varlığını ispat etme yükünü alacaklıya, zararın kapsamını ispat etme yükünü ise borçluya yükleyen yaklaşımlarına katılmıyoruz[79]. Bu yaklaşıma gerekçe olarak götürü tazminat anlaşmasının yalnızca tazminatın miktarına ilişkin bir düzenleme yapması

[75] Sanlı, s. 338 dn. 1093; Atamer, Ceza Koşulu, s. 115-116.

[76] BSK OR I-Widmer/Constantini/Ehrat, Art. 160 para. 12; KUKO OR-Pietruszak, Art. 160 para. 18; Bentele, s. 19; Couchepin, Clause pénale, para. 1026; Couchepin, Forfaitisation, s. 13; Werro, Peine conventionelle, s. 3; Tolou, para. 172 ve 1096; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 39; Kılıçoğlu, s. 988; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, para. 1348; Furrer/Müller-Chen/Çetiner, para. 1618; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 180; Kocaağa, Götürü Tazminat, s. 153; Ozanoğlu, s. 24; Kapancı, Götürü Tazminat, s. 677; Birinci Uzun, s. 224; Parlak Börü, s. 222; Öktem Çevik, Ceza Koşulu, s. 102; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 40; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 94; Gündüz, Götürü Tazminat, s. 1493; Öcal Apaydın/İnce Akman, s. 234.

[77] Erdem, Clause pénale, s. 45; Erdem, Götürü Tazminat, s. 108-109; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 181; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 90.

[78] Aynı yönde bkz. Tolou, para. 132; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1566a-1566b; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 180; Kocaağa, Götürü Tazminat, s. 153; Ozanoğlu, s. 24; Öktem Çevik, Ceza Koşulu, s. 102; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 90; Gündüz, Götürü Tazminat, s. 1493; Öcal Apaydın/İnce Akman, s. 227.

[79] Bu görüş için bkz. KUKO OR-Pietruszak, Art. 160 para. 18; Erdem, Clause pénale, s. 45; Couchepin, Clause pénale, para. 1026; Couchepin, Forfaitisation, s. 13; Werro, Peine conventionelle, s. 3; Kılıçoğlu, s. 989; Erdem, Götürü Tazminat, s. 106-108; Parlak Börü, s. 222 dn. 99; Kapancı, Götürü Tazminat, s. 677 dn. 109; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 127; Akkanat, s. 42.

gösterilmektedir. Anlaşma diğer sorumluluk esaslarına dair kanundan ayrılan bir düzenleme yapmadığından, alacaklı yine zararın varlığını ispat etmek durumunda olmalıdır[80]. Ancak kanaatimizce taraflar asıl borcun ihlal edilmesinden doğan zararı telafi edecek bir tazminatın ödenmesini öngörmek suretiyle, alacaklıyı zarara ilişkin ispat yükünden bütünüyle kurtarmayı amaçlamaktadır. Tarafların zararın varlığına dair ispat yükünü, zararın miktarına ilişkin ispat yükünden koparark ayrı düşündüklerini söylemek, aksini gösteren özel bir emare bulunmadığı müddetçe mümkün değildir. Taraflar zararın miktarına ilişkin ispat yükünü yer değiştirirken, zararın varlığına ilişkin ispat yükünü de ön kabul olarak değiştirmiş olmaktadır.

(b) Alacaklının sözleşme cezasını aşan zararının tazminini talep edebilmesi için hem uğradığı aşkın zararın miktarını hem de borçlunun kusurlu olarak borcu ihlal etmiş olduğunu ispat etmesi gerekmektedir. Öğretide haklı olarak çok eleştirilen bu husus, TBK m. 180/II'nin bir gereğidir[81]. Götürü tazminatı aşan zarar bakımından ise böyle bir durum söz konusu değildir. Alacaklı, götürü tazminat miktarını aşan zararın tazminini, uğramış olduğu zararı ispat etmesi koşuluyla ayrıca borçlunun kusurunu ispat etmesine gerek olmaksızın talep edebilecektir[82]. Ancak kimi zaman götürü tazminat anlaşmasının mutlak nitelikte olabileceği ve bu durumun götürü tazminat anlaşmasını aşan zararın tazmini yolunu tamamen kesebileceği unutulmamalıdır[83].

(c) Alacaklının ifaya eklenen sözleşme cezasını talep edebilmesi için, asıl borcun ifasını çekince koymak suretiyle kabul etmiş olması gerekmektedir. Herhangi bir çekince koymaksızın asıl borcun ifasını kabul eden alacaklı, artık ifaya eklenen sözleşme cezasını talep edemez. Bu husus, TBK m. 179/II'de hüküm altına alınmıştır[84]. Götürü tazminat bakımından ise böyle bir çekinceye gerek yoktur. Asıl borcun ifasını kabul ederken herhangi bir çekince koymayan alacaklının da daha sonra götürü tazminat talep edebilmesi mümkündür[85]. Götürü tazminatın bu özelliği, yargı kararlarına da yansımıştır. İnşaatı zamanında bitirmeyen yüklenicinin

[80] Erdem, Götürü Tazminat, s. 107.
[81] Bu konuda bkz. *"Dördüncü Bölüm / II. Sözleşme Cezasını Aşan Zararın Tazmini".*
[82] Gauch, Contrat d'entreprise, para. 709; Bentele, s. 20; Couchepin, Forfaitisation, s. 12; Tolou, para. 173; Kapancı, Götürü Tazminat, s. 678; Birinci Uzun, s. 151; Parlak Börü, s. 222-223; Sanlı, s. 339; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 95.
[83] Bu konuda bkz. s. 242-243.
[84] Bu konuda bkz. *"Dördüncü Bölüm / IV. / B. / 3. / b. Asıl Borcun İfasını Çekincesiz Kabul".*
[85] Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 182; Kocaağa, Götürü Tazminat, s. 151; Ozanoğlu, s. 25-26; Birinci Uzun, s. 151; Tekelioğlu, s. 180; Öktem Çevik, Ceza Koşulu, s. 102; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 132; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 96.

ödeyeceği kira tazminatının sözleşme cezası olarak nitelendirilmediği ve dolayısıyla kira tazminatı alacaklarının inşaatın teslim alınması sırasında saklı tutulmuş olmasa dahi talep edilebileceğine hükmedilen pek çok Yargıtay kararı mevcuttur[86].

(d) Aşırı sözleşme cezası, TBK m. 182/III uyarınca hâkim tarafından indirilir. Sözleşme serbestisi ilkesinin bir istisnası olarak hâkime sözleşmeye müdahale etme yetkisi tanıyan bu hükmün götürü tazminat bakımından uygulanıp uygulanamayacağı öteden beri çok önemli bir tartışma konusudur. Tartışma, arz ettiği önem nedeniyle detaylı olarak ele alınacaktır.

Esasen götürü tazminat, borçlunun asıl borcu ihlal etmesi durumunda alacaklının uğrayacağı zararın gerçekçi bir tahmininden ibarettir. Ancak bu tahminin henüz asıl borç ihlal edilmeden ve gerçek zarar ortaya çıkmadan evvel yapılıyor olması, bir hata payını da beraberinde getirmektedir. Gerçek zarar, taraflarca kararlaştırılan götürü tazminat miktarından daha fazla veya az olabilir. Özellikle gerçek zararın taraflarca kararlaştırılan götürü tazminat miktarından daha az olduğu ihtimalde TBK m. 182/III'ün uygulanması suretiyle götürü tazminatın indirilmesi mümkün müdür? Öncelikle bu sorunun, nisbi götürü tazminat ve azami götürü tazminat anlaşmaları bakımından pek önem taşımadığı hatırlatılmalıdır. Bu tür anlaşmalar uyarınca borçlu, gerçek zararın götürü tazminat miktarından daha az olduğunu ispat ettiği takdirde zaten gerçek zarar kadar tazminat ödeyecektir. TBK m. 182/III'ün uygulanıp uygulanmayacağı sorunu, özellikle mutlak götürü tazminat ve asgari götürü tazminat anlaşmaları bağlamında önem arz etmektedir. Zira bu tür anlaşmalarda götürü tazminat, alacaklının talep edebileceği tazminatın alt sınırını teşkil etmektedir. Borçlu, gerçek zararın götürü tazminat miktarından daha az olduğunu ispat etse dahi götürü tazminat miktarının tamamını ödemekle sorumlu olacaktır.

Katıldığımız görüş uyarınca, götürü tazminat TBK m. 182/III uyarınca indirime tâbi tutulamaz; ceza koşuluna ilişkin söz konusu hükmün götürü tazminat

[86] Yarg. 15. HD, E. 1986/861 K. 1986/3147 T. 6.10.1986 (Kazancı): *"Taraflar arasındaki sözleşmenin davaya konu yapılan 9. maddesinde inşaat süresi içerisinde bitmediği takdirde müteahhidin her geçen gün için arsa sahibine verilecek dairelerin rayiç kira bedelini tazminat olarak ödeyeceği yazılıdır. Burada sözü edilen kira ödeme borcu kişisel nitelikte bir hak olup, ifaya eklenen ceza olarak da nitelendirilemez. Bu durumda eserin teslim alınması sırasında hakkın saklı tutulmamış olması davacının alacağından vazgeçtiği veya borcun söndüğü sonucunu meydana getirmez. Kökleşmiş Yargıtay İçtihatları da bu doğrultudadır."* Aynı doğrultuda örneğin bkz. Yarg. 23. HD, E. 2014/9272 K. 2014/7512 T. 24.11.2014 (Kazancı); Yarg. 15. HD, E. 2001/4547 K. 2002/411 T. 30.1.2002 (Kazancı).

anlaşmalarına ne doğrudan ne de kıyasen uygulanması mümkündür[87]. Bununla birlikte, İsviçre'de çoğunluğu oluşturan Türkiye'de ise çoğunluğu oluşturmasa dahi azımsanmayacak sayıda yazarın aksini savunduğu da belirtilmelidir[88]. Bu yazarlar gerekçe olarak, ceza koşulu bağlamında mevcut olan borçluyu koruma ihtiyacının, götürü tazminat anlaşması bağlamında da söz konusu olduğu gerekçesine dayanmaktadırlar. Oysa götürü tazminat anlaşması açısından böyle bir ihtiyaç bulunmamaktadır[89]. Zira götürü tazminat, tarafların sözleşmenin kurulduğu anda öngördükleri koşullar ışığında tahmin ettikleri zararın bir yansımasıdır. Meblağ, gerçekçi bir zarar tahmininin üzerindeyse zaten artık götürü tazminat değil ceza koşulu söz konusu olur. Götürü tazminat bağlamındaki asıl riziko, taraflarca belirlenen meblağın, sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen ancak sözleşmenin kurulduğu anda öngörülemeyecek koşullar nedeniyle gerçek zarara kıyasla çok düşük kalmasıdır. Bu durumda da sözleşme cezasının indirilmesine ilişkin TBK m. 182/III yerine, uyarlama hükümlerine başvurulması çok daha uygun olacaktır. Götürü tazminat anlaşmasının TBK m. 138 gereğince uyarlanmasının önünde teorik olarak herhangi bir engel bulunmamaktadır[90]. Götürü tazminat miktarının mutlak veya asgari olarak nitelik taşıması bu konuda engel teşkil etmez. Götürü tazminat anlaşmasının mutlak veya asgari nitelik taşıyor olması, aksini gösteren başkaca bir durum olmadıkça tek başına olumsuz uyarlama kaydının varlığına işaret etmez[91]. Uyarlama koşulları sağlandığı takdirde, mutlak götürü tazminat veya asgari götürü tazminat anlaşmalarında borçlunun ödemesi kararlaştırılan meblağın indirilmesi mümkündür[92]. Bu durumda koşulların gerçekleştiğini gören hâkim, götürü tazminatı,

[87] KUKO OR-Pietruszak, Art. 160 para. 18; Koller, Konventionalstrafe, para. 18; Erdem, Clause pénale, s. 49; Couchepin, Clause pénale, para. 1055; Couchepin, Forfaitisation, s. 24; Santoro, s. 39; Werro, Peine conventionelle, s. 6; Tolou, para. 1241; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 43; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1033; Kocaağa, Götürü Tazminat, s. 154; Erdem, Götürü Tazminat, s. 122; Ozanoğlu, s. 30; Kapancı, Götürü Tazminat, s. 678; Birinci Uzun, s. 154; Parlak Börü, s. 223; Tekelioğlu, s. 180; Öktem Çevik, Ceza Koşulu, s. 103; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 131; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 91; Atamer, Ceza Koşulu, s. 120-121; Öcal Apaydın/İnce Akman, s. 245.

[88] BSK OR I-Widmer/Constantini/Ehrat, Art. 160 para. 12; CR CO I-Mooser, Art. 160 para. 4 dn. 18; OFK OR-Wuffli, Art. 160 para. 10; Bentele, s. 21; Gauch, Contrat d'entreprise, para. 711; Cotti, para. 651; H. Nomer, para. 235.2; Ayan, İnşaat, s. 203 dn. 148; Cansel/Özel, s. 716; Sanlı, s. 339 dn. 1096. Götürü tazminat anlaşmasının bir tür ceza koşulu olduğu ve dolayısıyla TBK m. 182/III'ün bu anlaşmalara da uygulanabileceği yönünde bkz. Gündüz, Götürü Tazminat, s. 1506.

[89] Couchepin, Clause pénale, para. 1056; Couchepin, Forfaitisation, s. 24; Tolou, para. 1238.

[90] Bu konuda bkz. Tolou, para. 1242 vd.; Birinci Uzun, s. 304-311; Atamer, Ceza Koşulu, s. 127-128; Öcal Apaydın/İnce Akman, s. 245-250.

[91] Tolou, para. 1246.

[92] Borçluya gerçek zararın götürü tazminattan az olduğunu ispat etme imkânı tanındığı durumda (nisbi götürü tazminat veya azami götürü tazminat anlaşması) iradi bir uyarlamanın söz konusu olacağı yönünde bkz. Birinci Uzun, s. 309-310.

taraflar koşulların bu şekilde değişeceğini bilmiş olsalardı kararlaştıracakları miktara kadar indirmeli; yani tarafların farazi iradelerini esas almalıdır[93].

Öte yandan götürü tazminat anlaşmalarının denetimi ihtiyacı, bilhassa alacaklının borçluya tek taraflı olarak dayatmış olduğu sözleşmeler bakımından ortaya çıkar. Bu şekilde kararlaştırılmış olan götürü tazminat anlaşmaları, bir tüketici işleminde yer aldığı takdirde TKHK m. 5 uyarınca haksız şart denetimine; bunun dışındaki işlemlerde yer aldığı takdirde ise TBK m. 20 vd. uyarınca genel işlem koşulu denetimine tâbidir[94].

Sonuç olarak ceza koşulu bağlamında mevcut olan borçluyu aşırı miktardaki yükümlülüklere karşı koruma ihtiyacı, götürü tazminat anlaşması alanında söz konusu değildir. Böyle bir ihtiyaç mevcut değilken TBK m. 182/III'ün götürü tazminat anlaşmaları alanında da uygulanması kabul edilemez. Zira söz konusu hüküm, hâkimin taraflar arasındaki anlaşmaya müdahalesini gerektirmekte; bu itibarla borçlar hukukuna hâkim olan sözleşme serbestisi ilkesinin istisnasını teşkil etmektedir. Borçlar hukukuna hâkim ilkelerden birinin istisnasını teşkil eden böyle bir hükmün uygulama alanının, kanuni herhangi bir dayanak bulunmamasına rağmen farklı bir amaç taşıyan bir hukuki kurumu kapsayacak şekilde genişletilmesi kabul edilemez[95].

İsviçre Federal Mahkemesinin götürü tazminatın indirilmesi bakımından İsvBK m. 163/III'ün (TBK m. 182/III'ün) kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı konusundaki görüşü netlik kazanmamıştır. Aslında 1957 tarihli bir kararda tarafların kararlaştırdıkları götürü tazminat, asıl borç ilişkisine uygulanacak hükümlerin kullanılması suretiyle indirilmiş; İsvBK m. 163/III uygulanmamıştır[96]. Doğrudan bu

[93] Tolou, para. 1254; Birinci Uzun, s. 311; Öcal Apaydın/İnce Akman, s. 250.
[94] Bu konuda bkz. Birinci Uzun, s. 269-277; Atamer, Ceza Koşulu, s. 123. İsviçre hukuku bakımından bkz. Tolou, para. 1047 vd.
[95] Couchepin, Clause pénale, para. 1057; Couchepin, Forfaitisation, s. 24; Tolou, para. 1240.
[96] ATF 83 II 525: Karar, belirli süreli bir taşınmaz yönetim sözleşmesine ilişkindir. Sözleşmeyi süresinden evvel fesheden malikin, fesih gerçekleşmiş olmasaydı yöneticinin sözleşme süresi bitimine kadar kazanacağı yönetim komisyonlarını yöneticiye tazminat olarak ödemesi kararlaştırılmıştır. Somut olayda sözleşme haklı sebep olmaksızın süresinden evvel feshedilmiş; yönetici de fesih gerçekleşmiş olmasaydı sözleşme süresi bitimine kadar kazanacağı yönetim komisyonlarının tamamının kendisine ödenmesini talep etmiştir. Federal Mahkeme, kanton mahkemesinin ceza koşulu nitelendirmesinin aksine, taraflar arasında kazanç kaybına ilişkin bir götürü tazminat anlaşması bulunduğunu belirtmiştir. Anlaşmanın geçerli olduğuna hükmetmiş; ancak yine de yöneticinin ödenmesini talep ettiği götürü tazminat miktarında indirim yapmıştır. Bu indirimi yaparken, hizmet sözleşmesinin feshine ilişkin hükümleri uygulamış; yöneticinin feshedilen sözleşmenin ifası için harcayacağı vakti başka taşınmazların yönetimi için kullanma

konuya ilişkin olmayan başka bazı kararlarda da İsvBK m. 163/III'ün yalnızca ceza koşulu ile ilintilendirildiği; götürü tazminat anlaşmasının dışarıda bırakıldığı görülmektedir[97]. Ancak 2016 tarihli bir kararında mahkeme, götürü tazminatın İsvBK m. 163/III'ün kıyasen uygulanması suretiyle indirilmesinin önünde herhangi bir engel bulunmadığını belirtmiştir[98].

Buna karşılık Yargıtay kararlarında, götürü tazminat olarak nitelendirilen meblağlarda ceza koşulu hükümlerine istinaden indirim yapılmasının reddedildiği görülmektedir[99]: *"818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 161/son maddesinde düzenlenen "Hakim fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir." hükmü ile, kira tazminatının değil, ceza niteliği bulunan tazminatların tenkisi amaçlanmaktadır. Taraflar arasında kararlaştırılan tazminat, az yukarda değinildiği üzere ceza niteliğinde olmayıp gecikme tazminatı olduğundan BK'nın 161/son maddesine göre tenkisi mümkün değildir."*

---

imkânını dikkate almıştır. Konumuz açısından ilgi çekici olan nokta, mahkemenin taraflar arasındaki anlaşma ceza koşulu olarak nitelendirilmiş ve İsvBK m. 163/III (TBK m. 182/III) uygulanmış olsaydı da aynı sonuca varılacağını belirtmiş olmasıdır (ATF 83 II 525, c. 3). Kanaatimizce bu tespit, mahkemenin götürü tazminat anlaşmaları bakımından TBK m. 182/III'ü uygulamayı reddettiğinin açık bir göstergesidir. Yapılan indirimin götürü tazminat anlaşmasının nisbi karakteri ile bağlantılı olarak değerlendirilmesi daha uygun olur. Esasen mahkeme, indirim sebeplerini iddia ve ispat yükünün borçluda olduğunu; ancak somut olayda borçlunun böyle bir faaliyette bulunmadığını kabul etmiştir. Ancak yine de genel yaşam deneyiminden hareketle, indirimin yerinde olduğunu düşünmüştür. Karara ilişkin bir değerlendirme için bkz. Tolou, para. 1177-1183. Öte yandan mahkeme, daha yakın tarihli bir kararda, aynı mahiyetteki bir anlaşmanın tamamen geçersiz olduğuna hükmetmiştir. TF, SJ 1989 521.

[97] Tespit için bkz. Tolou, para. 1186. Kararlar için bkz. ATF 109 II 462, JdT 1984 I 210, c. 4d; TF, 4A_294/2012 (08.10.2012), c. 7.2.

[98] TF, 4A_601/2015 (19.04.2016): Dava, bir özel okul sözleşmesini konu almaktadır. Sözleşmede yer alan genel işlem koşulları uyarınca, sözleşme 15 Nisan tarihine kadar feshedilmediği takdirde eylülde başlayacak bir sonraki dönemin okul ücretinin tamamı ödenmelidir. Somut olayda sözleşme zaten 8 Mayıs'ta akdedilmiş; ancak ailenin fikrini değiştirmesi üzerine 20 Haziran'da feshedilmiştir. Bunun üzerine okul yönetimi, bir sonraki dönemin tüm okul ücretinin ödenmesini dava etmiştir. Alt derece mahkemesi davayı kabul etmiş, ebeveynler uyuşmazlığı Federal Mahkeme'ye taşımak istemiştir. Ancak mahkeme, gerekli parasal sınırın aşılmadığı ve davayı görmesini gerektiren ilkesel bir sorun *(question juridique de principe)* bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Bu arada yaptığı değerlendirmede, götürü tazminatın İsvBK m. 163/III'ün kıyasen uygulanması suretiyle indirilmesinin önünde herhangi bir engel bulunmadığını da ek olarak belirtmiştir (TF, 4A_601/2015 (19.04.2016), c. 2.3.3). Karara ilişkin bir değerlendirme için bkz. Tolou, para. 1195-1202.

[99] Yarg. 23. HD, E. 2014/4117 K. 2015/4877 T. 25.6.2015 (Kazancı). Ayrıca bkz. Yarg. 15. HD, E. 2008/7723 K. 2009/6681 T. 10.12.2009 (Kazancı): *"Davacı taraf sözleşmenin 15. maddesinde gecikme halinde ödenecek paranın cezai şart olduğu şeklinde vasıflandırmada bulunmuş ise de; sözkonusu sözleşme hükmünden açıkça anlaşılacağı üzere gecikme halinde kooperatif tarafından arsa sahiplerine ödenmesi kabul eden para BK'nın 158/II. maddesinde tanımlanan ifaya ekli ceza-i şart değil, BK'nın 106/II. maddesinde düzenlenen (maktu kira) gecikme tazminatıdır. Gecikme tazminatının da BK'nın 161 /son maddesine göre tenkisi mümkün değildir."* Aynı yönde bkz. Yarg. 15. HD, E. 1993/5803 K. 1994/3856 T. 13.6.1994 (Kazancı).

3. Yukarıda ceza koşuluna ilişkin TBK m. 179 vd.'nın götürü tazminat anlaşmasına kıyasen dahi uygulanmasının mümkün olmadığını ifade ettik. Götürü tazminat anlaşmasına uygulanacak kurallar, tarafların anlaşmasından ve bu anlaşmada boşluk bulunan durumlarda tazminat hukukuna hâkim genel ilkelerden hareketle belirlenmelidir. Buradan hareketle, götürü tazminat anlaşmasının tâbi olduğu bazı önemli kuralları tespit etmeye çalışalım.

(a) Götürü tazminatın doğumu, devamı ve ileri sürülebilirliği asıl borca bağlıdır. Bu itibarla götürü tazminat, ferî nitelik taşımaktadır[100].

(b) Götürü tazminat anlaşması ile tarafların giderilmesini amaçladıkları zarar çoğunlukla olumlu zarardır. Fakat tarafların olumsuz zararın giderilmesi konusunda götürü tazminat anlaşması akdetmeleri de mümkündür[101]. Yine bütünlük menfaatinin ihlal edilmesinden doğacak zararın giderilmesine yönelik götürü tazminat anlaşmaları da yapılabilir[102].

(c) Alacaklının götürü tazminatın ifasını talep edebilmesi için borçlunun asıl borcu ihlal etmekte kusurlu olması veya kusursuz olarak sorumlu tutulduğu bir hâlin mevcut olması gerekir[103]. Borcunu ihlal etmiş olan borçlu, TBK m. 112'nin gereği olarak, aksini ispat etmediği müddetçe kusurlu sayılacaktır. Dolayısıyla sorumluluktan kurtulmak için kusursuzluğunu ispat etmelidir.

(d) Götürü tazminat anlaşması, sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde farklı türlerde ortaya çıkabilir. Burada ayrım yaparken esas alınan kriter, ihlal neticesinde ortaya çıkan gerçek zarar miktarının götürü tazminattan farklılaşması durumunda ilgili tarafın bunu ispat ederek kararlaştırılan götürü tazminatı değiştirme imkânına sahip olup olmadığıdır[104]. Buna göre götürü tazminat anlaşmasının mutlak, nisbi,

---

[100] Couchepin, Forfaitisation, s. 4-5; Birinci Uzun, s. 90-91; Parlak Börü, s. 204; Kapancı, Götürü Tazminat, s. 661; Gündüz, Götürü Tazminat, s. 1494; Tekelioğlu, s. 178; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 92; Öcal Apaydın/İnce Akman, s. 225.

[101] Erdem, Clause pénale, s. 45; Tolou, para. 650 ve 656; Erdem, Götürü Tazminat, s. 101; Gündüz, Götürü Tazminat, s. 1494.

[102] Tolou, para. 661.

[103] Tolou, para. 1119-1120; Erdem, Götürü Tazminat, s. 106; Kapancı, Götürü Tazminat, s. 660 Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 126-127.

[104] Couchepin, Forfaitisation, s. 11; Tolou, para. 30; Birinci Uzun, s. 110; Parlak Börü, s. 210; Öcal Apaydın/İnce Akman, s. 228.

asgari ve azami olmak üzere dört türü mevcuttur[105]. Bazı yazarlar, asgari ve azami götürü tazminat anlaşmalarını, gerçek zararın götürü tazminat miktarından farklı olduğunu yalnızca taraflardan biri ispat edebileceği için "kısmen nisbi götürü tazminat anlaşmaları" başlığı altında birlikte ele almaktadır.

(i) Bu götürü tazminat anlaşması türlerini daha yakından inceleyelim:

Nisbi götürü tazminat anlaşması: Bu tür bir anlaşma bağlamında tarafların götürü tazminat olarak kararlaştırmış oldukları meblağ, ne üst sınır ne de alt sınır açısından mutlaktır. Her iki taraf da gerçek zararın götürü tazminat miktarından farklı olduğunu ispat edebilecektir. Borçlu gerçek zararın götürü tazminat miktarından daha az olduğunu ispat ederek sorumluluğun kapsamını daraltabilir; alacaklı gerçek zararın götürü tazminat miktarından daha fazla olduğunu ispat ederek sorumluluğun kapsamını genişletebilir[106]. Bazı yazarlar, bu tür anlaşmaların teknik anlamda götürü tazminat anlaşması olarak nitelendirilemeyeceğini; yalnızca ispat yükü dağılımına ilişkin bir anlaşmanın varlığından bahsedilebileceğini belirtmiştir[107]. Ancak bu tespite katılmamaktayız; kanaatimizce bu tür anlaşmalar da pekâlâ teknik anlamda götürü tazminat anlaşması niteliği taşımaktadır[108].

Mutlak götürü tazminat anlaşması: Bu tür bir anlaşma bağlamında tarafların götürü tazminat olarak kararlaştırmış oldukları meblağ, hem üst sınır hem alt sınır açısından mutlaktır. Tarafların gerçek zararın götürü tazminat miktarından farklı olduğunu ispat ederek sorumluluğun kapsamında değişiklik yapmaları mümkün değildir. Asıl borç ihlal edildiğinde borçlu, götürü tazminat olarak kararlaştırılan meblağı mutlak olarak ödemekle sorumlu olur. Borçlu gerçek zararın götürü tazminat miktarından daha az olduğunu ispat ederek sorumluluğun kapsamını daraltamaz; alacaklı gerçek zararın götürü tazminat miktarından daha fazla olduğunu ispat ederek sorumluluğun kapsamını genişletemez[109].

---

[105] Ayrım için bkz. Couchepin, Clause pénale, para. 1027-1033; Couchepin, Forfaitisation, s. 11-13; Tolou, para. 31-65; Kapancı, Götürü Tazminat, s. 667; Birinci Uzun, s. 110-119; Gündüz, Götürü Tazminat, s. 1495-1496; Öcal Apaydın/İnce Akman, s. 228-230.

[106] Couchepin, Clause pénale, para. 1029; Couchepin, Forfaitisation, s. 12; Tolou, para. 31; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, para. 1344; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1041; Kapancı, Götürü Tazminat, s. 669; Birinci Uzun, s. 112; Parlak Börü, s. 211; Gündüz, Götürü Tazminat, s. 1495; Öcal Apaydın/İnce Akman, s. 229.

[107] Erdem, Götürü Tazminat, s. 109.

[108] Birinci Uzun, s. 114; Parlak Börü, s. 213.

[109] Couchepin, Clause pénale, para. 1028; Couchepin, Forfaitisation, s. 11-12; Tolou, para. 44; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, para. 1345; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1042; Kapancı, Götürü

Bu tür anlaşmalar tazminatın üst sınırını çizmesi itibarıyla aynı zamanda sorumsuzluk anlaşması niteliği taşımaktadır; dolayısıyla anlaşmanın geçerliliği, sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin olarak TBK m. 115 ile 116'da öngörülmüş olan sınırlara tâbidir[110]. Öğretide *Atamer,* bu görüşe karşı çıkmıştır. Yazar, götürü tazminat anlaşmalarının alacaklının ihlal durumunda uğrayacağı öngörülebilen zararın gerçekçi bir tahminini yansıttığını hatırlatmış; böyle bir zarar tahmininin sorumsuzluk anlaşması olarak nitelendirilemeyeceğini ve TBK m. 115 ile 116'da öngörülmüş olan sınırlara tâbi tutulamayacağını savunmuştur[111]. Yazarın bu yaklaşımı, götürü tazminat anlaşması ile sorumsuzluk anlaşmasının birbirlerini dışlayıcı nitelik taşıdığı sonucuna çıkmaktadır. Ancak kanaatimizce bu anlaşmaların işlevlerinin birbirleriyle bağdaştırılması mümkündür; dolayısıyla götürü tazminat anlaşması ile sorumsuzluk anlaşmasının aynı çatı altında buluşmasının önünde herhangi bir engel yoktur. Taraflar, borcunu ihlal eden borçlunun ihlal durumunda meydana geleceği öngörülebilen zararı telafi etmekle sorumlu olacağını ve sorumluluğun yalnızca bundan ibaret olacağını kararlaştırmış olabilir. Bu durumda üst sınırı sorumsuzluk anlaşması ile çizilmiş bir götürü tazminat anlaşmasından bahsetmek gerekecektir.

Anlaşmanın tazminatın alt sınırını çiziyor olması bakımından herhangi bir denetim mevcut değildir. Bununla birlikte tarafların kararlaştırmış oldukları asgari götürü tazminat miktarı, sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen bazı değişiklikler nedeniyle gerçek zarar miktarının çok altında kalmışsa alacaklının TBK m. 138'de düzenlenmiş uyarlama kurumundan istifade ederek sözleşmeye müdahale edilmesini talep etmesi düşünebilir[112]. Aslında TBK m. 138 lafzı itibarıyla yalnızca borçlunun uyarlama talebinden bahsetmektedir; fakat bu konuda hükmün lafzına sıkı sıkıya bağlı kalınması yerinde olmaz. Alacaklının da uyarlama talep edebileceği ve

Tazminat, s. 667; Birinci Uzun, s. 118; Parlak Börü, s. 216; Gündüz, Götürü Tazminat, s. 1496; Öcal Apaydın/İnce Akman, s. 228.

[110] Tolou, para. 46; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, para. 1345; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1042; Sarı, Götürü Tazminat, s. 304; Kapancı, Götürü Tazminat, s. 667; Birinci Uzun, s. 118-119; Parlak Börü, s. 217; Gündüz, Götürü Tazminat, s. 1496.

[111] Atamer, Ceza Koşulu, s. 120-121.

[112] Tolou, para. 1268; Kapancı, Götürü Tazminat, s. 668; Parlak Börü, s. 217; Gündüz, Götürü Tazminat, s. 1496; Atamer, Ceza Koşulu, s. 128.

hâkimin borçlunun edimini arttırarak alacaklı yararına sözleşmeye müdahale edebileceği kabul edilmelidir[113].

Bu bağlamda Yargıtay'ın inşaat sözleşmelerinde kararlaştırılan götürü tazminat anlaşmalarına ilişkin bir uygulamasından da bahsetmek uygun olur. Yargıtay, taraflarca kararlaştırılmış götürü tazminat miktarının değiştirilmeksizin uygulanmasının yüklenicinin inşaatı teslimde çok uzun süre gecikmesi durumunda hakkaniyete aykırılık teşkil edebileceği görüşündedir. Buradan hareketle, taraflarca kararlaştırılmış götürü tazminat miktarının en az bir yıl süre ile değiştirilmeksizin bağlayıcı olacağına; fakat bir yıldan sonraki dönemde uygulanacak götürü tazminat miktarının, tarafların götürü olarak belirledikleri meblağ ve rayiçlere göre saptanacak meblağ arasında en az bir misli fark bulunmak kaydıyla hâkim tarafından takdir edileceğine hükmetmektedir[114]. *Atamer*, söz konusu uygulamayı yeterli hukuki temellendirmeden yoksun olduğu için haklı olarak eleştirmektedir. Esasen burada, bir "uyarlama" yapılmakta; fakat TBK m. 138'de düzenlenmiş olan uyarlama koşulları aranmamaktadır. Hâkimin tarafların sözleşmesine müdahale edebilmesi ve götürü tazminat miktarında böyle bir değişiklik yapabilmesi için, TBK m. 138'de düzenlenmiş olan uyarlama koşullarının mevcut olduğunun ortaya koyulmuş olması gerekmektedir[115].

Kısmen nisbi götürü tazminat anlaşmaları: Bu tür anlaşmalar bağlamında tarafların götürü tazminat olarak kararlaştırmış oldukları meblağ, yalnızca üst sınır veya alt sınır açısından mutlaktır. Gerçek zararın götürü tazminat miktarından farklı olduğunu ispat ederek sorumluluğun kapsamında değişiklik yapma imkânı, taraflardan sadece birine tanınmıştır[116].

Anlaşma, borcunu ihlal eden borçlunun sorumlu tutulacağı meblağı üst sınır açısından mutlak biçimde belirlemiş; ancak borçluya gerçek zararın götürü tazminat miktarından daha az olduğunu ispat ederek sorumluluğun kapsamını daraltma imkânı

[113] Atamer, Ceza Koşulu, s. 128; Öcal Apaydın/İnce Akman, s. 247. Bu yönde bkz. Yarg. HGK, E. 2003/13-332 K. 2003/340 T. 7.5.2003 (Kazancı); Yarg. HGK, E. 2003/13-599 K. 2003/599 T. 15.10.2003 (Kazancı).

[114] Örneğin bkz. Yarg. 23. HD, E. 2014/7999 K. 2015/2613 T. 16.4.2015 (Kazancı); Yarg. 23. HD, E. 2014/2816 K. 2015/654 T. 5.2.2015 (Kazancı); Yarg. 15. HD, E. 2011/515 K. 2011/7200 T. 6.12.2011 (Kazancı).

[115] Atamer, Ceza Koşulu, s. 128-129.

[116] Couchepin, Clause pénale, para. 1032; Couchepin, Forfaitisation, s. 13; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1041; Kapancı, Götürü Tazminat, s. 670; Birinci Uzun, s. 114; Parlak Börü, s. 213; Gündüz, Götürü Tazminat, s. 1495-1496; Öcal Apaydın/İnce Akman, s. 229.

tanımışsa "azami götürü tazminat anlaşması" söz konusudur. Bu bağlamda da yine bir sorumsuzluk anlaşmasının varlığından bahsedilmeli; anlaşmanın geçerliliğinin TBK m. 115 ile 116'da öngörülmüş sınırlara tâbi olduğu unutulmamalıdır[117].

Anlaşmada ilgili meblağ alt sınır açısından mutlak biçimde belirlenmiş; alacaklıya gerçek zararın götürü tazminat miktarından daha fazla olduğunu ispat ederek sorumluluğun kapsamını genişletme imkânı tanınmışsa "asgari götürü tazminat anlaşması" söz konusudur. Asgari götürü tazminatın, teknik anlamda götürü tazminat anlaşması teşkil edip etmediği tartışmalıdır. Bazı yazarlar, bu anlaşmanın ceza koşulu olarak nitelendirilmesi gerektiği görüşündedir[118]. Kanaatimizce taraflarca kararlaştırılan meblağın sorumluluğun alt sınırını teşkil etmesi ve alacaklının kararlaştırılan meblağdan daha fazla zarara uğradığını ispat etmesi durumunda sorumluluğun kapsamını genişletebilmesi, bir anlaşmanın ceza koşulu olarak nitelendirilmesi için yeterli değildir. Belirleyici olan anlaşmanın öngörülebilir zararın gerçekçi bir tahminini yansıtıp yansıtmadığıdır. Kararlaştırılan meblağ böyle bir tahmini yansıtmaktaysa, götürü tazminat anlaşması mevcuttur; ceza koşulundan bahsedilemez[119].

(ii) Görüldüğü üzere götürü tazminat anlaşmasına uygulanacak kuralların belirlenmesi açısından asıl önemli mesele, tarafların gerçek zarar miktarını ispat etmek suretiyle sorumluluğun kapsamını değiştirme hakkını saklı tutup tutmadıklarını; yani götürü tazminat anlaşmasının türünü tespit etmektir.

Götürü tazminat anlaşmasının türünün tespiti, bir sözleşmenin yorumu meselesidir. Bu çerçevede hâkim, tarafların gerçek ve ortak iradelerini tespit etmeye çalışmalıdır. Ancak böyle bir tespit mümkün olmazsa, güven prensibi ışığında tarafların objektif iradelerinin değerlendirilmesi gerekecektir[120]. Bu noktada sözleşmenin lafzı, önemli bir yol göstericidir[121]. Taraflar gerçek zarar miktarının ispat edilmesi suretiyle götürü tazminatı değiştirme hakkının saklı olup olmadığına dair bir belirlemede bulunmuş olabilir: *"İnşaatı kararlaştırılan tarihte teslim etmeyen yüklenici, geciktiği her ay için iş sahibine 25.000 TL ödeyecektir. Gerçek*

[117] Tolou, para. 61; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1042; Kapancı, Götürü Tazminat, s. 671; Birinci Uzun, s. 117; Parlak Börü, s. 216.
[118] Oertli, para. 66 dn. 71'teki yazarlar.
[119] Ceza koşulu nitelendirmesini reddeden başka yazarlar için bkz. Tolou, para. 55; Birinci Uzun, s. 116; Parlak Börü, s. 214.
[120] Tolou, para. 818-819.
[121] Tolou, para. 821-825.

zararın daha fazla veya az olduğunun ispat edilmesi durumunda, ödenecek meblağ bu miktara eşit olacaktır". Örneğin bu ihtimalde tarafların nisbi götürü tazminat anlaşması kararlaştırdıkları açıktır. Ancak çoğu zaman anlaşmada, gerçek zarar miktarının ispat edilmesi suretiyle sorumluluğun kapsamını değiştirme hakkının saklı olup olmadığına dair ayrı bir hüküm yer almaz: *"İnşaatı kararlaştırılan tarihte teslim etmeyen yüklenici, geciktiği her ay için iş sahibine 25.000 TL ödeyecektir."* Bu durumda anlaşmanın lafzından hareketle herhangi bir sonuca varılamayacağı açıktır.

Öğretide bir görüş, böyle bir tereddüt durumunda götürü tazminat anlaşmasının nisbi karakter taşıdığını kabul etmenin uygun olacağını savunmaktadır[122]. Zira diğer götürü tazminat anlaşması türleri, olağan sorumluluk rejiminden sapmakta olup; böyle bir anlaşmanın varlığının kabul edilebilmesi için taraf iradelerinin bu sapma üzerinde açıkça uzlaşmış olması aranmalıdır. Buna karşılık bazı yazarlar, tam aksini iddia etmekte ve götürü tazminat anlaşmasının taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça mutlak karakter taşıdığını kabul etmektedir[123]. Böyle bir kabulün, hem karşılaştırmalı hukuk açısından değerlendirildiğinde daha makul göründüğü hem de tarafların iradesine daha uygun olacağı ifade edilmektedir. *Tolou* ise gerçek zararın ispatının arz ettiği zorluğun, tarafların götürü tazminat anlaşması akdetmekteki amaçlarını ve anlaşmanın türünü ortaya koyacağını savunmaktadır. Şöyle ki alacaklının ihlal neticesinde uğrayacağı gerçek zararı ispat etmek uzun ve masraflı bir süreci gerektirecekse, tarafların götürü tazminat anlaşması akdetmekteki menfaatleri gerçek zararın ispatı meselesinin gündeme gelmesinin tamamen engellenmesi yönündedir. Bu durumda aksini işaret eden bir gösterge bulunmadığı müddetçe mutlak bir götürü tazminat anlaşmasının varlığı kabul edilmelidir. Diğer yandan alacaklının uğrayacağı gerçek zararı ispat etmek ciddi bir zorluk arz etmeyecekse, gerçek zararın ispatına girişilmesini engellemek konusunda tarafların belirgin bir menfaatleri bulunmamaktadır. Tarafların götürü tazminat anlaşması akdetmekteki amaçlarının, alacaklıyı ispat yükünden kurtarmaktan ibaret olduğu söylenebilir. Dolayısıyla böyle bir durumda götürü

[122] Kapancı, Götürü Tazminat, s. 667; Parlak Börü, s. 211 dn. 59; Öcal Apaydın/İnce Akman, s. 229.

[123] Furrer/Müller-Chen/Çetiner, para. 1618; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1042; Sanlı, s. 338 dn. 1093; Atamer, Ceza Koşulu, s. 115. Tereddüt durumunda götürü tazminat anlaşmasının kural olarak mutlak nitelik taşıdığının kabul edilmesi; fakat gerçek zarar ile götürü tazminat arasında önemli bir fark ortaya çıkarsa anlaşmanın nisbi nitelik taşıdığının kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. Oertli, para. 172 ve 206. Alacaklının götürü tazminat olarak kararlaştırılan meblağdan daha fazla zarara uğraması durumunda bu zararın tazminini talep edemeyeceği yönünde bkz. Erdem, Götürü Tazminat, s. 109; H. Nomer, para. 235.2; Birinci Uzun, s. 149; Öktem Çevik, Ceza Koşulu, s. 102; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 131; Sanlı, s. 338 dn. 1093.

tazminat anlaşmasının nisbi karakterde olduğunun kabulü uygun olur[124]. Ayrıca genel işlem koşulu vasıtasıyla kararlaştırılmış bir götürü tazminat anlaşmasının türü, diğer yorum ilkelerinden hareketle tespit edilemiyorsa TBK m. 23'te düzenlenmiş olan düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorum ilkesine başvurulacaktır[125].

II. Bağlanma Parası

1. Bağlanma parası *(pey akçesi / arrhes / Haftgeld),* sözleşmenin kurulduğuna delil teşkil etmek üzere bir tarafın diğerine sözleşme kurulurken peşinen ifa ettiği bir edim yükümlülüğüdür[126].

2. Bağlanma parası anlaşması ile ceza koşulunu kavramsal olarak birbirinden ayırt eden unsur, işlevleridir. Bağlanma parası anlaşmasının asli işlevi, sözleşmenin kurulduğuna delil teşkil etmektir. Ayrıca TBK m. 177/II'deki bağlanma parasının asıl alacağa mahsup edilmesini öngören yeni düzenleme uyarınca, ikincil olarak kısmi ifa işlevine sahip olduğu da söylenebilir[127]. Ceza koşulunun işlevi ise borçluyu asıl borcun ifası konusunda zorlamak ve borç ihlal edilecek olursa alacaklının uğrayacağı zararı telafi etmektir. Öte yandan bazı yazarlar, bağlanma parası ile ceza koşulu arasındaki yegâne fark olarak, kararlaştırılan edim yükümlülüklerinin ifa edilme zamanına işaret etmektedir[128]. Şöyle ki, bağlanma parası olarak kararlaştırılan edim, henüz sözleşmenin kurulduğu esnada peşinen ifa edilir. Ceza koşulunun konusunu teşkil eden edimin ise asıl borcun ihlal edilmesi koşuluyla gelecekte ifa edileceği taahhüt edilir. Kanaatimizce bu tespit, sınırlı bir ceza koşulu kavramı üzerine inşa edildiği ve aşağıda bahsedeceğimiz "peşin ödenmiş sözleşme cezasını"

---

[124] Tolou, para. 830-832.

[125] Tolou, para. 842-845.

[126] Çeşitli tanımlar için bkz. BK OR-Becker, Art. 158 para. 1; BSK OR I-Widmer/Constantini/Ehrat, Art. 158 para. 6; CR CO I-Mooser, Intro. art. 158-163, para. 3; OFK OR-Wuffli, Art. 158 para. 2; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 158 para. 1; KUKO OR-Pietruszak, Art. 158 para. 3; Couchepin, Clause pénale, para. 1095; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 177 para. 5; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1639; Eren, Borçlar Genel, para. 3714; Rıza Düzceer, "Pey Akçesi ve Zımanı Rücu", Adalet Dergisi Y. 47 S. 3 (1956), s. 342 vd., s. 343; Mehmet Erdem, "Pey Akçesi – Pişmanlık Akçesi – Dönme Tazminatı", Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, I. Cilt, İstanbul 2009, s. 663 vd., s. 665; Öktem Çevik, Ceza Koşulu, s. 111; Kadir Berk Kapancı, "Dönme Cezası (TBK m. 179 f. 3) ve Cayma Parası (TBK m. 178) Kavramları Arasında Kısa Bir Karşılaştırma", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi C. 22 S. 2 2016, s. 247 vd., s. 252; Burcu Yağcıoğlu, "Bağlanma Parası, Cayma Parası, Bunların Ceza Koşuluyla Benzerlikleri ve Farklılıkları", Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 19 Özel Sayı (2017), s. 1207 vd., s. 1211. Bağlanma parasının tarihi kökeni hakkında bkz. Nisim Franko, "Pey Akçesinin Mahiyeti", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası C. LV (1996), s. 249 vd., s. 249-250.

[127] Bağlanma parasının kısmi ifa işlevi hakkında bkz. Yağcıoğlu, Bağlanma Parası, s. 1214.

[128] Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1639; Eren, Borçlar Genel, para. 3714; Bilge, Cezai Şart, s. 52; Arkan, s. 99; Öktem Çevik, Ceza Koşulu, s. 112; Yağcıoğlu, Bağlanma Parası, s. 1252.

gözden kaçırdığı için isabetsizdir. Kimi zaman borçlunun asıl borcu ihlal etmesi durumunda ceza olarak, henüz sözleşmenin kurulduğu esnada peşinen ifa ettiği bir edimin iadesini talep hakkından yoksun kalacağı kararlaştırılabilir. Böyle bir anlaşma yine ceza koşulu olarak nitelendirilmelidir. Sözleşme cezasının konusu, borçlunun iadeyi talep hakkından yoksun kalmak suretiyle bir hukuki olumsuzluğa katlanmasıdır[129]. Dolayısıyla bağlanma parası anlaşması ile ceza koşulu arasındaki kavramsal sınırı çizerken anlaşmaların işlevlerinin esas alınması, çok daha sağlıklı sonuç verecektir.

Bununla birlikte bağlanma parası anlaşması ile ceza koşulunun işlevlerinin aynı edimi konu almak suretiyle buluşmasının önünde herhangi bir engel yoktur. Bir tarafın diğerine sözleşme kurulurken peşinen ve fiilen ifa ettiği edimin, hem bağlanma parası hem sözleşme cezası işlevini görmesi pekâlâ mümkündür[130]. **(a)** Edimin sözleşmenin kurulduğuna delil teşkil etmesi, bağlanma parası niteliğini ortaya koyacaktır. **(b)** Edimin borçlu borcunu ihlal ettiği takdirde borçluya iade edilmeyecek ve uğradığı zarardan bağımsız olarak alacaklı tarafından alıkoyulacak olması, sözleşme cezası niteliğini ortaya koyacaktır. Bu bağlamda, "peşin ödenmiş sözleşme cezası" *(arrha poenalis)* söz konusu olur[131].

3. Bağlanma parasının ne zaman peşin ödenmiş sözleşme cezası teşkil edeceğinin anlaşılabilmesi için, bağlanma parası mekanizmasının nasıl işlediğinin daha yakından incelenmesi gerekmektedir. Bu mekanizmanın nasıl işlediğini, 818 sayılı eBK ve 6098 sayılı TBK açısından ayrı ayrı açıklamayı uygun görüyoruz. Zira iki kanun arasında bağlanma parasına dair önemli bir farklılık bulunmaktadır.

---

[129] Bu konuda bkz. *"İkinci Bölüm / I. / B. / 1. / c. Borçlunun Bir Hakkı veya Yetkiyi Kaybetmek Suretiyle Hukuki Olumsuzluğa Katlanması".*

[130] CR CO I-Mooser, Intro. art. 158-163, para. 4; OFK OR-Wuffli, Art. 158 para. 5; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 158 para. 14; Couchepin, Clause pénale, para. 1108; Andreas B. Schwarz, (çev. Bülent Davran): Borçlar Hukuku Dersleri I. Cilt, İstanbul 1948, s. 263. Hatta *Erdem*, aynı edimin, hem bağlanma parası hem cayma parası hem sözleşme cezası niteliği taşıyabileceğini belirtmektedir (Erdem, Clause pénale, s. 27; Erdem, Pey Akçesi, s. 667; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 177 para. 9). Bir uygulama örneği için bkz. ATF 133 III 43, c. 3.2, JdT 2007 I 226.

[131] Erdem, Clause pénale, s. 27-28; Couchepin, Clause pénale, para. 1112; Rona Serozan, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2007, s. 215; İsmet Sungurbey, Acemoğlu'nun "Tapulama Kanunu...", "Eşya Hukuku Meseleleri" Adlı Kitapları ve Serozan'ın Hukukçuluk Yöntemi Üstüne Notlar, İstanbul 1971, s. 86-87 dn. 13; Erdem, Pey Akçesi, s. 667. Yargıtay'ın bu konuya ilişkin isabetsiz bir kararı için bkz. Yarg. HGK, E. 1963/751 K. 1964/388 T. 20.5.1964 (Kazancı): *"Bir akit dolayısiyle alınmış bir paranın geri verilmesi gerektiği halde, geri verilmeyeceği yollu bir anlaşma, ceza şartına ilişkin bir anlaşma olamaz; ancak pey akçesine ilişkin bir anlaşma olabilir."* 1926 tarihli ve 865 sayılı Ticâret-i Berriye Kânûnu m. 650'de *arra poenalis* kurumunun düzenlenmiş olduğu tespiti için bkz. Schwarz, s. 263.

(a) Bilindiği üzere 818 sayılı eBK döneminde ve hâlen güncel İsvBK'nda, bağlanma parasının, kural olarak asıl alacağa mahsup edilmeyeceği esası benimsenmiştir (bkz. eBK m. 156/II ve İsvBK m.158/II). Yani bağlanma parası kural olarak, asıl alacağa ek olarak ifa edilen bir edimi temsil etmektedir[132]. Örneğin (A)'nın (B)'ye 5.000 TL borçlandığı bir sözleşmenin kurulduğunu ve (A)'nın (B)'ye 1.000 TL bağlanma parası ödediğini varsayalım. Sözleşme gereği gibi ifa edildiği takdirde (B)'ye toplam 6.000 TL ödenmiş olur. Bağlanma parasının, eBK m. 156/II ve İsvBK m.158/II'deki karine uyarınca söz konusu olan ve asıl alacağa mahsup edilemeyen bu türünü ifade etmek üzere, *arrhes à titre purement probatoire* ve *Draufgeld* terimleri kullanılmaktadır.

Bağlanma parası veren tarafın sözleşmeyi kusurlu olarak ihlal ettiği durumda bağlanma parasının akıbetinin ne olacağı ise kanunda açıkça düzenlenmiş olmayıp; tartışmalıdır. Bu akıbete ilişkin varılacak sonuç, bağlanma parası ile sözleşme cezası arasındaki ilişki ile doğrudan bağlantılıdır. **(i)** Bazı yazarlar bu durumda bağlanma parasının ayrıca bir anlaşmaya gerek olmaksızın kendiliğinden sözleşme cezası kisvesine bürüneceğini savunmaktadır. Buna göre alacaklı, sözleşme kurulurken ifa edilmiş olan edimi, peşinen ödenmiş ifaya eklenen sözleşme cezası olarak alıkoyabilecektir[133]. **(ii)** Buna karşılık diğer yazarlar bağlanma parasının, taraflar aksini kararlaştırmadıkça kendiliğinden sözleşme cezası niteliği taşımadığını vurgulamaktadır. Yani sözleşmenin kurulduğu esnada bağlanma parası vermiş olan borçlu, daha sonra sözleşmeden doğan borcunu kusurlu olarak ihlal etse dahi bağlanma parasının kendisine iade edilmesini kural olarak talep edebilecektir. Alacaklı bu iadeden, ancak kendi tazminat alacağı ile takas ettiği ölçüde kaçınabilir. Ancak tarafların bağlanma parasının, borcunu kusurlu olarak ihlal eden borçluya iade edilmeyeceğini kararlaştırmaları pekâlâ mümkündür. Böyle açık veya örtülü bir anlaşma mevcutsa, artık peşinen ödenmiş ifaya eklenen sözleşme cezası söz konusu

[132] BSK OR I-Widmer/Constantini/Ehrat, Art. 158 para. 7; CR CO I-Mooser, Art. 158 para. 4; OFK OR-Wuffli, Art. 158 para. 4; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 158 para. 14; KUKO OR-Pietruszak, Art. 158 para. 10; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 339; Berki, s. 278. Sözleşmenin ifa edildiği durumda bağlanma parasının iade edilmesi gerektiği yönündeki aksi görüş için bkz. Erdem, Pey Akçesi, s. 669.

[133] BSK OR I-Widmer/Constantini/Ehrat, Art. 158 para. 5; OFK OR-Wuffli, Art. 158 para. 5; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 158 para. 14; Bentele, s. 17; Couchepin, Clause pénale, para. 1113; Düzceer, s. 345 ve 352; Berki, s. 279; Franko, s. 257.

olur. Borcunu kusurlu olarak ihlal eden borçlu ceza olarak, bağlanma parasının iadesini talep hakkından yoksun kalır ve hukuki bir olumsuzluğa katlanmış olur[134].

(b) Bağlanma parasının kural olarak asıl alacağa mahsup edilmeyeceği esası, ticaret hayatındaki uygulamaya ters düşmekte ve öğretide yoğun olarak eleştirilmekteydi[135]. Nihayet 6098 sayılı TBK, bağlanma parasının asıl alacağa mahsup edilmesini öngören yeni bir düzenleme yapmıştır (bkz. TBK m. 177/II). Böylelikle İsvBK m. 158'deki esas terk edilmiş; AlmMK § 337 ile bir paralellik söz konusu olmuştur. Bağlanma parasının, TBK m. 177/II'deki karine uyarınca söz konusu olan ve asıl alacağa mahsup edilen bu türünü ifade etmek üzere, *arrhes à titre d'acompte* ve *Angeld* terimleri kullanılmaktadır.

Bağlanma parası veren borçlunun sözleşmeyi kusurlu olarak ihlal ettiği durumda bağlanma parasının akıbetini, bu yeni düzenleme ışığında tekrar düşünmek gerekmektedir. Kanaatimizce bağlanma parasının asıl alacağa mahsup edilmesini öngören TBK m. 177/II, yukarıda (i)'de ifade edilen ve bağlanma parasının ayrıca bir anlaşmaya gerek olmaksızın alacaklı tarafından sözleşme cezası olarak alıkonulabileceğini savunan görüşü savunmayı iyice zorlaştırmıştır. Yeni düzenlemeye göre bağlanma parası, kısmi ifa işlevi üstlenmiştir. Dolayısıyla alacaklı, bağlanma parasını, asıl alacağa veya ifa menfaatinin telafisine yönelik tazminat alacağına mahsup edebilir[136]. Ancak bağlanma parasının alacaklı tarafından mahsup edilemeyen kısmı, borçluya iade edilmelidir; alacaklı tarafından alıkoyulamaz. Bağlanma parasının alacaklının uğradığı zarar dikkate alınmaksızın sözleşme cezası olarak alıkoyulabilmesi için, tarafların bu konuda ayrıca bir anlaşma yapmış olmaları gerekmektedir.

---

[134] CR CO I-Mooser, Intro. art. 158-163 para. 4 ve Art. 158 para. 5; Erdem, Clause pénale, s. 27; Erdem, Pey Akçesi, s. 669 dn. 22.

[135] BSK OR I-Widmer/Constantini/Ehrat, Art. 158 para. 5; CR CO I-Mooser, Art. 158 para. 4; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 158 para. 12; KUKO OR-Pietruszak, Art. 158 para. 10; Erdem, Clause pénale, s. 28; Couchepin, Clause pénale, para. 1097; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 340; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1644; Eren, Borçlar Genel, para. 3715; Kılıçoğlu, s. 978; Öktem Çevik, Ceza Koşulu, s. 112; Yağcıoğlu, Bağlanma Parası, s. 1218.

[136] Bu konuda olumlu zararın giderimine yönelik tazminat alacağı ile olumsuz zararın giderimine yönelik tazminat alacağı arasında ayrım yapan detaylı bir inceleme için bkz. Yağcıoğlu, Bağlanma Parası, s. 1223-1224. Ayrıca bkz. Yarg. 11. HD, E. 2014/423 K. 2014/2613 T. 14.2.2014 (Kazancı): *"İfanın pey akçesi verenin kusuru sebebiyle mümkün olmaması halinde de pey akçesinin iadesi gerekir ise de, pey akçesi alanın bu halde borcun ifa edilmemesi sebebiyle tazminat hakkı olup, bu tazminat hakkına dair olan pey akçesi kısmını alıkoyabilir."*

4. Salt bağlanma parası teşkil eden ve sözleşme cezası niteliği taşımayan bir edim *(arrha confirmatoria)*, TBK m. 182/III uyarınca indirime tâbi değildir. Zira borçlar hukukuna hâkim olan sözleşme serbestisi ilkesine önemli bir istisna teşkil eden bu hükmün uygulama alanının işlevsel olarak ceza koşulundan farklılaşan anlaşmaları içine alacak şekilde genişletilmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Kaldı ki, salt bağlanma parası teşkil eden bir edimin indirilmesini gerektiren herhangi bir ihtiyaç da bulunmamaktadır. En nihayetinde bağlanma parası ya asıl alacağa mahsup ya da iade edilecektir.

Öte yandan hem bağlanma parası hem sözleşme cezası niteliği taşıyan bir edim *(arrha poenalis)* bakımından ise TBK m. 182/III'te düzenlenmiş indirim hükmü pekâlâ uygulama alanı bulabilir[137]. Sözleşme cezası teşkil eden edimin indirim aşamasına gelindiğinde hâlihazırda ifa edilmiş bulunması, bu konuda bir tereddüt yaratabilecektir. Zira öğretide çoğu yazar, hâlihazırda ifa edilmiş olan bir sözleşme cezasının indirilmesinin mümkün olmadığı görüşündedir. Ancak aşağıda açıklayacağımız üzere, bu görüşe katılmıyor; hâlihazırda ifa edilmiş olan sözleşme cezalarının da belirli koşullar çerçevesinde indirilebileceğini düşünüyoruz[138].

III. Cayma Parası

1. Cayma parası *(zamânı rücu / dédit reel / Reugeld)*, taraflara sözleşmeyi serbestçe sona erdirme hakkı tanımak üzere, bir tarafın diğerine sözleşme kurulurken peşinen ifa ettiği bir edim yükümlülüğüdür[139]. Cayma parası vermiş olan taraf sözleşmeyi sona erdirecek olursa, verdiğini karşı tarafta bırakacaktır; buna karşılık cayma parası almış olan taraf sözleşmeyi sona erdirecek olursa, aldığını misliyle karşı tarafa iade edecektir (İsvBK m. 158/III ve TBK m. 178).

---

[137] Couchepin, Clause pénale, para. 1112; Sungurbey, s. 87 dn. 13. Kıyasen uygulama görüşü için bkz. BSK OR I-Widmer/Constantini/Ehrat, Art. 158 para. 5; KUKO OR-Pietruszak, Art. 158 para. 4. Dava konusu edimin bağlanma parası niteliğinin şüpheli olduğu, ancak İsviçre Federal Mahkemesinin bu nitelendirme doğru olsa da olmasa da ceza koşulu hükümlerinin her hâlükârda uygulama alanı bulacağına hükmettiği bir karar için bkz. ATF 133 III 43 c. 3.2, JdT 2007 I 226. Karar hakkında bir değerlendirme için bkz. s. 409-410; Werro, Peine conventionelle, s. 13-16.

[138] Bu konuda bkz. *"Dördüncü Bölüm / V. / D. / 4. Henüz İfa Edilmemiş Olmanın Koşul Olarak Aranmaması".*

[139] Çeşitli tanımlar için bkz. BSK OR I-Widmer/Constantini/Ehrat, Art. 158 para. 11; CR CO I-Mooser, Intro. art. 158-163, para. 5; OFK OR-Wuffli, Art. 158 para. 2; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 158 para. 1; Erdem, Clause pénale, s. 29; Couchepin, Clause pénale, para. 1089; Tolou, para. 331; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 178 para. 2; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1639; Eren, Borçlar Genel, para. 1323; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 198; Erdem, Pey Akçesi, s. 671; Öktem Çevik, Ceza Koşulu, s. 110; Yağcıoğlu, Bağlanma Parası, s. 1229-1230.

2. Kanunda aynı ayırımda düzenlenmiş olmalarına rağmen, cayma parası anlaşması ile ceza koşulunun benzer hukuki kurumlar olduğunu söylemek mümkün değildir. İki kurumun işlevleri, net bir şekilde ayrışmaktadır. Cayma parası anlaşması taraflara sözleşmeyi sona erdirme hakkı verir; bu itibarla asıl borcu zayıflatıcı bir işlevi vardır. Ceza koşulu ise borçluyu ifada bulunmaya güdüler ve olası bir ihlal durumunda zararı tazmin eder; bu itibarla asıl borcu güçlendirici bir işlevi bulunmaktadır[140]. Öğretide ifade edilen bir diğer farklılık da kararlaştırılan edim yükümlülüklerinin ifa edilme zamanlarına ilişkindir. Cayma parası olarak kararlaştırılan edim, henüz sözleşmenin kurulduğu esnada peşinen ifa edilir. Ceza koşulunun konusunu teşkil eden edimin ise asıl borcun ihlal edilmesi koşuluyla ileride ifa edileceği taahhüt edilir[141]. Yukarıda bağlanma parası bahsinde ifade ettiğimiz üzere, bu tespiti, sınırlı bir ceza koşulu kavramı üzerine inşa edildiği ve peşin ödenmiş sözleşme cezasını gözden kaçırdığı için isabetsiz bulmaktayız.

Tıpkı bağlanma parasında olduğu gibi, cayma parası ile ceza koşulunun işlevlerinin aynı edimi konu almak suretiyle buluşmasının önünde herhangi bir engel yoktur. Bir tarafın diğerine sözleşme kurulurken peşinen ifa ettiği edimin, hem cayma parası hem sözleşme cezası işlevini görmesi pekâlâ mümkündür[142]. **(a)** Edimin taraflara sözleşmeyi sona erdirme hakkı tanıması, cayma parası niteliğini ortaya koyacaktır. **(b)** Cayma parasını vermiş olan taraf kendi borcunu ihlal ettiği takdirde edimin iade edilmeyecek ve uğradığı zarardan bağımsız olarak karşı tarafça alıkoyulacak olması, edimin sözleşme cezası niteliğini ortaya koyacaktır. Keza cayma parasını almış olan tarafın kendi borcunu ihlal ettiği takdirde edimin karşı tarafa misliyle iade edilecek olması da sözleşme cezası niteliğini gösterecektir. Sözleşme cezasının taraflardan yalnız biri veya her ikisi aleyhine kararlaştırılması mümkündür.

İlk etapta karmaşık görünebilecek bu yapıyı bir örnek üzerinden açıklayalım. Alıcı (A) ile satıcı (B) arasında akdedilen taşınmaz satış vaadi sözleşmesinde şöyle bir hüküm bulunduğunu düşünelim: *"(A) taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin*

[140] Couchepin, Clause pénale, para. 1101; Wolfer, Reugeld, para. 48; Serozan, Dönme, s. 221; Arkan, s. 101; Öktem Çevik, Ceza Koşulu, s. 110; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 85.

[141] CHK OR-Pellanda Katja, Art. 158 para. 7; Bilge, Cezai Şart, s. 52; Arkan, s. 101; Öktem Çevik, Ceza Koşulu, s. 110.

[142] BK OR-Becker, Art. 158 para. 9; Wolfer, Reugeld, para. 311. *Erdem*, aynı edimin, hem bağlanma parası hem cayma parası hem sözleşme cezası niteliği taşıyabileceğini belirtmektedir (Erdem, Pey Akçesi, s. 667).

kurulduğu esnada (B)'ye 50.000 TL cayma parası ödemiştir. Taraflar arasındaki satış sözleşmesinin tapuda 31 Aralık 2021 tarihine kadar kurulmadığı durumda (B), (A)'ya 100.000 TL ödeyecektir. Fakat satış sözleşmesinin kurulmamasında herhangi bir kusuru bulunmuyorsa, (B) herhangi bir ödeme yapmakla yükümlü değildir." Söz konusu hükme göre (A), verdiği 50.000 TL'yi (B)'nin nezdinde bırakarak; (B) ise aldığı 50.000 TL'yi misliyle birlikte 100.000 TL olarak (A)'ya ödeyerek sözleşmeyi sona erdirebilir. Bu durum, edimin cayma parası niteliğine ilişkindir. Öte yandan (B), kusurlu olarak satış sözleşmesini kurmaktan kaçınırsa aldığı 50.000 TL'yi misliyle birlikte 100.000 TL olarak (A)'ya ödeyecektir. Bu durum, edimin cayma parası alan taraf aleyhine sözleşme cezası niteliği taşıdığını göstermektedir[143].

3. Cayma parası ile sözleşme cezası arasındaki ilişkinin anlaşılabilmesi için, cayma parası mekanizmasının işleyişine daha yakından bakalım. Cayma parasının taraflara tanımış olduğu sözleşmeyi sona erdirme hakkının, bu sözleşmeden doğan asli bir borcun ifasına kadar kullanılması gerekmektedir[144]. Söz konusu hak bu vakte kadar kullanılmadığı takdirde cayma parasının akıbetinin ne olacağı ise tartışmalıdır. Bazı yazarlar, cayma parasının bu parayı alan tarafın toplam alacağına mahsup edilmesi gerektiği görüşündedirler. Ancak cayma parası ile alacağın farklı cinste olması nedeniyle böyle bir mahsup mümkün değilse, cayma parasının veren tarafa iadesi gerekecektir[145]. Özellikle 818 sayılı eBK'dan farklı olarak 6098 sayılı TBK'da bağlanma parasının asıl alacağa mahsup edilmesi esasının kabul edilmesi, aynı esasın kıyasen cayma parası bakımından da uygulanmasının önerilmesine ve bu görüşün güçlenmesine neden olmuştur. Buna karşılık diğer bir görüş, cayma parasının herhangi bir alacağa mahsup edilmeksizin alan tarafça alıkoyulacağını savunmaktadır[146].

Kanaatimizce cayma parasının herhangi bir alacağa (asıl alacağa veya ifa menfaatinin telafisine yönelik tazminat alacağına) mahsup edilemeyen kısmı, aksi

[143] Örnek için bkz. Wolfer, Reugeld, para. 319.

[144] Erdem, Clause pénale, s. 31; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1649; Erdem, Pey Akçesi, s. 673-674; Kapancı, Dönme Cezası, s. 253; Yağcıoğlu, Bağlanma Parası, s. 1235. Nitekim kanun da bu sözleşmeyi sona erdirme hakkının ancak erken dönemde kullanılabileceğini vurgulamak amacıyla (isabetliliği tartışmalı olmakla birlikte) "cayma" ifadesini kullanmıştır.

[145] KUKO OR-Pietruszak, Art. 158 para. 15; Erdem, Clause pénale, s. 31; Wolfer, Reugeld, para. 257; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 341; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1650; H. Nomer, para. 233; Furrer/Müller-Chen/Çetiner, para. 1643; Kapancı, Dönme Cezası, s. 253-254; Erdem, Pey Akçesi, s. 674; Yağcıoğlu, Bağlanma Parası, s. 1239.

[146] BSK OR I-Widmer/Constantini/Ehrat, Art. 158 para. 11; CR CO I-Mooser, Art. 158 para. 7; OFK OR-Wuffli, Art. 158 para. 9; Couchepin, Clause pénale, para. 1093.

kararlaştırılmadıkça borçluya iade edilmelidir. Dolayısıyla alacaklının cayma parasını uğradığı zarar dikkate alınmaksızın sözleşme cezası olarak alıkoyabilmesi ve borçlunun cayma parasına ilişkin iadeyi talep hakkından yoksun kalması için, tarafların bu konuda ayrıca bir anlaşma yapmış olmaları gerektiğini düşünmekteyiz[147].

4. İsviçre Federal Mahkemesi'nin, sözleşmeyi sona erdirme beyanında bulunmuş olmasa dahi sözleşmenin ifasına kusurlu olarak engel olan tarafın cayma parası sorumluluğunun söz konusu olacağı yönündeki kararı, bu perspektiften incelenmelidir[148]. Böyle bir durumda cayma parasının muaccel olacağını öngören bir hüküm Avusturya Medeni Kanunu § 911'de mevcuttur. Mahkeme bu hükmün muadilinin İsvBK'nda bulunmadığını kabul etmiş; ancak yine de dürüstlük kuralının bir gereği olarak sözleşmenin ifasına kusurlu olarak engel olan tarafın cayma parası sorumluluğunun doğacağını kabul etmiştir. Yani cayma parası vermiş olan taraf sözleşmenin ifasına kusurlu olarak engel olursa, verdiğini karşı tarafta bırakacaktır; buna karşılık cayma parası almış olan taraf sözleşmenin ifasına kusurlu olarak engel olacak olursa, aldığını misliyle karşı tarafa iade edecektir. Bu içtihattaki esas, bazı yazarlarca benimsenmiştir[149]. Ancak kanaatimizce bu yaklaşım son derece sorunludur[150].

Cayma parası sorumluluğunun söz konusu olması için, taraflara tanınmış olan sözleşmeyi sona erdirme hakkının kullanılmış olması gerekmektedir. Bozucu yenilik doğuran mahiyetteki bu hakkın kullanılması, karşı tarafa varması zorunlu bir irade

---

[147] BK OR-Becker, Art. 158 para. 9. Borcun kusurlu olarak ihlal edildiği durumda, ayrıca bir anlaşmaya gerek olmaksızın cayma parası sorumluluğunun doğacağı yönündeki aksi görüş için bkz. Berki, s. 280; Düzceer, s. 354. Bu görüşe göre cayma parası veren taraf kusurlu ise verdiğini terk; cayma parası alan taraf kusurlu ise aldığını misliyle iade etmelidir.

[148] Karar için bkz. ATF 84 II 151 c. 2.

[149] BSK OR I-Widmer/Constantini/Ehrat, Art. 158 para. 12; OFK OR-Wuffli, Art. 158 para. 8; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 158 para. 17a; Feyzioğlu, Cilt-II, s. 382. Federal Mahkemenin varmış olduğu sonucun genelleştirilemeyeceği; ancak borca aykırı davranan borçlunun cayma beyanında bulunmadığı zaman daha avantajlı konumda olacağını düşünerek hareket ettiği ihtimalde haklı olabileceği yönünde bkz. Yağcıoğlu, Bağlanma Parası, s. 1234. Ağır kusur ile hafif kusur arasında ayrım yapan ve hafif kusurlu olarak borca aykırı davranan borçlunun cayma parasını ödeyerek borca aykırılık sorumluluğundan kurtulabileceğini savunan farklı bir görüş için bkz. Serozan, Dönme, s. 219-220.

[150] Bu konuda ileri sürülen eleştiriler için bkz. Alfred Koller, "Reugelder bei Grundstückkaufverträgen", Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 145/2009, s. 73 vd., s. 80; Wolfer, Reugeld, para. 209; Erdem, Clause pénale, s. 32; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m.. 178 para. 13; Sungurbey, s. 85 dn. 13; Erdem, Pey Akçesi, s. 676.

beyanını gerekli kılar[151]. Bu çerçevede açık veya örtülü bir sona erdirme beyanı söz konusu olabileceği olabileceği gibi; iradeyi ortaya koyan fiiller de *(factum concludens)* yeterli görülebilir[152]. Federal Mahkeme'nin yaklaşımı, ancak borçlunun borca aykırı davranışının sözleşmeyi sona erdirme iradesini ortaya koyan bir davranış olarak yorumlanabildiği ihtimalde haklı görülebilir. Tek başına borca aykırı davranışın varlığı, böyle bir yoruma zemin hazırlayacak ek koşullar mevcut olmadığı müddetçe, sözleşmenin sona erdirildiği yönündeki farazi kabule imkân vermez. Federal Mahkeme, bu farazi kabule gerekçe olarak dürüstlük kuralını göstermiştir. Oysa sözleşmeyi sona erdirme hakkının kullanılıp kullanılmaması, kural olarak tamamen hak sahibinin inisiyatifindedir. Borca aykırı davranılmış ve buna rağmen sözleşmeyi sona erdirme hakkının kullanılmamış olması, özel bir durum mevcut olmadığı müddetçe dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmez[153]. Federal Mahkeme'nin sözleşmenin ifasına kusurlu olarak engel olan tarafı cayma parasıyla sorumlu tutması, cayma parasını sanki peşin ödenmiş sözleşme cezasıymış gibi telakki ettiğini göstermektedir. Zira muacceliyeti borca aykırılığa bağlı olan edim, cayma parası değil; sözleşme cezasıdır. Oysa cayma parası olarak kararlaştırılan edimin, aynı zamanda sözleşme cezası işlevi görebilmesi için tarafların bunu ayrıca kararlaştırmış olmaları gerekmektedir.

5. Hem cayma parası hem sözleşme cezası niteliği taşıyan bir edim bakımından TBK m. 182/III'te düzenlenmiş indirim hükmünün uygulama alanı bulması pekâlâ mümkündür[154]. Ancak söz konusu hükmün salt cayma parası niteliği taşıyan bir edim bakımından uygulama alanı bulmaması gerektiği düşüncesindeyiz[155]. Nitekim Yargıtay da, cayma parasının TBK m. 182/III uyarınca indirilemeyeceğini içtihat etmiştir[156]. Cayma parasının indirilmesi bakımından

---

[151] Koller, Reugelder, s. 79; Wolfer, Reugeld, para. 195; Eren, Borçlar Genel, para. 3719; Erdem, Pey Akçesi, s. 675.

[152] Wolfer, Reugeld, para. 199; Erdem, Pey Akçesi, s. 675.

[153] Wolfer, Reugeld, para. 199.

[154] Wolfer, Reugeld, para. 314; Sungurbey, s. 88 dn. 13.

[155] BSK OR I-Widmer/Constantini/Ehrat, Art. 158 para. 11; KUKO OR-Pietruszak, Art. 158 para. 6; Erdem, Clause pénale, s. 34-35; Couchepin, Clause pénale, para. 1090; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 178 para. 18; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1650; Eren, Borçlar Genel, para. 3722; Berki, s. 281; Tunçomağ, s. 142; Sungurbey, s. 90 dn. 13; Erdem, Pey Akçesi, s. 678; Öktem Çevik, Ceza Koşulu, s. 110; Kapancı, Dönme Cezası, s. 260; Yağcıoğlu, Bağlanma Parası, s. 1242; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 233.

[156] Yarg. HGK, E. 1966/4-1348 K. 1970/50 T. 24.1.1970 (Kazancı): *"Davacının, davalıya sözleşme gereğince yaptığı ödemelerin cayma akçesi olduğu bir gerçektir. Böyle olunca, ceza şartında olduğu gibi kıyas yoluyla indirme yapılıp yapılamayacağı çözümlenmelidir. BK.nun pey akçesi zımanı rücuu (cayma akçesini) düzenleyen 156. maddesiyle ceza şartından söz eden 158 ve sonraki maddeleri birbirinden tamamiyle ayrı niteliktedir. Özellikle 161. maddenin butlan ve tenkisi*

kıyasen TBK m. 182/III'ün uygulanması gerektiğini savunan yazarlar[157], sözleşme serbestisi ilkesine ilişkin böyle bir istisnanın uygulama alanını genişletmek konusunda gereğinden rahat davranmakta ve kıyasen uygulama yapmaya elverişli bir zeminin bulunmadığını gözden kaçırmaktadır.

Bu fikirdeki yazarlardan *Serozan*'ın gerekçelendirmesini ayrıca ele almak istiyoruz. Yazar, borçlunun ifa zamanında borcunu ifa etmekten vazgeçmesi durumunda bir miktar para ödemeyi taahhüt etmesi *("Borcumu ifa etmekten vazgeçersem 1.000 TL ödeyeceğim")* ile borçlunun ifa zamanında hareketsiz kalması durumunda bir miktar para ödemeyi taahhüt etmesi *("Borcumu ifa etmezsem 1.000 TL ödeyeceğim")* arasında herhangi bir fark bulunmadığını ifade etmektedir[158]. Ancak kanaatimizce bu iki durum arasında, borçlunun korunması ihtiyacı yönünden ciddi bir fark bulunmaktadır. Şöyle ki, cayma parasının söz konusu ilk durumda, borcunu ifa etmeyen/edemeyen borçlunun cayma parası ödemekten kaçınması mümkündür. Cayma parasının kendisi açısından adaletsiz sonuçlar doğuracağını düşünen borçlu, sözleşmeyi sona erdirmek yerine, borca aykırılığın kanunda düzenlenen olağan sonuçlarına katlanmayı tercih edebilir. Görüldüğü üzere borçlu, cayma parasının muacceliyeti konusunda kendisine tanınmış seçim yetkisini kullanmak suretiyle kendisini yeterince koruyabilmektedir. Oysa sözleşme cezasının söz konusu olduğu ikinci durumda, borcunu ifa etmeyen/edemeyen borçlu, sözleşme cezasını ifa etmekten kaçınamaz. Borçlunun sözleşme cezası yerine borca aykırılığın kanunda düzenlenen olağan sonuçlarını devreye sokma imkânı bulunmamaktadır. Dolayısıyla sözleşme cezasının miktarı üzerinde yargısal bir denetim yapmak, borçlunun korunması açısından cayma parası bağlamında söz konusu olmayan önemli bir işlev arz etmektedir.

Cayma parası borçluya, herhangi bir gerekçe göstermeksizin sözleşmeyi sona erdirme hakkı tanımaktadır. Bu itibarla borçluyu, kanunda öngörülmüş borca aykırılık rejimine kıyasla daha avantajlı konuma getirmektedir. Durum böyleyken

---

emreden hükmü ceza şartı için konulmuş, anılan maddenin 3. fıkrasında da hakim, fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir denilmiştir. Bu açıklık karşısında ceza şartında olduğu gibi, 156. maddede yer alan cayma veya pey akçesinden indirme yapılamaz." Aynı yönde bkz. Yarg. 4. HD, E. 1964/9861 K. 1965/2457 T. 8.5.1965 (Kazancı).

[157] Bu görüş, özellikle *Wolfer* tarafından detaylı olarak gerekçelendirilmiştir; bkz. Wolfer, Reugeld, para. 275-294. Bu görüşteki diğer yazarlar için bkz. Koller, Reugelder, s. 82; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 341; Serozan, Dönme, s. 227.

[158] Serozan, Dönme, s. 222.

cayma parasının "aşırı" olmasının borçlu nezdinde yol açacağı en kötü sonuç, kanunda öngörülmüş borca aykırılık rejiminin insafına kalmaktır.

IV. Dönme cezası

1. Bir sözleşme ile birbirlerine bağlanmış olan taraflar, bu sözleşme ilişkisini tek taraflı olarak serbestçe sona erdirme imkânına sahip değildir. Kanun sözleşmeyi sona erdirme hakkını, ancak bunu haklı gösterecek bir sebebin bulunduğu sınırlı hâllerde tanımaktadır. Örneğin TBK m. 125 uyarınca alacaklı, borçlunun temerrüde düşmesinin bir sonucu olarak sözleşmeden dönebilecektir. Bununla birlikte tarafların anlaşarak, aralarından birine veya her ikisine belirli bir ceza ifa etmek koşuluyla sözleşmeyi sona erdirme hakkı tanımalarının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. İşte dönme cezası *(dédit consensuel / Wandelpön)*, ifa edilmesi suretiyle borçluya sözleşmeyi sona erdirme hakkı tanıması kararlaştırılan edimdir[159].

2. Kanun dönme cezasını, seçimlik ve ifaya eklenen sözleşme cezası ile birlikte TBK m. 179'da düzenlenmiştir. Bu durum, dönme cezasının da bir tür sözleşme cezası olduğu intibası yaratmaya elverişlidir. Fakat dönme cezası, gerçek anlamda ceza koşulu olarak nitelendirilemez[160]. Dönme cezası, borçluya sözleşmeyi sona erdirebileceği ve asıl borcu ifa etmekten kurtulabileceği bir kapı açar; bu suretle asıl borcu zayıflatmaktadır. Ceza koşulu ise borçlunun asıl borca aykırı davranması durumunda muaccel olur; bu suretle yarattığı baskı, borçluyu borcu ifa etmek konusunda zorlamakta ve asıl borcu güçlendirmektedir[161]. Dolayısıyla dönme cezasında borçlunun; ceza koşulunda ise alacaklının menfaati ön plandadır.

---

[159] BSK OR I-Widmer/Constantini/Ehrat, Art. 160 para. 25; Couchepin, Clause pénale, para. 1114; Tolou, para. 333; Erdem, Pey Akçesi, s. 679; Kapancı, Dönme Cezası, s. 249. Öğretide bazı yazarlar dönme cezasını, cayma parası ile seçimlik sözleşme cezasının bir araya geldiği anlaşma olarak algılamaktadır. Örneğin bkz. Becker, BeKo-OR, Art. 158 para. 9; Koller, Reugelder, s. 75; Serozan, Dönme, s. 217. İsviçre öğretisinde dönme cezasının farklı algılanma biçimleri hakkında bkz. Wolfer, Reugeld, para. 55.

[160] CR CO I-Mooser, Intro. Art. 158-163 para. 7; Couchepin, Clause pénale, para. 1126; Tolou, para. 166; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 34; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1607; Eren, Borçlar Genel, para. 3698; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, para. 1474; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1036; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 144; Ozanoğlu, s. 36; Akkayan Yıldırım, s. 375; Kapancı, Sözleşme Cezası, s. 663 dn. 6; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 78. Dönme cezasının ceza koşulunun bir görünümü olduğu yönündeki aksi görüş için bkz. Sanlı, s. 335 dn. 1082; Taşkın, s. 1307. Dönme cezasının, borçlunun borca aykırı davranışından sonra sözleşme cezası özellikleri gösterdiği yönünde bkz. Koller, Reugeld, s. 75. Dönme cezasının gerçek bir ceza koşulu niteliği taşıyıp taşımadığının tartışılabileceğini belirtmekle birlikte yine de ceza koşulu olarak tasnif eden görüş için bkz. Kılıçoğlu, s. 992.

[161] CHK OR-Pellanda Katja, Art. 160 para. 46; Erdem, Clause pénale, s. 40; Couchepin, Clause pénale, para. 1126; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 353; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1610; Kılıçoğlu, s. 992; Akkayan Yıldırım, s. 375; Erdem, Pey Akçesi, s. 679; Öktem Çevik, Ceza Koşulu, s. 105; Cansel/Özel, s. 726; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 39; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 78.

Görüldüğü üzere dönme cezası ile ceza koşulu, işlevsel olarak benzeşmek şöyle dursun taban tabana zıt hukuki kavramlardır[162]. Bu açıdan dönme cezası daha ziyade, taraflara sözleşmeyi sona erdirme hakkı tanıyan cayma parası ile benzeşmektedir[163].

Diğer yandan bazı yazarların ve hatta İsviçre Federal Mahkemesi'nin münhasır sözleşme cezası ile dönme cezasını sanki eş anlamlıymış gibi ele aldıkları görülmektedir[164]. Oysa münhasır sözleşme cezası ile dönme cezası birbirlerinden farklı hukuki kurumlardır[165]. En basiti, borçlunun münhasır sözleşme cezasından ve dönme cezasından sorumlu tutulabilmesinin koşulları birbirlerinden farklıdır. Borçlunun sözleşmeyi ihlal etmiş olması ve bu ihlalden ötürü sorumlu tutulabilmesi, münhasır sözleşme cezasından sorumlu tutulması için gerekli ve yeterlidir. Öte yandan borçlu, sözleşmeyi ihlal etmiş olsa ve bu ihlalden ötürü sorumlu tutulabilse dahi, dönme iradesini ortaya koymadığı müddetçe dönme cezasından sorumlu olmaz.

3. Borçlunun bir miktar ceza ödemesine ilişkin anlaşma, karine olarak ceza koşulu teşkil eder. Bu anlaşmanın dönme cezası içerdiğini ve kendisine tek taraflı olarak sözleşmeyi sona erdirme hakkı tanıdığını iddia eden borçlu, iddiasını ispatlamalıdır[166].

TBK 446/II, bu konuda bir istisna teşkil etmektedir. Hizmet sözleşmelerine ilişkin bu özel hüküm uyarınca, rekabet yasağına aykırı davranış bir cezaya bağlanmışsa ve sözleşmede aksine bir hüküm de yoksa, işçi öngörülen miktarı ödeyerek rekabet yasağına ilişkin borcundan kurtulabilir. Öğretide bazı yazarlar TBK m. 446/II'de karine olarak düzenlenen bu cezanın "dönme cezası" niteliği taşıdığını belirtmektedirler. Zira söz konusu düzenleme, borçluya kararlaştırılan cezayı ödemek

[162] Bentele, s. 22; Kapancı, Dönme Cezası, s. 251.
[163] CHK OR-Pellanda Katja, Art. 160 para. 46; Kapancı, Dönme Cezası, s. 251.
[164] TF, 4A_229/2007 (07.11.2007), c. 4.1; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 160 para. 7; OFK OR-Wuffli, Art. 160 para. 18; Secrétan, s. 103; Göktürk, s. 594-595; Bilge, Cezai Şart, s. 106; Tunçomağ, s. 47; Cansel/Özel, s. 725. Dönme cezasının bir tür münhasır sözleşme cezası teşkil ettiği yönünde bkz. CR CO I-Mooser, Intro. art. 158-163, para. 7 dn. 10.
[165] Bentele, s. 21 dn. 90; Erdem, Clause pénale, s. 55; Couchepin, Clause pénale, para. 662; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 75; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1028; Pınar Çağlayan Aksoy, "Asgari Alım Taahüdü İçeren Bayilik Sözleşmelerinde Cezai Şart – Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 16.01.2013 Tarihli Kararı Üzerine Düşünceler", Türkiye Barolar Birliği Dergisi S. 131 (2017), s. 261 vd., s. 271; Erdem, Pey Akçesi, s. 680; Kapancı, Dönme Cezası, s. 251 dn. 10.
[166] Erdem, Clause pénale, s. 37; Couchepin, Clause pénale, para. 1115; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1612; Kılıçoğlu, s. 992-993; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1036; Arkan, s. 88; Öktem Çevik, Ceza Koşulu, s. 105-106; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 76.

suretiyle asıl borcun ifasından kurtulma imkânı tanımaktadır[167]. Bununla birlikte TBK m. 446/II'deki cezanın, TBK m. 179/III'te düzenlenen tipik dönme cezasından ayrışan noktaları olduğu gözden kaçırılmamalıdır[168]. Bu anlamda rekabet yasağını ihlal eden işçiyi bir ceza ödemekle yükümlü tutan anlaşmalar bakımından, "atipik" bir dönme cezası karinesinin söz konusu olduğu söylenebilir.

4. Dönme cezası, TBK m. 182/III uyarınca indirime tâbi değildir[169]. Aksi yöndeki görüşe katılmaya olanak bulamıyoruz[170]. Zira tıpkı cayma parasında olduğu gibi, dönme cezasında da borçlunun korunması gereğinden bahsedilemez. Cayma parasının kendisi açısından adaletsiz sonuçlar doğuracağını düşünen borçlu, sözleşmeyi sona erdirmek yerine, borca aykırılığın kanunda düzenlenen olağan sonuçlarına katlanmayı tercih edebilir. Nitekim Yargıtay kararlarında da dönme cezası bakımından TBK m. 182/III'te düzenlenmiş indirim hükmünün uygulama alanı bulmayacağı belirtilmiştir[171].

---

[167] CR CO I-Mooser, Art. 160 para. 15; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 160 para. 48; Bentele, s. 99; Santoro, s. 56; Erdem, Clause pénale, s. 54; Couchepin, Clause pénale, para. 78; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, para. 1474; Furrer/Müller-Chen/Çetiner, para. 1640; Tunçomağ, s. 47; Karagöz, Cezai Şart, s. 244; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 150; Kapancı, Dönme Cezası, s. 250 dn. 7; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 62. Burada münhasır bir sözleşme cezasının söz konusu olduğu yönündeki aksi görüş için bkz. Wolfer, Reugeld, para. 322.

[168] (1) Dönme cezası, sözleşmeyi sona erdirmek isteyen tarafça, herhangi bir borca aykırı davranışta bulunmuş olmamasına rağmen sırf sözleşmeyi sona erdirme hakkını kullandığı için ödenir. Oysa TBK m. 446/II'de belirtilen cezayı muaccel kılan, işçinin rekabet etmeme borcuna aykırı davranışıdır. (2) Dönme cezası ödemek suretiyle sözleşmeyi sona erdiren taraf, aksi kararlaştırılmadıkça, karşı tarafın uğradığı dönme cezasını aşan zararı gidermekle sorumlu tutulamaz. Oysa TBK m. 446/II uyarınca işçi, işverenin kararlaştırılan cezayı aşan zararını gidermekle sorumludur. Bu konuda bkz. CHK OR-Pellanda Katja, Art. 160 para. 48; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 150-151; Yayvak Namlı, s. 535-536.

[169] TF, 4C.97/2004 (23.06.2004); BSK OR I-Widmer/Constantini/Ehrat, Art. 158 para. 14; CR CO I-Mooser, Intro. Art. 158-163, para. 7; Erdem, Clause pénale, s. 40; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1614; Eren, Borçlar Genel, para. 3706; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1033; Sungurbey, s. 90 dn. 13; Erdem, Pey Akçesi, s. 684; Ferhat Erçin, "Yargıtay Kararları Işığında Tacirlerin Ahlaka Aykırı Cezai Şartın İptalini veya Tenkisini İsteyebilmeleri" İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 10 S. 1 (2011), s. 89 vd., s. 95; Öktem Çevik, Ceza Koşulu, s. 106; Kapancı, Dönme Cezası, s. 260; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 40; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 233. Dönme cezasının kural olarak TBK m. 182/III uyarınca indirime tâbi olmadığı; fakat alacaklının ifa talebine rağmen borçlunun dönme hakkını kullanmaması durumunda artık dönme cezasının gerçek bir ceza koşulu vasfı kazanacağı ve TBK m. 182/III uyarınca indirime tâbi olacağı yönünde bkz. KUKO OR-Pietruszak, Art. 160 para. 15.

[170] Aksi yöndeki görüş için bkz. Bentele, s. 22; Couchepin, Clause pénale, para. 1127; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 353; Arkan, s. 88; Özge Yücel, "Fahiş Cezai Şartın Tenkisi", Süleyman Başterzi (ed.), Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, İstanbul 2011, s. 2945 vd., s. 2946; Çınar, s. 94.

[171] Yarg. 23. HD, E. 2014/7661 K. 2015/6219 T. 2.10.2015 (Kazancı): *"(...) dönme cezasına hükmedildiği hallerde tenkis isteminin dinlenebilmesinin de mümkün olmadığı (BK m. 161/III, TBK m. 182/III) (...)*"

5. Cayma parası daha ziyade dönme cezası ile karıştırılmaya elverişli bir kurumdur. Zira hem cayma parasının hem de dönme cezasının sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirme hakkı tanıyor olması, bu kurumları işlev olarak birbirine yaklaştırmaktadır[172]. Nitekim her iki kurum da İsviçre öğretisinde Fransızca olarak *dédit* başlığı altında ele alınmaktadır[173]. Benzer bir yaklaşım, yakın zamanda *Wolfer*'in Almanca olarak kaleme aldığı doktora tezinde de benimsenmiştir. Yazar, söz konusu kurumlar arasında kavramsal bir ayrım yapılmasına gerek olmadığını savunmuştur. Dolayısıyla, sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirme hakkının kullanılmasının karşılığını teşkil eden edimi, ister sözleşme kurulurken peşinen verilmiş olsun ister yalnızca ileride verileceği taahhüt edilmiş olsun, *Reugeld* başlığı altında birlikte ele almış[174]; öğretide dönme cezasını ayrı bir hukuki kurum olarak ifade etmek üzere kullanılan *Wandelpön* terimini kullanmayı reddetmiştir[175].

Yine de baskın İsviçre ve Türk öğretisi, bu hukuki kurumları kavramsal olarak birbirinden ayırmaktadır. **(a)** İlk olarak kararlaştırılan edim yükümlülüklerinin ifa edilme zamanları farklıdır. Cayma parası, henüz sözleşme kurulurken peşinen ifa edilen bir edim yükümlülüğüdür. Dönme cezası ise sözleşmeyi sona erdirme hakkı kullanılmak istendiğinde ifa edilmeli veya en azından ifası teklif edilmelidir[176]. **(b)** İkinci olarak sözleşmeyi sona erdirme hakkının kullanılabileceği zaman aralığı farklıdır. Cayma parasının tanıdığı sözleşmeyi sona erdirme hakkı, çok daha sınırlı bir zaman aralığına hasredilmiş durumdadır; sözleşmeden doğan asli borçlardan birinin ifasına kadar kullanılması gerekmektedir. Dönme cezasında ise böyle zamansal bir sınırlama söz konusu değildir; sözleşmeyi sona erdirme hakkı dürüstlük kuralının çizdiği çerçeve dâhilinde kalmak kaydıyla her zaman kullanılabilir[177]. **(c)**

---

[172] OFK OR-Wuffli, Art. 160 para. 18; KUKO OR-Pietruszak, Art. 160 para. 16; Couchepin, Clause pénale, para. 1116; Foëx, s. 410; Kılıçoğlu, s. 993; Kapancı, Dönme Cezası, s. 251; Cansel/Özel, s. 725. Cayma parası ile dönme cezasının benzerlikleri hakkında detaylı bir inceleme için bkz. Kapancı, Dönme Cezası, s. 254-263.

[173] Cayma parası, *dédit réel* olarak; dönme cezası ise *dédit consensuel* olarak ifade edilmektedir.

[174] Wolfer, Reugeld, para. 19.

[175] Wolfer, Reugeld, para. 58.

[176] BSK OR I-Widmer/Constantini/Ehrat, Art. 158 para. 14; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 158 para. 7; KUKO OR-Pietruszak, Art. 158 para. 6; Bentele, s. 22 dn. 93; Erdem, Clause pénale, s. 37; Couchepin, Clause pénale, para. 1117; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1651; Kılıçoğlu, s. 993; Arkan, s. 101; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 199; Kapancı, Dönme Cezası, s. 263-264; Yağcıoğlu, Bağlanma Parası, s. 1254-1255.

[177] Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1651; Arkan, s. 101; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 200; Kapancı, Dönme Cezası, s. 265; Yağcıoğlu, Bağlanma Parası, s. 1255-1256. Dönme cezasının tanıdığı sözleşmeyi sona erdirme hakkının da tıpkı cayma parasının tanıdığı sözleşmeyi sona erdirme hakkı gibi, yalnızca asli borçlardan birinin ifasına kadar kullanılabileceği yönündeki aksi görüş için bkz.

Üçüncü olarak sözleşmeden dönme hakkından istifade edebilecek kişilerin kapsamı, en azından kural olarak farklı gözükmektedir. Şöyle ki cayma parası, her iki taraf lehine de sözleşmeyi sona erdirme hakkı tanımaktadır. Dönme cezası ise yalnızca kararlaştırılan taraf lehine sözleşmeyi sona erdirme hakkı tanıyacaktır[178]. Ancak yine de tarafların aralarında anlaşarak, dönme cezası yoluyla her iki taraf lehine yahut cayma parası yoluyla yalnızca taraflardan biri lehine sözleşmeyi sona erdirme hakkı tanımasının mümkün olduğu gözden kaçırılmamalıdır. **(d)** *Kapancı,* bu yukarıda belirttiğimiz farklılıklara ek olarak, cayma parası bağlamında sözleşmeyi kurmak için bulunulan irade beyanının geri alınmasının; dönme cezası bağlamında ise var olan bir sözleşmenin dönme ile sona erdirilmesinin söz konusu olduğunu bir iddia olarak ifade etmektedir. Ancak bu konuda kesin bir yargıya bulunmaktan kaçınmaktadır[179].

V. Gerçek Olmayan Ceza Koşulu

1. Gerçek olmayan ceza koşulu, taraflardan birinin, aslında yükümlü olmadığı bir davranışı gerçekleştirmediği veya yapmasına hukuken engel bulunmayan bir davranışı gerçekleştirdiği takdirde ceza mahiyetinde bir edimi karşı tarafa ifa etmesi konusunda tarafların anlaşmalarıdır[180]. Böylelikle taahhütte bulunan taraf, yükümlü olmadığı o davranışta bulunmaya veya yapmasına hukuken engel bulunmayan o davranıştan kaçınmaya zorlanmış olur.

Görüldüğü üzere, taraflar arasında asıl borç ilişkisi olarak nitelendirilebilecek bir ilişki bulunmamaktadır. Dolayısıyla gerçek olmayan ceza koşulu, ferî nitelik

---

Erdem, Pey Akçesi, s. 681. Cayma parası ile dönme cezası arasında kavramsal bir ayrım yapmayı reddeden *Wolfer*'in görüşü de aynı doğrultudadır; bkz. Wolfer, Reugeld, para. 234.

[178] BSK OR I- Widmer/Constantini/Ehrat, Art. 158 para. 14; Couchepin, Clause pénale, para. 1118; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1651; Kılıçoğlu, s. 993; Arkan, s. 101; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 200; Kapancı, Dönme Cezası, s. 264-265.

[179] Kapancı, Dönme Cezası, s. 266. Aksi yönde Wolfer, Reugeld, para. 12-15.

[180] Çeşitli tanımlar için bkz. BK OR-Becker, Art. 163 para. 26; BSK OR I-Widmer/Constantini/Ehrat, Art. 160 para. 3; KUKO OR-Pietruszak, Art. 160 para. 17; Bucher, s. 525; Bentele, s. 13; Erdem, Clause pénale, s. 43; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 37; Tunçomağ, s. 39. Öğretide gerçek olmayan ceza koşuluna ilişkin yapılan tanımların taahhütte bulunan kişinin belirli bir davranışta bulunup bulunmamak konusundaki serbestisine odaklandığı; böylelikle gerçek olmayan ceza koşulunun hukuki mahiyetine ilişkin tartışmayı en başından engellediği yönündeki eleştiri için bkz. Ramon Mabillard, "Rechtsnatur, anwendbare Gesetzesbestimmungen und Zulassigkeit der unechten Konventionalstrafe", Aktuelle juristische Praxis (AJP) / Pratique juridique actuelle (PJA) 2005/5, s. 547 vd., s. 548.

taşımayan bağımsız bir edim taahhüdüdür[181]. Böyle bir durumda, teknik anlamda ceza koşulundan bahsedilemez[182].

2. Gerçek olmayan ceza koşulu uygulaması, tarihsel olarak düşünüldüğünde, Roma hukukunun günümüze intikal etmemiş kendine özgü nitelikleri ile ilişkilendirilmektedir. Şöyle ki ceza koşulunun Roma hukukundaki ilk uygulamaları, gerçek olmayan ceza koşulu biçiminde ortaya çıkmıştır. Zira Roma hukukunda ifası dava edilebilir geçerli bir borç ilişkisine konu edilmesi mümkün olan taahhütler özellikle erken dönemlerde sınırlıydı. Dolayısıyla taraflar geçerli bir borç ilişkisine konu etmeleri mümkün olmayan bu taahhütlerin ifası konusunda taahhütte bulunan tarafı zorlayabilecek bir hukuki mekanizmaya ihtiyaç duymaktaydı. İşte gerçek olmayan ceza koşulu, bu ihtiyacı gidermek üzere ortaya çıkmıştı. Söz konusu hukuki kurum, zamanla borçlar hukukunda irade serbestisi ilkesinin ağırlık kazanması üzerine önemini yitirdi ve büyük ölçüde kayboldu[183].

3. Durum böyleyken tarafların dar ve teknik anlamda ceza koşuluna başvurmak yerine bu kurgudan istifade etmeyi tercih etmeleri, günümüz hukuku bakımından pek mantıklı görünmemektedir. Ancak taraflar, bu kurguya hâlâ ihtiyaç duyabilmektedir.

(a) Kimi zaman tarafların bu kurguyu tercih etmiş olmaları, bir zorunluluktan kaynaklanır. Zira borçlar hukukunda irade serbestisi ilkesinin esas alınıyor olması, her tür davranışın geçerli bir borç olarak taahhüt edilebileceği anlamına gelmez. Bir davranışın geçerli bir borç olarak taahhüt edilmesi çeşitli sebeplerden ötürü mümkün olmayabilir.

Örneğin vekâlet sözleşmesini ele alalım. TBK m. 512 uyarınca gerek vekâlet veren gerek vekil, vekâlet sözleşmesini dilediği zaman tek taraflı olarak sona erdirebilir. Vekâlet sözleşmesinin tek taraflı olarak sona erdirilemeyeceği yönündeki taahhütler, yargı uygulamasında varlığını sürdüren ve TBK m. 512'nin emredici nitelikte olduğunu benimseyen klasik kabule göre geçersiz olacaktır. Oysa taraflara kanunca tanınmış olan sözleşmeyi dilediği zaman tek taraflı olarak sona erdirme hakkı, taraflar arasındaki ilişkinin ekonomik bir belirsizliğe düşmesine sebep olabilir.

[181] KUKO OR-Pietruszak, Art. 160 para. 17; Couchepin, Clause pénale, para. 1081.
[182] OFK OR-Wuffli, Art. 160 para. 9; Bentele, s. 130; Mabillard, s. 550; Erdem, Clause pénale, s. 43-44; Couchepin, Clause pénale, para. 1081; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 210.
[183] Bu konuda bkz. *"Birinci Bölüm / III. / A. Roma Hukukunda Ceza Koşulu"*.

Bu durumda ekonomik belirlilik sağlamak isteyen taraflar, gerçek olmayan sözleşme cezasından istifade etmeyi düşünebilir. İsviçre Federal Mahkemesi bazı kararlarında, sözleşmeyi uygun olmayan zamanda sona erdiren tarafın karşı tarafa belirli bir meblağ ödemeyi taahhüt ettiği anlaşmaları ceza koşulu olarak değerlendirmiş ve TBK m. 512 c. 2'nin çizdiği sınırları aşmamak kaydıyla geçerli kabul edilmiştir. Böylelikle kanunca emredici olarak tanınmış olan sözleşmeyi sona erdirme hakkı varlığını sürdürür; ancak bu hakka sahip olan kişinin hakkı kullanması dolaylı olarak zorlaştırılmış olur. İsviçre Federal Mahkemesi'nin hukuki nitelendirmesine katılmasak dahi, gerçek olmayan sözleşme cezası kavramının anlaşılabilmesi bakımından bu örneği vermekte fayda görüyoruz[184].

Bir diğer örnek olarak TBK m. 182/II'ye değinmek uygun olacaktır. Esasen asıl borcun ifasının borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hâle gelmesi, hem asıl borcu hem de ferî nitelikteki sözleşme cezasını sona erdirecektir. Bununla birlikte tarafların, ifanın borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsızlaşması durumunda dahi borçlunun sözleşme cezasını ifa etmekle sorumlu olacağı konusunda anlaşmaları, TBK m. 182/II uyarınca mümkündür. Böyle bir anlaşma mevcutsa ifa imkânsızlığı asıl borcu sona erdirmesine rağmen sözleşme cezası varlığını sürdürür. Artık asıl borç sona erdiği için alacaklı yalnızca sözleşme cezasının ifasını talep edebilecektir. Bu bağlamda ferîlik ilkesinin bertaraf edilmiş olması nedeniyle, gerçek olmayan sözleşme cezasından bahsedilmesi doğru olur[185].

(b) Kimi zaman ise dar ve teknik anlamda ceza koşulundan yararlanmak mümkün olmasına rağmen, gerçek olmayan ceza koşuluna başvurulması tarafların kendi tercihidir. Örneğin (A) maliki olduğu taşınır eşyaya ilişkin satış sözleşmesi kurmayı bir borç olarak yüklenmek istememekte; fakat bu davranışı gerçekleştirmediği durumda belirli bir meblağ ödemeyi göze almaktadır. Böyle bir durumda (A) ile (B) arasında, gerçek olmayan ceza koşulu akdedilecektir[186].

---

[184] Kanaatimizce TBK m. 512 c. 2'nin çizdiği sınırları aşmayan anlaşmalar, kategorik olarak ceza koşulu kapsamında değerlendirilemez. Bu yöndeki anlaşmaların götürü tazminat olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. Bu konuda bkz. *"Üçüncü Bölüm / I. / B. Somut Olaydaki Anlaşmanın Ceza Koşulu veya Götürü Tazminat Anlaşması Olarak Nitelendirilmesi"*.

[185] Bentele, s. 30; Couchepin, Clause pénale, para. 1086; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 87. Bağımsız bir garanti taahhüdünün varlığı yönünde bkz. KUKO OR-Pietruszak, Art. 163 para. 4; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1018 dn. 1133; Aksoy, s. 1008. Garanti sözleşmesi benzeri bağımsız bir alacağın varlığı yönünde bkz. Gümüş, Borçlar Genel, s. 1018 dn. 1133.

[186] Örnek için bkz. Koller, Konventionalstrafe, para. 16; Couchepin, Clause pénale, para. 1084 dn. 1020.

İşte gerçek olmayan ceza koşulu, bu gibi durumlarda devreye girmekte ve taahhütte bulunan kişiyi belirli bir davranışta bulunmak konusunda zorlama işlevi görmektedir[187]. Ayrıca olur da taahhütte bulunan kişi bu davranışta yine de bulunmayacak olursa, ifa etmek zorunda kalacağı edim karşı tarafın bundan ötürü uğrayacağı zararı giderme işlevi üstlenecektir. Gerçek olmayan ceza koşulunun telafi edicilik işlevi, gerçek ceza koşuluna kıyasla daha güçlüdür. Zira bu bağlamda kişinin yükümlüsü olduğu asıl borcun varlığından bahsedilemeyeceği için, karşı tarafın herhangi bir tazminat talebinde bulunması mümkün değildir. Gerçek olmayan ceza koşulu, vücut verdiği ceza talebi sayesinde karşı tarafın zararının telafi edilmesini sağlamaktadır[188].

4. Gerçek olmayan ceza koşulu, geçerli bir borç olarak taahhüt edilmesi çeşitli sebeplerden ötürü mümkün olmayan bazı davranışların gerçekleştirilmesi konusunda taahhütte bulunan tarafı zorlamakta; bu durum da geçerliliği konusunda şüphe yaratabilmektedir.

Aslında borç olarak taahhüt edilmiş olsa geçersiz bir borç yaratacak olan bir davranışın gerçekleştirilmesinin bağımsız olarak taahhüt edilecek gerçek olmayan sözleşme cezası ile teminat altına alınmasında kural olarak herhangi bir sakınca bulunmamaktadır. Örneğin sözleşmenin kurulduğu anda objektif olarak imkânsız olan bir eylemin yerine getirilmemesi durumunda borçlunun bir miktar parayı ceza olarak ödeyeceği kararlaştırılmış ise bu anlaşmanın gerçek olmayan ceza koşulu olarak nitelendirilmesi ve geçerli kabul edilmesi mümkündür.

Fakat gerçek olmayan ceza koşulunun temelini oluşturan davranış, bir borç olarak taahhüt edildiği takdirde hukuka, kamu düzenine veya ahlâka aykırılık sebebiyle TBK m. 27 uyarınca geçersiz kabul edilecek mahiyetteyse gerçek olmayan ceza koşulu da geçersiz kabul edilecektir[189]. Zira sözleşme cezası alacağının doğumunun bağlandığı koşul, hukuka, kamu düzenine veya ahlâka aykırı nitelik taşımaktadır. TBK m. 176 uyarınca bir koşul, hukuka, kamu düzenine veya ahlâka aykırı bir eylemin yerine getirilmesini sağlamak amacıyla konulmuşsa, bu koşula bağlı hukuki işlemin kesin hükümsüz kabul edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla hukuka, kamu düzenine veya ahlâka aykırılık sebebiyle geçersiz bir borç doğuracak

[187] Mabillard, s. 548.
[188] Mabillard, s. 549.
[189] Mabillard, s. 554.

eylemlerin yerine getirilmesini sağlama amacına yönelmiş sözleşme cezaları, bağımsız olsalar ve gerçek olmayan sözleşme cezası niteliği taşısalar dahi geçersiz kabul edilmelidir.

5. Gerçek olmayan ceza koşulunun hukuki mahiyeti ve anlaşmaya hangi hükümlerin uygulanacağı tartışmalıdır[190].

(a) Öncelikle *Mabillard*'ın öğretinin genelinden ayrılması itibarıyla ilgi çekici olan görüşünü inceleyelim. Yazarın yaklaşımına göre gerçek olmayan sözleşme cezası, taahhütte bulunan tarafa, taahhüdün temelini oluşturan davranışı gerçekleştirmek veya kararlaştırılan cezayı ifa etmek arasında seçim hakkı tanımaktadır; bu itibarla seçimlik bir borç söz konusudur[191]. Bu yaklaşımın aksayan tarafı açıktır. Gerçek olmayan ceza koşulu bağlamındaki tek borç, sözleşme cezası ödeme yükümlülüğüdür; temeldeki davranış, taahhütte bulunan taraf açısından bir borç teşkil etmemektedir. Ancak yazar cevaben, hukuki yükümlülüklerin *(Rechtspflicht)* bağlayıcılığının, tüm yükümlülükler için aynı yoğunlukta tezahür etmediğini belirtmektedir. Bir davranışın gerçek olmayan ceza koşuluna konu edilmiş olması, bağlayıcılığı daha az da olsa bir hukuki yükümlülük ortaya çıkarmaktadır. Buna göre gerçek olmayan ceza koşulu olarak değerlendirilen anlaşmalar da dâhil olmak üzere tüm ceza koşulları, bir hukuki yükümlülük ile ferîlik ilişkisi içerisindedir. Dolayısıyla dar ve teknik anlamda ceza koşulu ile gerçek olmayan ceza koşuluna uygulanacak hükümler bakımından herhangi bir ayrım yapmaya gerek yoktur. TBK m. 179 vd.'ndaki hükümler, gerçek olmayan ceza koşuluna da doğrudan uygulanmalıdır[192].

Bu görüşe katılmaya olanak bulamıyoruz. Hukuki yükümlülüklerin bağlayıcılığının, tüm yükümlülükler için aynı yoğunlukta tezahür etmediği bir gerçektir; nitekim eksik borç kavramı bu ön kabul üzerine inşa edilmiştir. Ancak gerçek olmayan ceza koşulunun bağlayıcılığı daha az olan bir hukuki yükümlülük ortaya çıkardığı fikri, oldukça zorlama görünmektedir. *Mabillard*, aslında hiç mevcut olmayan bir borcu, daha az bağlayıcı bir borç olarak sunmaya çalışmakta; bu itibarla

[190] Bu tartışma konusunda bkz. Mabillard, s. 550 vd.

[191] Mabillard, s. 551. Gerçek olmayan ceza koşulu bağlamında koşula bağlı bir borç ilişkisinin mevcut olduğu; fakat burada bir ferîlik ilişkisinden bahsedilemeyeceği dolayısıyla taahhüt eden tarafa seçim hakkı tanıyan bir seçimlik borcun söz konusu olduğu yönündeki benzer açıklamalar için bkz. Bucher, s. 525.

[192] Bu görüş esasen *Lindacher* tarafından Alman hukuku bağlamında geliştirilmiş (bkz. Lindacher, s. 68); *Mabillard* görüşü İsviçre hukukuna uyarlamıştır (bkz. Mabillard, s. 551).

hataya düşmektedir. Asıl borcun varlığı ile yokluğu, dikotomik bir meseledir. Yani borç ya vardır ya da yoktur. Ne zaman ki bu dikotomik mesele çözülür ve bir borcun var olduğuna kanaat getirilir, o zaman borcun bağlayıcılığı bir spektrum üzerinde değerlendirilebilir. Gerçek olmayan ceza koşulu bağlamında böyle bir borcun varlığından bahsedilemez; zira anlaşmanın temelini oluşturan davranış, bir borç olarak taahhüt edilmemiştir. Dolayısıyla konunun bağlayıcılık spektrumuna getirilmesi imkânı, en baştan kapanmıştır.

(b) Kanaatimizce gerçek olmayan ceza koşulu, öğretideki genel yaklaşımın da kabul ettiği üzere, hüküm ifade etmesi geciktirici koşula bağlanmış bir edim taahhüdüdür. Bu edim taahhüdünün ferî özellik taşımayıp bağımsız bir karakter sergilemesi, onu teknik anlamda ceza koşulundan ayrıştırmaktadır. Buna göre ceza koşuluna ilişkin TBK m. 179 vd.'nın gerçek olmayan ceza koşuluna doğrudan uygulanması mümkün değildir. Peki gerçek olmayan ceza koşulu, hangi kanuni düzenlemelere tâbi olacaktır? **(i)** Bazı yazarlar söz konusu anlaşmanın, koşula bağlı borçlara ilişkin TBK m. 170 vd. hükümleri ile sözleşmelere ilişkin genel hükümlere tâbi olacağını; ceza koşuluna ilişkin TBK m. 179 vd. hükümlerinin kıyasen dahi olsa uygulanamayacağını ifade etmiştir[193]. **(ii)** Söz konusu anlaşmanın işlevsel anlamda ceza koşulu ile önemli bir benzerlik gösterdiği kanaatimizce açıktır. Buradan hareketle kanundaki ceza koşuluna ilişkin hükümlerin gerçek olmayan ceza koşuluna kıyasen uygulanabilmesi gerekmektedir[194].

Bu çerçevede özellikle, gerçek olmayan sözleşme cezasının aşırı olduğu takdirde indirime tâbi tutulup tutulmayacağı hususu üzerinde durmak uygun olur. Alman hukukunda bu mesele, açık bir kanun hükmüyle çözümlenmiştir. AlmMK §343 II uyarınca hâkimin sözleşme cezasını indirme yetkisi, gerçek olmayan ceza koşulu bağlamında da mevcuttur[195]. Kanaatimizce İsvBK ve TBK'nda böyle açık bir hüküm bulunmasa dahi; hâkimin aşırı miktardaki gerçek olmayan sözleşme cezasını TBK m. 182/III'ü kıyasen uygulayarak indirebilmesi gerekmektedir[196]. Borç olarak

[193] OFK OR-Wuffli, Art. 160 para. 9.

[194] BK OR-Becker, Art. 160 para. 8; Koller, Konventionalstrafe, para. 55; Bentele, s. 134; Erdem, Clause pénale, s. 44; Couchepin, Clause pénale, para. 1082; Tolou, para. 605; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 37; Furrer/Müller-Chen/Çetiner, para. 1621; Tunçomağ, s. 40; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 211.

[195] MüKoBGB/Gottwald, § 343 para. 28.

[196] BK OR-Becker, Art. 163 para. 26; Bentele, s. 134; Koller, Konventionalstrafe, para. 55; Couchepin, Clause pénale, para. 1082; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 37; Furrer/Müller-Chen/Çetiner, para. 1621; Tunçomağ, s. 143-144; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 336-337; Yağcıoğlu,

taahhüt ettiği edimi gerçekleştirmeyen kişinin TBK m. 182/III uyarınca korunuyorken, kendisi açısından borç teşkil etmeyen davranışı gerçekleştirmeyen kişinin bu korumadan yoksun bırakılması açıklanması güç bir çelişki yaratacaktır[197]. Ceza koşulu, gerçek olsun veya olmasın, her halükârda borçlu üzerinde aynı baskıyı yaratmakta ve aynı işlevi görmektedir.

Ceza Koşulu, s. 233. TBK m. 182/III'ün gerçek olmayan ceza koşuluna herhangi bir kıyasa gerek olmaksızın doğrudan uygulanması gerektiği; ancak bu görüşün benimsenmemesi durumunda en azından *prateter legem* bir boşluğun varlığından hareketle ilgili hükmün kıyasen uygulanması gerektiği yönünde bkz. Mabillard, s. 553-554.

[197] Mabillard, s. 553.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Ceza Koşulunun Hükümleri:

Ceza Koşulu Kararlaştırılmış Olmasının Sonuçları Nelerdir?

I. Sözleşme Cezasının Türleri: Seçimlik, İfaya Eklenen ve Münhasır Sözleşme Cezaları

Alacaklı, bir borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda çeşitli haklara sahip olur. Bu hakların en öncelikli olanı, borcun aynen ifası talebidir. Bunun yanı sıra alacaklı, zararın tazminini talep veya sözleşmeden dönme gibi başkaca haklara da sahip olabilir. Diğer yandan taraflar, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumuna ilişkin olarak bir ceza koşulu kararlaştırmış olabilir. Bu ceza koşulu, alacaklıya, sözleşme cezasının ifasını talep hakkı tanıyacaktır.

Bu genel tablo, asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden kaynaklanan haklar ile sözleşme cezası arasındaki ilişkinin belirlenmesi gereğini doğurmaktadır. Bu çerçevede borcun aynen ifası talebi özel bir önem taşımaktadır. Zira kanun koyucu sözleşme cezası türlerini, borcun aynen ifası talebi ile ilişkilerini esas almak suretiyle birbirlerinden ayırt etmiştir. Alacaklının asıl borcun ifası talebi ile sözleşme cezasının ifası talebini aynı anda ileri sürmesi mümkün müdür? Yoksa alacaklı bu haklardan dilediğini seçerek yalnız onu mu ileri sürebilecektir? Yahut alacaklının asıl borcun ifasını talep etme hakkından yoksun olduğu, yalnızca sözleşme cezasının ifasını talep edebileceği mi kabul edilmelidir? İşte bu sorulara verilecek cevap, sözleşme cezasının türünü ortaya koyacaktır.

TBK m. 179'daki düzenleme ışığında, üç farklı sözleşme cezası türünün mevcut olduğu söylenebilir: **(1)** Alacaklının asıl borç ile sözleşme cezasından birini seçerek yalnızca onun ifasını talep edebileceği durumda *"seçimlik sözleşme cezası"*ndan bahsetmek gerekmektedir[1]. Asıl borcun ifası talebi ile sözleşme cezasının ifası talebi yarışma hâlindedir. **(2)** Alacaklının asıl borcun ifası ile birlikte sözleşme cezasının ifasını da talep edebileceği durumda *"ifaya eklenen sözleşme*

[1] Erdem, Clause pénale, s. 53; Couchepin, Clause pénale, para. 602; Werro, Peine conventionelle, s. 4; Tolou, para. 167; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 44; Eren, Borçlar Genel, para. 3688; Kılıçoğlu, s. 986; Bilge, Cezai Şart, s. 97; Tunçomağ, s. 44; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 133; Kapancı, Sözleşme Cezası, s. 663-664; Cansel/Özel, s. 722; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 54. "İfa yerine istenebilecek sözleşme cezası" terimi için bkz. Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1591; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, para. 1471; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 48.

cezası" söz konusudur[2]. Asıl borcun ifası talebi ile sözleşme cezasının ifası talebi yığılma hâlindedir. **(3)** Alacaklının münhasıran sözleşme cezasının ifasını talep edebileceği; asıl borcun ifasını talep etme hakkından yoksun olacağı durumda ise *"münhasır sözleşme cezası"* mevcut olacaktır[3]. Burada ne bir yığılma ne de bir yarışma söz konusudur. Alacaklının talebinin sınırlarını sözleşme cezası katı bir biçimde çizer; öyle ki alacaklı, sözleşme cezasını aşan miktarda zarara uğraması durumunda bu zararın tazminini talep edemeyecektir[4].

Türk öğretisi incelendiğinde sözleşme cezası türleri olarak yalnızca seçimlik sözleşme cezası ve ifaya eklenen sözleşme cezasının ele alındığı; buna karşılık münhasır sözleşme cezasından genellikle bahsedilmediği görülmektedir[5]. Bu durum kanaatimizce bir eksiklik teşkil etmektedir. Zira münhasır sözleşme cezası TBK m. 179/I ve II'de açıkça düzenlenmiş olmasa dahi, taraflar bu tip bir ceza koşulu kararlaştırmak konusunda serbesttir[6]. Diğer yandan bazı yazarların ve hatta İsviçre Federal Mahkemesi'nin münhasır sözleşme cezası ile dönme cezasını sanki eş anlamlıymış gibi ele aldıkları görülmektedir[7]. Oysa münhasır sözleşme cezası ile dönme cezası birbirlerinden farklı hukuki kurumlardır[8]. Dönme cezası, borçluya sözleşmeyi serbestçe sona erdirebilme iktidarı tanımak suretiyle asıl borcu zayıflatmaktadır; bu itibarla borca aykırılık ile herhangi bir bağı bulunmadığı açıktır. Münhasır sözleşme cezası ise borçlunun asıl borca aykırı davranması durumunda

---

[2] Erdem, Clause pénale, s. 54; Couchepin, Clause pénale, para. 633; Werro, Peine conventionelle, s. 4; Tolou, para. 168; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 52; Eren, Borçlar Genel, para. 3694; Kılıçoğlu, s. 987; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, para. 1473; Bilge, Cezai Şart, s. 104; Tunçomağ, s. 45; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 137; Kapancı, Sözleşme Cezası, s. 664; Cansel/Özel, s. 724; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 59. "İfayla birlikte istenebilecek sözleşme cezası" terimi için bkz. Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1598; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 49.

[3] Erdem, Clause pénale, s. 55-56; Couchepin, Clause pénale, para. 660; Werro, Peine conventionelle, s. 4; Tolou, para. 169; Kapancı, Sözleşme Cezası, s. 663 dn. 5. İnhisari ceza terimi için bkz. İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 67. İfaya engelleyen cezai şart terimi için bkz. Gümüş, Borçlar Genel, s. 1027.

[4] Erdem, Clause pénale, s. 56.

[5] Örneğin bkz. Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1590 vd.; Ozanoğlu, s. 33; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 133 vd.; Aksoy, s. 1001 dn. 11; Tekelioğlu, s. 168; Öktem Çevik, Ceza Koşulu, s. 103-104; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 48 vd.; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 52 vd. Aslında *Kocaağa*, münhasır ceza koşulunu ayrı bir ceza koşulu türü olarak ortaya koymamakla birlikte, tarafların sözleşme cezasının muaccel olması durumunda yalnızca sözleşme cezasının talep edilebileceğini kararlaştırabileceklerini belirtmektedir; bkz. Kocaağa, s. 136-137.

[6] Erdem, Clause pénale, s. 55; Couchepin, Clause pénale, para. 661; Çağlayan Aksoy, s. 271.

[7] TF, 4A_229/2007 (07.11.2007), c. 4.1; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 160 para. 7; OFK OR-Wuffli, Art. 160 para. 18; Secrétan, s. 103; Göktürk, s. 594-595; Bilge, Cezai Şart, s. 106; Tunçomağ, s. 47; Cansel/Özel, s. 725. Dönme cezasının bir tür münhasır sözleşme cezası teşkil ettiği yönünde bkz. CR CO I-Mooser, Intro. art. 158-163, para. 7 dn. 10.

[8] Bentele, s. 21 dn. 90; Erdem, Clause pénale, s. 55; Couchepin, Clause pénale, para. 662; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 75; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1028; Çağlayan Aksoy, s. 271; Erdem, Pey Akçesi, s. 680; Kapancı, Dönme Cezası, s. 251 dn. 10.

muaccel olur; bu suretle yarattığı baskı, borçluyu borcu ifa etmek konusunda zorlamakta ve asıl borcu güçlendirmektedir. Dönme cezası, dar ve teknik anlamda ceza koşulu olarak nitelendirilemez[9]. Dolayısıyla dönme cezasına bu başlık altında hiç değinilmeyecektir[10].

Her bir sözleşme cezası türünün kendine özgü hüküm ve sonuçları, ileride detaylı olarak incelenecektir[11]. Bu bölümde esas olarak, tarafların kararlaştırmış oldukları bir sözleşme cezasının türünün nasıl belirleneceği üzerinde durulacaktır. Sözleşme cezasının türü ve dolayısıyla asıl borcun ifası talebi ile sözleşme cezasının ifası talebi arasındaki ilişki konusunda nihai belirleyici, taraf iradeleridir[12]. Borçlar hukukundaki irade serbestisinin bir yansıması olarak taraflar, sözleşme cezasının türünü seçmekte özgürdür. Bununla birlikte TBK m. 179, taraf iradelerinin yorumlanması neticesinde bir sonuca varılamaması ihtimalinde devreye girmek üzere bazı karineler öngörmüştür[13]. Aşağıda öncelikle bu karineler üzerinde durulacak; ardından tarafların sözleşme cezasının türü konusundaki iradelerinin yorumu incelenecektir.

A. Sözleşme Cezasının Türü Konusunda Kanunda Öngörülmüş Karineler

Yukarıda da ifade edildiği üzere sözleşme cezasının ifası talebi ile asıl borcun ifası talebi arasındaki ilişki konusunda nihai belirleyici, tarafların iradesidir.

---

[9] CR CO I-Mooser, Intro. Art. 158-163 para. 7; Couchepin, Clause pénale, para. 1126; Tolou, para. 166; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 34; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1607; Eren, Borçlar Genel, para. 3698; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, para. 1474; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1036; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 144; Ozanoğlu, s. 36; Akkayan Yıldırım, s. 375; Kapancı, Sözleşme Cezası, s. 663 dn. 6; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 78. Dönme cezasının ceza koşulunun bir görünümü olduğu yönündeki aksi görüş için bkz. Sanlı, s. 335 dn. 1082; Taşkın, s. 1307. Dönme cezasının, borçlunun borca aykırı davranışından sonra sözleşme cezası özellikleri gösterdiği yönünde bkz. Koller, Reugeld, s. 75. Dönme cezasının gerçek bir ceza koşulu niteliği taşıyıp taşımadığının tartışılabileceğini belirtmekle birlikte yine de ceza koşulu olarak tasnif eden görüş için bkz. Kılıçoğlu, s. 992.

[10] Dönme cezası hakkında bkz. *"Üçüncü Bölüm / IV. Dönme Cezası"*.

[11] Bkz. *"Dördüncü Bölüm / IV. / A. Seçimlik Sözleşmesi Cezası, B. İfaya Eklenen Sözleşme Cezası, C. Münhasır Sözleşmesi Cezası"*.

[12] KUKO OR-Pietruszak, Art. 160 para. 15; Bentele, s. 46; Santoro, s. 13; Couchepin, Clause pénale, para. 589.

[13] TBK m. 179'daki düzenlemelerin hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır. Bu konuda bkz. Bentele, s. 46 dn. 215; Santoro, s. 13 dn. 71) Bir görüş hükümde kanuni karinelerin düzenlendiğini belirtmekte (örneğin bkz. ZK-Oser/Schönenberger, Art. 160 para. 1; CR CO I-Mooser, Art 160 para. 9; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 160 para. 32; Couchepin, Clause pénale, para. 590; Foëx, s. 418); buna karşılık bazı yazarlar hükmün tamamlayıcı hukuk kuralı teşkil ettiği görüşünü ön plana çıkarmaktadır (örneğin bkz. KUKO OR-Pietruszak, Art. 160 para. 15; Bentele, s. 46; Schoch, s. 6; Bilge, Cezai Şart, s. 97; Ozanoğlu, s. 22). Bu iki görüş arasında pratik sonuç açısından herhangi bir farklılık mevcut değildir (Ozanoğlu, s. 23 dn. 41). Nitekim *Koller* ve *Bucher*, hem bir karinenin varlığına işaret etmekte hem de hükmün tamamlayıcı hukuk kuralı niteliğinde olduğunu belirtmektedir (Koller, para. 98-99; Bucher, s. 521 ve 527).

Tarafların iradesinin ne tür bir sözleşme cezasına yönelik olduğu, bu iradelerin yorumlanması suretiyle belirlenecektir. Ancak çoğu zaman ceza koşulu anlaşması, bu konuda yorum yapmaya elverişli unsurları içermeyecektir. Bu durumda sözleşme cezasının ifası talebi ile asıl borcun ifası talebi arasındaki ilişkinin tespiti, kanunda düzenlenmiş olan karinelerden istifade etmek suretiyle gerçekleştirilecektir.

TBK m. 179, belirli durumlarda bu üç ceza koşulu türünden hangisinin söz konusu olacağına dair karineler öngörmüştür. Dolayısıyla asıl borcun ifası talebi ile sözleşme cezasının ifası talebi arasındaki ilişkinin düzenlenmesi hususu, ceza koşulu anlaşması bakımından objektif esaslı nokta teşkil etmemektedir[14]. Taraflar bu konuda bir düzenleme yapmayı tercih etmedikleri takdirde, kanunda öngörülmüş karineler sözleşmedeki bu boşluğu dolduracaktır. Diğer yandan TBK m. 179, emredici nitelik taşımamaktadır. Taraflar alacaklının sahip olacağı haklar arasındaki ilişkiyi diledikleri gibi düzenlemek ve kanunda öngörülmüş bu karineleri bertaraf etmek konusunda serbesttir[15].

Kanunda sözleşme cezasının türüne ilişkin olarak iki karine öngörülmüştür: **(1)** Borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılan ceza koşulundan, karine olarak seçimlik sözleşme cezasının doğduğu kabul edilir (TBK m. 179/I). **(2)** Borcun belirlenen yer veya zamanda ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılan ceza koşulundan, karine olarak ifaya eklenen sözleşme cezası doğduğu kabul edilir (TBK m. 179/II).

Bu iki karineyi birlikte inceleyen yazarlar, seçimlik sözleşme cezasının ve taleplerin yarışması ilkesinin kural; ifaya eklenen sözleşme cezasının ve taleplerin yığılması ilkesinin ise istisna olduğu belirtmektedir[16]. İsviçre-Türk hukuk literatüründe ve yargı kararlarında neredeyse oy birliğiyle hâkim olan görüş uyarınca ifaya eklenen sözleşme cezası karinesi, yalnızca iki tür ifa modalitesine aykırılık bakımından kabul edilmiştir: borcun belirlenen yerde ifa edilmemesi ve borcun

[14] Couchepin, Clause pénale, para. 590.

[15] Bentele, s. 86; Erdem, Clause pénale, s. 53 ve 54; Couchepin, Clause pénale, para. 589; Tunçomağ, s. 44 ve 46; Ozanoğlu, s. 37; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 136 ve 138; Kapancı, Sözleşme Cezası, s. 664; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 57; Çağlayan Aksoy, s. 270. Bu yönde bkz. ATF 46 II 399, c. 3; ATF 122 III 420, c. 2b; Yarg. 15. HD, E. 1999/774 K. 1999/2125 T. 26.5.1999 (Kazancı).

[16] CR CO I-Mooser, Art 160 para. 10; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 160 para. 33 ve 39; Couchepin, Clause pénale, para. 592-593; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1023; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 48-49; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 53. TBK m. 179/II'deki düzenlemenin, TBK m. 179/I'deki kuralın özel bir uygulamasından ibaret olduğu; onun istisnasını teşkil etmediği görüşü için bkz. KUKO OR-Pietruszak, Art. 160 para. 12; Bentele, s. 95.

belirlenen zamanda ifa edilmemesi[17]. Borcun belirlenen yerde ifa edilmemesi ve zamanda ifa edilmemesi dışında kalan gereği gibi ifa etmeme hâlleri (örneğin ayıplı ifa) bakımından ifaya eklenen sözleşme cezası karinesi devreye girmeyecektir[18]. Bu durumun ciddi bir tutarsızlık teşkil ettiği açıktır. Kanunda gereği gibi ifa etmeme hâllerinin bu şekilde parçalanmış olmasının ve bir kısmı bakımından ifaya eklenen sözleşme cezası karinesi öngörülmüşken diğer kısmı bakımından seçimlik sözleşme cezası karinesi öngörülmesinin mantıklı bir açıklaması bulunmamaktadır.

Nitekim Alman hukukuna bakıldığında, ifaya eklenen ve seçimlik sözleşme cezası karinelerinin çok daha tutarlı biçimde düzenlendiği görülmektedir. Alacaklı, hiç ifa etmeme durumuna ilişkin bir ceza koşulu mevcutsa, ya sözleşme cezasının ya asıl borcun ifasını talep edebilecektir (AlmMK §340). Buna karşılık borcun gereği gibi ifa edilmemesine ilişkin kararlaştırılmış ceza koşulu, alacaklıya, hem sözleşme cezasının hem asıl borcun ifasını talep hakkı tanır (AlmMK §341). Kanun bu anlamda örnek kabilinden olmak üzere zamanında ifa etmemeden bahsetmiş olsa dahi, her tür gereği gibi ifa etmeme hâli bu kapsamda değerlendirilir[19]. Özellikle İsviçre-Türk hukukundaki genel kabulün aksine sözleşmenin müsbet ihlalinin ve ayıplı ifanın bu kapsamda kalacağı; hem sözleşme cezasının hem asıl borcun ifasının talep edilebileceği belirtilmelidir[20]. Böylelikle Alman hukuku, tüm gereği gibi ifa

[17] Öğretide aksini ifade eden yazarlar bulunmasına rağmen kanaatimizce ilgili yer ve zamanın bizzat tarafların anlaşması yahut kanun tarafından belirlenmiş olması bu konuda herhangi bir fark yaratmayacaktır; her iki durumda da karine olarak ifaya eklenen sözleşme cezasının varlığı kabul edilmelidir. Aynı yönde bkz. Gümüş, Borçlar Genel, s. 1022; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 60. Aksi görüş için bkz. Bilge, Cezai Şart, s. 104; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 139. Bu itibarla kanaatimice, mehaz İsvBK m. 160'ın ifa yeri ve ifa zamanından bahseden Almanca ifadesi *(Nichteinhaltung der Erfüllungszeit oder des Erfüllungsortes)*, belirlenen yer ve belirlenen zamandan bahseden Fransızca ifadesine *(l'inexécution du contrat au temps ou dans le lieu convenu)* kıyasla daha yerindedir.

[18] Yarg. 19. HD, E. 2013/14851 K. 2014/1302 T. 16.1.2014 (Kazancı); Yarg. 19. HD, E. 2013/14654, K. 2013/19950, T. 17.12.2013 (Kazancı). CR CO I-Mooser, Art 160 para. 14; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 160 para. 40; Bentele, s. 88; Erdem, Clause pénale, s. 55; Couchepin, Clause pénale, para. 638; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 348; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1592-1593; Kılıçoğlu, s. 989; Tunçomağ, s. 46; Ozanoğlu, s. 33-34; Arkan, s. 85; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 138; Akkayan Yıldırım, s. 372; Tekelioğlu, s. 168; Öktem Çevik, Ceza Koşulu, s. 103; Taşkın, s. 1307; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 48. Bununla birlikte Yargıtay bir kararında, yüklenicinin yapıyı belirli bir tarihe kadar tamamlayamadığı veya taahhütlere aykırı olarak tamamladığı durumda iki daire üzerindeki haklarından arsa sahibi lehine vazgeçmiş sayılacağına ilişkin anlaşmayı, ifaya eklenen sözleşme cezası olarak nitelendirmiştir. Bkz. Yarg. 15. HD, E. 2009/1814 K. 2010/1643 T. 23.3.2010 (Kazancı). Bu nitelendirme, kanaatimizce isabetli olsa dahi; öğretideki hâkim görüş doğrultusunda eleştirilmektedir. Eleştiri için bkz. H. Nomer, para. 239.5.

[19] Erdem, Clause pénale, s. 55; Couchepin, Clause pénale, para. 638; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 139; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 59 dn. 142.

[20] Staudinger/Rieble, § 340 BGB para. 66; Jauernig/Stadler, BGB § 341 para. 1; HK-BGB/Schulze, BGB § 341 para. 1.

etmeme hâllerini aynı potada eritmiş olup; karineler arasındaki sınırı, hiç ifa etmeme ile gereği gibi ifa etmeme arasından çizmiştir.

Bazı yazarlar, ifaya eklenen sözleşme cezası karinesinin uygulama alanını yalnızca iki tür ifa modalitesi ile sınırlayan ve böylece diğer gereği gibi ifa etmeme hâllerini dışlayan hâkim İsviçre-Türk hukuku yaklaşımının, *de lege ferenda* sorunlu olduğunu kabul etmektedir. Ancak yine de, *de lege lata* bu yaklaşımın benimsenmesinin zorunlu olduğunu; zira TBK m. 179/I'deki seçimlik sözleşme cezası karinesinin gereği gibi ifa etmeme hâllerini de içine alan kapsayıcı lafzını aşmanın mümkün olmadığını belirtmektedir[21]. Bu çerçevede en azından, diğer gereği gibi ifa etmeme hâllerine ilişkin kararlaştırılan bir sözleşme cezasının ifaya eklenen nitelik taşıdığı yönündeki anlaşmanın varlığını ispat etmeye çalışan tarafın hâkim tarafından çok zorlanmaması önerilmektedir[22]. Buna karşılık *Buz,* bu konuda kaleme almış olduğu makalesi ile cesur ve kanaatimizce yerinde bir adım atmıştır. Yazar, gereği gibi ifa etmeme hâlleri arasında ayrım yapan hâkim yaklaşımın *de lege ferenda* isabetli olmadığını göstermekle yetinmemiş; her tür gereği gibi ifa etmeme hâline ilişkin kararlaştırılan sözleşme cezasının karine olarak ifaya eklenen nitelik taşıdığının kabulünün *de lege lata* mümkün olduğunu da ortaya koymuştur. Şöyle ki, TBK m. 179/I'deki seçimlik sözleşme cezası karinesinin gereği gibi ifa etmeme hâllerini de içine alan kapsayıcı lafzı, kanun koyucunun bilinçli bir tercihini yansıtmamaktadır. Hükmün mevcut lafzı, esasa ilişkin herhangi bir sonuç doğurma amacı güdülmeden yapılan ve sonradan amaçsız hâle gelmiş redaksiyonel bir değişikliğin yansımasından ibarettir. Dolayısıyla hükmün amacının göz önüne alınması suretiyle lafzı aşan bir yorum yapılması pekâlâ mümkündür[23].

TBK m. 179/I'in tarihi kökeninin ve gelişiminin incelenmesi, bu tespiti net bir şekilde ortaya koyacaktır. Yukarıda da değinildiği üzere İsviçre-Türk hukukundaki ceza koşuluna ilişkin kuralların kökeni, Roma hukukuna dayanmaktadır. Roma hukukunda ana kural, asıl borcun ifası talebi ile sözleşme cezasının ifası talebi arasında seçimlik bir ilişki bulunmasıydı. Söz konusu ana kural, yalnızca ceza koşulunun hiç ifa etmemeye ilişkin olarak kararlaştırıldığı durumlar bakımından geçerliydi. Buna karşılık gereği gibi ifa etmemeye ilişkin kararlaştırılmış

[21] Couchepin, Clause pénale, para. 638; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 58-59.
[22] Couchepin, Clause pénale, para. 648.
[23] Vedat Buz, "Konventionalstrafe wegen nicht richtiger Erfüllung", Aktuelle juristische Praxis (AJP) / Pratique juridique actuelle (PJA) 2017/4, s. 490 vd.

ceza koşulu bakımından bu ana kural uygulanmamaktaydı. Alacaklı asıl borcun ifasına ek olarak, gereği gibi ifa etmemeye ve özellikle geç ifaya ilişkin kararlaştırılmış sözleşme cezasını da talep edebilmekteydi[24]. Görüldüğü üzere Roma hukukunda hiç ifa etmeme ile gereği gibi ifa etmeme hâlleri arasında bir ayrım yapılmakta; gereği gibi ifa etmeme hâllerinin tümü aynı pota içerisinde değerlendirilmekteydi.

Bu kuralın arkasında yatan mantık oldukça basittir. Amaç, aynı menfaatin iki kere tatmin edilmesinin engellenmesidir ve böyle bir çifte tatmin durumu yalnızca hiç ifa etmeme hâline ilişkin kararlaştırılmış ceza koşulu bakımından gündeme gelmektedir. Şöyle ki hiç ifa etmeme hâline ilişkin kararlaştırılmış ceza koşulundan doğan sözleşme cezası, ifanın sürogatı niteliğini taşımakta ve doğrudan doğruya ifa menfaatinin kendisini tatmin etmektedir. Bu nedenle hiç ifa etmeme hâline ilişkin kararlaştırılmış sözleşme cezasının asıl borcun yanında ona ek olarak ifa edilmesi, aynı menfaatin iki kere tatmin edilmiş olması sonucunu doğurur. Oysa gereği gibi ifa etmemeye ilişkin kararlaştırılan sözleşme cezasının asıl borcun yanında ona ek olarak ifa edilmesi, aynı menfaatin iki kere tatmin edilmiş olması sonucunu doğurmamaktadır. Asıl borcun ifası doğrudan doğruya ifa menfaatinin kendisini; sözleşme cezasının ifası ise ifanın gereği gibi gerçekleşmesi menfaatini tatmin etmektedir.

Roma hukukundaki bu anlayış, müşterek hukuka; oradan da 18 ile 19. yüzyıl Kıta Avrupası kanun koyucularının tercihlerine yansımıştır[25]. Nitekim 1881 tarihli eİsvBK'na da bu anlayışın şekil verdiği söylenebilir[26]. İlgili kanundaki m. 179/I, yalnızca hiç ifa etmemeye ilişkin kararlaştırılan sözleşme cezasının seçimlik niteliğini hüküm altına almaktaydı. Yani günümüzdeki düzenlemeden farklı olarak gereği gibi ifa etmemeye ilişkin kararlaştırılan sözleşme cezasından hiç bahsetmemekteydi[27]. Diğer yandan ilgili kanundaki m. 179/II ise, gereği gibi ifa

[24] Buz, Konventionalstrafe, s. 491.
[25] Buz, Konventionalstrafe, s. 491-492.
[26] Buz, Konventionalstrafe, s. 494.
[27] İlgili hükümlerin Fransızca metni şu şekildedir: *"Lorsqu'une peine a été stipulée pour le cas où le contrat ne serait pas exécuté, le créancier peut demander, à son choix, l'exécution de l'obligation principale ou la peine convenue. / Lorsque la peine a été stipulée pour le cas où le contrat ne serait pas exécuté au temps ou dans le lieu déterminé par les parties, le créancier peut demander, tout à la fois, l'exécution du contrat et la peine. S'il ne fait point de réserves lors de l'exécution, il est présumé avoir renoncé à la peine."* İlgili hükümlerin Almanca metni şu şekildedir: *"Wenn für den Fall der Nichterfüllung eines Vertrages eine Konventionalstrafe versprochen ist, so kann der Gläubiger nach seiner Wahl entweder die Erfüllung oder die Strafe fordern. / Wurde die Strafe für*

etmemenin iki özel durumuna (ifanın belirlenen yer veya zamanda gerçekleştirilmemesine) ilişkin kararlaştırılan sözleşme cezasının ifaya eklenen nitelik taşıdığını belirtmekteydi. Bu düzenlemeleri o dönemde incelemiş olan yazarlar da eserlerinde Roma hukukundan o döneme kadar gelen anlayışı yansıtmaktaydı. İlk fıkradaki sözleşme cezasının seçimlik nitelikte olmasının aynı menfaatin iki kere tatmin edilmesini engellediği; buna karşılık gereği gibi ifa etmemeye ilişkin kararlaştırılan sözleşme cezası bakımından asıl borcun ifası ile sözleşme cezasının ifasının aynı menfaati tatmin etmeye yönelik olmaması nedeniyle bu iki talebin birlikte ileri sürülmesinin engellenmesine gerek olmadığı açıklanmıştı[28].

Ancak 1911 tarihli güncel İsviçre Borçlar Kanununun hazırlık çalışmalarında yaşanan bazı rastlantısal olaylar, güncel İsviçre-Türk hukukundaki hâkim görüşün Roma hukukundan farklı bir yöne doğru gelişmesine neden olmuştur. Şöyle ki İsvBK m. 160/I (TBK m. 179/I) hükmüne, hiç ifa etmemeye ilişkin kararlaştırılan sözleşme cezasının yanı sıra, gereği gibi etmemeye ilişkin kararlaştırılan sözleşme cezası da eklenmiştir. Böylelikle gereği gibi ifa etmemeye ilişkin kararlaştırılan sözleşme cezaları da, bir sonraki fıkrada özel olarak zikredilen iki özel durum hariç kalmak üzere, seçimlik sözleşme cezası karinesinin kapsamına girmiştir.

Önceki kanunun lafzından önemli ölçüde sapan bu farklılık, kanun koyucunun esasa ilişkin bir değişiklik yapmak yönündeki bilinçli tercihine dayanmamaktadır. *Buz*'un titizlikle ortaya koyduğu üzere, kanunun hazırlık çalışmaları incelendiğinde, kanun koyucunun hükme yaptığı eklemenin amacının yalnızca redaksiyonel bir değişiklik olduğu anlaşılmaktadır[29]. Şöyle ki 1911 tarihli güncel İsviçre Borçlar Kanununun hazırlık çalışmalarında üzerinde çalışılan tasarının 1185. maddesi, bir ceza koşulu tanımı içermekteydi. Söz konusu hükümde ceza koşulu, bir borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda ceza yahut tazminat olarak belirli bir edimde bulunulacağının taahhüt edilmesi olarak tanımlanmaktaydı[30]. Görüldüğü üzere tanım, işlevi gereği hem hiç ifa etmeme

Nichteinhaltung der vereinbarten Erfüllungszeit oder des richtigen Erfüllungsortes versprochen, so kann sie nebst der Erfüllung des Vertrages gefordert werden. Jedoch wird bei vorbehaltloser Annahme der lezteren Verzicht auf die Strafe vermuthet."

[28] von Schumacher, s. 65.

[29] Buz, Konventionalstrafe, s. 494-495.

[30] İlgili hükmün Fransızca metni şu şekildedir: *"On peut convenir, accessoirement à un contrat qu'en cas d'inexécution ou d'exécution imparfaite, le débiteur fournira au créancier une certaine*

durumunu hem de gereği gibi ifa etmeme durumunu kapsayacak bir çatı teşkil etmekteydi. Tasarının bu hükmü takip eden 1186. maddesinin birinci fıkrası ise günümüzde TBK m. 179/I'de yer alan seçimlik sözleşme cezası karinesini yalnızca borcun hiç ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılan ceza koşulu ile sınırlı olarak düzenlemekteydi[31]. Bu hüküm gereği gibi ifa etmeme durumu için kararlaştırılan ceza koşulunu da kapsayan günümüzdeki hâline, uzmanlar komisyonunda *(commission d'experts / Expertenkommission)* yapılan görüşmeler sırasında getirilmiştir. Toplantı tutanaklarından anlaşıldığı üzere buradaki amaç, m. 1185 ile m. 1186/I arasında bir uyum yaratmaktır. *Planta,* bu çerçevede ya 1185. maddedeki tanımdan gereği gibi ifa etmemenin çıkarılmasını ya da 1186. maddeye gereği gibi ifa etmemenin eklenmesini önermiştir. Tasarıdaki m. 1186/I'e (günümüzde TBK m. 179/I'e) "gereği gibi ifa etmeme" ifadesinin eklenmesinin yalnızca redaksiyonel bir önem taşıdığını ve esasa herhangi bir etkisi olmadığını düşünen komisyon da öneriyi redaksiyon komisyonuna göndermiş ve değişiklik gerçekleştirilmiştir[32]. Görüldüğü üzere bu konudaki değişiklik, kanun koyucunun seçimlik sözleşme cezası karinesinin kapsamını gereği gibi ifa etmemeyi de kapsayacak şekilde genişletmek yönündeki bilinçli tercihine dayanmamaktadır. Diğer yandan, m. 1185'teki tanım kanuna hiç alınmamış, bu redaksiyonel değişiklik anlamını tümüyle yitirmiştir.

Kanunun sadece lafzına bakılacak olursa, İsviçre-Türk hukukundaki hâkim görüşün yerinde olduğu; TBK m. 179/I'in her tür sözleşme cezası için ana kural olarak seçimlik sözleşme cezası karinesini öngördüğü düşünülebilir. Buna göre TBK m. 179/II'de düzenlenen ifaya eklenen sözleşme cezası karinesi, yalnızca ilgili kuralda özel olarak zikredilmiş belirlenen yerde veya zamanda ifa etmeme hâli için kararlaştırılan sözleşme cezalarını kapsayacaktır. Bu iki ifa modalitesine aykırılık dışında kalan diğer gereği gibi ifa etmeme hâlleri (örneğin ayıplı ifa hâli) için kararlaştırılan sözleşme cezaları bakımından ana kural geçerli olacak ve seçimlik sözleşme cezası karinesi devreye girecektir. Fakat yorum, salt kanunun lafzı ile

---

prestation à titre de peine ou de dommages-intérêts (clause pénale)." İlgili hükmün Almanca metni şu şekildedir: *"Mit einem Vertrage kann die Abrede verbunden werden, daß im Falle der Nichterfüllung oder der nicht richtigen Erfüllung der Verpflichtete dem Berechtigten eine bestimmte Leistung als Strafe oder Schadenersatz zu entrichten habe (Konventionalstrafe)."*

[31] İlgili hükmün Fransızca metni şu şekildedir: *"Lorsqu'une peine a été stipulée pour le cas dans lequel le contrat ne serait pas exécuté, le créancier peut demander, à son choix, l'exécution ou la peine convenue."* İlgili hükmün Almanca metni şu şekildedir: *"Wenn für den Fall der Nichterfüllung eines Vertrages eine Konventionalstrafe versprochen ist, so kann der Gläubiger nach seiner Wahl entweder die Erfüllung oder die Strafe fordern."*

[32] *Revision des schweizerischen Obligationenrechts: Protokolle der Expertenkommissionen, 1.-3. (Sitzung), vom Mai 1908-März 1909,* 7. Sitzung 12. Oktober 1908.

yetinmemelidir; mühim olan kanunun özüdür. Kanunun lafzı, belirli bir menfaat çatışmasını uzlaştırıp çözüme bağlamayı amaçlayan bir araçtan ibarettir. Dolayısıyla asıl yapılması gereken, bu menfaat çatışmasını ve kanunun bu çatışmayı hangi menfaat lehine çözmeyi amaçladığını tespit etmektir. Bu doğrultuda yapılacak yorum, gerekirse kanunun lafzını aşabilir. TBK m. 179'un da bu ilkeler ışığında yorumlanması gerekmektedir[33].

Bu hükümdeki sözleşme cezası türüne ilişkin karinelerin amacı, hükmün tarihi kökeninin ve gelişiminin gösterdiği üzere, aynı menfaatin alacaklı lehine iki kere tatmin edilmesini engellemektir. Dolayısıyla alacaklının hem asıl borcun hem sözleşme cezasının ifasını birlikte talep etmesi, yalnızca aynı menfaatin tatmini söz konusu olacaksa engellenmelidir[34]. Bu genel esas doğrultusunda hükmü incelediğimizde, şu iki sonuca varılması gerekmektedir. **(1)** Hiç ifa etmeme hâline ilişkin kararlaştırılan sözleşme cezasının karine olarak seçimlik sözleşme cezası niteliği taşıdığının kabulü uygundur. Zira böyle bir sözleşme cezası, adeta ifa sürogatıdır; alacaklının ifa menfaatinin tamamını kapsamaktadır. Eğer alacaklının hem asıl borcun hem sözleşme cezasının ifasını talep etmesine imkân tanınırsa, aynı menfaat iki kere tatmin edilmiş olur[35]. **(2)** Buna karşılık gereği gibi ifa etmeme hâline ilişkin kararlaştırılan sözleşme cezasının karine olarak ifaya eklenen sözleşme cezası niteliği taşıdığının kabulü uygundur. Zira gereği gibi ifa etmeme durumu için kararlaştırılan sözleşme cezası, ifa menfaatinin kendisini değil, ifanın gereği gibi gerçekleşmesi menfaatini tatmin etmek üzere kararlaştırılmıştır. Alacaklının hem asıl borcun hem sözleşme cezasının ifasını talep etmesi; farklı menfaatlerin tatmin edilmesi sonucuna yol açacaktır. Bu durum, yalnızca ifanın belirlenen yer veya zamanda gerçekleşmemesine ilişkin kararlaştırılan sözleşme cezası bakımından değil; her tür gereği gibi ifa etmeme hâli için kararlaştırılan sözleşme cezası bakımından geçerlidir. Dolayısıyla ayıplı ifa veya sözleşmenin olumlu ihlali de dâhil olmak üzere her tür gereği gibi ifa etmeme hâli için kararlaştırılmış sözleşme cezasının karine olarak ifaya eklenen nitelik taşıdığının kabulü zorunludur. Gereği gibi ifa etmeme hâlleri arasında bir ayrım yapmanın ve bunları farklı muamemelere tâbi tutmanın hiçbir geçerli sebebi yoktur[36].

[33] Buz, Konventionalstrafe, s. 495.
[34] Bkz. BK OR-Becker, Art. 160 para. 15.
[35] Buz, Konventionalstrafe, s. 496.
[36] Buz, Konventionalstrafe, s. 496-497.

Sonuç olarak, *Buz*'a katılmaktayız. İfaya eklenen sözleşme cezası karinesinin uygulama alanını yalnızca iki tür ifa modalitesine aykırılık için kararlaştırılmış sözleşme cezaları ile sınırlayan ve böylece diğer gereği gibi ifa etmeme hâllerini dışlayan İsviçre-Türk hukukundaki hâkim görüş, terk edilmelidir. Savunduğumuz görüş uyarınca, **(1)** hiç ifa etmeme hâline ilişkin kararlaştırılan sözleşme cezasının karine olarak seçimlik sözleşme cezası niteliği taşıdığının (TBK m. 179/I); **(2)** gereği gibi ifa etmeme hâline ilişkin kararlaştırılan sözleşme cezasının karine olarak ifaya eklenen sözleşme cezası niteliği taşıdığının (TBK m. 179/II) kabulü gerekmektedir.

B. Tarafların Sözleşme Cezasının Türü Konusundaki İradelerinin Yorumu

1. Belirtildiği üzere taraflar, TBK m. 179'da öngörülen karineleri bertaraf etmek konusunda serbesttir. Aslında TBK m. 179/I kapsamına girecek ve seçimlik olarak nitelendirilecek bir sözleşme cezasının, ifaya eklenen yahut münhasır olduğu kararlaştırılabilir. Keza TBK m. 179/II'deki karinenin bertaraf edilmesi ve ifaya eklenen olarak nitelendirilecek bir sözleşme cezasının, seçimlik yahut münhasır olduğunun kararlaştırılması mümkündür. Görüldüğü üzere sözleşme cezasının ifası talebi ile asıl borcun ifası talebi arasındaki ilişki konusunda nihai belirleyici, tarafların iradesidir.

Kanundaki ilgili karinenin bertaraf edildiği ve taraflarca farklı bir anlaşma yapıldığı konusundaki ispat yükü, bu iddiada bulunan kişiye aittir. İspat yükü konusundaki genel kuralın, sözleşme cezası türleri bağlamında uygulamadaki görünümü şu şekilde olacaktır: **(1)** TBK m. 179/I'deki seçimlik sözleşme cezası karinesinin aksinin kararlaştırıldığı ve tarafların ifaya eklenen bir sözleşme cezası üzerinde anlaştığı iddiası, uygulamada olağan olarak alacaklı tarafından ileri sürülecektir. Dolayısıyla bu iddiayı ispat yükü, alacaklıdadır[37]. **(2)** TBK m. 179/I'deki seçimlik sözleşme cezası karinesinin aksinin kararlaştırıldığı ve tarafların münhasır bir sözleşme cezası üzerinde anlaştığı iddiası ise uygulamada olağan olarak borçlu tarafından ileri sürülecektir. Dolayısıyla bu iddiayı ispat yükü, borçludadır[38]. **(3)** Buna karşılık TBK m. 179/II'deki ifaya eklenen sözleşme cezası karinesinin aksinin kararlaştırıldığı ve tarafların seçimlik yahut münhasır bir sözleşme cezası

[37] TF, 4A_312/2009 (23.09.2009), para. 3.6.2; BK OR-Becker, Art. 160, para. 34; CR CO I-Mooser, Art. 160 para. 13; Erdem, Clause pénale, s. 54; Couchepin, Clause pénale, para. 601; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 46; Eren, Borçlar Genel, para. 3696; Tunçomağ, s. 45; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 140; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 58.

[38] Couchepin, Clause pénale, para. 661.

üzerinde anlaştığı iddiası uygulamada olağan olarak borçlu tarafından ileri sürülecektir. Bu iddiayı ispat yükünün borçluda olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

2. Tarafların TBK m. 179'da öngörülen karineleri bertaraf eden anlaşmaları açık veya örtülü olabilir[39]. Böyle bir anlaşmanın varlığının tespiti, sözleşmenin yorumu meselesidir[40]. Ceza koşulu, somut olayın koşulları dikkate alınmak suretiyle yorumlanmalıdır. Yorum yapılırken tarafların kullandıkları terimlerin nihai anlamda belirleyici olmadığı; tarafların gerçek iradelerinin esas alınacağı unutulmamalıdır[41]. Tarafların gerçek iradelerini belirlemek mümkün olmadığı takdirde ise güven teorisi uyarınca tarafların farazi iradeleri belirlenmelidir. Bu çerçevede yoruma ilişkin genel ilkelerin yanı sıra; ceza koşulunun amacının, durumun gereğinin, hukuki ilişkinin niteliğinin ve bilhassa asıl borcun ifade ettiği sözleşmesel menfaat ile sözleşme cezasının ağırlığı arasındaki ilişkinin dikkate alınması gerekmektedir[42].

Özellikle belirlenen sözleşme cezası miktarının, alacaklının ifa menfaatine kıyasla (hiç ifa etmeme durumunda alacaklının uğrayabileceği zarara kıyasla) önemli ölçüde düşük kaldığı durumda, tarafların ifaya eklenen bir sözleşme cezası kararlaştırdıkları kabul edilmelidir[43]. Buna karşılık tam tersi söz konusuysa, yani sözleşme cezasının miktarı gereği gibi ifa konusundaki menfaatin ötesinde alacaklının ifa menfaatinin kendisini kapsayacak kadar yüksekse, tarafların iradesinin seçimlik sözleşme cezasına yöneldiğinin kabulü gerekmektedir[44]. Bu konuda verilmiş bir Yargıtay kararı, içerdiği tutarlı değerlendirme ile ifaya eklenen sözleşme cezası ile seçimlik sözleşme cezasını ayırt etmek konusunda çok iyi bir örnek teşkil etmektedir. Sözleşmedeki ceza koşulu şu ifadeler ile kaleme alınmıştır. *"İnşaat bu sözleşmenin imzalanma tarihi olan 23.6.1983 tarihinden itibaren 24 ayın bitiminde iskan alınmış ve noksansız olarak 30.6.1985 tarihinde teslim edilecektir. Tayin edilen müddette teslim edilmediği takdirde gecikilecek her ay için müteahhitler 50.000 lira ödemeye taahhüt ve kabul ederler. Ancak, bu durum en fazla 6 ay devam edecek ve 6*

[39] CHK OR-Pellanda Katja, Art. 160 para. 41; KUKO OR-Pietruszak, Art. 160 para. 15; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 58 ve 60.
[40] KUKO OR-Pietruszak, Art. 160 para. 15; Buz, Konventionalstrafe, s. 490.
[41] Couchepin, Clause pénale, para. 595 ve 661.
[42] İsviçre Federal Mahkemesinin sözleşmedeki ceza koşulunu detaylı olarak yorumlayarak türünü tespit ettiği bir karar için bkz. ATF 122 III 420, c. 3. Kararın ilgili bölümünün Türkçe çevirisi için bkz. Ozanoğlu, s. 37 dn. 98.
[43] Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 142; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 61; Çağlayan Aksoy, s. 270; ATF 122 III 420, c. 2b.
[44] Koller, para. 98; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 142; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 350-351.

ayın sonunda da iskanlı olarak ve tam teslim edilmediği takdirde müteahhitler daire satın alan Rukiye ve Yücel'e ödedikleri tam peşin ücretin yani 4.350.000 liranın iki katı 8.750.000 lirayı tazminat olarak ödemeyi şimdiden kabul ve taahhüt ederler." Yargıtay burada iki ayrı türde sözleşme cezasının kararlaştırıldığını ifade etmiştir: Teslimde gecikme hâli için öngörülmüş ve altı ay gecikme ile sınırlı olup ayda 50.000 TL'ye tekâbül eden meblağ, ifaya eklenen sözleşme cezasıdır. Altı aylık gecikme süresinde de iskanlı ve tam teslimin gerçekleşmemesi hâli için öngörülmüş ve 8.750.000 TL'lik meblağ, seçimlik sözleşme cezasıdır[45].

Asıl borcun aynen ifasında alacaklı açısından vazgeçilmez bir menfaat bulunduğu anlaşılıyorsa, sözleşme cezasının ifaya eklenen nitelik taşıdığının kabulü uygun olur[46]. Bunun yanı sıra öğretide belirtildiği üzere, bir yapmama borcunun ifasına ilişkin sözleşme cezası, genellikle ifaya eklenen nitelik taşıyacaktır[47]. Örneğin bir kira sözleşmesinde kiracının, belirlenen saatler dışında çamaşır makinesi çalıştırmamayı ve bu taahhüdüne herhangi bir aykırılık durumunda 1.000 TL ödemeyi kabul ettiğini varsayalım. Buradaki sözleşme cezasının seçimlik olduğu kabul edildiği takdirde, borçluyu asıl borcun ifası konusunda zorlama imkânı teorik olarak ortadan kalkar. Borçlu 1.000 TL sözleşme cezası ödemek kaydıyla dilediği saatte çamaşır makinesi çalıştırabilir hâle gelmiş olur. Bu anlamda ceza koşulu, borçluyu borcun ifası konusunda zorlama ve ihlalden caydırma amacını kaybeder; ihlale paha biçme amacından ibaret kalır. Oysa tarafların bir yapmama borcunu ceza koşuluna bağlamaktaki amacı borçluyu borcun ifası konusunda zorlamak ve ihlalden caydırmaktır[48]. Uygulamada bir yapmama borcunu teminat altına alan ceza koşulları, genellikle rekabet yasağı sözleşmelerinde görülür. Nitekim rekabet etmeme borcunu teminat altına alan bir sözleşme cezasının ifaya eklenen nitelik taşıdığının kabulü daha uygun olur[49]. Mahkeme kararlarında da böyle bir sözleşme cezasının ifaya

[45] Yarg. 13. HD, E. 1988/3766 K. 1988/5373 T. 14.11.1988 (Kazancı).
[46] Erdem, Clause pénale, s. 54; Çağlayan Aksoy, s. 270.
[47] CHK OR-Pellanda Katja, Art. 160 para. 41; Couchepin, Clause pénale, para. 599; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1023; Tunçomağ, s. 45; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 62; ; Çağlayan Aksoy, s. 270.
[48] ATF 46 II 399, c. 3; Feyzioğlu, Cilt-II, s. 393; Tunçomağ, 46-47.
[49] Feyzioğlu, Cilt-II, s. 393; Tunçomağ, s. 46; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 140; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 61. Uygulamadaki rekabet yasağı sözleşmelerinde tarafların genellikle ifaya eklenen sözleşme cezası kararlaştırdıkları yönünde bkz. Erdem, Clause pénale, s. 54; Çağlayan Aksoy, s. 270.

eklenen nitelikte olduğunun ispatı bakımından aranacak ispat ölçüsünün düşük tutulması gerektiği belirtilmektedir[50].

Ancak TBK m. 446/II'nin (İsvBK m. 340b/III) hizmet sözleşmelerine ilişkin özel bir karine öngörmüş olduğu unutulmamalıdır. Hizmet sözleşmelerine ilişkin bu özel hüküm uyarınca, rekabet yasağına aykırı davranış bir cezaya bağlanmışsa ve sözleşmede aksine bir hüküm de yoksa, işçi öngörülen miktarı ödeyerek rekabet yasağına ilişkin borcundan kurtulabilir. Görüldüğü üzere burada seçim hakkı, borçlu konumunda olan işçiye tanınmıştır. Borçlu sıfatını haiz işçi, kararlaştırılmış cezayı ödemek suretiyle asıl borç olan rekabet yasağına uygun davranma yükümlülüğünden kurtulabilmektedir[51]. Öğretide bazı yazarlar TBK m. 446/II'de karine olarak düzenlenen bu cezanın "dönme cezası" niteliği taşıdığını belirtmektedirler. Zira söz konusu düzenleme, borçluya kararlaştırılan cezayı ödemek suretiyle asıl borcun ifasından kurtulma imkânı tanımaktadır[52]. Bununla birlikte TBK m. 446/II'deki cezanın, TBK m. 179/III'te düzenlenen tipik dönme cezasından ayrışan noktaları olduğu gözden kaçırılmamalıdır[53]. Bu anlamda rekabet yasağını ihlal eden işçiyi bir ceza ödemekle yükümlü tutan anlaşmalar bakımından, "atipik" bir dönme cezası karinesinin söz konusu olduğu söylenebilir. Bu hüküm, yedek hukuk kuralı niteliğini haizdir; taraflar seçimlik, ifaya eklenen veya münhasır bir sözleşme cezasının ödenmesini kararlaştırabilir[54]. Ancak ifaya eklenen sözleşme cezası öngören bir ceza koşulunun geçerliliği, TBK m. 446/III'teki koşulların sağlanmasına bağlıdır[55]. TBK m. 446/III uyarınca işveren, ancak **(1)** bu hakkını saklı tutan yazılı bir anlaşma yapmış olması ve **(2)** kendisinin ihlal veya tehdit edilen menfaatlerinin önemi ile

[50] ATF 46 II 399, c. 3, JdT 1921 I 108; TF, 4A_312/2009 (23.09.2009), c. 3.6.2. Aynı yönde bkz. ZK-Oser/Schönenberger, Art. 160 para. 6; CR CO I-Mooser, Art. 160 para. 13.

[51] Karagöz, Cezai Şart, s. 244; Yayvak Namlı, s. 534.

[52] CR CO I-Mooser, Art. 160 para. 15; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 160 para. 48; Bentele, s. 99; Santoro, s. 56; Erdem, Clause pénale, s. 54; Couchepin, Clause pénale, para. 78; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, para. 1474; Furrer/Müller-Chen/Çetiner, para. 1640; Tunçomağ, s. 47; Karagöz, Cezai Şart, s. 244; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 150; Kapancı, Dönme Cezası, s. 250 dn. 7; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 62. Burada münhasır bir sözleşme cezasının söz konusu olduğu yönündeki aksi görüş için bkz. Wolfer, Reugeld, para. 322.

[53] (1) Dönme cezası, sözleşmeyi sona erdirmek isteyen tarafça, herhangi bir borca aykırı davranışta bulunmuş olmamasına rağmen sırf sözleşmeyi sona erdirme hakkını kullandığı için ödenir. Oysa TBK m. 446/II'de belirtilen cezayı muaccel kılan, işçinin rekabet etmeme borcuna aykırı davranışıdır. (2) Dönme cezası ödemek suretiyle sözleşmeyi sona erdiren taraf, aksi kararlaştırılmadıkça, karşı tarafın uğradığı dönme cezasını aşan zararı gidermekle sorumlu tutulamaz. Oysa TBK m. 446/II uyarınca işçi, işverenin kararlaştırılan cezayı aşan zararını gidermekle sorumludur. Bu konuda bkz. CHK OR-Pellanda Katja, Art. 160 para. 48; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 150-151; Yayvak Namlı, s. 535-536.

[54] Erdem, Clause pénale, s. 54.

[55] CR CO I-Mooser, Art. 160 para. 15; Erdem, Clause pénale, s. 54; Couchepin, Clause pénale, para. 78; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 140-141.

işçinin davranışının haklı göstermesi durumunda, hem asıl borç olan rekabet yasağına uygun davranılmasını hem de sözleşme cezasının ödenmesini talep edebilir. Anlaşılacağı üzere bu hüküm, rekabet yasağına aykırılık durumunda ifaya eklenen bir ceza koşulu öngörülebilmesi için aranan geçerlilik koşullarını düzenlemektedir.

3. Tarafların anlaşmasının sözleşme cezasının türünü tespit etmek üzere nasıl yorumlanabileceği konusunda ayrıca, örnek teşkil edebilecek iki İsviçre Federal Mahkemesi kararından bahsedilecektir.

Oldukça eski olan 1914 tarihli ilk karar, "diğer haklar saklı kalmak kaydıyla" (*unbeschadet der sonstigen Ansprüche*) kararlaştırılmış bir sözleşme cezasını konu almaktadır. İlk derece mahkemesi, diğer hakları saklı tutmaya yönelik anlaşmanın sözleşme cezasını aşan zararın tazminini sağlamayı amaçladığına; asıl borcun ifası ile sözleşme cezası arasındaki ilişkiyi konu almadığına karar vermiştir. Sonuç olarak İsvBK m. 160/I'den (TBK m. 179/I'den) hareketle, sözleşme cezasını seçimlik olarak nitelendirmiştir. Buna karşılık Federal Mahkeme, diğer hakların saklı tutulmuş olmasının ifaya eklenen sözleşme cezasının varlığına işaret ettiği sonucuna varır ve somut olayı buna göre çözer[56]. Kanaatimizce Federal Mahkeme'nin kararı, bu hâliyle ikna edicilikten uzaktır. Bir sözleşme cezasının sırf "diğer haklar saklı kalmak kaydıyla" kararlaştırılmış olması, ifaya eklenen niteliğinin kabulü bakımından yeterli değildir. Varılan bu sonuç, ancak diğer yorum araçlarıyla desteklendiği takdirde haklı olacaktır[57].

İkinci kararda ceza koşuluna bağlanan borç, bir paketleme sisteminin teslim için kesin bir tarihte çalışır vaziyette hazır edilmesidir. Buna göre borçlu, teslim tarihinin dört haftadan fazla gecikmesini takip eden her iş günü için 400 CHF; sekiz haftadan fazla gecikmesini takip eden her iş günü için 800 CHF sözleşme cezası ödeyecektir. Sözleşme konusu eşyaya belirli bir zamanda ihtiyaç duyan alıcı/iş sahibi, eşyanın geç teslim edilmesi durumunda da zamanında teslim edilmekle birlikte düzgün çalışmaması durumunda da aynı olumsuzluğa maruz kalacaktır. Bu olumsuzluğun engellenmesi için kararlaştırılmış olan ceza koşulu hem ifanın belirli bir zamanda gerçekleşmesini hem de ifa konusu edimin ayıptan âri olmasını teminat altına almaktadır. Bu anlaşma, doğası itibarıyla, asıl borcun ifa edileceği; yani

[56] ATF 40 II 233 c. 9. Aynı yönde bkz. BK OR-Becker, Art. 160 para. 33.
[57] Aynı yönde bkz. ZK-Oser/Schönenberger, Art. 160 para. 6; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 60-61.

teslimin gerçekleşeceği varsayımına dayanmaktadır. Dolayısıyla olayda ifaya eklenen bir sözleşme cezası söz konusudur[58].

4. Son olarak, Türk hukuk uygulaması açısından önem taşıyan bir konuya değinilecek; akaryakıt bayilik sözleşmelerindeki yıllık asgari alım taahhütlerinin bağlandığı ceza koşulunun türü incelenecektir. Bu tür ceza koşullarından doğan uyuşmazlıklar, sıklıkla Yargıtay kararlarına konu olmaktadır.

Akaryakıt bayilik sözleşmelerinde yıllık asgari alım taahhüdü kayıtlarına yer verilmesi ve bu taahhütlerin ceza koşuluna bağlanması, sektörde yaygın bir uygulamadır[59]. *Kayıkçı* tarafından belirtildiğine göre bu uygulamanın önemi, son yıllarda Rekabet Kurulu'nun akaryakıt bayilik sözleşmelerinin süresini sınırlamaya yönelik yaklaşımı nedeniyle daha da artmıştır. Zira bayilik sözleşmelerini dolaylı yollarla olsa dahi diledikleri gibi uzatamayan akaryakıt dağıtım şirketleri, bu defa bayilere yapmış oldukları yatırımın geri dönüşünü sağlayabilmek üzere ceza koşullarından istifade etmek istemiştir[60]. Sonuç olarak akaryakıt dağıtım şirketleri ile bayiler arasında ceza koşulu konusunda pek çok uyuşmazlık ortaya çıkmış; bu uyuşmazlıklar Yargıtay'a intikal etmiştir[61]. Yargıtay'ın konuya ilişkin kararları incelendiğinde, bayilerin yıllık asgari alım taahhüdüne uymaması durumunda ödemesi kararlaştırılan sözleşme cezasının, ifaya eklenen sözleşme cezası olarak nitelendirildiği görülmektedir[62]. Öğretide de pek çok yazar, bu kararlarla aynı yönde

---

[58] ATF 122 III 420, c. 3b.

[59] Mehmet Suat Kayıkçı, "Akaryakıt Bayilik Sözleşmelerinde Yıllık Asgari Alım Taahhütleri ve Cezai Şart", Enerji Hukuku Dergisi C.5 S.2 (2016), s. 95 vd., s. 97; Selin Ezgi Sarıakçalı Alkaç, Akaryakıt İstasyonu Bayilik Sözleşmesi, İstanbul 2017, s. 396.

[60] Kayıkçı, s. 97-98.

[61] Diğer yandan bayiler, asgari alım taahhüdü uygulamasının 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ne aykırılık teşkil ettiği iddiasıyla Rekabet Kurulu'na şikayette bulunmuş; fakat Rekabet Kurulu bu taahhüdün mevcut durumda 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığına karar vermiştir: *"Satış tonaj taahhüdünün, Rekabet Kurulunun konuyla ilgili geçmiş tarihli kararı ve Kurumun 2008 yılı Akaryakıt Sektör Raporu'ndaki değerlendirmeleri de dikkate alındığında, ticari ve taraflar arasında özgürce belirlenmesi gereken bir husus olduğu ve bununla ilgili olarak ortaya çıkan anlaşmazlıkların mahkemelerde çözümlenmesi gerektiği ilke olarak kabul edilebilir."* (Rekabet Kurulu, 31.03.2010 tarih 10-27/410-156 sayılı karar).

[62] Yarg. 19. HD, E. 2018/3380 K. 2019/5428 T. 4.12.2019 (Kazancı): "*Akaryakıt bayilik sözleşmelerinde (veya sözleşme eki taahhütnamelerde) yer alan "yıllık asgari alım taahhüdü"ne uymama halinde öngörülen ceza koşulu (cezai şart) hükümleri TBK'nun 179/II. (BK. madde 158/II) maddesindeki ifaya ekli ceza koşulu (cezai şart) niteliğinde olduğundan burada bu tür ceza koşulu üzerinde durulması gerekmektedir*." Aynı yönde örneğin bkz. Yarg. 19. HD, E. 2017/3732 K. 2019/4342 T. 12.9.2019 (Kazancı); Yarg. 19. HD, E. 2015/17632 K. 2016/9261 T. 24.5.2016 (Kazancı); Yarg. 19. HD, E. 2015/18494 K. 2016/3582 T. 1.3.2016 (Kazancı); Yarg. 19. HD, E. 2013/14654, K. 2013/19950, T. 17.12.2013 (Kazancı).

görüş beyan etmiştir[63]. Ancak *Çağlayan Aksoy*'un işaret ettiği üzere, bu konuda daha temkinli bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Akaryakıt bayilik sözleşmelerinde yer verilen asgari alım taahhüdü kayıtları uyarınca bayi, belirli bir dönemde belirli bir miktarda akaryakıt satın almakla yükümlü tutulmaktadır. Asgari alım taahhüdü bayi tarafından yerine getirilmediği takdirde sağlayıcı, borcun ihlal edilmesine bağlı olarak kendisine kanunen tanınmış olan hukuki çarelerden istifade edebilecektir[64]. Ancak sağlayıcı çoğu zaman bu hukuki çareleri yeterli görmemekte; söz konusu taahhüdün bir ceza koşuluna bağlanmasını sağlamaktadır. Böylelikle asgari satın alma yükümlülüğünü yerine getirmeyen bayinin, eksik kalan miktara bağlı bir tutarı sözleşme cezası olarak ödemesi kararlaştırılmaktadır. Böyle bir sözleşme cezasının ifaya eklenen nitelik taşıdığı kabul edildiği takdirde, asgari alım taahhüdünü yerine getirmeyen bayiye karşı sağlayıcı, hem asıl borcun ifa edilmesini (veya ifa sürogatı olarak olumlu zararın tazminini) hem de buna ek olarak sözleşme cezasının ayrıca ödenmesini talep edebilir[65]. Örneğin her yıl asgari 10.000 ton akaryakıt satın almayı ve eksik kalan ton başına 30 USD sözleşme cezası ödemeyi taahhüt eden bayinin, 8.000 ton akaryakıt satın aldığını varsayalım. Bu durumda sözleşme cezasının ifaya eklenen nitelik taşıdığı kabul edilirse sağlayıcı iki farklı talebi aynı anda ileri sürebilecektir. **(1)** İlk olarak sağlayıcı, asıl borcun ifasını, yani eksik kalan 2.000 ton akaryakıtın satın alınması suretiyle asgari alım taahhüdünün yerine getirilmesini talep edebilir. Bunun yerine dilerse ifa sürogatı olan diğer hukuki çarelere de başvurabilir; örneğin aynen ifadan vazgeçip eksik kalan 2.000 ton akaryakıtın satın alınmaması nedeniyle uğramış olduğu olumlu zararının tazminini talep edebilir. Burada olumlu zarar, sağlayıcının satıştan elde edecekken yoksun kaldığı kârdır. **(2)** İkinci olarak sağlayıcı, eksik kalan 2.000 ton için ton başına 30 USD üzerinden hesaplanan 60.000 USD sözleşme cezasının ödenmesini talep edebilir.

Tarafların böyle bir anlaşma yapmaları ve asgari alım taahhüdünü bağlamış oldukları sözleşme cezasına ifaya eklenen nitelik kazandırmaları teorik olarak pekâlâ

[63] Gümüş, Borçlar Genel, s. 1025; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 141; Kayıkçı, s. 101; A. Nilay Şenol, Bayilik Sözleşmesi, Sona Ermesi ve Sonuçları, İstanbul 2011, s. 86; Sarıakçalı Alkaç, s. 398.

[64] Asgari alım taahhütleri bu itibarla "al ve öde" kaydı niteliği taşımakta; "al veya öde" kayıtlarından ayrılmaktadır; bkz. Serkan Açıkel, Doğal Gaz Alım Sözleşmelerinde Al Ya Da Öde Klozu ve Benzeri Diğer Klozlar, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010, s. 77-78.

[65] Çağlayan Aksoy, s. 272.

mümkündür. Ancak ilgili Yargıtay kararları incelendiği vakit, tarafların somut olaydaki anlaşmalar bağlamında böyle bir iradeye sahip olmadıkları anlaşılmaktadır[66]. Nitekim kararlarda yalnızca sözleşme cezasına hükmedilmesi ihtimali gündeme gelmekte; bunun yanında asgari alım taahhüdünün aynen ifası yahut bu taahhüdün yerine getirilmemesi nedeniyle doğan olumlu zararın tazmini söz konusu olmamaktadır. Dolayısıyla Yargıtay'ın hukuki nitelendirmesi, en azından kararlardan anlaşıldığı kadarıyla hatalıdır. Bu sözleşmeler bağlamında ifaya eklenen sözleşme cezası söz konusu değildir; olsa olsa seçimlik yahut münhasır bir sözleşme cezasının söz konusu olduğu söylenebilir. Kararlarda münhasırlığı gösteren bir ibare bulunmadığı ve zaten uygulamada münhasır sözleşme cezalarına pek de rastlanmadığı göz önünde tutulacak olursa, somut olaylarda seçimlik bir sözleşme cezasının mevcut olması ihtimali ağırlık kazanmaktadır[67].

Sözleşme cezasının türüne ilişkin yapmış olduğumuz bu hukuki nitelendirme, Yargıtay'ın önüne gelen davaların çözüme bağlanması bakımından kritik önem taşımaktadır. Şöyle ki bu davalara konu olan hukuki uyuşmazlık, bayinin, bayilik sözleşmesinin daha ilk yıllarından itibaren asgari alım taahhüdünü yerine getirememesi; buna karşılık sağlayıcının, yine de uzun yıllar boyunca bayiye akaryakıt sağlamaya devam etmesi ve nihayet sözleşme sona erdiğinde önceki yıllarda muaccel olmuş sözleşme cezası alacaklarının tümünü toplu biçimde talep etmesidir. Yargıtay'ın bu konudaki genel tavrı, sağlayıcının sözleşme cezası talebini yalnızca son sözleşme yılı ile sınırlı olarak kabul etmek; bunun dışındaki geriye dönük sözleşme cezası alacağı taleplerini reddetmek yönündedir[68]. Bu çerçevede Yargıtay, ifaya eklenen bir sözleşme cezasının talep edilebilmesi için alacaklının hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmamasını arayan TBK m. 179/II'yi uygulamaktadır. Bir önceki yılda asgari alım taahhüdü yerine getirilmemiş olmasına rağmen sağlayıcının hiçbir çekince koymaksızın akaryakıt tedarik etmeye devam etmesi, sözleşme cezası alacağının sona ermesine

[66] Çağlayan Aksoy, s. 272.
[67] Çağlayan Aksoy, s. 272-273.
[68] Yarg. 19. HD, E. 2018/3856 K. 2020/619 T. 3.3.2020; Yarg. 19. HD, E. 2018/3380 K. 2019/5428 T. 4.12.2019 (Kazancı); Yarg. 19. HD, E. 2018/1185 K. 2019/1251 T. 28.2.2019 (Kazancı); Yarg. 19. HD, E. 2013/14851 K. 2014/1302 T. 16.1.2014 (Kazancı). Sağlayıcının sözleşme cezası talebinin haklı görüldüğü aksi yöndeki bir karar için bkz. Yarg. 19. HD, E. 2012/9915 K. 2013/8558 T. 13.5.2013.

neden olmaktadır[69]. Oysa yukarıda açıklamış olduğumuz üzere, burada ifaya eklenen sözleşme cezası söz konusu olmadığı için TBK m. 179/II'nin uygulanması mümkün değildir.

Bununla birlikte sağlayıcının, önceki yıllarda muaccel olup birikmiş sözleşme cezası alacaklarının tümünü uzun süre boyunca hareketsiz kaldıktan sonra sözleşme sona erdiğinde toplu biçimde talep etmesi, somut olayın koşullarına göre hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilir[70]. Nitekim bazı Yargıtay kararlarında sağlayıcının ceza koşulu konusundaki talepleri reddedilirken, hakkın kötüye kullanılması yasağı gerekçe gösterilmiştir[71]. Esasen alacaklının bir talebi ileri sürmek konusunda uzun süre beklemiş olması, hakkın kötüye kullanıldığını kabul etmek bakımından başlı başına yeterli değildir. Ancak somut olayda bulunan bazı ek şartlar, karşı tarafta bu talebin ileri sürülmeyeceği konusunda korunmaya değer bir güven oluşturmuş olabilir. Örneğin Hukuk Genel Kurulu'nun 16.1.2013 tarihli kararına konu olan olayda bayi, asgari alım taahhüdünü henüz sözleşmenin ilk yılında yerine getirememiş; sağlayıcı bunun üzerine sözleşme cezasının ifasını talep etmiştir. Bayi ise asgari alım taahhüdünü hiçbir zaman yerine getiremeyeceğini, bu nedenle ceza koşulunun dikkate alınmaması kaydıyla sözleşmenin ifaya devam edilmesini aksi takdirde fesih şartlarını görüşmeye hazır olduklarını sağlayıcıya bildirmiştir. Sağlayıcı bu bildirim karşısında dokuz yıl boyunca sözleşmeyi ifaya devam etmiştir. Ancak sözleşme sona erdikten sonra, asgari alım taahhüdünün tutturulamadığı on yıl için geriye dönük olarak sözleşme cezası ödenmesini talep etmiştir. Bu olayda sağlayıcının, asgari alım taahhüdünün bağlandığı sözleşme cezasını talep etmeyeceği konusunda bayi nezdinde haklı bir güven oluşturduktan sonra sözleşme cezasının ödenmesini talep etmesi çelişkili davranış oluşturmakta; hakkın kötüye kullanılması teşkil etmektedir. Bu itibarla söz konusu hakkın kullanılmasına TMK m. 2/II uyarınca izin verilmemesi ve sözleşmenin son yılı da dâhil olmak üzere sözleşme

[69] Örneğin bkz. Yarg. 19. HD, E. 2018/3380 K. 2019/5428 T. 4.12.2019 (Kazancı); Yarg. 19. HD, E. 2013/14851 K. 2014/1302 T. 16.1.2014 (Kazancı).
[70] H. Nomer, para. 237.6; Çağlayan Aksoy, s. 279.
[71] Örneğin bkz. Yarg. HGK E. 2012/19-670 K. 2013/171 T. 16.1.2013 (Kazancı); Yarg. 19. HD, E. 2016/2615
K. 2016/13007 T. 6.10.2016 (Kazancı); Yarg. 19. HD, E. 2013/14654 K. 2013/19950 T. 17.12.2013 (Kazancı).

cezası talebinin tamamının reddedilmesi gerekmektedir. Nitekim Hukuk Genel Kurulu kararı da aynı yöndedir[72].

II. Sözleşme Cezasının Muaccel Olmasının Koşulları

Sözleşme cezası, iki koşulun kümülatif olarak yerine gelmesi üzerine ayrıca bir vadeye bağlanmış olmadıkça kendiliğinden muaccel hâle gelir. İlk olarak, borçlunun asıl borcu ihlal etmesi neticesinde ceza koşulunun bağlandığı geciktirici koşulun gerçekleşmesi gerekmektedir. İkinci olarak ise borçlunun söz konusu ihlalden sorumlu tutulabiliyor olması aranacaktır. Aşağıda detaylı olarak incelenecek olan bu koşulların yerine gelmesi üzerine muaccel olan sözleşme cezasının ifası, artık alacaklı tarafından talep edilebilecektir[73]. Buna karşılık alacaklının borcun ihlalinden ötürü zarara uğraması, sözleşme cezasının muacceliyeti için aranan bir koşul değildir.

Bu konudaki incelememize başlamadan evvel tarafların, sözleşme cezasının muaccel olmasına ilişkin koşulları kanunda öngörüldüğüne kıyasla ağırlaştıran veya hafifleten anlaşmalar yapmasının pekâlâ mümkün olduğunu hatırlatmakta fayda görüyoruz[74].

A. Borçlunun Asıl Borcu İhlal Etmesi Neticesinde Geciktirici Koşulun Gerçekleşmiş Olması

1. Ceza koşulu, hükümlerini doğurması geciktirici koşula bağlanmış bir borç ilişkisidir[75]. Taraflarca geciktirici koşul olarak kararlaştırılmış olgunun gerçekleşmesiyle birlikte ceza koşulu hükümlerini doğuracak ve sözleşme cezası

[72] Yarg. HGK E. 2012/19-670 K. 2013/171 T. 16.1.2013 (Kazancı).

[73] Aslında sözleşme cezası alacağının doğması ile muaccel olması birbirlerinden farklı kavramlardır. Bu konuda bkz. Bentele, s. 83. Taraflar aksini kararlaştırmadıkça, sözleşme cezası borcu doğmakla birlikte derhal muaccel olur. Bu sebeple incelememiz, sözleşme cezasının muaccel olması üzerine odaklanmıştır. Bununla birlikte taraflar sözleşme cezası alacağını ayrıca bir vadeye bağlamışlarsa, sözleşme cezası alacağının doğması ile muaccel olmasının aynı anda gerçekleşmeyeceği gözden kaçırılmamalıdır. Örneğin 1 Şubat'ta teslimi gerçekleştirmeyen borçlunun bu tarihten itibaren beş gün içerisinde 1.000 TL sözleşme cezası ödemesinin kararlaştırıldığını varsayalım. Borçlunun kusurlu olarak teslimi gerçekleştirmemesi üzerine sözleşme cezası alacağı, 2 Şubat'ta doğmuş olur. Fakat bu alacak, bir vadeye bağlanmış olduğu için bu aşamada müeccel durumda kalır. Söz konusu alacak, beş günün geçmesiyle 7 Şubat'ta muaccel olacaktır.

[74] Tunçomağ, s. 96; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 218; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 183-184.

[75] Bu konuda bkz. *"İkinci Bölüm / II. / C. Ceza Koşulunun Yapısından Kaynaklanan Özellik: Koşula Bağlı Borç".*

muaccel olacaktır[76]. Ceza koşulunun tanımı itibarıyla muacceliyeti tetikleyecek geciktirici koşul, borçlunun asıl borcu ihlal etmiş olmasıdır.

2. Asıl borcun ihlalinden söz edebilmenin ön koşulu, bu borcun muaccel olmuş olmasıdır. Asıl borç muaccel olmadığı müddetçe asıl borcun ihlalinden söz edilemeyeceği gibi; sözleşme cezası da talep edilemez[77]. Muacceliyet, alacaklının borçludan borç konusu edimin ifasını talep yetkisinin başladığı ânı ifade eder[78]. Taraflar borcu bir vadeye bağlayarak muacceliyet zamanını belirlemekte serbesttir. Asıl borç tarafların anlaşmasıyla, işin mahiyeti gereğince yahut kanun hükmü uyarınca bir vadeye bağlanmamışsa, doğmakla muaccel olur[79].

3. Sözleşme cezasının muaccel olması, borçlunun taahhüt etmiş olduğu asıl borcu ihlal etmiş olmasına bağlıdır. *"Asıl borcun ihlali"* kavramının içine neyin girip neyin girmeyeceği konusunda belirleyici olan tarafların anlaşmasıdır. Bu çerçevede hâkimin, ceza koşulu anlaşmasını yorumlaması gerekecektir[80].

Borçlunun taraf olduğu sözleşmeden doğan herhangi bir borca aykırı davranması, sözleşme cezasını muaccel hâle getirmez. Mühim olan tarafların ceza koşulunu bağladıkları asıl borç hangisi ise onun ihlal edilmiş olmasıdır[81]. Örneğin satıcının satış konusu malı teslimine ilişkin bir ceza koşulunun kararlaştırıldığı durumda, koruyucu yükümlülüklerin ihlal edilmiş olmasının ceza koşulunu tetikleyici bir etkisi yoktur.

Öte yandan yalnızca tarafların ceza koşulu anlaşmasında kararlaştırdıkları mahiyetteki bir ihlalin, geciktirici koşulu yerine getirebileceği unutulmamalıdır[82].

---

[76] OFK OR-Wuffli, Art. 160 para. 2; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 160 para. 21; KUKO OR-Pietruszak, Art. 160 para. 7; Bentele, s. 71-72; Couchepin, Clause pénale, para. 671; Furrer/Müller-Chen/Çetiner, para. 1622; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 217.

[77] ZK OR-Oser/Schönenberger, Vorbem. zu Art. 160-163 para. 10; BK OR-Becker, Art. 160 para. 19; KUKO OR-Pietruszak, Art. 160 para. 8; Bentele, s. 75; Erdem, Clause pénale, s. 116; Couchepin, Clause pénale, para. 674; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 24; Tunçomağ, s. 97; Arkan, s. 89; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 219; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 53; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 173.

[78] Oğuzman/Öz, Cilt-1, para. 994; O. Gökhan Antalya, Marmara Hukuk Yorumu Cilt V/1,3 Borçlar Hukuku Genel Hükümler – Borçların İfası Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları, Ankara 2019, para. 252.

[79] Oğuzman/Öz, Cilt-1, para. 1003; Antalya, Borçlar Genel V/1,3, para. 285.

[80] ZK OR-Oser/Schönenberger, Vorbem. zu Art. 160-163 para. 20; KUKO OR-Pietruszak, Art. 160 para. 8; Bentele, s. 75; Erdem, Clause pénale, s. 115; Couchepin, Clause pénale, para. 673; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 24; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 217.

[81] Erdem, Clause pénale, s. 115; Couchepin, Clause pénale, para. 672; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 24. Bu konuda inşaat sözleşmelerine ilişkin bir inceleme için bkz. Ayan, İnşaat, s. 194.

[82] Bentele, s. 44; Erdem, Clause pénale, s. 115; Couchepin, Clause pénale, para. 672; Tunçomağ, s. 97; Arkan, s. 89; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 221; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 174. Ayrıca bkz. Yarg.

Örneğin eserin geç teslim edilmesi durumunda sözleşme cezası ödeneceği kararlaştırılmışsa, eseri ayıplı da olsa zamanında teslim etmiş olan yüklenici sözleşme cezası ödemekle yükümlü olmaz. Öğretide bazı yazarlar, bu konuda daha yumuşak bir tutum takınmakta; borcun gereği gibi ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmış olan sözleşme cezasının, borcun hiç ifa edilmediği durumda da muaccel olacağını savunmaktadır. Görüşün dayanak noktası, ifaya hiç kavuşamamış alacaklının, ifaya gereği gibi olmasa da kavuşmuş alacaklıya kıyasla daha az korunmasının mantıklı olmamasıdır[83]. Kanaatimizce bu görüşe itibar etmek mümkün değildir[84]. Zira böyle bir ceza koşulunun hükümlerini doğurması için kararlaştırılmış olan geciktirici koşul, yalnızca gereği gibi ifa etmeme durumunda gerçekleşmiş olur. Hiç ifa etmeme durumunda geciktirici koşul gerçekleşmemişken sözleşme cezasının muaccel olması düşünülemez. Burada evleviyet esasından hareketle bir kıyas yapılması, taraf iradelerine aykırı düşecektir.

Borçlunun ne zaman asıl borca aykırı davranmış sayılacağı, edimin ve taraflarca ceza koşulunu tetikleyeceği kararlaştırılan ihlâlin mahiyetine göre farklılık arz eder.

4. Bu tespitlerimizi örneklemek açısından, inşaat sözleşmelerinde yapı kullanım izni ile bağlantılı olarak kararlaştırılan ceza koşullarına göz atalım. İnşaat sözleşmelerinde kimi zaman yapı kullanma izninin yüklenici tarafından alınması öngörülmekte; belirlenen süre içinde izin alınamaması ihtimaline istinaden ceza koşulu kararlaştırılmaktadır. Belirlenen süre içinde yapı kullanma iznini almayan yüklenici, inşaatı tamamlamış olsa dahi yine de sözleşme cezası ödemekle yükümlü tutulur[85]. Öte yandan ceza koşulunun inşaatın belirlenen süre içerisinde teslimine ilişkin kararlaştırıldığı ihtimalde, inşaat süresinde tamamlanıp teslim edilmiş ancak

---

HGK, E. 1958/3 K. 1959/1 T. 7.1.1959 (Kazancı): *"Ceza şartı, hangi haller için kabul edilmiş ise, ancak o halin gerçekleşmesi takdirinde istenebilir. Ceza şartına esas olan halin tefsir yoliyle başka durumlara teşmili tarafların iradesine uygun düşmez. Zira taraflar akde aykırı hareketin hangi şekli için ceza kabul etmişlerse bunu akitte bildirmişlerdir, ve böylece bunun dışındaki akde aykırılıkları ceza şartı müeyyidesinin dışında bırakmışlardır. Cezai şarta ait hükümlerin tefsirinde evleviyet yolu ile kıyasa yer yoktur."* Aynı yönde bkz. Yarg. 15. HD, E. 1975/2837 K. 1975/3917 T. 1.10.1975 (Kazancı).

[83] Tunçomağ, s. 97-98.

[84] Aynı yönde bkz. Secrétan, s. 107; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 24; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 174.

[85] Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 275.

yapı kullanma izni alınmamışsa iş sahibinin sözleşme cezasını talep edebilmesi mümkün değildir[86].

Uygulamada karşılaşılabilecek bir diğer ihtimal, yapının tesliminin yapı kullanım izni alınması koşuluna bağlanması, ancak ceza koşulunun inşaatın belirlenen süre içerisinde teslimine ilişkin kararlaştırılması durumudur. Bu durumda yapı kullanım izni alınmış olmamasına rağmen inşaatı teslim alan iş sahibinin sözleşme cezasını talep edip edemeyeceği tartışmalıdır. *Kocaağa,* teslim gerçekleşmiş olsa dahi yapı kullanım izni alınan tarihe kadar sözleşme cezasının işleyeceğini belirtmektedir[87]. Buna karşılık *Ayan,* sözleşme cezasının muacceliyetini tetikleyecek olgunun gerçekleşmediğini; zira inşaatın belirlenen süre içerisinde teslim edildiğini belirtmektedir. İş sahibi yapı kullanma izni alınana kadar inşaatı teslim almaktan kaçınabilir; bu durumda sözleşme cezasını talep edebilir. Ancak inşaatı teslim aldığı takdirde sözleşme cezası talep edemez[88].

Anlaşılacağı üzere, bir eser sözleşmesi akdedilirken kendini ceza koşulu ile güvenceye almak isteyen iş sahibinin, sözleşme cezasını tetikleyecek olguyu inşaatın teslimi yerine yapı kullanma izninin alınmasına bağlaması daha uygun olur.

5. Sözleşme cezasının muaccel olması için borçlu temerrüdünün gerçekleşmiş olmasının aranıp aranmayacağı konusunda TBK'da ve mehaz İsvBK'nda açık bir hüküm bulunmamaktadır[89]. Kanundaki bu açık hüküm eksikliği, konunun tartışmalı hâle gelmesine sebep olmuştur. Bu konudaki tartışmanın, yalnızca borçluyu temerrüde düşürmek için ihtarın gerekli olduğu hâller bakımından önem taşıdığı hatırlatılmalıdır. Zira ihtara gerek olmaksızın borçlunun temerrüde düşeceği

[86] Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 275. Örneğin bkz. Yarg. 23. HD, E. 2012/4167 K. 2012/6964 T. 27.11.2012 (Kazancı): *"Dava, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca davacı arsa malikine isabet eden dairelerin sözleşmede belirlenen sürede teslim edilmemesi sebebiyle cezai şart alacağının tahsili istemine ilişkindir. Taraflar arasında düzenlenen 24.2.2005 tarihli arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin 7. maddesindeki, 6. maddede öngörülen inşaat ruhsatının alındığı tarihten itibaren 18 ay içinde inşaatın projelerine ve detaylarına uygun olarak bitirilmiş ve oturulmaya hazır olarak teslim edileceği hükmüne uygun olarak, bu süre içinde teslim edilmeme halinde 818 Sayılı Borçlar Kanun'unun 158/2. maddesi (6098 Sayılı Türk B.K.'nun 179/2. maddesi) uyarınca ifaya ekli cezai şart kararlaştırılmış ise de, taraflar arasındaki işin Haziran 2007 tarihinde fiilen teslim edildiği ve bağımsız bölümlerin kullanılmaya başlandığı konusunda çekişme bulunmadığından kararlaştırılan cezai şartın iskan alınmama durumuna da teşmil edilerek yüklenicinin iskan ruhsatı almadığından bahisle cezai şarta hükmedilmesi doğru olmamıştır."*

[87] Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 275-276.

[88] Ayan, İnşaat, s. 195 dn. 112.

[89] 1881 tarihli eİsvBK'na ilişkin 1871 tarihli birinci ve 1875 tarihli ikinci tasarıda, sözleşme cezasının ancak borçlunun temerrüde düşmesi durumunda muaccel olacağını öngören hükümler bulunmaktaydı. Fakat temerrüde ilişkin bu koşul, daha sonra tasarılardan çıkarılmış; nihayetinde kanunlaşmamıştır. Bu konuda bkz. Secrétan, s. 81.

hâllerden biri mevcutsa (özellikle asıl borcun ifasına ilişkin kesin veya belirli bir vade öngörülmüşse), borcunu zamanında ifa etmeyen borçlu TBK m. 117/II uyarınca kendiliğinden temerrüde düşer. Dolayısıyla borcun ihlal edildiği an ile borçlunun temerrüde düştüğü an örtüşür. Ancak böyle bir durum mevcut değilse (özellikle vade belirsizse veya hiç kararlaştırılmamışsa), borçlunun temerrüde düşmesi bakımından alacaklının ayrıca borcun ifası konusunda bir ihtarda bulunması gerekecektir. Buna bağlı olarak borcun ihlal edildiği an ile borçlunun temerrüde düştüğü an birbirinden ayrışacaktır. Bu gibi hâller bakımından sözleşme cezasının muacceliyeti için borçlu temerrüdünün aranıp aranmayacağının netleştirilmesi gerekmektedir[90].

İsviçre hukukunda hâkim olarak nitelendirilebilecek ve Türk hukukunda da bazı yazarlarca savunulan görüş, ceza koşulunun tetiklenmesi bakımından borçlunun temerrüde düşmesinin aranması gerektiği yönündedir[91]. Bu görüş uyarınca, alacaklının ihtarda bulunarak borçluyu temerrüde düşürmüş olması gerekli ve yeterlidir. Bunun ötesinde karşılıklı sözleşmeler bakımından ayrıca alacaklının borçluya borcun ifası için ek süre tanıması aranmamalıdır[92]. Buna karşılık katıldığımız görüş uyarınca, sözleşme cezasının muaccel olması bakımından borçlunun temerrüde düşmesine gerek yoktur[93]. Tarafların sözleşme cezasının muacceliyeti bakımından böyle bir ek koşul kararlaştırmaları pekâlâ mümkündür; ancak böyle bir anlaşma bulunmuyorsa borçlunun borcunu ihlal etmiş olması yeterli kabul edilmelidir. Zira sözleşme cezasının muacceliyeti bakımından böyle bir ek koşulun aranması için kanunda bu konuda açık bir düzenlemenin bulunması gerekmektedir. Nitekim böyle bir zorunluluğun kabul gördüğü Alman ve Fransız

---

[90] Erdem, Clause pénale, s. 122; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1018; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 214; Kabaklıoğlu Arslanyürek s. 62. *Kocaağa* ayrıca bu tartışmanın öneminin yalnızca seçimlik sözleşme cezası bakımından gündeme geldiğini belirtmektedir (Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 214-215). Bu görüşe katılmamaktayız.

[91] BSK OR I-Widmer/Constantini/Ehrat, Art. 160 para. 15; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 160 para. 23; Bentele, s. 81-82; Santoro, s. 11; Couchepin, Clause pénale, para. 676; Berki, s. 291; Kanık, s. 1074; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 349.

[92] Couchepin, Clause pénale, para. 677.

[93] ZK OR-Oser/Schönenberger, Vorbem. Zu 160-163 para. 20; BK OR-Becker, Art. 160 para. 19; Secrétan, s. 82; Erdem, Clause pénale, s. 123; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 27; Saymen/Elbir, s. 840; H. Nomer, para. 240.2; Bilge, Cezai Şart, s. 88-89; Feyzioğlu, Cilt-II, s. 399-400; Tunçomağ, s. 95; M. Helvacı, s. 90; Arkan, s. 89; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 215-216; Cansel/Özel, s. 729; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 185. Sözleşme cezasının muaccel olması için borçlunun temerrüde düşmesinin aranıp aranmayacağının bir yorum meselesi olduğu; bu konuda sözleşmenin bir boşluk barındırdığını gören hâkimin boşluğu tarafların farazi iradesine göre doldurması gerektiği yönünde bkz. Gauch, Contrat d'entreprise, para. 696 dn. 3. Belirsiz dahi olsa herhangi bir vade mevcutsa ayrıca temerrüdün aranmaması; fakat hiç vade kararlaştırılmamışsa, alacaklının borçluya ihtarda bulunmuş ve onu temerrüde düşürmüş olmasının gerekli olduğu yönünde bkz. Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 63.

hukuklarına bakıldığında, kanunda bu yönde açık bir düzenlemenin yer aldığı görülecektir[94]. AlmMK § 339, sözleşme cezasının muacceliyetini, borçlunun temerrüde düşmesine bağlamıştır. Keza FrMK m. 1231-5 f. 5, kesin ifa etmeme hâli *(inexécution définitive)* hariç olmak üzere, sözleşme cezasının talep edilebilmesi için borçlunun temerrüde düşürülmesini aramıştır[95]. Oysa İsviçre-Türk hukukunda ceza koşuluna ilişkin hükümlerde, böyle bir temerrüt zorunluluğundan bahsedilmemektedir[96]. Keza borçlu temerrüdüne ilişkin hükümler incelendiğinde de, sözleşme cezasının borçlu temerrüdünün bir sonucu olarak öngörülmediği anlaşılacaktır[97]. Kanunda böyle bir zorunluluk mevcut olmamasına rağmen sözleşme cezasının muacceliyeti bakımından borçlunun temerrüde düşmesinin aranması, özellikle borçluya ulaşılamayan durumlarda ceza koşulunun etkisini zayıflatacaktır[98].

Sözleşme cezasının muaccel olması için borçlu temerrüdünün bir koşul olarak aranması, asıl borcun konusunun olumsuz bir edim teşkil etmesi durumunda iyice isabetsiz hâle gelecektir. Nitekim olumlu edimler açısından borçlu temerrüdünü arayan yazarların önemli bir kısmı dahi, olumsuz edimlerde borçlunun borcunu ihlal etmesiyle birlikte sözleşme cezasının muaccel olacağını ayrıca temerrüde düşmesinin aranmayacağını savunmaktadır[99]. Zira olumsuz bir edimin borçlusu, borcunu ya ifa etmiş ya da ihlal etmiş olacaktır; ifada gecikme durumundan bahsedilemez.

6. Borçlunun taahhüt ettiği edime aykırı davranabilecek olması ihtimali, sözleşme cezasının muaccel olması bakımından yeterli değildir. Borçlu ihlal sayılacak davranışı gerçekleştirmediği müddetçe, sözleşme cezası muaccel olmaz.

Borçlunun olumlu mahiyetteki bir verme veya yapma ediminin ifası için gerekli hazırlık faaliyetlerine girişmemiş olması, borca aykırı davranacağı açıkça anlaşılsa dahi alacaklıya sözleşme cezasını talep hakkı vermez[100]. Alacaklının borcun gerçekten ihlal edilmesini beklemesi gerekmektedir. Bu itibarla öncelenmiş sözleşme ihlalinin, sözleşme cezasını kendiliğinden muaccel kılmayacağı ifade edilmelidir. Ancak alacaklının öncelenmiş sözleşme ihlaline dayanarak sözleşmeden döndüğü

[94] Erdem, Clause pénale, s. 123; Bilge, Cezai Şart, s. 88; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 216.
[95] Fransız borçlar hukuku reformu öncesinde benzer bir düzenleme m. 1230'da mevcuttu.
[96] Erdem, Clause pénale, s. 123; Bilge, Cezai Şart, s. 89.
[97] Erdem, Clause pénale, s. 123; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 186.
[98] BK OR-Becker, Art. 160 para. 19; Tunçomağ, s. 95; Arkan, s. 89.
[99] BSK OR I-Widmer/Constantini/Ehrat, Art. 160 para. 15; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 160 para. 23; Bentele, s. 80 dn. 396; Santoro, s. 11; Couchepin, Clause pénale, para. 678.
[100] Tunçomağ, s. 98; Arkan, s. 90; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 226; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 53; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 175.

durumda[101], hiç ifa etmeme hâline ilişkin kararlaştırılmış ceza koşulundan istifade etmesinin önünde asıl borcun ihlali anlamında bir engel kalmamış olur[102]. Sözleşme cezası, (dönme durumunda dahi talep edilebileceğinin kararlaştırılmış olması kaydıyla) alacaklı tarafından talep edilebilir. Zira dönmenin sözleşmeyi ortadan kaldırıcı *ex tunc* etkisi, böyle bir anlaşma mevcut olmadığı takdirde ferîlik ilkesi uyarınca sözleşme cezasını da sona erdirecektir[103].

Aynı durum, olumsuz mahiyetteki yapmama edimleri bakımından da geçerlidir. Borçlunun yapmayacağını taahhüt ettiği davranışı gerçekleştirmeye yönelik hazırlık faaliyetlerinde bulunuyor olması, sözleşme cezasını muaccel kılmaz. Bunun için söz konusu davranışın gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir[104]. Buna karşılık kanuna karşı hile yapmak suretiyle yapmama borcuna konu davranışın gerçekleşmesini sağlayan borçlu, borcu ihlal etmiş sayılır ve sözleşme cezası muaccel olur. Örneğin alacaklı ile rekabet etmeme borcu üstlenmiş kişi, eşi adına yeni bir ticari işletme işletmeye başlayıp bu ticari işletme üzerinden alacaklı ile rekabet ederse borç ihlal edilmiş olacaktır[105].

7. Özellikle yapmama borçları açısından önem taşıyan bir diğer sorun, borçlunun yasaklanan davranışı gerçekleştirdiği her durum için ayrı ayrı sözleşme cezası ifa etmekle yükümlü olup olmadığıdır. Bu konuda ceza koşulunun yorumlanması ve tarafların iradesine göre karar verilmesi gerekmektedir[106]. Asıl borcun mahiyeti ve sözleşme cezasının meblağı bu yorumda yol gösterici olacaktır. Örneğin kat maliklerinin belirli bir saatten sonra gürültü yapmama taahhütlerini her ihlal edişlerinde yeniden sözleşme cezası ödemeleri gerektiği, asıl borcun mahiyetinden anlaşılmaktadır. Keza sözleşme cezasının meblağının düşük tutulmuş

[101] Kanun koyucu öncelenmiş sözleşme ihlaline ilişkin özel bir durumu, TBK m. 473'te düzenlemiştir. Buna göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir. Bunun gibi özel bir hükümle düzenlenmiş olmayan diğer öncelenmiş sözleşme ihlali durumlarında alacaklının sözleşmeden dönme hakkının varlığı ve koşulları tartışmalı bir konudur. Bu konuda bkz. Pelin Çavdar, Karşılıklı Borç Yükleyen Sözleşmelerde İfa Güçsüzlüğü ve Hukuki Sonuçları (TBK md.98), İstanbul 2021, s. 20-21. Sözleşme cezasına ilişkin yapmış olduğumuz tespit, hem TBK m. 473 uyarınca hem de öncelenmiş sözleşme ihlaline ilişkin tartışmalar ışığında sözleşmeden dönme hakkı tanınan alacaklılar bakımından geçerlidir.

[102] Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 53.

[103] Bu konuda bkz. s. 341-342.

[104] BK OR-Becker, Art. 160 para. 22; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 160 para. 23; Erdem, Clause pénale, s. 119; Couchepin, Clause pénale, para. 679; Bilge, Cezai Şart, s. 90; Tunçomağ, s. 99; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 227-228; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 175.

[105] Couchepin, Clause pénale, para. 680.

[106] BK OR-Becker, Art. 160 para. 41; Bentele, s. 91; Cotti, para. 645; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 56.

olması da her ihlal için ayrı bir sözleşme cezası borcunun muaccel olacağına işaret edebilecektir. Diğer tüm yorum elemanları dikkate alınmasına rağmen bir sonuca varmak mümkün olmazsa, borçlu lehine yorum ilkesine başvurulmalı ve borçlunun birden fazla kez borcu ihlal etmiş olsa dahi sözleşme cezasını tek bir defa ifa etmekle yükümlü olacağı kabul edilmelidir[107].

8. Birden fazla borçlu tarafından taahhüt edilmiş olan asıl borcun bu borçlulardan biri tarafından ihlal edildiği durumda sözleşme cezasının akıbeti, borçlular arasındaki ilişki dikkate alınmak suretiyle ayrıca değerlendirilmelidir.

(a) *Asıl borç bakımından kısmi borçluluk mevcutsa:* Birden fazla borçlunun mevcut olduğu ancak her bir borçlunun borcun sadece bir kısmından ötürü alacaklıya karşı sorumlu olduğu durumda kısmi borçluluk söz konusu olur. Birden fazla borçlu tarafından kısmi borçluluk esasına göre taahhüt edilmiş olan asıl borcun ihlal edilmesi, borcu ihlal etmiş olan borçlu hangisi ise yalnızca onun açısından sözleşme cezası sorumluluğu doğurur. Borcun kendisine düşen kısmını ifa etmiş olan kısmi borçlular bakımından herhangi bir sözleşme cezası sorumluluğu doğmaz[108].

(b) *Asıl borç bakımından müteselsil borçluluk mevcutsa:* Birden fazla borçlunun mevcut olduğu ve her bir borçlunun alacaklıya karşı borcun tamamından ötürü sorumlu olduğu durumda müteselsil borçluluk söz konusu olur. Birden fazla borçlu tarafından müteselsilen taahhüt edilmiş olan asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemiş olması, bu borcun ihlali durumunda ifa edileceği kararlaştırılan sözleşme cezasını muaccel hâle getirecektir[109].

Çoğu zaman asıl borcu müteselsilen taahhüt etmiş olan borçlular, sözleşme cezasını da müteselsilen taahhüt etmiş olacaklardır. Nitekim uygulamada ceza koşulu genellikle, asıl borcu doğuran hukuki işlem ile aynı metinde yer alır. Böyle bir durumda borçluların asıl borca ilişkin müteselsil taahhüdünün, aksi sözleşmeden veya durumdan anlaşılmadıkça sözleşme cezasını da kapsadığının kabulü uygun olur.

[107] Bentele, s. 91-92; Cotti, para. 645; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 56.
[108] Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 226; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 176.
[109] Erdem, Clause pénale, s. 118; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 227; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 177.

Bu ihtimal bağlamında alacaklı, asıl borcun hangi borçlu tarafından ihlal edildiğinin önemi olmaksızın, sözleşme cezasının tamamını dilediği borçludan talep edebilir[110].

Diğer yandan asıl borçtan ötürü müteselsilen sorumlu olan borçluların biri veya birkaçı alacaklı ile ceza koşulu anlaşması yaparken, diğerlerinin bundan kaçınmış olması da mümkündür. Bu durumda asıl borcun herhangi bir borçlu tarafından ihlal edilmiş olması, yalnızca sözleşme cezası taahhüdünde bulunmuş olan borçlular bakımından sözleşme cezası sorumluluğu doğuracaktır[111]. Ceza koşulu anlaşmasına taraf olmamış diğer borçlular açısından sözleşme cezası sorumluluğu gündeme gelmez; onlar borca aykırılıktan ötürü genel sözleşmesel sorumluluk rejimine tâbi olacaklardır.

Birden fazla borçlunun bölünmez mahiyetteki bir edimi borçlanmış oldukları durumda, borçlular müteselsilen sorumlu olmayı taahhüt etmiş olmasalar dahi, müteselsil borçluluğa benzer bir durum ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar, bu durum bakımından da geçerlidir[112].

9. Borcun ihlal edildiğini ispat yükünün hangi tarafça taşınacağı, edimin ve ihlalin mahiyetine göre değişecektir. Şöyle ki, sözleşme cezasının ifasını talep eden alacaklı, bu talebini borçlunun borca aykırı davrandığı iddiasına dayandırmaktadır. Borçlu bu iddiaya karşı çıktığı ve gerçekte borcunu ifa ettiğini ileri sürdüğü takdirde, alacaklının iddiasını ispat etmesi beklenir. Zira ispat yükü konusundaki genel kuralı düzenleyen TMK m. 6 uyarınca *"Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür."*

---

[110] Tunçomağ, s. 99; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 227. *Erdem,* bu konuya ilişkin olarak, olumlu ve olumsuz edimler arasında bir ayrım yapmaktadır. Yapmama borcunun müteselsil borçlulardan herhangi biri tarafından ihlal edilmiş olması alacaklıya, sözleşme cezasının ifasını dilediği borçludan talep etme imkânı tanır. Oysa bir verme veya yapma borcu bakımından durum farklıdır. Alacaklı yalnızca asıl borcun ifasını talep ettiği müteselsil borçluyu sözleşme cezasından ötürü sorumlu tutabilecek; buna karşılık asıl borcun ifası konusunda talep yöneltmediği müteselsil borçlular sözleşme cezasından sorumlu olmayacaktır. Yazara göre bu durum, TBK m. 165'te öngörülen ve borçlulardan birinin kendi davranışıyla diğer borçluların durumunu ağırlaştıramayacağına ilişkin ilkenin sonucudur (Erdem, Clause pénale, s. 117-118). Bu görüş, sözleşme cezasının muacceliyeti bakımından borçlu temerrüdünün varlığı aranacak olursa haklı görülebilir. Zira borçlu temerrüdünün sonuçları, yalnızca alacaklının ihtarı ile temerrüde düşürülmüş olan müteselsil borçluyu bağlar. Ancak kanaatimizce sözleşme cezasının muacceliyeti için borçlunun temerrüde düşmesi aranmamalıdır; asıl borcun ihlal edilmiş olması yeterlidir. Asıl borcun muaccel olmuş olmasına rağmen müteselsil borçlulardan herhangi biri tarafından ifa edilmemiş olması, borcun tüm müteselsil borçlular tarafından ihlal edildiği anlamına gelir.

[111] Erdem, Clause pénale, s. 118; Tunçomağ, s. 99; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 227; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 177.

[112] Erdem, Clause pénale, s. 118; Tunçomağ, s. 99; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 227; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 176.

İspat hukukundaki genel ilkeler uyarınca, olumlu bir olgunun varlığı, bu olgudan kendisine bir hak çıkaran tarafça ispat edilmelidir. Nitekim örneğin alacaklı, bir yapmama borcunun ihlal edildiğini ve borçlu tarafından yasaklanmış davranışın gerçekleştirildiğini iddia ediyorsa bu iddiayı ispat yükü kendisine aittir. Keza, bir verme veya yapma borcunun ifa edildiğini; fakat ifanın gereği gibi olmadığını iddia eden alacaklı da kötü ifayı ispat yükünü taşıyacaktır. Buna karşılık, ispat hukukundaki genel kural uyarınca alacaklıdan olumsuz bir olguyu ispat etmesi beklenemez. Dolayısıyla alacaklı bir verme veya yapma borcunun hiç ifa edilmediğini iddia etmiş ise, burada ispat yükü gerçekte borcu ifa ettiğini ileri süren borçluya ait olacaktır[113].

İspat yüküne ilişkin olarak yukarıda varmış olduğumuz sonuçlar, ispat hukukunun bir gereğidir. Alman Medeni Kanununda ise konuyu özel bir hüküm olarak AlmMK §345 düzenlemektedir. Buna göre sözleşme cezasının muaccel olduğu iddiasına borcunu ifa ettiği gerekçesiyle karşı çıkan borçlu, ifayı ispat etme yükü altındadır; meğer ki borcun konusunu bir yapmama edimi teşkil etsin.

10. Taraflar, ceza koşulunun hükümlerini doğurmasını tetikleyecek olguyu diledikleri gibi belirlemekte serbesttirler[114]. Örneğin taraflar sözleşme cezasının muaccel olması için öncelikle alacaklının borçluya ihlalin giderilmesi maksadıyla bir ihtar göndermesini ve sözleşme cezasının ancak bu süre içerisinde ihlal giderilmediği takdirde muaccel olacağını kararlaştırmış olabilirler. Nitekim TEİAŞ'ın bir dönem kullanmış olduğu sözleşmelerde böyle bir düzenleme yer almaktaydı. TEİAŞ'ın bu düzenlemeye rağmen, ihtarda bulunup süre vermeksizin sözleşme cezası talep ettiği somut olaylarda Yargıtay, sözleşme cezasının muaccel olmadığına hükmetmekteydi[115].

---

[113] Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 230-231. Çoğu yazar, ispat yükü konusundaki ayrımı, asıl borcun konusunun olumlu edim mi olumsuz edim mi teşkil ettiğine göre yapmaktadır. Konusunu olumlu edimin oluşturduğu borcun ihlal edildiğini ispat yükünü borçlunun; konusu olumsuz edimin oluşturduğu borcun ihlal edildiğini ispat yükünü ise alacaklının taşıyacağı belirtilmektedir (CR CO I-Mooser, Art. 163 para. 14; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 163 para. 27-28; Bentele, s. 77-78; Couchepin, Clause pénale, para. 682-683; Bilge, Cezai Şart, s. 94). Kanaatimizce olumlu edim ile olumsuz edim arasında böyle genel bir ayrım yapmak doğru değildir; mühim olan ispatı gereken olgunun olumlu veya olumsuz mahiyetidir. Örneğin bir verme borcunun kötü ifa edildiği iddiası, olumlu bir olgu içermektedir ve bu olgunun ispatı alacaklıdan beklenecektir.

[114] Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 184.

[115] Yarg. 23. HD, E. 2014/3920 K. 2015/1151 T. 24.2.2015 (Kazancı): *"Taraflar arasındaki Sistem Kullanım Anlaşması'nın 10. maddesine göre ihlâlin gerçekleşmesinin ardından davalı şirketin ceza faturasını düzenleyebilmesi için öncelikle ihlâlin sona erdirilmesi amacıyla davacı şirketi uyarması ve ihlâlin yine de devam etmesi halinde maddede düzenlenen cezai işlemin uygulanması gerektiği,*

B. Borçlunun İhlalden Ötürü Sorumlu Tutulabiliyor Olması

1. Asıl borcun ihlal edilmiş olmasının, borçlunun bu ihlalden ötürü kusurlu olmadığı ve başkaca bir sebeple de sorumlu tutulamadığı ihtimalde dahi ceza koşulunu tetikleyip tetiklemeyeceği, çeşitli tartışmalara yol açmış bir meseledir[116].

Bu konudaki tartışma, İsviçre hukukunda çözüme ulaştırılmış gibi görünmektedir. Borçlunun asıl borcu ihlalde kusurlu olması, sözleşme cezasının muaccel olmasının koşullarından biri olarak öğretide ve yargı uygulamasında neredeyse oybirliğiyle kabul görmektedir[117]. Ancak Türk hukuk öğretisine bakıldığında bu konuda ileri sürülen görüşlerin, kimi detayları ve gerekçeleri kendi içlerinde de farklılaşmakla birlikte, iki kutup etrafında ayrıştığı görülecektir. Hâkim görüş, sözleşme cezasının muacceliyeti bakımından, borçlunun asıl borcu kusurlu olarak ihlal etmiş olmasını aramaktadır[118]. Yargıtay kararlarına bakıldığında da, aksi yönde bazı istisnai kararlar bulunmasına rağmen, sözleşme cezasının muaccel olması için genel olarak borcun kusurlu olarak ihlal edilmiş olmasının arandığı

---

somut olayda davalı şirket tarafından davacı şirkete bu konuda bir uyarı gönderilmemiş olması sebebiyle davaya konu faturayı düzenleme hakkı bulunmadığı (...)" Aynı yönde bkz. Yarg. 23. HD, E. 2014/2445 K. 2014/7578 T. 26.11.2014 (Kazancı); Yarg. 23. HD, E. 2014/8313 K. 2015/4439 T. 10.6.2015 (Kazancı).

[116] Bu konu, Roma hukuku döneminde dahi tartışmalıydı. *Proculianus* okulu sözleşme cezasının muaccel olması bakımından borçlunun kusurlu olmasına gerek görmemekteydi; buna karşılık *Sabinianus* okulu aksi görüşü savunmaktaydı. Bkz. Honsell, s. 93. Roma hukukunda borcun ifa edilmemesinden sorumlu olmayan borçlunun sözleşme cezası ödemekle yükümlü tutulup tutulmadığına dair net bir kural bulunduğunu söyleyebilmek mümkün değildir. Meseleyi inceleyen modern hukukçular Roma hukukunun bu konudaki yaklaşımına dair farklı teoriler geliştirmişlerdir. Bu konuda bkz. Knütel, s. 195 vd.; Zimmermann, Roman Foundations, s. 105; Dinçer Araz, s. 155. Nitekim Zimmermann, bu konuda genel bir kural tespit etmenin Roma hukukunun kazuistik yapısı sebebiyle mümkün olmadığını belirtmektedir. Ancak genel hatlarıyla ele alındığı takdirde, zaman içerisinde alacaklı lehine sıkı ve objektif bir sorumluluktan borçlu lehine hakkaniyete dayalı ve subjektif bir sorumluluğa doğru bir gelişimin söz konusu olduğu görüşündedir. Buna göre nihayetinde varılan noktada borçlu, ancak borcun ifa edilmemesinden sorumlu olduğu takdirde sözleşme cezası ödemekle yükümlü tutulur. Burada bahsedilen "borcun ifa edilmemesinden sorumluluk", somut olayda uygulanacak sorumluluk ölçütü bakımından değişkenlik gösteren esnek bir kavramdır; modern hukuktaki kusur kavramıyla örtüşmez. Bu konuda bkz. Zimmermann, Roman Foundations, s. 105-106.

[117] BK OR-Becker, Art. 160 para. 24; BSK OR I-Widmer/Constantini/Ehrat, Art. 160 para. 14; CR CO I-Mooser, Art. 163 para. 13; OFK OR-Wuffli, Art. 160 para. 2; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 160 para. 24; KUKO OR-Pietruszak, Art. 160 para. 8; Schoch, s. 39; Bentele, s. 79; Koller, Konventionalstrafe, para. 74; Erdem, Clause pénale, s. 124. Bu yönde İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. ATF 4A.174/2011 (17.10.2011), c. 4.1. Aksi görüş için bkz. Foëx, s. 423.

[118] Erdem, Clause pénale, s. 124; İ. Helvacı, s. 264; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 28; Saymen/Elbir, s. 840; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 360; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1616; Kılıçoğlu, s. 995; H. Nomer, para. 237.1; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, para. 1487; Furrer/Müller-Chen/Çetiner, para. 1623; Arsebük, s. 991; Bilge, Cezai Şart, s. 108; Tunçomağ, s. 101-102; Arkan, s. 90; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 233; Öktem Çevik, Ceza Koşulu, s. 106; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 59; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 177; Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt: 2, İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri - Vekâletsiz İş Görme – Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, Ankara 1987, s. 135; Ozanoğlu, s. 45; Avcı, s. 12; Esin, Cezai Şart, s. 915-916.

görülmektedir[119]. Buna karşılık bazı yazarlar, asıl borcun ihlal edilmiş olmasını sözleşme cezasının muacceliyeti bakımından yeterli görmekte; ceza koşulunu borçlunun kusurundan bağımsızlaştırmaktadır[120].

Görüldüğü üzere çoğu yazar bu konuyu, "borçlunun asıl borcu ihlal etmekte kusurlu olup olmaması" ekseninde ele almaktadır[121]. Ancak kanaatimizce konunun kusur kavramına indirgenmesi yerine daha geniş bir perspektifte değerlendirilmesi daha uygun olur. Nitekim çalışmamızda "borçlunun borcu ihlalden ötürü sorumlu tutulup tutulamayacağı" kriteri esas alınacak ve buna göre bir değerlendirme yapılacaktır[122]. Zira borca aykırı davranıştan sorumluluk kural olarak borçlunun kusuruna dayansa dahi, borçlunun borcu ihlal etmekte kusurlu olmamasına rağmen ihlalden ötürü sorumlu tutulduğu hâller de istisnaen mevcuttur. Örneğin temerrüde düşen borçlu, beklenmedik hâl sebebiyle doğacak zarardan kusuru bulunmamasına rağmen TBK m. 119 uyarınca sorumludur.

Kanaatimizce sözleşme cezasının muaccel olması için, borçlunun asıl borcu ihlalden ötürü tutulabiliyor olması gerekmektedir. Asıl borcu ihlalden ötürü sorumluluğun ne zaman söz konusu olacağı hususunda, genel borca aykırılıktan sorumluluk rejimi esas alınmalıdır. Bilindiği üzere borca aykırılıktan sorumluluk rejiminde ana kural, borçlunun sorumluluğunun kusuruna bağlanmasıdır. Buna göre

---

[119] Yarg. 11. HD, E. 2015/13233 K. 2017/1322 T. 7.3.2017 (Kazancı): *"Davalı her ne kadar bipolar bozukluk isimli psikiyatrik rahatsızlığı taşımakta ise de, bu rahatsızlığın doğrudan tiyatro oyununu sahnelemesine engel olmadığı, kaldı ki davalının değişik zamanlarda birçok tiyatro oyununda sahne aldığı gibi, kamu oyunca bilinen birçok televizyon dizisinde oyunculuk yaptığı, davacı ile yaptığı sözleşme doğrultusunda düzenlenen turnelerden doğu ve güney doğu turnesi olarak adlandırılacak bazı illerdeki sahnelenecek adlı sözleşme kapsamında üstlendiği oyunu icra etmek üzere gitmesi gerekmesine rağmen, kendi kusuru ile ve alkol alması neticesi mevcut rahatsızlığı gündeme gelerek sözleşmedeki taahhüdünü yerine getirmediği ve dolayısıyla diğer oyuncular ile tiyatro ekibi turne mahalline gittiği halde sırf davalının katılmaması sebebiyle turnenin iptal edildiği ve oyunun gösteriminin gerçekleşmediği, dolayısıyla davacı şirketin oyunun gerçekleşmemesi sebebiyle sırf bir turne için dahi zararının oluştuğu, bu miktarın davada talep edilen maddi tazminat miktarından oldukça yüksek olduğu, ayrıca turnelerin iptal edilmesi sebebiyle davacı şirketin kamu oyunda itibarının da zarar gördüğü, sözleşmede belirtildiği halde davalının taahhüdünü kusurlu olarak yerine getirmemesi sebebiyle belirtilen cezai şarttan talep edilen bedelin de yerinde olduğu (...)"* Sözleşme cezası talebinin kabulü bakımından borçlunun kusurlu olmasının dikkate alındığı başka kararlar için bkz. Yarg. 15. HD, E. 2015/1444 K. 2015/4317 T. 10.9.2015 (Kazancı); Yarg. 15. HD, E. 2003/2502 K. 2003/5494 T. 17.11.2003 (Kazancı). Borçlunun kusurlu olmamasına rağmen sözleşme cezasından sorumlu olacağı yönündeki aksi bir karar için bkz. Yarg. 14. HD, E. 1999/2536 K. 1999/3371 T. 5.5.1999 (Kazancı).

[120] Eren, Borçlar Genel, para. 3700; Berki, s. 291; Cansel/Özel, s. 726; Tekelioğlu, s. 180 (Fakat yazar s. 173'te bu görüşünün aksini ifade etmektedir); Birinci Uzun, s. 150; Aksoy. Konuyu ekonomik etkinlik yönünden ele alan ve ceza koşulunun muacceliyetinin kusura bağlanmamasının daha yerinde olacağını ifade eden görüş için bkz. Sanlı, s. 353.

[121] Örneğin bkz. Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 231; Öktem Çevik, Ceza Koşulu, s. 106; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 57; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 177; Aksoy.

[122] Aynı yönde bkz. Bentele, s. 78; Taşkın, s. 1328.

sözleşme cezasının muacceliyeti için kural olarak borçlunun asıl borcu kusuruyla ihlal etmiş olması aranmalıdır. Ancak borca aykırılıktan sorumluluk rejimi çerçevesinde istisnaen de olsa borçlunun kusuru bulunmamasına rağmen sorumlu tutulması gündeme gelebilir. *Borçlu böyle bir kusursuz sorumluluk sebebine dayalı olarak asıl borcu ihlalden ötürü sorumlu tutulabilmekte ise sözleşme cezasının yine muaccel olacağı kabul edilmelidir.* Örneğin borçlu, ifa yardımcısının vermiş olduğu zarardan ötürü kusuru bulunmamasına rağmen sorumludur (TBK m. 116). Buna bağlı olarak borçlu, ifa yardımcısının borca aykırı davranışı ile tetiklenen sözleşme cezasından ötürü de bizzat kendisinin kusuru bulunmasa dahi sorumlu olacaktır. Bunun gibi borca aykırılıktan sorumluluk rejimi çerçevesinde öngörülen diğer kusursuz sorumluluk hâllerinin de yine sözleşme cezasını muaccel hâle getirebileceği söylenebilir.

Burada genel hatlarıyla özetlenmiş olan görüşümüz, aşağıda gerekçelere dayanmak suretiyle temellendirilecektir.

2. Kanunda, borçlunun asıl borca aykırılıktan sorumluluğu ile sözleşme cezasının muacceliyeti arasındaki ilişkiyi düzenleyen açık bir hüküm bulunmamaktadır[123]. Dolaylı olarak yol gösterdiği iddia edilebilecek olan TBK m. 180/II ve 182/II'nin ise gerçekte bu konuda bir çözüm sunup sunmadığı ve eğer sunuyorsa bu çözümün ne yönde olduğu tartışmalıdır.

(a) Öncelikle sözleşme cezasını aşan zararın tazminini konu alan TBK m. 180/II'yi (İsvBK m. 161/II) ele alalım. İlgili hüküm uyarınca alacaklı, borçlunun

[123] Kanunlaşma sürecinde başarısızlığa uğramış olan İsviçre Borçlar Kanunu 2020 tasarısı m. 220/III, bu konuda özel bir düzenleme içermekteydi. İlgili hüküm uyarınca, borcun borçlunun sorumlu olmadığı bir engel yüzünden ifa edilememesi durumunda sözleşme cezası muaccel olmayacaktı: *"Elle n'est pas due lorsque le débiteur prouve que l'inexécution résulte d'un empêchement qui ne lui est pas imputable." / "Sie ist nicht geschuldet, wenn der Schuldner beweist, dass die Nichterfüllung auf einen Hinde rungsgrund zurückgeht, den er nicht zu vertreten hat."* Düzenlemeye ilişkin açıklamalar için bkz. Pascal Pichonnaz, Art. 216-220, Claire Huguenin / Reto M. Hilty (ed.), Schweizer Obligationenrecht 2020 – Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil / Code des obligations suisse 2020 – Projet relatif à une nouvelle partie générale, 2013, Art. 220, para. 12-13; Taşkın, s. 1318 vd. Bu düzenleme, ister istemez, borçlunun hangi koşullarda ihlalden ötürü sorumlu tutulacağı sorusunu gündeme getirmektedir. Tasarı, borcunu ihlâl eden borçlunun kusurunun bulunmadığını ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulmasına izin vermemiş; bu itibarla mevcut İsviçre-Türk hukukundan ayrılmıştı. Borcunu ihlâl eden borçlu, tasarının 121. maddesi gereğince, ihlalin kendi riziko alanında bulunmayan ve öngörülebilir/önlenebilir nitelik taşımayan bir engelden kaynaklandığını ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulabilmekteydi. Bu konuda bkz. Markus Müller-Chen, Art. 121, Claire Huguenin / Reto M. Hilty (ed.), Schweizer Obligationenrecht 2020 – Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil / Code des obligations suisse 2020 – Projet relatif à une nouvelle partie générale, 2013, Art. 121 para. 2 ve 6 vd.; Taşkın, s. 1319.

kusuru bulunduğunu ispat etmedikçe sözleşme cezasını aşan zararının tazminini talep edemez.

Öğretideki hâkim görüş uyarınca söz konusu hükmün işlevi, kusura ilişkin ispat yükü kuralını, sözleşme cezasını aşan zarar bakımından tersine çevirmekten ibarettir[124]. Bilindiği üzere borçlunun borca aykırılıktan sorumluluğu, kusurlu olmasına bağlanmıştır. Ancak ispat yüküne ilişkin genel kural uyarınca, borçlunun aksini ispat edemediği müddetçe kusurlu olduğu kabul edilir. Yani kusur konusundaki ispat yükü borçluya yüklenmiş durumdadır. TBK m. 180/II, sözleşme cezasını aşan zarar bakımından bu ispat yükü kuralını tersine çevirmektedir. Sözleşme cezasını aşan zarar bakımından borçlunun kusurlu olduğunu ispat yükü, alacaklının üzerindedir. Hâkim görüş uyarınca, TBK m. 180/II'nin bunun ötesinde bir işlevi bulunmamaktadır. Başka bir deyişle bu hükümden hareketle, sözleşme cezasının muacceliyeti ile kusur arasındaki ilişki konusunda herhangi bir kural çıkarılamaz.

Buna karşılık öğretide *Aksoy*, TBK m. 180/II'yi zıt anlamından hareket etmek suretiyle yorumlamakta ve sözleşme cezasını aşmayan bir tutarın borçludan talep edilebilmesi için borçlunun kusuruna ihtiyaç olmadığı sonucuna varmaktadır. Yazarın yorumuna göre, madem ki sözleşme cezası miktarını aşan zararın tazmini için borçlunun kusurlu olması gerekmektedir; sözleşme cezası miktarını aşmayan tutarın talebi bakımından borçlunun kusurlu olmasına gerek yoktur[125]. Bu bakış açısına katılamıyoruz. Bir hukuk kuralının zıt anlamından yola çıkarak yorum yapılması, hatalı sonuçlar verebilecek ve dolayısıyla titizlikle başvurulması gereken bir yorum yöntemidir. Bu yönteme başvurulabilmesi için zıt anlam, mantıksal gereklere aykırı düşmemeli ve başka bir kanun hükmüyle çelişmemelidir. Oysa burada yoruma esas alınan zıt anlam, sorumluluk için kusurun varlığını arayan borca aykırılık rejiminin genel ilkeleri ile çelişki içerisindedir. Sözleşme cezası, hukuken "tazminat" olarak nitelendirilemese dahi, karakteristik işlevlerinden biri olası bir ihlal durumunda alacaklının uğrayacağı zararı telafi etmektir. Nitekim bu sebeple sözleşme cezası ile borca aykırılıktan kaynaklanan tazminat arasında belirli bir etkileşim mevcuttur. Örneğin alacaklının, asıl borç ve ifaya eklenen sözleşme cezasının yanında ayrıca TBK m. 112 uyarınca gecikme tazminatı talep edebilmesi,

[124] BSK OR I-Widmer/Constantini/Ehrat, Art. 161 para. 5; Erdem, Clause pénale, s. 125; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 59; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 179; Taşkın, s. 1327.
[125] Aksoy, s. 1003.

aksi kararlaştırılmadıkça mümkün değildir[126]. TBK m. 180/II'nin zıt anlamından hareket etmek suretiyle borca aykırılık rejiminin genel ilkelerine aykırı olarak yorumlanması ve sözleşme cezasının muacceliyetinin kusurdan bağımsız olduğu sonucuna varılması mümkün değildir.

Ayrıca *Aksoy*, TBK m. 180/II'nin *ratio legis*'inin açıklanabilmesinin de ancak kendi benimsediği yorum kabul edildiği takdirde mümkün olacağını savunmaktadır. Yazara göre alacaklının sözleşme cezasını zarar ve kusurdan bağımsız olarak talep edebilmesi ile kazandığı avantaj, sözleşme cezasını aşan zararın tazminini zararın ve kusurun varlığını ispat etmek suretiyle talep edebilmesinin yarattığı dezavantaj ile dengelenmektedir[127]. Öncelikle yazarın bu gerekçesinin kusur konusundaki görüşünü destekleyebilmesi için, alacaklı ile borçlunun menfaatlerinin dengelenebilmesi bakımından niçin hem kusurun varlığına hem de kusuru ispat yüküne ilişkin kuralların tersine çevrilmesinin zorunlu olduğunu açıklaması gerektiğini düşünmekteyiz. Zira teraziyi dengelemek için salt kusura ilişkin ispat yükünün tersine çevrilmesi de pekâlâ yeterli olabilir. Daha da önemlisi, kanundaki tüm hükümlerin belirli bir *ratio legis*'e dayanmak suretiyle *de lege ferenda* olumlanabilmesi imkânı ne yazık ki bulunmamaktadır. 100 yılı aşkın bir süre önce hazırlanmış olan İsvBK'ndaki ve her ne kadar yakın tarihli olsa dahi büyük ölçüde mehaz kanunu kopyalamış olan TBK'daki hükümler, mükemmellikten hayli uzaktır; çeşitli sebeplerden ötürü yer yer tutarsızlıklar ve isabetsizlikler içerebilmektedir. Durum böyleyken, tutarsız ve isabetsiz bir hükme anlam kazandırmaya çalışmak yerine, onu törpüleyici çözümler sunmak çok daha mantıklı olacaktır. Nitekim *Aksoy*'un kendisi de örneğin TBK m. 179/I'in ayıplı ifaya ilişkin ceza koşulunu da kapsayacak kadar geniş olan lafzının redaksiyonel bir hatadan kaynaklandığını kabul etmiş ve bu tür ceza koşullarının TBK m. 179/II bağlamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir[128]. Kanaatimizce TBK m. 180/II'de ispat yükü kuralının tersine çevrilmiş olması da isabetsiz bir düzenlemedir ve belirli bir *ratio legis*'e dayanmak suretiyle olumlanamaz.

(b) İkinci olarak sözleşme cezasını aşan zararın tazminini konu alan TBK m. 182/II'yi (İsvBK m. 163/II) ele alalım. İlgili hüküm uyarınca, *"Asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu*

[126] Bu konuda bkz s. 350-351.
[127] Aksoy, s. 1006.
[128] Aksoy, s. 1004 dn. 31.

tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse, cezanın ifası istenemez. Ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hâle gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez."

Kusuru sözleşme cezasının muacceliyeti bakımından bir zorunluluk olarak gören yazarların bir kısmı, kanuni dayanak olarak TBK m. 182/II'yi esas almaktadır. Bu değerlendirme çerçevesinde, kanun koyucunun TBK m. 182/II'de özel bir kural öngörmediği; sözleşmesel sorumluluğa ilişkin genel ilkelerden olan TBK m. 136'yı tekrarladığı belirtilmektedir[129]. Hükümde bahsi geçen borçlunun sorumlu olmadığı ifa imkânsızlığı hâlinin bir örnek niteliği taşıdığı kabul edilmekte; hükmün kapsamı borçlunun sorumlu olmadığı her tür ifa engelini kapsayacak şekilde genişletilmektedir[130]. Buradan hareketle de asıl borcun borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple ihlâl edilmiş olması durumunda, sözleşme cezasının muaccel olmayacağı sonucuna varılmaktadır.

Ancak öğretide, TBK m. 182/II'nin kapsamının imkânsızlık dışındaki ifa engellerini de kapsayacak şekilde genişletilmesine karşı çıkanlar da mevcuttur. Örneğin bu bağlamda *Aksoy,* hükmün mehaz kanundaki karşılığını teşkil eden İsvBK m. 163/II'nin tarihi gelişimini ele almış ve hükmün 1881 tarihli eİsvBK dönemindeki kapsamının da ifa imkânsızlığı ile sınırlı olduğunu ortaya koymuştur[131]. Buna karşılık *Taşkın,* eİsvBK'nun hazırlık sürecinde üzerinde tartışılan tasarılarda imkânsızlık vurgusunun bulunmadığını ve yalnızca borcun ifasının engellenmesinden bahsedildiğini; imkânsızlık ifadesinin nihai kanun metnine eklenmesinin sebebinin de düşünüldüğü kadar anlamlı olmayabileceğini belirtmektedir[132].

Hükmün tarihi gelişimini ön plana çıkaran bu tartışma bir yana, hükmün diğer ifa engellerine teşmil edilememesinin asıl nedeni, işlevinden ileri gelmektedir. TBK m. 182/II, asıl borç ile sözleşme cezası arasındaki ferîlik ilişkisini konu almaktadır[133]. Borçlunun sorumlu olmadığı ifa imkânsızlığı bağlamında asıl borç sona ereceği için, aksi kararlaştırılmış olmadığı müddetçe asıl borç ile ferilik ilişkisi

[129] Couchepin, Clause pénale, para. 692; Feyzioğlu, Cilt-II, s. 400; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 359-360; Bilge, Cezai Şart, s. 108; Tunçomağ, s. 102; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 232; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 58.
[130] Koller, Verspätungsstrafe, para. 74; Feyzioğlu, Cilt-II, s. 400; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 360; Kılıçoğlu, s. 995; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 233; Öktem Çevik, Ceza Koşulu, s. 106.
[131] Aksoy, s. 1009-1010.
[132] Taşkın, s. 1317.
[133] Erdem, Clause pénale, s. 124; Aksoy, s. 1007-1008; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 180; Taşkın, s. 1317-1318.

içerisinde olan sözleşme cezası da sona ermiş olacak ve ifası talep edilemeyecektir. Asıl borcu sona erdirici bir etkiye sahip olmayan temerrüt gibi diğer ifa engelleri bakımından böyle bir durum söz konusu değildir. Dolayısıyla diğer ifa engelleri, hükmün konusunun dışında kalmaktadır.

Hükmün ferîlik ilişkisini düzenlemeye yönelik olduğu, özellikle 6098 sayılı TBK ile büründüğü hâl göz önüne alındığında ve parçalarına ayrılmayıp bir bütün olarak incelendiğinde rahatça gözlemlenebilmektedir. Öncelikle hüküm, asıl borcun ifa imkânsızlığı nedeniyle sona ermesi hâli dışında, asıl borcun hukuka veya ahlâka aykırılık nedeniyle geçersiz olduğu hâllerden de bahsetmekte; bu durumda da alacaklının sözleşme cezasını talep edemeyeceğini düzenlemektedir. Zira hükmün amacı, asıl borcun geçersizliği yahut sona ermesinin ferî nitelikteki sözleşme cezası üzerindeki etkisini ortaya koymaktır. Ayrıca 6098 sayılı TBK ile hükme, 818 sayılı eBK ve mehaz İsvBK m. 163/II'de yer almayan ikinci bir cümle eklenmiştir: *"Ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hâle gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez."* Söz konusu cümle, aslilik-ferîlik ilişkisi doğrultusunda asıl borç ile sözleşme cezası arasında kurulan bağlılığın tek yönlü olduğunu vurgulamaktadır. Buna göre örneğin asıl borcun geçersiz olması, sözleşme cezasının da geçersizliği sonucunu doğurur. Sözleşme cezasının geçersiz olması ise asıl borcun geçersiz hâle gelmesine yol açmaz. Hükmün, bu cümle de göz önüne alınmak suretiyle bütünüyle incelendiğinde, ceza koşuluna karakterini veren ferîlik ilişkisini konu aldığı açıktır. Sonuç olarak TBK m. 182/II, kusur meselesine ilişkin olarak yol gösterici nitelik taşımamaktadır.

3. Borçlunun asıl borca aykırılıktan sorumluluğu ile sözleşme cezasının muacceliyeti arasındaki ilişki konusunda yol gösterebileceği iddia edilen TBK m. 180/II ve 182/II, böyle bir vasfa sahip değildir. Durum böyle olunca, sorunun, borca aykırılıktan sorumluluk rejiminin genel ilkelerine göre çözümlenmesi gerekmektedir[134].

İsviçre-Türk hukukuna hâkim olan genel ilke gereğince borçlunun borca aykırı davranıştan sorumluluğu, kusurlu davranmış olmasını gerektirir. Borçlunun kusurlu olmamasına rağmen sorumlu tutulduğu hâller istisna teşkil etmektedir. Böyle bir kusursuz sorumluluk esasının varlığının kabul edilebilmesi, sorumluluğun kusura

[134] Erdem, Clause pénale, s. 124-125. *Yağcıoğlu* ise bu sonuca, ceza koşulunun feri niteliğinden hareket etmek suretiyle varmaktadır (Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 178). Bu yorumun, ferilik ilkesinin anlamını aştığı düşüncesindeyiz.

ihtiyaç olmaksızın doğacağının kanunda özel olarak düzenlenmiş olmasına bağlıdır. Borca aykırı davranıştan sorumluluk konusundaki bu ilkelerin, sözleşme cezası bağlamında da uygulanması gerekmektedir[135]. Tazminat ile sözleşme cezasının birbirlerinden farklı hukuki kavramlar olması, bu anlamda bir engel teşkil etmez. Sözleşme cezasının hukuki niteliği itibarıyla tazminat kavramına indirgenmesi mümkün olmasa dahi, tazminat ile arasında işlevsel bir bağlantı bulunduğu yadsınamaz bir gerçektir.

(a) Kanunda kusursuz sorumluluğa işaret eden özel düzenleme bulunmadığı müddetçe, borca aykırılık rejiminde genel ilke olan kusur sorumluluğu uygulama alanı bulur. Nitekim sözleşme cezasının muaccel olması için kural olarak borçlunun borcunu kusurlu olarak ihlal etmiş olması gerekmektedir. Kusurlu olmadığını ispat etmek suretiyle borca aykırılığın sonuçlarından sorumlu tutulmaktan kurtulan borçlu, sözleşme cezası ödemekle yükümlü tutulamaz[136].

(b) Kanunun borçluyu borca aykırı davranıştan ötürü kusursuz olsa dahi sorumlu tuttuğu hâllerde, sözleşme cezasının muacceliyeti şartının sağlandığı kabul edilmelidir[137]. Borçlunun borca aykırılıktan ötürü kusursuz olsa dahi sorumlu tutulduğu en önemli hâl, TBK m. 116'da düzenlenmiştir. İlgili hüküm uyarınca borçlu, ifa yardımcısının vermiş olduğu zarardan ötürü, kusuru bulunmamasına rağmen sorumludur. Buna bağlı olarak borçlu, ifa yardımcısının borca aykırı davranışı ile tetiklenen sözleşme cezasından ötürü de bizzat kendisinin kusuru bulunmasa dahi sorumlu olacaktır.

Bunun gibi borca aykırılıktan sorumluluk rejimi çerçevesinde öngörülen diğer kusursuz sorumluluk hâllerinin de yine sözleşme cezasını muaccel hâle getirebileceği söylenebilir. Bununla birlikte, kusursuz sorumluluğun alacaklının uğradığı zararın tamamını kapsamadığı; borçlunun belirli bir sınıra kadar olan zararı gidermekle kusursuz olsa dahi sorumlu tutulduğu fakat bu sınırı aşan zarardan

[135] Erdem, Clause pénale, s. 124-125; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 179; Taşkın, s. 1344; Esin, Cezai Şart, s. 915-916.
[136] Taşkın, s. 1328.
[137] Erdem, Clause pénale, s. 126; İ. Helvacı, s. 264; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 29; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1619; H. Nomer, para. 237.1; Arkan, s. 91; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 239; Öktem Çevik, Ceza Koşulu, s. 107 dn. 41; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 59; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 182; Taşkın, s. 1328.

sorumluluk için kusurlu olmasının arandığı hâller bakımından özel bir değerlendirme yapılmalıdır[138].

Örneğin TBK m. 227'yi ele alalım. Ayıplı mal teslim etmiş olan satıcı, ilgili hüküm uyarınca, sözleşmeden dönen alıcının doğrudan zararını kusuru olmasa dahi tazmin etmekle yükümlüdür. Bu çerçevede alıcı, uğramış olduğu doğrudan zararın tazminini satıcı kusursuz olsa dahi talep edebilecekken; dolaylı zararın tazmini bakımından satıcının kusurlu olması aranacaktır. Peki bu hüküm, satıcının ayıplı mal teslim etmesi durumuna ilişkin kararlaştırılmış olan sözleşme cezası üzerinde nasıl etki edecektir? *Taşkın,* böyle bir durumda alıcının, doğrudan zararını karşılayacak kadar sözleşme cezasını, satıcı ayıplı mal teslimine kusursuz olsa dahi talep edebileceğini savunmaktadır[139]. Bu değerlendirme, teorik olarak doğru görünse de alıcı açısından pratik bir fayda sağlamamaktadır. Zira ceza koşulunun alıcı açısından pratik faydası, zararını ispat etmeye gerek olmaksızın sözleşme cezasının tamamının ifasını talep edebilmesidir. Oysa borçlu kusursuz olmasına rağmen TBK m. 227 bağlamında sözleşme cezasını talep etmek isteyen alıcı, uğramış olduğu doğrudan zararı ispat etmek durumunda kalacak ve talebinin kapsamı bu zarar tutarıyla sınırlı olacaktır. Zaten zararını ispat etmek durumunda kalmış olan alıcı açısından, artık sözleşme cezasının ifasını talep etmek anlamını yitirmiş olur. Bunun yerine ayıp hükümleri çerçevesinde zararının tazminini talep etmek, TBK m. 180/II'nin yaratabileceği dezavantaj nedeniyle daha bile mantıklı olabilir. Tam zapt hâlinde satıcıyı kusursuz olsa dahi alıcının uğradığı doğrudan zararı tazmin etmekle yükümlü tutan TBK m. 217 bakımından da aynı durum söz konusudur[140].

Bu çerçevede değinmemiz gereken bir diğer konu, para borçlarına ilişkin öngörülmüş sözleşme cezalarıdır. *Oğuzman* ile *Öz*'ün de dâhil olduğu kimi yazarlar, bir para borcunun zamanında ifa edilmemesi ihtimaline istinaden öngörülen sözleşme cezasının muacceliyeti bakımından borçlunun kusuruna ihtiyaç olmadığını savunmaktadır. Borçlu gecikmekte kusurlu olmasa dahi, temerrüt faizi ödemekle sorumlu tutulduğuna göre; sözleşme cezasından ötürü sorumlu tutulabilmesi de

[138] Kanunun öngörmüş olduğu kusursuz sorumluluk bir üst sınıra tâbi tutulmuş ise bu üst sınırın sözleşme cezası bakımından da uygulanması gerektiği yönünde bkz. Taşkın, s. 1344.
[139] Taşkın, s. 1336.
[140] Bu durumda da alıcının uğradığı doğrudan zararın sözleşme cezasının sınırını oluşturacağı yönünde bkz. Taşkın, s. 1338.

mümkündür[141]. Bu değerlendirmeye katılmaya olanak bulamıyoruz. Kanunun para borçları açısından öngördüğü kusursuz sorumluluğun kapsamı, temerrüt faiziyle sınırlıdır. Borçlu kusursuz olmasına rağmen temerrüt faizini talep etmiş olan alacaklı, bunun üstüne sözleşme cezasının ifasını talep edemez. Böyle bir talebin haklı olarak ileri sürülebilmesi için, borçlunun kusurlu olması gerekmektedir.

4. Bazı yazarlar, ceza koşulunun niteliği ve amacının, borçlunun kusurundan bağımsız olarak ele alınmasını gerektirdiğini savunmaktadır[142]. Bu görüşe katılmıyoruz. Aksine, ceza koşulunun niteliği ve amacı, tarafların aksine bir anlaşma yapmadıkları durumda, borcu ihlalden ötürü sorumlu tutulamayan borçluya karşı ileri sürülecek sözleşme cezası taleplerinin önünü kesmeyi gerektirir.

Şöyle ki taraflar, ceza koşulu kurumuna pek çok amaçla başvurmuş olabilirler. Ceza koşulunun işlevleri borçluyu ifaya zorlama ve alacaklının zararının tazminini kolaylaştırmadan ibaret değildir. Hukuk ve ekonomi öğretisi, ceza koşulunun bunların dışında karakteristik olmayan başka işlevlere de sahip olabileceğini ortaya koymuştur[143]. Bu işlevlerin bazılarının çalışır hâle gelebilmesi için, borçlunun borcu ihlal etmekte sorumlu olmasa dahi sözleşme cezasını ifa etmekle yükümlü tutulması gerekebilir. Nitekim örneğin *Aksoy* da ceza koşulunun sigorta işlevinden bahsetmekte ve bu işlevin tam anlamıyla çalışabilmesi için kusurdan bağımsızlaştırılmış olması gerektiğini vurgulamaktadır[144]. Bu tespit doğru olmakla birlikte, yedek hukuk kuralları uyarınca uygulanacak rejim çerçevesinde ceza koşulu ile kusur arasındaki bağın koparılmasını haklı göstermez. Ceza koşulunun sigorta işlevinden istifade etmek isteyen tarafların, borçlunun ihlalden ötürü kusurlu olmadığı ve başkaca bir sebeple de sorumlu tutulamadığı ihtimalde dahi sözleşme cezasının ifasının talep edilebileceğini kararlaştırmalarının önünde herhangi bir engel yoktur. Burada mevzubahis, tarafların bu konuda özel bir anlaşma yapmadıkları durumda yedek hukuk kuralları uyarınca uygulanacak rejimin esaslarının belirlenmesidir. Yedek hukuk kuralları uyarınca uygulanacak rejimin esaslarının belirlenmesinde, uygulamada hâkim olan pratiklerin dikkate alınması uygun olur. Bu konuda ampirik bir veri sunmak ne yazık ki mümkün olmasa dahi,

---

[141] Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1616 dn. 441; Erdem, Clause pénale, s. 126; İ. Helvacı, s. 264; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 29.
[142] Cansel/Özel, s. 726.
[143] Bu konuda örneğin bkz. *"Birinci Bölüm / V. / B. Ceza Koşulunun Üstlenebileceği Diğer İşlevlere Bir Örnek: Borçlunun Güvenilirliği Konusunda Karşı Tarafa Sinyal Verme".*
[144] Aksoy, s. 1013.

uygulamada tarafların ceza koşulu kararlaştırmaktaki amacının genellikle ceza koşulunun sigorta işlevinden istifade etmek olmadığı söylenebilir. En azından borçlunun bu yönde bir iradeye sahip olması, ayrıca böyle bir taahhütte bulunmadığı müddetçe olağan değildir. Durum böyleyken ceza koşulunun sigorta işlevinden hareket edilerek kusur konusunda bir değerlendirme yapmak uygun olmaz[145].

Kaldı ki tarafların bu konuda özel bir anlaşma yapmadıkları durumda sözleşme cezasının borçlunun kusurundan bağımsızlaştırılması, her iki tarafın da aleyhine sonuç doğurmaya elverişlidir[146]. Şöyle ki borçlu, rasyonel bir ekonomik aktör olarak, ceza koşulunun kendisi açısından yarattığı rizikoyu sözleşme bedeline yansıtır. Borçlu açısından sorumlu tutulabileceği bir ihlalin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine ilişkin öngörüde bulunmak oldukça kolaydır. Dolayısıyla gerçekten asıl borcu ifa etme niyetinde olan borçlu açısından, yalnızca sorumlu tutulabileceği bir ihlal durumunda tetiklenecek ceza koşulunun yarattığı riziko yüksek olmayacak ve sözleşme bedelinde ciddi bir artışa yol açmayacaktır. Fakat borçlu, borcunu ifa etmesi için gerekli bütün önlemleri almış olmasına rağmen mücbir sebep gibi doğası itibarıyla öngörülmesi mümkün olmayan olaylardan kaynaklanabilecek ihlallerin gerçekleşme olasılığını hesaplayamaz. Bu durum borçlu açısından yüksek bir rizikoya ve dolayısıyla sözleşme bedelinde ciddi bir artışa sebep olur. Öyle ki bu bedel, alacaklıyı hukuki işlemi yapmaktan tamamen vazgeçirebilecek; böylece ceza koşulunun alacaklıyı hukuki işleme girme konusunda teşvik etme işlevi tamamen tersine çalışmış olacaktır. Alacaklı bu yüksek bedeli ödemeyi kabul ettiği takdirde ise aslında faydalanma ihtimali düşük olan ve faydalanmak isteyip istemediği dahi şüpheli olan bir hizmet için, gereğinden fazla bedel ödemiş olacaktır. Bu çerçevede optimal çözüm, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, yalnızca borçlunun sorumlu tutulabileceği bir ihlalin gerçekleşmesi durumunda sözleşme cezasının muaccel olmasıdır. Aksi yönde bir iradeye sahip olan alacaklı ve borçlu, bu doğrultuda bir anlaşma yapmak suretiyle ceza koşulu ile kusur arasındaki ilişkiyi koparabilir.

---

[145] Yarg. HGK, E. 2017/19-922 K. 2019/706 T. 18.6.2019 (Kazancı): *"Cezai şart muhtelif gayelerin gerçekleşmesine hizmet edebilir. Bunlardan bir kısmı, onun normal (mahiyetine uygun) gayelerini teşkil ederler; tazminat, borçluyu ifaya zorlama ve muhtelif gayelerde görüldüğü gibi. Diğer kısmı ise, onun mahiyetine az çok yabancıdırlar; borçluyu sorumluluktan tamamen veya kısmen kurtarma ve borçluyu bütün zararlardan sorumlu tutma gayelerinde olduğu gibi."*

[146] Aksi görüş için bkz. Aksoy, s. 1013.

5. Öğretide sözleşme cezasının muacceliyeti açısından kusurun aranması gerektiğini savunan yazarlardan *Kabaklıoğlu Arslanyürek*, borçlunun borcunu uygun davranmaya güdülenmesinin bu görüşün kabulüne bağlı olduğunu belirtmektedir. Yazara göre borçlu, her tür önlemi almış olmasına rağmen gerçekleşebilecek bir ihlal durumunda dahi sözleşme cezasını ifa etmek zorunda kalacağını düşündüğü takdirde, borca uygun davranabilmek için alması gereken makul önlemleri de almaz. Bu durumda ceza koşulunun borçluyu ifaya zorlama işlevinin altı boşalmış olur[147].

Bu gerekçeye katılmak, en azından borçlunun rasyonel bir ekonomik aktör olduğu varsayımında mümkün değildir. Sözleşme cezası ödemenin borçlu açısından beklenen değeri şu formül ile ifade edilebilir: (ihlalin gerçekleşme ihtimali) x (ödenecek sözleşme cezası miktarı). Borçlu, çeşitli önlemler almak suretiyle ihlalin gerçekleşme ihtimalini ve dolayısıyla sözleşme cezası ödemenin kendisi açısından beklenen değerini düşürebilir. Bu durum, borçlunun gereği gibi ifada bulunabilmek için alacağı önlemleri belirlemek konusundaki kararını etkileyecektir. Önlem seviyesini bir adım yukarı çekmenin borçlu açısından bir yandan marjinal faydası, bir yandan marjinal maliyeti bulunmaktadır. İlgili önlemin ihlalin gerçekleşmesi rizikosunu ve dolayısıyla sözleşme cezası ödemenin beklenen değerini düşürmesi marjinal faydasıdır. Buna karşılık ilgili önlemi almanın gerektirdiği maliyetler marjinal maliyet olarak değerlendirilir. Borçlu açısından rasyonel olan, marjinal faydası marjinal maliyetinden daha fazla olan önlemleri almaktır. Dolayısıyla borçlu, her tür önlemi almış olmasına rağmen gerçekleşebilecek bir ihlal durumunda dahi sözleşme cezasını ifa etmek zorunda kalacağını düşünse bile, marjinal faydası marjinal maliyetinden daha fazla olan önlemleri alacak ve ihlalin gerçekleşme ihtimalini kendisi açısından optimal seviyeye düşürecektir.

Bu gerekçeye katılmasak dahi, hemen yukarıda açıkladığımız tüm diğer gerekçeler ışığında, sözleşme cezasının aksi kararlaştırılmadıkça ancak borçlunun sorumlu tutulabileceği bir ihlal durumunda muaccel olması gerektiği görüşümüzü yineliyoruz.

5. Nitekim karşılaştırmalı hukuka bakıldığında da her bir hukuk sistemi için söz konusu olan borca aykırılıktan sorumluluk esaslarının, sözleşme cezasının muacceliyeti esaslarına da yansıdığı görülecektir. Başka bir deyişle sözleşme

[147] Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 58. Aynı yönde bkz. Taşkın, s. 1339.

cezasının muacceliyeti ile borca aykırılıktan sorumluluk esasları arasında bağlılık mevcuttur[148].

Şöyle ki Alman hukukunda borca aykırılıktan sorumluluk kural olarak, İsviçre-Türk hukukundaki gibi borçlunun borcu kusurlu olarak ihlâl etmiş olmasına bağlıdır. Aynı doğrultuda sözleşme cezasının muacceliyeti de borçlunun borcu kusurlu olarak ihlal etmiş olmasına bağlanmıştır. Zira BGB § 339 uyarınca sözleşme cezası, ancak borçlunun temerrüde düşmesi durumunda talep edilebilecektir. İsviçre-Türk hukukunun aksine kusurun borçlu temerrüdünün koşullarından biri olarak aranıyor olması (BGB § 286(4)), sözleşme cezasının muacceliyetini de dolaylı olarak kusur koşuluna bağlamaktadır[149]. Öte yandan yapmama borçları bakımından temerrüt aranmadığı için, bu borcun bağlandığı sözleşme cezasının borçlu kusurlu olmasa dahi muaccel olup olmayacağı şüpheli hâle gelmektedir.

Fransız hukukunda ise borca aykırılıktan sorumluluk konusunda İsviçre-Türk hukukunun aksine, sonuç ve özen taahhüdü içeren borçlar arasında bir ayrım yapılmaktadır[150]. Bir sonuç taahhüdünde bulunmuş olan borçlu, borcunu ihlal etmekte kusurlu olmasa dahi mücbir sebep mahiyetinde bir olgunun varlığını ispat etmediği müddetçe borca aykırılıktan sorumlu tutulur. Diğer yandan bir sonuç taahhünde bulunmuş olmayan borçlunun durumu çok daha avantajlıdır. Borcunu ihlal etmiş olan borçlunun borca aykırılıktan sorumlu tutulabilmesi için gerekli özeni göstermediğinin alacaklı tarafından ispat edilmesi gerekmektedir[151]. Bu ayrım, sözleşme cezasının muacceliyeti bakımından da gözetilmelidir. Sözleşme cezasına ilişkin bir talebin ileri sürülebilmesi için, asıl borcun sonuç ve özen taahhüdü içerip içermediğine bakılacaktır. Borçlu asıl borcu ihlal etmiş olmaktan ötürü sorumlu tutulabiliyorsa, sözleşme cezası da talep edilebilecektir[152].

Keza özel hukukun uluslararası uyumlaştırılması sürecindeki önemli projeler olan UNIDROIT İlkeleri ve PECL bağlamında da borca aykırılıktan sorumluluk

[148] G.H. Treitel, Remedies for Breach of Contract – A Comparative Account, 2011, para. 168. Alman, Fransız, İtalyan ve Hollanda hukuklarına atıf yapmak suretiyle bu tespit için bkz. CECL-Zimmermann, Art. 9:509 para. 10.
[149] MüKoBGB/Gottwald, § 339 para. 34; BeckOK BGB/Janoschek, § 339 para. 6.
[150] Esasen bu ayrımın kökeni, borçlar hukuku reformu öncesi döneme dayanmaktadır. Reform sonrası düzenlemelerde, bu ayrıma rastlamak mümkün değildir. Ancak öğretide söz konusu ayrımın yine de varlığını koruyacağı belirtilmektedir. Bkz. Taşkın, s. 1323.
[151] Taşkın, s. 1323.
[152] Taşkın, s. 1323.

esasları, sözleşme cezasının muacceliyeti esaslarına yansıtılmıştır[153]. Bu uyumlaştırma metinlerinde sözleşme cezası ve götürü tazminat kavramlarının ikisi aynı çatı altında buluşturulmuş; "borçlunun borcu ihlal etmesi durumunda ödenmesi kararlaştırılan tutar" başlığı altında UNIDROIT İlkeleri m. 7.4.13 ve PECL m. 9:509'da düzenlenmiştir. Esasen bu kurallar, borçlunun borca aykırılıktan sorumluluğu ile ödenmesi kararlaştırılan tutarın muacceliyeti arasındaki ilişkiye dair açık bir düzenleme içermemektedir. Ancak böyle bir açık düzenleme bulunmasa dahi, ceza koşulunun ancak borçlunun sorumlu tutulabileceği bir ihlal gerçekleştiği takdirde tetikleneceği kabul edilmektedir. Söz konusu durum, UNIDROIT İlkelerinin resmi şerhinde açıkça vurgulanmıştır[154]. Bu uyumlaştırma metinleri gereğince borçlunun kusurlu olmasa dahi borca aykırılıktan sorumlu kabul edileceği bir sistem benimsenmiş; borçlunun sorumluluğunun sınırını alacaklının risk alanındaki olgular ve mücbir sebep çizmiştir. Dolayısıyla aynı esaslar sözleşme cezasının muacceliyeti açısından da kabul edilecektir[155]. UNIDROIT İlkeleri m. 7.1.2 ve 7.1.7 yahut PECL m. 8:101 ve 8:108 uyarınca sorumluluktan kurtulan borçlu, aksi taraflarca kararlaştırılmadığı müddetçe sözleşme cezası ödemekten de kurtulmuş olur[156].

6. Sonuç olarak borçlu, asıl borcu ihlal etmiş olmaktan ötürü sorumlu tutulabilmekteyse, alacaklı sözleşme cezasını da talep edebilecektir. Buna karşılık asıl borcun ihlalinden ötürü sorumlu tutulamayan borçlunun, sözleşme cezasından da sorumluluğu gündeme gelmez. İhlalin yol açtığı ifa engelinin türü, bu bağlamda herhangi bir farklılık yaratmaz.

Bu itibarla *Aksoy*'un borçlunun sorumlu olmadığı ifa imkânsızlığı durumunda sözleşme cezasının muaccel olmayacağına; fakat yine borçlunun sorumlu olmadığı temerrüt yahut gereği gibi ifa etmeme durumunda sözleşme cezasının muaccel olacağına ilişkin görüşü kanaatimizce isabetsizdir[157]. Yazarın bu görüşünün altında yatan sebep, sözleşme cezasının borçlunun kusurundan bağımsız olduğunu kabul etmesi; bunun yerine sorunu ferîlik ilkesi ışığında çözmeye çalışmasıdır. Buna göre

[153] Bu konuda bkz. Taşkın, s. 1323 vd. UNIDROIT İlkeleri ve PECL hakkında genel bilgi için bkz. Yelkenci, s. 16 vd.
[154] *UNIDROIT*, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016, 2016, Art. 7.4.13, Comment 2.
[155] UNIDROIT İlkeleri açısından bkz. Ewan McKendrick, Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC), Oxford University Press 2015, Art. 7.4.13 para. 13; PECL açısından bkz. CECL-Zimmermann, Art. 9:509 para. 10.
[156] Taşkın, s. 1324.
[157] Yazarın görüşü için bkz. Aksoy, s. 1011.

borçlunun sorumlu olmadığı ifa imkânsızlığı durumunda asıl borç sona erdiği için sözleşme cezası da sona ermekte; ancak temerrüt ve gereği gibi ifa etmeme durumunda asıl borç bâki kaldığı için sözleşme cezası muaccel olmaktadır. Bu durumun yarattığı tutarsızlık, açıkça ortadadır. Nitekim yazar da bunun farkında olup; söz konusu durumun adil olup olmadığı sorusunu sormuştur[158]. Ancak soruya doğrudan bir yanıt vermemiş; bu durumu adaletsiz bulan tarafların dilerlerse ceza koşulu kararlaştırmayı hiç tercih etmeyebileceklerini belirtmekle yetinmiştir[159]. Kanaatimizce buradaki sorun, tarafların bu durumu adil bulup bulmamalarından öte, bir hukuk kurumu olarak ceza koşulunun tutarlı bir yapıya sahip olup olmamasıdır. Bir hukuk kurumunun içerisinde herhangi bir mantığa dayanmayan bu gibi ayrımlar yaratmak, kurumun tutarlılığına gölge düşürecek ve ister istemez sorunlu uygulamalara yol açacaktır.

7. Şimdi bu esastan hareketle hangi ihlallerin, "borçlunun sorumlu olduğu ihlal" kapsamında kalacağını ve sözleşme cezasının muacceliyetini tetikleyeceğini inceleyelim.

(a) Asıl borcun borçlunun kusuruyla veya başka bir sebepten ötürü objektif olarak sorumlu olduğu bir sebep çerçevesinde ihlal edildiği durumda, alacaklı sözleşme cezasını talep edebilir. Kusurun derecesi, sözleşme cezasının muacceliyeti üzerinde etkili değildir. Yani kast kadar ihmalin herhangi bir derecesi de sözleşme cezasının muaccel olması bakımından yeterli olacaktır[160].

(b) Borçlunun asıl borcu ihlal etmiş olmasının temelinde alacaklının davranışı bulunuyorsa sözleşme cezasının talep edilemeyeceği şüphesizdir[161]. Sözleşme cezasının muacceliyeti bakımından borçlunun sorumlu olduğu bir ihlale gerek görmeyen yazarlar dahi, alacaklının kendi davranışıyla ihlale yol açtığı durumda sözleşme cezasını talep edemeyeceğini belirtmektedir[162]. Aynı esas, asıl borcun ihlalinin, alacaklının riziko alanında gerçekleşen bir beklenmedik hâlden ileri geldiği durum bakımından da kabul edilmelidir.

---

[158] Aksoy, s. 1012.
[159] Aksoy, s. 1014.
[160] Erdem, Clause pénale, s. 124-125; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1617; Bilge, Cezai Şart, s. 90; Arkan, s. 90; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 234; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 180.
[161] BK OR-Becker, Art. 163 para. 6; KUKO OR-Pietruszak, Art. 163 para. 4; Erdem, Clause pénale, s. 126-127; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1019; Bilge, Cezai Şart, s. 91; Tunçomağ, s. 104-105; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 236; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 61; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 181.
[162] Örneğin bkz. Aksoy, s. 1012.

Asıl borcun ihlal edilmesine alacaklının kendi davranışıyla sebep olduğu durumda sözleşme cezasının muacceliyet kazanmamasının sebebi, öncelikle ortada borçlunun sorumlu olduğu bir ihlalin bulunmamasıdır. Ayrıca, alacaklı ceza koşulunun bağlanmış olduğu geciktirici koşulun gerçekleşmesini dürüstlük kuralına aykırı biçimde sağlamış olduğu için, TBK m. 175/II uyarınca geciktirici koşulun gerçekleşmediği kabul edilecektir[163].

Uygulamada da bu doğrultuda pek çok yargı kararı bulunmaktadır[164]. Örneğin emlak alım vergisinin mükellefi olan iş sahibi söz konusu vergiyi ödemediği için yüklenicinin iskan ruhsatını alamadığı olayda Yargıtay, iskan ruhsatının alınmasındaki gecikme durumunda ödeneceği kararlaştırılmış sözleşme cezasının talep edilemeyeceğine karar vermiştir. Zira buradaki gecikme, alacaklı konumunda olan iş sahibinin davranışından kaynaklanmıştır[165]. Yine Yargıtay, kendisinin tedarik etmesi gereken malzemeleri zamanında tedarik etmemiş olan iş sahibinin, bu davranışından kaynaklanan gecikme dönemi için yükleniciden sözleşme cezası talep edemeyeceğine karar vermiştir[166]. Ayrıca inşaat sözleşmesi bağlamında gündeme gelen ek iş veya iş değişikliklerinin, sözleşme cezasının muacceliyeti bakımından dikkate alınması gerektiği unutulmamalıdır[167]. Bu durumda ek iş veya iş değişikliğinin, teslim süresini ne kadar etkileyeceği tespit edilmeli; bu süre başlangıçta kararlaştırılan teslim süresine eklenerek gecikme olup olmadığı buna göre belirlenmelidir[168].

Sıklıkla karşılaşılan bir durum da yükleniciden geç ifa nedeniyle sözleşme cezası talep eden iş sahibinin, iş bedelini zamanında ödememek suretiyle bu gecikmeye neden olmuş olmasıdır. Böyle bir iş sahibinin, yükleniciden gecikmeye dayanarak sözleşme cezası talep edemeyeceğine ilişkin Yargıtay kararı örnekleri mevcuttur[169]. Bununla birlikte, sözleşme cezası alacaklısı olan tarafın, sözleşme ile

---

[163] Aksoy, s. 1012.

[164] Yarg. 14. HD, E. 2010/6622 K. 2010/7394 T. 28.6.2010 (Kazancı): "*Yerleşmiş uygulamada belirtildiği üzere sözleşme hükümlerini yerine getirmede kusurlu davranışta bulunan tarafın cezai şart talep etmesi olanaksızdır.*"

[165] Bu yönde bkz. Yarg. 15. HD, E. 1974/144 K. 1974/164 T. 28.2.1974 (Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 1979).

[166] Yarg. 15. HD, E. 2006/1341 K. 2007/3771 T. 4.6.2007 (Kazancı).

[167] Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 241.

[168] Yarg. 15. HD, E. 1993/2335 K. 1994/724 T. 11.2.1994 (Kazancı); Yarg. HGK, E. 1995/15-738 K. 1995/988 T. 22.11.1995 (Kazancı).

[169] Yarg. 15. HD, E. 5060 K. 6365 T. 10.11.1995 (Ekinci, Ceza Koşulu, s. 381-382): *"(...) sözleşmede iş bedelinin ödeme tarihleri kesin olarak belirlendiği hâlde, davacı bedelin tamamını ödememek suretiyle, işin gecikmesinde kendisinin de kusurlu olması nedeniyle cezaî şart istenemeyeceğine*

üstlendiği yükümlülüklerden herhangi birini yerine getirmemiş olmasının sözleşme cezası talebini her hâlükârda engelleyeceği zannına kapılmak uygun olmaz. Bu tespit, bazı borçlar açısından geçerli olmakla birlikte; her borç açısından doğru değildir. Mühim olan sözleşme cezası alacaklısı olan tarafın kendi borcunu yerine getirmemiş olmasının, sözleşme cezası borçlusu olan tarafın borcunu yerine getirmesini engellemesidir. İnşaat sözleşmeleri bağlamında yüklenici işin finansmanını, çoğunlukla iş sahibinden alacağı ödemeler ile sağlamaktadır. Dolayısıyla iş sahibinin iş bedelini ödememesi, gerçekten yüklenicinin inşaatı tamamlama ve teslim etme borcunun ifasını engelleyecektir. Ancak alıcının kararlaştırılan peşinatı ödememiş olması, elinde zaten fazlasıyla bulundurmakta olduğu satım konusu malı teslim etmemiş olan satıcıyı, sözleşme cezası talebine karşı korumaz. Zira alıcı peşinat ödememiş olmasına rağmen, satıcı satım konusu malı teslim edebilecek durumdadır. Yine de satıcı, alıcı karşısında tamamen korunmasız değildir. Burada satıcı alacaklıya karşı kendisini korumak üzere ödemezlik definden istifade edebilir[170].

(c) Sözleşme cezasının talep edilemeyeceği bir diğer hâl, asıl borcun ihlalinin mücbir sebepten ileri gelmiş olmasıdır. Mücbir sebep, tarafların öngörmesinin mümkün olmadığı ve en yüksek derecede özenin gösterilmesi durumunda dahi borcun ihlal edilmesine kaçınılmaz şekilde neden olacak dışsal olgudur[171]. Bu olgu, deprem, çığ, savaş, genel grev, sınırların kapanması gibi çeşitli görünümlerde tezahür edebilir. Mühim olan, söz konusu olgunun dışsal olması, taraflarca öngörülmesinin mümkün olmaması ve borcun ihlal edilmesine kaçınılmaz şekilde neden olmuş olmasıdır.

Borca aykırılıktan sorumluluk rejimindeki genel kural uyarınca, borca aykırı davranışının mücbir sebepten ileri geldiğini ispat eden borçlu, borcun ihlal edilmesinden sorumlu tutulmaz. Zira mücbir sebebin varlığı, borçlunun kusursuzluğunu ortaya koyar[172]. Aynı esastan hareketle, asıl borcun ihlalinin mücbir

---

(...)". Yarg. 15. HD, E. 5961 K. 6973 T. 28.11.1995 (Ekinci, Ceza Koşulu, s. 382-383): *"Bu durumda davacı peşin ödeme edimini yerine getirmediği için, sözleşmede öngörülen aylık 15.000.000 TL'den 5 aylık 75.000.000 TL cezaî şartı isteyemez."*

[170] Ceza koşulu ile ödemezlik defi arasındaki ilişki için bkz. s. 373 vd.

[171] Oğuzman/Öz, Cilt-1, para. 1345; Eren, Borçlar Genel, para. 1731; Serozan, Borçlar Genel, §15 para. 4.

[172] Oğuzman/Öz, Cilt-1, para. 1345; Eren, Borçlar Genel, para. 3331; Serozan, Borçlar Genel, §15 para. 4.

sebepten ileri geldiğini ispat eden borçlunun sözleşme cezasını ifa etmesi istenemez[173].

İnşaat sözleşmelerinde kimi zaman yapı kullanma izninin yüklenici tarafından alınması öngörülmekte; belirlenen süre içinde izin alınamaması ihtimaline istinaden ceza koşulu kararlaştırılmaktadır. Borçlu yüklenici, yapı kullanma izninin alınması için tüm gerekleri yerine getirmiş olarak zamanında idareye başvurmuş fakat buna rağmen idareden kaynaklanan nedenlerle yapı kullanma izni zamanında alınamamışsa, artık bu gecikmeden ötürü sorumlu tutulamayacaktır. Yine bu esastan hareketle, sözleşme cezası ödemekle de yükümlü olmaz[174].

(d) Asıl borcun borçlunun riziko alanında gerçekleşen beklenmedik hâlden ötürü ihlal edildiği durumda sözleşme cezasının muaccel olup olmayacağı tartışmalı bir konudur.

Beklenmedik hâl, borçlunun kaçınamayacağı şekilde borcu ihlal etmesine sebep olan olgudur[175]. Mücbir sebebin aksine, beklenmedik hâl bağlamında dışsal bir olgu söz konusu değildir. Taraflardan birinin riziko alanı kapsamında kalan bir olgu borcun ihlal edilmesine sebep olmuştur[176]. Alacaklının, kendi riziko alanında kalan bir beklenmedik hâlin sebep olduğu ihlale dayanarak sözleşme cezasını talep edemeyeceği açıktır. Ancak asıl borcun borçlunun riziko alanında kalan bir beklenmedik hâl nedeniyle ihlal edildiği durumda alacaklının sözleşme cezası talep edip edemeyeceği şüphe yaratmaktadır.

1881 tarihli eİsvBK m. 182/II, sözleşme cezasının talep edilemeyeceği ifa imkânsızlığı hâllerini, "asıl borcun ifasının borçlunun sorumlu olmadığı bir sebeple imkânsızlaşması durumu" gibi genel bir ifadeyle ele almamıştı. Bunun yerine, hangi ifa imkânsızlığı sebeplerinin sözleşme cezasının muaccel olmasını engelleyeceğini saymıştı. Hükümde belirtildiğine göre, (1) alacaklının davranışından, (2) mücbir sebepten, (3) alacaklının şahsında gerçekleşen beklenmedik hâlden kaynaklanan ifa imkânsızlığı hâllerinde sözleşme cezası talep edilemeyecekti[177]. Buna göre,

[173] KUKO OR-Pietruszak, Art. 163 para. 4; Erdem, Clause pénale, s. 128-129; Tunçomağ, s. 104; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 234; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 181.
[174] Ayan, İnşaat, s. 199 dn. 126; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 235-236.
[175] Oğuzman/Öz, Cilt-1, para. 1345.
[176] Oğuzman/Öz, Cilt-1, para. 1345; Eren, Borçlar Genel, para. 1731; Serozan, Borçlar Genel, §15 para. 4.
[177] eİsvBK m. 182/II: *"La peine stipulée ne peut être exigée, lorsqu'elle a pour but de sanctionner une obligation illicite ou contraire aux bonnes mœurs, ni lorsque l'exécution de l'obligation est devenue*

borçlunun şahsında gerçekleşen beklenmedik hâlden kaynaklanan ifa imkânsızlığı durumunda, borçlu kusurlu olmasa dahi sözleşme cezasının talep edilebilmesi mümkün görünmekteydi[178]. Güncel İsvBK m. 163/II ve TBK m. 182/II, imkânsızlığın sebebine ilişkin bu sayım yöntemini terk etmiş; asıl borcun ifasının borçlunun sorumlu olmadığı bir sebeple imkânsızlaşması durumunu genel olarak ele almıştır[179].

Kanaatimizce bu sorunun, borca aykırılık rejimindeki esaslara göre çözümlenmesi gerekmektedir. Çalışmamızda savunmuş olduğumuz görüş uyarınca, sözleşme cezasının muaccel olabilmesi, borçlunun asıl borcu ihlalden ötürü sorumlu tutulabilecek olmasına bağlıdır. Buna göre asıl borcun borçlunun riziko alanında kalan bir beklenmedik hâl nedeniyle ihlal edildiği durumda, alacaklının sözleşme cezasının ifasını talep edemeyeceği kabul edilmelidir[180]. Zira beklenmedik hâl durumunda ihlale sebep olan olgu borçlunun riziko alanı kapsamında kalsa dahi, borçlunun kusurundan bahsedilemez; dolayısıyla borçlu borcu ihlalden ötürü sorumlu tutulamaz[181]. Dolayısıyla sözleşme cezasından ötürü de herhangi bir sorumluluğun doğmayacağının kabulü uygun olacaktır. Fakat borçlunun beklenmedik hâlden ötürü kanun tarafından sorumlu tutulduğu istisnai bir durum mevcutsa, artık sözleşme cezasının da muaccel olacağını kabul etmek gerekmektedir[182]. Bu çerçevede örnek olarak TBK m. 119/I, TBK m. 380/III ve TBK m. 563/II sayılabilir.

Mücbir sebep ile borçlunun riziko alanında kalan beklenmedik hâl arasındaki fark, objektif mahiyetteki kusursuz sorumluluk alanında kendisini gösterir. Mücbir sebebin varlığı, kusursuz sorumluluğu dahi dışlayacak kadar güçlü bir etkiye sahiptir;

---

impossible par le fait du créancier, ou par un cas fortuit frappant la personne du créancier, ou par suite de force majeure." / "Die Konventionalstrafe kann nicht gefordert werden, wenn durch dieselbe ein widerrechtliches oder unsittliches Versprechen bekräftigt werden sollte, oder wenn die Erfüllung des Vertrages durch den Gläubiger oder durch einen in der Person des Gläubigers eingetretenen Zufall oder durch höhere Gewalt unmöglich geworden ist."

[178] Erdem, Clause pénale, s. 124; Tunçomağ, s. 100.

[179] Tespit için bkz. BK OR-Becker, Art. 163 para. 4; Aksoy, s. 1010; Taşkın, s. 1314. Bu durumun ceza koşulu ve kusur kavramlarını bir ölçüde bağımsızlaştırdığı yönünde bkz. Taşkın, s. 1315-1316.

[180] Aynı yönde bkz. BK OR-Becker, Art. 163 para. 5; BSK OR I-Widmer/Constantini/Ehrat, Art. 163, N. 6; Tunçomağ, s. 104; Taşkın, s. 1327. Beklenmedik hâlin ihlale sebep olması durumunda sözleşme cezasının muaccel olmayacağını, olgunun taraflardan hangisinin riziko alanında gerçekleştiğine önem atfetmeksizin ifade etmiş yazarlar için bkz. Erdem, Clause pénale, s. 129; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 181. Asıl borcun borçlunun şahsında meydana gelen bir beklenmedik hâl nedeniyle ihlal edilmesi durumunda sözleşme cezasının yine de muaccel olacağı yönündeki aksi görüş için bkz. ZK OR-Oser/Schönenberger, Art. 163 para. 1; Aksoy, s. 1010 dn. 65.

[181] Oğuzman/Öz, Cilt-1, para. 1345; Serozan, Borçlar Genel, §15 para. 4.

[182] Erdem, Clause pénale, s. 129.

oysa borçlunun riziko alanında kalan beklenmedik hâl, kusursuz sorumluluğun doğmasını engellemez[183]. Ceza koşulunun (çalışmamızda savunmuş olduğumuz görüş uyarınca) kusursuz sorumluluk yaratmaması nedeniyle, ihlale yol açan kaçınılmaz bir engel, ister mücbir sebep olarak ister beklenmedik hâl olarak nitelendirilsin her halükârda sözleşme cezasının muacceliyetini engelleyecektir. Dolayısıyla *Serozan* tarafından "çok kaypak ve silik" olarak nitelendirilmiş olan beklenmedik hâl ile mücbir sebep arasındaki sınırın, ceza koşulu bağlamında pratikte bir önemi bulunmamaktadır. Ancak taraflar yedek hukuk kurallarından kaynaklanan bu rejimi değiştirir ve borçlunun sorumluluğunu mücbir sebebi dışlayacak fakat beklenmedik hâli kapsayacak şekilde düzenlerse, söz konusu sınır önem kazanır. Bu durumda bir olgunun beklenmedik hâl mi mücbir sebep mi teşkil ettiği konusundaki takdiri belirleyecek kriter, rizikonun kime yüklenmesinin amaca daha uygun düşeceğidir[184].

8. Değinilmesi gereken bir diğer konu, ispat yükü meselesidir. Sözleşmesel sorumluluk rejimindeki genel kural uyarınca, borçlunun borca aykırı davranmakta kusurlu davrandığı kabul edilir. Aksini ispat yükü, borçludadır. Buna göre borca aykırı davrandığı ispat edilmiş olan borçlu, bu davranışının kusurlu olmadığını ispatlamadığı müddetçe sözleşme cezasından sorumlu olacaktır[185]. Keza borca aykırı davranışı nedeniyle objektif sözleşmesel sorumluluk sebepleri bağlamında sorumlu tutulan borçlu da kurtuluş kanıtı getirmediği müddetçe sözleşme cezasından sorumlu tutulur[186].

9. Taraflar bu konuda herhangi bir anlaşma yapmadıkları takdirde borçlunun sözleşme cezası sorumluluğunun doğması bakımından borca aykırı davranıştan sorumlu olmasının aranıp aranmayacağı konusunda yukarıdaki rejim uygulanacaktır. Ancak bu konuda nihai belirleyicinin taraf iradeleri olduğu unutulmamalıdır[187]. Taraflar sözleşme cezasından ötürü kusurdan bağımsız objektif bir sorumluluğun söz

[183] Serozan, Borçlar Genel, §15 para. 4.
[184] Serozan, Borçlar Genel, §15 para. 4.
[185] BK OR-Becker, Art. 163 para. 7; OFK OR-Wuffli, Art. 160 para. 2; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 163 para. 24; Bentele, s. 80; Erdem, Clause pénale, s. 125; Couchepin, Clause pénale, para. 701; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 360; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1618; Furrer/Müller-Chen/Çetiner, para. 1623; Bilge, Cezai Şart, s. 109; Tunçomağ, s. 105; Arkan, s. 90; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 239; Öktem Çevik, Ceza Koşulu, s. 107; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 59; Cansel/Özel, s. 729; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 181. Aksi görüş için bkz. Tamer, s. 738.
[186] Couchepin, Clause pénale, para. 701.
[187] Bentele, s. 78; Couchepin, Clause pénale, para. 689; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 183-184.

konusu olacağını kararlaştırabilirler[188]. Garanti işlevi baskın olan bu ceza koşulu türü, öğretide sigorta ceza koşulu (*clause pénale-assurance)* olarak anılmaktadır[189]. Yine de böyle bir anlaşmanın, alacaklının davranışıyla asıl borcun ihlal edildiği durumu kendiliğinden kapsamayacağı unutulmamalıdır[190].

C. Alacaklının Zarara Uğramış Olmasının Aranmaması

Alacaklı borcun ihlalinden ötürü zarara uğramış olmasa dahi, yukarıda belirtilen iki koşulun biraraya gelmesiyle sözleşme cezası muaccel olacaktır. Sözleşme cezasının muacceliyeti bakımından alacaklının zarara uğramış olması aranmaz[191]. Bu husus, TBK m. 180/I'deki *"Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir"* ifadesi ile açıkça vurgulanmıştır. Sözleşme cezasının muaccel olması bakımından zararın varlığı aranmadığına göre; borcun ihlali ile alacaklının uğradığı zarar arasında herhangi bir nedensellik bağının bulunmasına da gerek yoktur[192].

Bazı yazarlar, TBK m. 180/I'deki düzenlemenin yedek hukuk kuralı niteliği taşımasından hareketle; sözleşme cezasının muacceliyetinin zarar şartına bağlanabileceğini savunmaktadır[193]. Hükmün emredici nitelik taşımadığı açıktır; ancak taraflar bu hükmün aksini kararlaştırdıkları takdirde artık teknik anlamda ceza koşulundan bahsetmek kanaatimizce mümkün olmaz. Zira ceza koşuluna karakterini veren asli özelliklerden biri, zarardan bağımsız olmasıdır[194].

---

[188] BK OR-Becker, Art. 160 para. 14; Erdem, Clause pénale, s. 126; Couchepin, Clause pénale, para. 690; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1620; Furrer/Müller-Chen/Çetiner, para. 1623; Bilge, Cezai Şart, s. 109; Arkan, s. 91; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 60; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 184.

[189] Couchepin, Clause pénale, para. 690.

[190] Taşkın, s. 1342.

[191] BK OR-Becker, Art. 161 para. 1; CR CO I-Mooser, Art. 161 para. 2; OFK OR-Wuffli, Art. 161 para. 3; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 163 para. 25; KUKO OR-Pietruszak, Art. 161 para. 2; Bentele, s. 73; Erdem, Clause pénale, s. 130; Couchepin, Clause pénale, para. 670; Santoro, s. 12; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 358; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1621; Kılıçoğlu, s. 993; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, para. 1487; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1018; Berki, s. 292; Tunçomağ, s. 95; Arkan, s. 91; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 218; Öktem Çevik, Ceza Koşulu, s. 107; Cansel/Özel, s. 727; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 65; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 185; Ozanoğlu, s. 42; Kapancı, Sözleşme Cezası, s. 665; Esin, Cezai Şart, s. 917.

[192] Taşkın, s. 1340; Esin, Cezai Şart, s. 918.

[193] BSK OR I-Widmer/Constantini/Ehrat, Art. 161 para. 2; KUKO OR-Pietruszak, Art. 161 para. 2; Bentele, s. 73 dn. 360.

[194] Secrétan, s. 90; Erdem, Clause pénale, s. 21; Berki, s. 292; Bilge, Cezai Şart, s. 85. Böyle bir anlaşmanın çoğunlukla götürü tazminat anlaşması niteliği taşıyacağı yönünde bkz. Erdem, Clause pénale, s. 130; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 67; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 185.

III. Sözleşme Cezasını Aşan Zararın Tazmini

1. Borçlunun ifa edeceği edimi veya katlanacağı hukuki olumsuzluğu ceza mahiyetinde kılan, alacaklının ihlal durumunda uğrayacağı öngörülebilen zarardan daha yüksek olmasıdır. Böylelikle ceza koşulu, borçluyu ifa konusunda zorlamış ve borçlu buna rağmen borcu ihlal edecek olursa alacaklının uğradığı zararı telafi etmekte yetersiz kalmamış olur. Ancak alacaklının sözleşme cezasını aşan miktarda bir zarara uğraması ihtimali tamamen bertaraf edilmiş değildir. Özellikle ceza koşulu akdedilirken taraflarca öngörülmeyen bazı değişiklikler, alacaklının sözleşme cezasını aşan miktarda zarara uğramasına sebep olabilir ve sözleşme cezası bu zararı telafi etmek konusunda yetersiz kalabilir. Böyle bir durumda alacaklının, sözleşme cezasını aşan zararının tazminini talep etmesinin önünde kural olarak herhangi bir engel bulunmamaktadır[195]. Alacaklının bu yöndeki talebi, ancak ceza koşulu aynı zamanda sorumsuzluk anlaşması niteliği taşıdığı ve borçlunun sorumluluğunun alt sınırını çizmenin yanı sıra üst sınırını da çizdiği takdirde engellenecektir. Keza münhasır sözleşme cezası bağlamında da alacaklı, sözleşme cezasını aşan zararın tazminini talep etme hakkından yoksundur[196].

Diğer yandan böyle bir talep ileri süren alacaklı, artık ceza koşulunun kendisine sağladığı korunaklı alanın dışına çıkmış olur. Bu konudaki talebinin kabul görmesi için, sözleşme cezası talebinin aksine, yerine getirmesi gereken önemli ispat yükleri mevcuttur. Alacaklı TBK m. 180/II uyarınca, sözleşme cezasını aşan bir zarara uğramış olduğunu ve borçlunun borcunu kusurlu olarak ihlal etmiş olduğunu ispat etmelidir. Esasen burada gerçek anlamda bir tazminat talebi söz konusudur. Dolayısıyla alacaklının zarara uğramış olduğunu ispat etmesinin beklenmesi son derece normaldir. Ancak alacaklı, genel borca aykırılık rejiminin aksine, borçlunun kusurunu da ispat etmek durumunda bırakılmıştır.

---

[195] Hükmün ekonomik açıdan mantığı ve etkinliğine ilişkin olarak bkz. Sanlı, s. 348-351. Yazar, sözleşme cezası miktarını belirlerken tarafların kendi beklentilerine göre risk tahsisi yaptıklarını ve edimi buna göre fiyatladıklarını; alacaklı lehine sözleşme cezasından daha yüksek bir tutara hükmedilmesinin tarafların tercihlerini yansıtan etkin risk tahsisini bozacağını belirtmektedir. Buradan hareketle, TBK m. 180/II'nin *de lege ferenda* düzlemde kanundan çıkarılmasını; *de lege lata* düzlemde alacaklının ifa menfaati konusunda yanılma olasılığı bulunmadıkça uygulanmamasını önermektedir. Söz konusu hükmün ekonomik etkinlik gerekçesiyle kanundan çıkarılmasının yerinde bir hukuk politikası teşkil edip etmeyeceği meselesi, tartışmaya açıktır. Fakat hükmün şu anki hâliyle uygulama alanının, alacaklının ifa menfaati konusunda yanılma olasılığı bulunan durumlar ile sınırlanmasının mümkün olmadığı görüşündeyiz.

[196] Bentele, s. 98; Erdem, Clause pénale, s. 56; Couchepin, Clause pénale, para. 666; Tolou, para. 169; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 68.

Anlaşılacağı üzere sözleşme cezası, alacaklının ihlal durumunda borçludan talep edebileceği asgari miktarı ifade eder. Alacaklı, ispat yükünü yerine getirmek suretiyle bu asgarinin üzerine pekâlâ çıkabilecektir. Bu itibarla alacaklının, olası bir ihlalin yol açacağı zararın miktarını öngörme konusundaki rizikoyu taşımaktan kurtulmuş olduğu belirtilmektedir[197]. Kanaatimizce böyle bir tespit, kısmen doğru olsa dahi, sözleşme cezasını aşan zararın tazmini bakımından alacaklıya yüklenen borçlunun kusurunu ispat yükünü hesaba katmamaktadır. Zira sözleşme cezasını aşan bir zarara uğramış alacaklı, kendisine yüklenmiş olan borçlunun kusurunu ispat yükü sebebiyle, hiç ceza koşulu kararlaştırmamış bir alacaklıya kıyasla daha zor bir durumda kalmaktadır. Dolayısıyla ceza koşulu kararlaştırmak suretiyle hukuki konumunu güçlendirmek isteyen alacaklının, sözleşme cezasını aşan bir zarara uğraması ihtimalini bertaraf etmek konusunda azami dikkat göstermesi gerekmektedir.

2. Alacaklının sözleşme cezasını aşan zararının tazminini talep edebilmesi, bu zararı ispat etmesine bağlıdır[198]. Buna göre alacaklının zararın hem varlığını hem de miktarını ispat etmesi gerekmektedir. TBK m. 180/II'nin lafzından sanki alacaklının yalnızca sözleşme cezasını aştığını iddia ettiği zararı ispat etmesi yeterliymiş gibi bir anlam çıkmaktadır. Ancak ortada sözleşme cezasını aşan bir zararın bulunup bulunmadığının anlaşılabilmesi bakımından alacaklının tüm zararını ispat etmesi gerekecektir[199].

Sözleşme cezası talebi bakımından hiçbir önem taşımayan nedensellik bağı da bu çerçevede yeniden önem kazanmaktadır. Alacaklı ancak, borcun ihlali ile uygun nedensellik bağı bulunan zararının tazminini talep edebilir[200]. Bu doğrultuda alacaklının, borçlunun gerçekleştirmiş olduğu ihlalin hayatın olağan akışına göre söz konusu zarara yol açmaya elverişli olduğunu gösteren olguları ispat etmesi gerekmektedir.

3. Yukarıda incelendiği üzere kanun, borçlunun sözleşme cezasından sorumlu tutulması için borca aykırı davranmakta kusurunun aranıp aranmayacağına ilişkin açık bir hüküm getirmemiştir. Bu durum konunun öğretide tartışmalı hâle gelmesine

[197] Couchepin, Clause pénale, para. 627.
[198] Tunçomağ, s. 124; Couchepin, Clause pénale, para. 630; Eren, Borçlar Genel, para. 3702; Bilge, Cezai Şart, s. 111.
[199] Couchepin, Clause pénale, para. 630.
[200] Tunçomağ, s. 124; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 72; Esin, Cezai Şart, s. 918.

ve farklı görüşlerin ileri sürülmesine neden olmuştur. Kabul ettiğimiz görüş uyarınca borçlunun sözleşme cezasından sorumluluğu, yalnızca asıl borca aykırı davranmaktan ötürü sorumlu tutulabildiği takdirde tetiklenecektir. Bu bağlamda sözleşmesel sorumluluk rejiminin genel ilkeleri devreye girecek ve borca aykırı davranan borçlunun kusurlu olduğu kabul edilecektir. Aksini iddia eden borçlu, kusursuzluğunu ispat yükü altındadır.

Diğer yandan kanun, borçlunun aşkın zarardan sorumluluğunun kusur ile ilişkisi konusunda açık bir hüküm içermektedir. İlgili hüküm olan TBK m. 180/II uyarınca alacaklı, borçlunun kusurlu olduğunu ispat etmedikçe sözleşme cezasını aşan miktarın tazminini talep edemez. Böylelikle genel borca aykırılıktan sorumluluk rejiminin aksine bir düzenleme yapılmış; borçlunun aksi ispat edilmediği müddetçe kusurlu sayılması ilkesi terk edilmiştir[201].

Öğretide çoğu yazar, kusuru ispat yükünü tersine çeviren bu hükmün son derece isabetsiz olduğu görüşündedir[202]. Öncelikle hüküm, mevcut sözleşmesel sorumluluk rejiminin genel ilkelerinden sapmaktadır. Bu sapmanın hiçbir mantıklı gerekçeye dayanmaması, genel sorumluluk rejimi içinde bir anomaliye yol açmaktadır[203]. Diğer yandan hüküm ceza koşulunun amacıyla çatışmaktadır[204]. Tarafların ceza koşulu kararlaştırmaktaki amacı, olası bir ihlal durumunda alacaklının sahip olacağı hukuki çareleri güçlendirmektir. Oysa hukuki durumunu ceza koşulu ile güçlendirmiş alacaklı sözleşme cezasını aşan bir zarara uğradığı takdirde, alelade alacaklıya kıyasla TBK m. 180/II sebebiyle daha zayıf konumda

[201] BSK OR I-Widmer/Constantini/Ehrat, Art. 161 para. 5; BK OR-Becker, Art. 161 para. 3; CR CO I-Mooser, Art. 161 para. 3; Bentele, s. 97; KUKO OR-Pietruszak, Art. 161 para. 3; Erdem, Clause pénale, s. 145; Couchepin, Clause pénale, para. 702. Tolou, para. 193; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 359; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1623; Eren, Borçlar Genel, para. 3702; Kılıçoğlu, s. 995; H. Nomer, para. 240; Bilge, Cezai Şart, s. 111; Tunçomağ, s. 124; Tamer, s. 737; Öktem Çevik, Ceza Koşulu, s. 107; Cansel/Özel, s. 727; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 73.

[202] BSK OR I-Widmer/Constantini/Ehrat, Art. 161 para. 5; CR CO I-Mooser, Art. 161 para. 3 dn. 6; Erdem, Clause pénale, s. 143; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 180 para. 9; Saymen/Elbir, s. 843; Eren, Borçlar Genel, para. 3702; Tunçomağ, s. 124-125; Tamer, s. 737 dn. 19; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 73. Kuralın alacaklının iktidar alanının dışında bir sakınca getirmediği yönünde bkz. Kapancı, Sözleşme Cezası, s. 667. Bazı yazarlar ise sözleşme cezası bağlamında alacaklı lehine bozulmuş olan menfaat dengesinin yeniden sağlanabilmesi bakımından kuralın önemli bir amaca hizmet ettiği görüşündedir; bkz. BK OR-Becker, Art. 161 para. 3; Bilge, Cezai Şart, s. 111; Dirican, s. 37; Aksoy, s. 1006; Esin, Cezai Şart, s. 919-920. Ayrıca bkz. Sanlı, s. 351 dn. 1140.

[203] Couchepin, Clause pénale, para. 706.

[204] Couchepin, Clause pénale, para. 706.

kalmaktadır[205]. Rasyonel bir ekonomik aktör olduğu varsayılan borçlunun ceza koşulunu maliyet hesabına dâhil ederek fiyatlandırdığı ve alacaklının hukuki durumunu ceza koşulu ile güçlendirebilmek için bu ekstra maliyete katlandığı düşünülecek olursa, durumun hakkaniyet açısından da sorun yarattığı ortadadır.

Hükmün isabetsizliğini eleştiren bazı yazarlar, çeşitli yollardan hükmün sınırlarını kısmen zorlamaya çalışmaktadırlar. Bu çerçevede gelen önerilerden biri, borcunu hiç ifa etmeyen borçlunun olayın koşullarını aksini göstermedikçe kusurlu kabul edilmesi[206]; bir diğeri ise tarafların ispat yükünün normaldeki gibi paylaşılmasına ilişkin örtülü bir anlaşma yaptıklarının karine olarak kabul edilmesidir[207]. Ancak çoğu yazar, *de lege lata* hükmü uygulamaktan ve alacaklıya borçlunun kusurunu ispat yükünü yüklemekten başka bir çözüm olmadığı görüşündedirler[208]. Her hâlükârda TBK m. 180/II hükmünün *de lege ferenda* isabetsizliği ortadadır ve değiştirilerek borca aykırılıktan sorumluluk rejimi ile uyumlu hâle getirilmesi gerekmektedir[209]. Bu son derece bariz sıkıntının en azından TBK'nın hazırlanması sürecinde kanun koyucu tarafından çözülmüş olması uygun olurdu. Nitekim kanunlaşma sürecinde başarısızlığa uğramış olan İsviçre Borçlar Kanunu 2020 tasarısı m. 219/II, bu sıkıntıyı çözmüş ve borçlunun sözleşme cezasını aşan zarardan sorumlu tutulabilmesinin koşullarını borca aykırılıktan sorumluluk rejimi ile uyumlu hâle getirmişti. İlgili hüküm uyarınca, alacaklının sözleşme cezasını aşan zararın tazminini talep edebilmesi için, borçlunun asıl borcun ihlalinden ötürü sorumlu tutulabiliyor olması gerekmektedir[210].

Esasen TBK m. 180/II, İsvBK'nun tarihsel gelişiminin talihsiz bir kalıntısıdır. Şöyle ki 1881 tarihli eİsvBK, borca aykırılık rejimi çerçevesinde bazı hukuki sonuçların doğmasını, borçlunun kusurunun ispatlanması şartına bağlamıştı[211]. Örneğin eİsvBK m. 121 uyarınca alacaklının temerrüt faizini aşan zararın tazminini

---

[205] Couchepin, Clause pénale, para. 706; Tolou, para. 193; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 73-74; Taşkın, s. 1326.
[206] ZK OR-Oser/Schönenberger, Art. 161 para. 4; Schoch, s. 58.
[207] OFK OR-Wuffli, Art. 161 para. 6.
[208] Bu yönde bir değerlendirme için bkz. Couchepin, Clause pénale, para. 707.
[209] Couchepin, Clause pénale, para. 707.
[210] İlgili hükmün Fransızca metni şu şekildedir: *"Le créancier dont le dommage dépasse le montant de la peine peut réclamer une indemnité supérieure pour autant que le débiteur réponde de l'inexécution."* İlgili hükmün Almanca metni şu şekildedir: *"Übersteigt der erlittene Schaden den Betrag der Strafe, kann der Gläubiger vom Schuldner den Mehrbetrag fordern, wenn der Schuldner für die Nichterfüllung einstehen muss."* Düzenlemeye ilişkin açıklamalar için bkz. Pichonnaz, OR/CO 2020, Art. 219 para. 2.
[211] Örneğin bkz. eİsvBK m. 121, 124, 125.

talep edebilmesi için, alacaklının borçlunun kusurunu ispat etmesi aranmaktaydı. Keza eİsvBK m. 180/II uyarınca sözleşme cezasını aşan zararın tazmini bakımından da aynı esas benimsenmişti; borçlunun kusurunu ispat yükü alacaklıya aitti. Fakat güncel İBK'nın hazırlanması sürecinde, borçlunun kusurunu ispat yükünü alacaklıya yükleyen bu hükümler ve özellikle eİsvBK m. 121 terk edildi; eİsvBK m. 180/II ise bâki kaldı[212]. Nitekim güncel İsvBK uyarınca borçlunun kusurlu olduğu varsayımı, temerrüt faizini aşan zararının tazminini talep eden alacaklı bakımından geçerliyken (İsvBK m. 106); sözleşme cezasını aşan zararının tazminini talep eden alacaklı bakımından söz konusu değildir (İsvBK m. 161/II). Borçlunun kusurunu ispat yükünü alacaklıya yükleyen İsvBK m. 161/II, hâliyle mevcut yapının içinde arkaik bir kalıntı teşkil etmektedir[213]

Temerrüt faizi ile sözleşme cezası arasında yaratılmış olan bu ayrım, tamamen yapay olup; mantıklı bir gerekçeye dayanmamaktadır[214]. Bu ayrıma gerekçe olarak, alacaklının, kendi iradesinin ürünü olan sözleşme cezasından borçlu aleyhine sapabilmesi için daha sert koşullara tâbi kılınması gerektiği ileri sürülebilir[215]. Ancak tarafların ceza koşulu anlaşmasında buluşan iradelerinin içeriği, alacaklının sözleşme cezasının ifasını hiçbir zarara uğramasa dahi talep edebilecek olmasından ibarettir. Taraflar, alacaklının bunun ötesinde uğrayabileceği zarar konusunda herhangi bir irade açıklamasında bulunmamaktadır. Dolayısıyla borçlunun sözleşme cezasını aşan zararın tazmininin talep edilmeyeceği yönünde korunmaya değer bir güveni bulunduğundan söz edilemez. Alacaklının sözleşme cezasını aşan zararını tazmin etmek istemeyen borçlu, bunun için ayrıca ceza koşuluna sorumsuzluk anlaşması karakteri kazandırmış olmalıdır.

Peki borçlunun asıl borca aykırılıktan ötürü objektif bir sözleşmesel sorumluluk sebebine dayalı olarak sorumlu tutulabildiği durumda aşkın zararının tazminini talep eden alacaklının, borçlunun kusurunu ispat etmesi gerekecek midir? Kanaatimizce TBK m. 180/II'de öngörülmüş ispat yükünün tersine dönmesi kuralının uygulama alanının mümkün olduğu ölçüde dar tutulması gerekmektedir. Söz konusu kural, borçlunun kendi kusuru dışında objektif bir sözleşmesel

[212] Tespit için bkz. Aksoy, s. 1002 dn. 22.
[213] ZK OR-Oser/Schönenberger, Art. 161 para. 4; Schoch, s. 58; Couchepin, Clause pénale, para. 705.
[214] Tunçomağ, s. 127.
[215] Bu argüman *Taşkın* tarafından üretilmiş; ancak hemen akabinde isabetli olarak çürütülmüştür; bkz. Taşkın, s. 1326.

sorumluluk sebebinden ötürü sorumlu olduğu durumda uygulanmamalıdır. Böyle bir durumda sözleşme cezasını aşan zararının tazminini talep eden alacaklı, borçlunun kusurlu olduğunu ispat etme yükü altında değildir[216]. Alacaklı, yalnızca kusur gerektirmeyen bir sorumluluğun mevcut olduğunu ispat edecektir. Buna karşılık bazı yazarların da objektif sorumluluk sebepleri arasında ayrım yaptığı ve TBK m. 180/II'nin en azından bazı sorumluluk sebepleri açısından uygulama alanı bulacağını savunduğu görülmektedir[217]. Örneğin *Couchepin*, TBK m. 180/II'deki kusuru ispat yükünü tersine çeviren kuralın borçlunun ifa yardımcısının borca aykırı davranışından sorumlu tutulduğu durumda yine uygulanacağını savunmuştur. Yazar bu görüşe, TBK m. 180/II'nin mehaz kanundaki karşılığı olan İsvBK m. 161/II'nin lafzını gerekçe göstermektedir. Zira söz konusu hüküm, alacaklının, doğrudan "borçlunun kusurunu" *(faute du débiteur)* değil; "borçlunun sorumlu olduğu kusuru" *(faute à la charge du débiteur)* ispat etmesini aramaktadır[218]. Fakat aynı yazar, TBK m. 180/II'deki ispat yükünün tersine dönmesi kuralını borçlunun beklenmedik hâlden temerrüdü nedeniyle sorumlu tutulduğu hâl bakımından uygulamamaktadır. Zira beklenmedik hâl zaten borçlunun kusuru bulunmaksızın gerçekleşen bir olgu olduğu için, bu bağlamda borçlunun kusurlu olduğunu ispatlamak mümkün değildir[219].

Son olarak, tarafların TBK m. 180/II'de öngörülmüş ispat yükü dağılımının aksini kararlaştırmasının mümkün olduğu hatırlatılmalıdır. Taraflar aralarında anlaşarak, kusurlu olmadığını ispat yükünü borçluya yükleyebilir. Bu çerçevede borçlu, kusurlu olmadığını ispat etmediği müddetçe sözleşme cezasını aşan zararı tazmin etmekle sorumlu tutulabilir[220]. Hatta tarafların, borçlu asıl borcu ihlal etmekte kusursuz olsa dahi sözleşme cezasından ötürü sorumlu olacağını kararlaştırması da mümkündür[221].

---

[216] Aynı yönde bkz. CR CO I-Mooser, Art. 161 para. 3; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 180 para. 11; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1623; H. Nomer, para. 240; Furrer/Müller-Chen/Çetiner, para. 1632; Arkan, s. 92; Kapancı, Sözleşme Cezası, s. 666; Öktem Çevik, Ceza Koşulu, s. 107 dn. 44; Cansel/Özel, s. 727; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 73; Taşkın, s. 1325 dn. 73.

[217] Couchepin, Clause pénale, para. 703-704.

[218] Couchepin, Clause pénale, para. 703.

[219] Couchepin, Clause pénale, para. 704.

[220] BK OR-Becker, Art. 161 para. 4; KUKO OR-Pietruszak, Art. 161 para. 3; Bentele, s. 97; Bilge, Cezai Şart, s. 112. Aksi görüş için bkz. Berki, s. 295.

[221] BK OR-Becker, Art. 161 para. 4; Bilge, Cezai Şart, s. 112.

4. Öğretide aşkın zararın tazmininin, hem seçimlik sözleşme cezası hem ifaya eklenen sözleşme cezası açısından söz konusu olacağı haklı olarak ifade edilmektedir[222].

Buna karşılık *Kapancı*, aşkın zararın tazmini meselesinin yalnızca seçimlik sözleşme cezası bağlamında gündeme geleceğini; ifaya eklenen sözleşme cezası bağlamında böyle bir ihtimalle karşılaşılmasının mümkün olmadığını savunmaktadır. Zira ifaya eklenen sözleşme cezası, borçlu temerrüdü durumundaki gecikme tazminatı veya ifanın yerine geçen müspet tazminata ek olarak herhangi bir mahsup söz konusu olmaksızın talep edilebilir. Örneğin 10.000 TL tutarında ifaya eklenen sözleşme cezası kararlaştırılmış ancak alacaklı asıl borcun ihlal edilmesi neticesinde 15.000 TL zarara uğramış olsun. Bu durumda alacaklı, 10.000 TL sözleşme cezasının yanı sıra 15.000 TL tazminat talep edebilecektir. Dolayısıyla yazarın bakış açısına göre sözleşme cezasını aşan bir zararla karşılaşma olasılığı, ifaya eklenen sözleşme cezası bakımından fiilen ortadan kalkmaktadır[223].

İleride detaylı olarak açıklayacağımız üzere bu görüşe katılmamaktayız[224]. Sözleşme cezasının tazminattan tamamen ayrı ve ekstra bir hukuki çare teşkil ettiğini iddia etmek, ceza koşulunun karakteristik işlevlerinden birini yadsımak anlamına gelir. İfaya eklenen sözleşme cezasını talep eden alacaklı, uğramış olduğu zararın tazminini ancak sözleşme cezasını aştığı ölçüde talep edebilir[225]. Dolayısıyla aşkın zararın tazmini meselesi, pekâlâ seçimlik sözleşme cezası bağlamında da gündeme gelebilir. Yukarıdaki örnekte 10.000 TL'lik sözleşme cezasının ifa edilmesini talep eden alacaklı, TBK m. 180/II uyarınca 5.000 TL aşkın zarar tazminatı talep edebilir.

5. Aşkın zararın tazminini düzenleyen hüküm, emredici nitelik taşımamaktadır. Alacaklının sözleşme cezasını aşan zararının tazminini talep edemeyeceği kararlaştırılabilir. Taraflar aynı zamanda bir sorumsuzluk anlaşması akdetmek suretiyle sözleşmede belirlenen meblağın borçlunun sorumluluğu açısından hem alt hem de üst sınırı teşkil edeceğini kararlaştırabilirler. Tarafların

[222] Bentele, s. 97-98; Erdem, Clause pénale, s. 143; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 180 para. 5; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 359; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1622; Eren, Borçlar Genel, para. 3703; Berki, s. 295; Tunçomağ, s. 121.
[223] Kapancı, Sözleşme Cezası, s. 665-666.
[224] İfaya eklenen sözleşme cezası ile tazminat arasındaki ilişki konusunda bkz. s. 350-351.
[225] Genel olarak sözleşme cezası miktarının zarar miktarından düşüleceği yönünde bkz. CR CO I-Mooser, Art. 161 para. 3; OFK OR-Wuffli, Art. 161 para. 5; Eren, para. 3701; Kılıçoğlu, s. 994. Alacaklının uğradığı zararın sözleşme cezasını aşmadığı müddetçe ayrıca talep edilemeyeceği yönünde bkz. CHK OR-Pellanda Katja, Art. 161 para. 6.

sözleşme cezasının münhasır nitelikte olduklarını kararlaştırdıkları durumda, böyle bir anlaşma zaten mevcut kabul edilir. Bununla birlikte seçimlik veya ifaya eklenen sözleşme cezası bağlamında da böyle bir anlaşmanın yapılması mümkündür. Ancak söz konusu anlaşmanın, sorumsuzluk anlaşmasının sınırlarına ilişkin TBK m. 115 ile 116'ya riayet etmesi gerektiği unutulmamalıdır[226].

6. Alman hukuku, sözleşme cezasını aşan zararın tazmini konusunda İsviçre-Türk hukukuna kıyasla daha muhafazakar bir tutum benimsemiştir. AlmMK § 342 uyarınca, konusunu bir miktar paranın ödenmesinden başka bir edimin teşkil ettiği sözleşme cezasının ifasını talep eden alacaklı, sözleşme cezasını aşan bir zarara uğradığı iddiasıyla ek bir talep ileri süremez. Yani sözleşme cezasını aşan zararın tazmini taleplerinin uygulama alanı, sözleşme cezasının para borcundan müteşekkil olduğu hâller ile sınırlıdır.

İsviçre-Türk hukuku bakımından böyle bir sınırlama mevcut değildir. Aşkın zararın tespiti, sözleşme cezasının konusunu para borcundan başka bir edimin veya hukuki bir olumsuzluğun teşkil ettiği durumda şüphesiz daha zor olacaktır. Fakat bu zorluk, tazminat talebinin önünde engel oluşturmaz. aşkın zararın tazminine ilişkin sistemin, konusu bir miktar paranın ödenmesi olsun olmasın tüm sözleşme cezalarına uygulanması gerekmektedir[227]. Bu çerçevede öncelikle sözleşme cezasının konusunu teşkil eden edimin veya hukuki olumsuzluğun ifa yerindeki ve zamanındaki objektif değeri tespit edilmeli; bu değeri aşan zararın tazmini TBK m. 180/II uyarınca gerçekleştirilmelidir[228].

IV. Sözleşme Cezasının Muacceliyetinin Sonuçları

Sözleşme cezası, borçlunun asıl borcu ihlal ettiği ve bu borcu ihlalden ötürü sorumlu tutulabildiği durumda kendiliğinden muaccel hâle gelir. Bu muacceliyetin sonuçlarını, seçimlik, ifaya eklenen ve münhasır sözleşme cezaları bakımından ayrı ayrı değerlendirmek; akabinde de bu konuda bazı genel ilkelerden bahsetmek yerinde olacaktır.

---

[226] Foëx, s. 419; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 45.

[227] Erdem, Clause pénale, s. 143; Couchepin, Clause pénale, para. 631; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 180 para. 6; Tunçomağ, s. 122; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 69.

[228] Erdem, Clause pénale, s. 143-144; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 180 para. 6; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 69. Sözleşme cezasının pratik sebeplerden ötürü parasal değere çevrilemediği durumda, artık sözleşme cezasını aşan zararın tazmininin talep edilemeyeceği yönünde bkz. Couchepin, Clause pénale, para. 632.

A. Seçimlik Sözleşme Cezası

Seçimlik sözleşme cezasının muaccel olması, alacaklıya asıl borç ile sözleşme cezası arasında bir seçim hakkı tanır. Alacaklının seçimini sözleşme cezasından yana kullanması, asıl borcun ihlalinden kaynaklanan diğer hakları üzerinde bazı etkiler yaratacaktır. Aşağıda sırasıyla, alacaklının asıl borç ile sözleşme cezası arasında sahip olduğu seçim hakkı (1) ve alacaklının seçimi ile asıl borcun ihlalinden kaynaklanan haklar arasındaki etkileşim (2) incelenecektir.

1. Alacaklının Asıl Borç İle Sözleşme Cezası Arasındaki Seçim Hakkının Hukuki Niteliği ve Kullanılması

1. Alacaklı, bir borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda çeşitli haklara sahip olur. Bu çerçevede borcun aynen ifası talebi özel bir önem taşımaktadır. Zira kanun koyucu sözleşme cezası türlerini, borcun aynen ifası talebi ile ilişkilerini esas almak suretiyle birbirlerinden ayırt etmiştir. Seçimlik sözleşme cezasının muaccel olması neticesinde alacaklı, asıl borç ile sözleşme cezası arasında bir seçim hakkına sahip olmaktadır. Alacaklı ya asıl borcun ya sözleşme cezasının ifasını talep edebilir; ikisini birlikte talep etmesi mümkün değildir.

Alacaklı lehine tanınmış bu seçim hakkı, borçlunun asıl borcu ihlal etmesi koşulunun gerçekleşmesi üzerine doğar. Asıl borç ihlal edilmediği müddetçe alacaklı, asıl borcun ifasını kabul etmekle yükümlüdür; borçluyu sözleşme cezasının ifası konusunda zorlayamaz[229].

2. Alacaklının sözleşme cezası ile asıl borç arasında sahip olduğu seçim hakkının hukuki niteliği tartışmalı olup; öğretide konuya ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür.

a. Bazı yazarlar sözleşme cezasındaki seçim hakkını, seçimlik yetkideki edimi değiştirme yetkisi ile özdeş görmektedir[230]. Seçimlik yetki, borcun konusunu

[229] BK OR-Becker, Art. 160 para. 28; Kılıçoğlu, s. 986; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 245; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 56.

[230] ZK OR-Oser/Schönenberger, Art. 160 para. 5; ZK OR-Schraner, Art. 72 para.74; BSK OR I-Widmer/Constantini/Ehrat, Art. 160 para. 17; CR CO I-Mooser, Art. 160 para. 10; OFK OR-Wuffli, Art. 160 para. 12; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 160 para. 33; Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger, para. 3799; Foëx, s. 411; Göktürk, s. 595; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 348 dn. 10; Bilge, Cezai Şart, s. 97; Ozanoğlu, s. 34 dn. 84; Kapancı, Sözleşme Cezası, s. 664. Sözleşme cezasının muaccel olmasından önceki döneme ilişkin olarak bu yönde bkz. Erdem, Clause pénale, s. 131.

belirli bir edimin teşkil ettiği; ancak alacaklıya veya borçluya bu asli edim yerine yedek bir edimi borcun konusu hâline getirmek konusunda yetki tanındığı durumda söz konusu olur[231]. Kanaatimizce seçimlik yetkinin yapısı, seçimlik sözleşme cezasının yapısı ile örtüşmemektedir. Seçimlik sözleşme cezasında söz konusu olan seçim hakkı, sözleşme cezasına ilişkin borcun muaccel olması ile birlikte doğmaktadır. Bu aşamadan itibaren artık her biri asli edim niteliği kazanmış olan iki borç mevcuttur. Oysa seçimlik yetkide borcun konusunu tek bir asli edim oluşturmakta; diğer edim yedek nitelik taşımaktadır[232]. Nitekim iki hukuki durum arasındaki bu uyumsuzluk, ifa imkânsızlığı bağlamında pratik açıdan da farklılık yaratmaktadır. Sözleşme cezası muaccel olduktan sonra asıl borcun ifası imkânsızlaşsa dahi borçlunun sözleşme cezasını ifa etme yükümlülüğü devam eder. Oysa seçimlik yetkinin varlığı durumunda asli edimin ifasının imkânsızlaşması, borcun sona ermesine yol açar; borçludan yedek edimin ifası beklenemez. Öte yandan seçimlik yetkinin yapısı, sözleşme cezasının amacı bakımından da uyumsuzdur. Sözleşme cezasının amacı, alacaklıya asıl borç ile sözleşme cezası arasında bir seçim hakkı tanımak suretiyle alacaklının elini güçlendirmek ve borçluyu baskı altına almaktır. Borçlu, alacaklı henüz seçim hakkını kullanmamışken harekete geçmek suretiyle alacaklıyı asıl borcun ifasını kabul etmeye zorlayamamalıdır. Oysa seçimlik yetki bağlamında borçlu, alacaklı asli edimi yedek edimle değiştirme yetkisini kullanmadığı müddetçe asli edimi ifa etmek suretiyle borcundan kurtulabilmektedir[233].

b. Bu konuda ileri sürülen bir diğer görüş sözleşme cezasındaki seçim hakkını, seçimlik borçlardaki seçim hakkı ile eş tutmaktadır[234]. Seçimlik borç, borcun konusunu birden çok edimin teşkil ettiği; ancak bunlardan yalnız seçilecek

[231] Seçimlik yetki konusunda bkz. Eren, Borçlar Genel, para. 3019 vd.; O. Gökhan Antalya, Marmara Hukuk Yorumu Cilt V/1,1 Borçlar Hukuku Genel Hükümler – Temel Kavramlar Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri, Ankara 2019, para. 328

[232] Santoro, s. 17; Couchepin, Clause pénale, para. 610; Tunçomağ, s. 106-107; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 56.

[233] Santoro, s. 17; Couchepin, Clause pénale, para. 610.

[234] Cansel/Özel, s. 730 (Ancak yazarlar, aynı makalenin başka bir bölümünde, seçimlik sözleşme cezası bağlamında seçimlik yetkinin söz konusu olduğunu belirtmişlerdir; s. 722). Sözleşme cezasının muaccel olmasından sonraki döneme ilişkin olarak bu yönde bkz. Erdem, Clause pénale, s. 131-132. Seçimlik sözleşme cezası bağlamında gerçek anlamda seçimlik borçtan bahsedilemeyeceği; fakat seçimlik borç hükümlerinin kıyasen uygulanmasının doğru olacağı yönünde bkz. Tunçomağ, s. 106-107.

olanın ifa edilmesiyle birlikte borcun sona erdiği durumda söz konusu olur[235]. Bu görüş ilk görüşe kıyasla daha isabetli görünmektedir; zira seçimlik yetki bakımından sorun yaratan durumlar seçimlik borçta gündeme gelmemektedir[236]. Öncelikle seçimlik borçta da tıpkı seçimlik sözleşme cezasında olduğu gibi her biri asli edim niteliği kazanmış iki borç söz konusudur. Bunlardan birinin ifasının imkânsızlaşması borcu sona erdirmez; diğerini ifa yükümlülüğü devam eder. Keza seçimlik borçlarda seçim hakkı henüz kullanılmamışken borçlunun harekete geçerek alacaklıyı edimlerden birinin ifasını kabul etmeye zorlaması da mümkün değildir.

Ancak tüm bu benzerliklere rağmen, sözleşme cezasındaki seçim hakkının, seçimlik borçlardaki seçim hakkı niteliği taşıdığını söylemek kanaatimizce doğru olmaz[237]. Zira seçim hakkının kullanılmasına ilişkin irade beyanının geri alınabilirliği bakımından iki durum arasında önemli bir fark mevcuttur[238]. Seçimlik borçta seçim hakkının kullanılmasına ilişkin irade beyanı geri alınamaz; bir edim seçildikten sonra bunun değiştirilmesi ancak tarafların bir değiştirme sözleşmesi yapması ile mümkün olur[239]. Oysa alacaklının asıl borç ile sözleşme cezası arasında yapacağı seçime ilişkin irade beyanı bakımından böyle katı bir çözümün benimsenmesi uygun olmayacaktır. Bu kuralın özellikle alacaklı asıl borcun ifasını talep ettikten sonra fikrini değiştirip sözleşme cezasının ifasını istemeye karar verdiği hâller bakımından esnetilmesi gerekmektedir. Seçimlik borç kavramı, bu konuda gerekli esnekliği sağlamamaktadır[240].

c. Sonuç olarak kanaatimizce, alacaklının sözleşme cezası ile asıl borç arasında sahip olduğu seçim hakkı, ne seçimlik yetkideki ne de seçimlik borçlardaki

---

[235] Seçimlik borç konusunda bkz. Özer Seliçi, "Seçimlik Borçların İfası", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası C. 34 S. 1-4 (1968), s. 375 vd.; Eren, Borçlar Genel, para. 2996 vd.; Antalya, Borçlar Genel V/1,1, para. 316 vd.

[236] Santoro, s. 18. Pek çok yazar, seçimlik sözleşme cezası bağlamında dar ve teknik anlamda bir seçimlik borcun söz konusu olmadığını, ferîlik ilkesini gerekçe göstererek belirtmektedir (Bkz. Erdem, Clause pénale, s. 131; Couchepin, Clause pénale, para. 607; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 246; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 55). Bu çerçevede ileri sürülen gerekçe incelendiğinde, sözleşme cezasının muaccel olmasından önceki dönemi esas aldığı anlaşılmaktadır. Şöyle ki yazarlar, seçimlik borçta borcun konusunu teşkil eden edimler arasında bir aslilik-ferîlik ilişkisi bulunmadığını; oysa asıl borç ile sözleşme cezası arasındaki aslilik-ferîlik ilişkisinin ceza koşulunu karakterize ettiğini vurgulamaktadır. Ancak burada hukuki niteliği tartışılan seçim hakkı, zaten sözleşme cezası muaccel olduktan sonra ortaya çıkmaktadır. Bu aşamada da artık asıl borç ile sözleşme cezası arasındaki aslilik-ferîlik ilişkisi ortadan kalkmış olup; birbirinden bağımsız iki asli edim bulunmaktadır.

[237] Aynı yönde bkz. BK OR-Becker, Art. 160 para. 28.

[238] Santoro, s. 19.

[239] Seliçi, Seçimlik Borçlar, s. 386; Eren, Borçlar Genel, para. 3003.

[240] Alacaklının seçim hakkını asıl borcun ifasından veya sözleşme cezasından yana kullandıktan sonra kararını değiştirerek diğer edimi talep edip edemeyeceği hakkında detaylı bilgi için bkz. s. 331-332.

durum ile özdeş tutulabilir. Burada kendine özgü farklı bir seçim hakkı söz konusudur[241]. Bazı yazarlar talepler arasındaki bu ilişkiyi, Alman hukukundaki hâkim görüşün de etkisiyle "seçimlik yarışma" *(elektive Konkurrenz / concours électif)* olarak nitelendirmektedir[242]. Seçimlik yarışmada alacaklı, her birinin kullanımı diğerlerini dışlayan birden fazla hakka seçimlik olarak sahiptir. Seçimlik yarışma durumuna örnek olarak alacaklının, karşılıklı bir sözleşmeden doğan borca ilişkin temerrüde düşen borçluya karşı TBK m. 125 uyarınca sahip olduğu haklar verilebilir[243]. İsviçre hukukunda üzerinde çok durulmuş olmayan seçimlik yarışma kavramı, daha ziyade Alman hukukunda gelişmiştir[244]. Alman hukukunda bu kavramın geliştirilmesiyle, seçimlik borca ilişkin BGB § 262 ilâ 265'teki kuralların kıyasen dahi uygulanamayacağı bir alan yaratılmıştır. Örneğin alacaklının seçim hakkını kullanmış olması, daha sonra bu seçiminde bir değişiklik yapmasının önünde kesin bir engel teşkil etmez (karş. BGB § 263/II). Keza borçlunun, alacaklıya seçim hakkını kullanması için belirli bir süre tanıması ve bu sürenin sonunda hâlâ kullanılmamış seçim hakkının borçluya geçmesi söz konusu olmaz (karş. BGB § 264/II)[245].

3. Bu esaslardan hareketle alacaklının sözleşme cezası ile asıl borç arasında sahip olduğu seçim hakkına ilişkin bazı önemli noktaları inceleyelim.

a. Öncelikle borçlunun, alacaklı seçim hakkını kullanmadan evvel harekete geçip, alacaklıyı kendi tercihi doğrultusunda zorlaması mümkün değildir. Yani borçlu, bir kere sözleşme cezası muaccel olduktan sonra asıl borcu ifa etmek

---

[241] Aynı yönde bkz. Santoro, s. 19; Couchepin, Clause pénale, para. 612; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 55.

[242] Bentele, s. 93 dn. 443; Santoro, s. 19; Koller, Konventionalstrafe, para. 106; Couchepin, Clause pénale, para. 612; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, para. 1471; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 56. Bu görüşe ilişkin olarak ayrıca bkz. Gümüş, Borçlar Genel, s. 1021. Alman hukuku bakımından seçimlik yarışma yönünde bkz. Staudinger/Rieble, § 340 para. 25; MüKoBGB/Gottwald, § 340 para. 9; BeckOK BGB/Janoschek, § 340 para. 2. Bununla birlikte konunun Alman hukukunda da tartışmalı olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Örneğin *Samhat*, burada seçimlik borcun söz konusu olduğu görüşündedir; bkz. Abbas Samhat, Die Abgrenzung der Wahlschuld von der elektiven Konkurrenz nach dem BGB, Mohr Siebeck 2012, s. 411-416.

[243] İsviçre hukukunda seçimlik yarışma kavramı hakkında bkz. ZK OR-Schraner, Art. 72 para. 28. *Seliçi*, bu kavramı "alacaklı lehine alternatif haklar" olarak ele almakta ve seçimlik borçtan ayırmaktadır; bkz. Seliçi, Seçimlik Borçlar, s. 380-381.

[244] Alman hukukunda seçimlik yarışma hakkında özellikle bkz. Thomas Bachmann, Die elektive Konkurrenz - Eine systematische Darstellung der Gläubigerrechte im BGB, CISG, in den PECL und im DCFR, Berlin 2010; Samhat.

[245] MüKoBGB/Krüger, § 262 para. 11.

suretiyle alacaklıyı sözleşme cezası talep etme hakkından yoksun bırakamaz[246]. Aynı şekilde borçlu, alacaklı henüz seçimini yapmadan evvel sözleşme cezasını ifa etmek suretiyle alacaklının aynen ifayı talep etmesini de engelleyemeyecektir[247]. Öğretide bazı yazarlar, kural olarak alacaklıya ait olan seçim hakkının taraflarca aksi kararlaştırılarak borçluya bırakılabileceği görüşündedir[248]. Ancak kanaatimizce asıl borcun ifası ile sözleşme cezası arasındaki seçim hakkının borçluya bırakılması, ceza koşulunun amacıyla örtüşmemekte ve ceza koşulu tipolojisine aykırılık teşkil etmektedir. Dolayısıyla böyle bir anlaşmanın teknik anlamda ceza koşulu niteliği taşımadığı kabul edilmeli ve ceza koşuluna ilişkin TBK m. 179 vd. ancak anlaşmanın bünyesine uygun düştüğü takdirde kıyasen uygulanmalıdır.

b. Alacaklı asıl borcun ifası ile sözleşme cezası arasındaki seçim hakkını, karşı tarafa ulaşması zorunlu tek taraflı bir irade beyanıyla kullanmalıdır[249]. Bu irade beyanı, aksi taraflarca öngörülmediği müddetçe, asıl borcu doğuran hukuki işlem veya ceza koşulunun kendisi şekle tâbi olsa dahi herhangi bir şekle tâbi değildir[250]. Alacaklının seçimini, açık bir irade beyanının yanı sıra; örtülü bir irade beyanıyla da yapması mümkündür[251]. Örneğin sözleşme cezası borçlusu olan tarafın sözleşmeyi fesih beyanında bulunduğu, buna karşılık sözleşme cezası alacaklısı tarafın bu feshin haklı bir sebebe dayanmadığını ileri sürerek sözleşmenin hukuken geçerliliğini koruduğunun tespitini dava ettiği olayda Yargıtay, alacaklının seçimini asıl borcun ifasından yana kullandığına karar vermiş ve sonradan ileri sürülen sözleşme cezası talebini reddetmiştir[252].

Uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir durum, aslında seçimlik bir sözleşme cezası söz konusu olmasına rağmen alacaklının borçluya karşı ileri sürmüş olduğu talepte hem asıl borcun hem sözleşme cezasının ifasını talep etmiş olmasıdır. Bu

---

[246] Ancak bazı yazarlar, alacaklının asıl borç yerine sözleşme cezasını seçtiğini, asıl borcun ifası kendisine usulüne uygun olarak teklif edilinceye kadar bildirebileceğini belirtmektedir bkz. Arkan, s. 85; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 259. Seçim hakkının alacaklıya ait olması kuralını örseleyen ve borçlunun alacaklıyı kendi tercihi doğrultusunda zorlamasını mümkün gören bu görüşe katılmak kanaatimizce mümkün değildir.

[247] Couchepin, Clause pénale, para. 613; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 252.

[248] Tunçomağ, s. 108; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 187.

[249] CHK OR-Pellanda Katja, Art. 160 para. 34; Erdem, Clause pénale, s. 132; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 48; Eren, Borçlar Genel, para. 3691; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1020; Tunçomağ, s. 107; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 248; Cansel/Özel, s. 722; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 186-187;

[250] Erdem, Clause pénale, s. 132; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 48; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1020; Tunçomağ, s. 110; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 255; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 187;

[251] BK OR-Becker, Art. 160 para. 28; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 48; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1020; Tunçomağ, s. 110; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 255; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 187.

[252] Yarg. 15. HD, E. 1988/1994 K. 1988/569 T. 15.2.1988 (Kazancı).

durum genellikle avukatların, herhangi bir hak kaybı yaşamama kaygısıyla mevcut olabilecek tüm hakları birlikte ileri sürme alışkanlığından ileri gelmektedir. Öğretide bazı yazarlar, bu durumda alacaklının asıl borcun ifasını talep ettiğini kabul etmek gerektiğini belirtmektedir. Zira sözleşme cezasının ifasını talep, asıl borcun ifasını talepten feragat anlamı taşımaktadır. Oysa alacaklının asıl borcun ifasını da talep etmiş olması böyle bir feragatin mevcut olmadığını göstermektedir[253]. Yargı uygulaması da bu görüş çerçevesinde şekillenmiştir[254]. Buna karşılık *Yağcıoğlu*'nun görüşüne göre, hâkimin HMK m. 31 uyarınca davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde alacaklıya seçimini hangi haktan yana kullandığını sorması uygun olacaktır.

c. Bu konuda önemli sorulardan biri de alacaklının bir kez seçimini asıl borcun ifasından veya sözleşme cezasından yana kullandıktan sonra kararını değiştirerek kendisine tanınmış diğer hakkı talep edip edemeyeceğidir. Öğretideki bazı yazarlar ve yargı uygulaması alacaklının seçim beyanının, ne yönde olursa olsun, karşı tarafa ulaşmasından sonra değiştirilmesinin mümkün olmadığı görüşündedir[255]. Ancak kanaatimizce bu sorunun, alacaklının seçimini asıl borcun ifasından veya sözleşme cezasından kullandığı hâller bakımından ayrı ayrı ele alınması uygun olur.

(i) Alacaklının seçim hakkını kullanarak sözleşme cezasının ifasını talep etmesi, yenilik doğurucu mahiyettedir[256]. Alacaklının bu yöndeki beyanının borçluya

---

[253] BK OR-Becker, Art. 160 para. 29; Erdem, Clause pénale, s. 133; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 dn. 49; Bilge, Cezai Şart, s. 101; Tunçomağ, s. 110; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 251.

[254] Yarg. 15. HD, E. 1987/2399 K. 1988/574 T. 15.2.1988 (Kazancı): *"B.K.'nun 158/1 inci maddesi gereğince aktin icra edilmemesi veya natamam olarak icrası halinde tediye edilmek üzere cezai şart kabul edilmiş ise, aksine mukavele olmadıkça, alacaklı ancak ya aktin icrasını veya cezanın tediyesini isteyebilir. Olayda, dava kalemleri arasında ayrıca eksik iş bedellerinin ödetilmesi dava edildiğine göre, davacı aktin icrası doğrultusunda iradesini kullanmış olup, artık cezai şartın tahsilini dava edemez."* Aynı yönde bkz. Yarg. 15. HD, E. 1988/5025 K. 1989/4123 T. 10.10.1989 (Kazancı).

[255] BK OR-Becker, Art. 160 para. 29; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 189. Yargıtay 1988 tarihli bir kararında, iradesini sözleşmenin ifası yönünde kullanmış olan alacaklının, daha sonra sözleşme cezasını talep etmesinin mümkün olmadığı yönünde hüküm kurmuştur; bkz. Yarg. 15. HD, E. 1988/1994 K. 1988/569 T. 15.2.1988 (Kazancı). Keza İsviçre Federal Mahkemesinin eski bir kararında, sözleşme cezasını seçen alacaklının daha sonra bu beyanı geri alamayacağı açıkça belirtilmiş; asıl borcun ifasını seçen alacaklının daha sonra bu beyanı geri alıp alamayacağı konusunda kesin bir sonuca varılmamıştır. Ancak böyle bir geri almanın bağlayıcı irade beyanlarının geri alınamazlığı ilkesi ile çelişeceği ve borçlunun belirsizlik durumunda kalacağı belirtilmiştir. Karar için bkz. ATF 63 II 84.

[256] OFK OR-Wuffli, Art. 160 para. 13; Couchepin, Clause pénale, para. 616; Werro, Peine conventionelle, s. 4; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 48; Tunçomağ, s. 107; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 186-187. Alman hukuku bakımından aynı yönde bkz. MüKoBGB/Gottwald, § 340 para. 11; Staudinger/Rieble, § 340 para. 34.

ulaşmasıyla birlikte borç ilişkisinin içeriği değişmiş olur[257]. Alacaklı, asıl borcun ifasını talep etme hakkını kaybeder; borçlu da asıl borcun ifası yükümlülüğünden kurtulur[258]. Bu noktada yenilik doğurucu mahiyetteki bu hakkın kullanılmasına ilişkin beyanın geri alınmasının ve alacaklının yeniden asıl borcun ifasını talep etmesinin mümkün olup olmadığı sorusu gündeme gelir. Bu soruya olumsuz yanıt verilmektedir[259]. Gerçekten de yenilik doğuran haklar bir defa kullanılmakla tükenirler; yenilik doğuran hakkın kullanılmasına ilişkin beyanın muhataba vardıktan sonra geri alınması ve hakkın kullanılmasından önceki duruma dönülmesi kural olarak mümkün değildir[260]. Bununla birlikte yenilik doğuran hakların geri alınamaması kuralının, temelinde yatan amaç göz ardı edilerek hiçbir istisnası bulunmayan bir dogma olarak algılanması anlayışı günümüzde sert biçimde eleştirilmektedir. Kuralın amacı, yenilik doğurucu beyanın muhatabının (kimi istisnai durumlarda hukuk düzeninin ve üçüncü kişilerin) menfaatinin korunmasıdır. Korunması gerekli olan böyle bir menfaat bulunmadığı takdirde, yenilik doğurucu hakların geri alınamamasına ilişkin kuralın bir kenara itilmesinde sakınca yoktur[261].

Özellikle muhatabın yenilik doğuran hakkın kullanılması için gerekli şartların oluşmadığını ileri sürdüğü ve hakkın kullanılmasına itiraz ettiği durumda, hak sahibinin yenilik doğuran beyanı geri almasının mümkün olduğu kabul edilmektedir[262]. İsviçre Federal Mahkemesi'nin de bu yönde bir kararı mevcuttur[263]. Nitekim kanaatimizce de alacaklının sözleşme cezasının ifasını talep ettiği, buna karşılık borçlunun sözleşme cezasının muaccel olması için gerekli koşulların oluşmadığını ileri sürerek sözleşme cezasını ifa etmekten kaçındığı durumda,

[257] Yenilik doğuran hakların, hakkın kullanılmasına ilişkin beyanın muhataba varması ile arzu edilen hukuki sonucu doğuracağı yönünde bkz. Vedat Buz, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s. 256.

[258] CR CO I-Mooser, Art. 160 para. 11; Erdem, Clause pénale, s. 132; Werro, Peine conventionelle, s. 4; Bilge, Cezai Şart, s. 99; Tunçomağ, s. 108; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 259; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 188-189.

[259] ATF 63 II 84; BK OR-Becker, Art. 160 para. 29; BSK OR I-Widmer/Constantini/Ehrat, Art. 160 para. 18; CR CO I-Mooser, Art. 160 para. 11; OFK OR-Wuffli, Art. 160 para. 13; Erdem, Clause pénale, s. 132; Couchepin, Clause pénale, para. 616; Werro, Peine conventionelle, s. 4; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 48; Göktürk, s. 595-596; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 349; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1595; Eren, Borçlar Genel, para. 3689; Kılıçoğlu, s. 986; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, para. 1471; Furrer/Müller-Chen/Çetiner, para. 1625; Bilge, Cezai Şart, s. 100; Arkan, s. 85; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 250-251; Cansel/Özel, s. 723.

[260] Buz, Yenilik Doğuran Haklar, s. 256-257.

[261] Buz, Yenilik Doğuran Haklar, s. 447.

[262] Buz, Yenilik Doğuran Haklar, s. 454.

[263] ATF 128 III 70, c. 2 (SJ 2002 I 302).

alacaklının yenilik doğurucu beyanı geri almasına ve yeniden asıl borcun ifasını talep etmesine engel olunmamalıdır.

Fakat yine de sözleşme cezasından asıl borcun ifasına geçiş için köprü vazifesi görecek genel bir değiştirme hakkının *(ius variandi)* kabulü doğru olmaz. Zira alacaklının seçim hakkını kullanarak sözleşme cezasının ifasını talep etmesi, alacaklının asıl borcun ifasından vazgeçtiği anlamına gelecek ve borçlu ifa hazırlıklarına son verecektir. Bu noktadan sonra alacaklının yeniden asıl borcun ifasını talep etmesine izin verilmesi, borçlunun haklı menfaatine aykırılık teşkil edecektir[264].

Böyle genel bir değiştirme hakkının tanınmamasının özellikle alacaklının sözleşme cezasının muaccel olduğu düşüncesiyle seçimini sözleşme cezasından yana yaptığı; fakat daha sonra borçlunun borcun ihlalinde kusurunun bulunmadığını ispat ettiği durumda alacaklıyı zor durumda bırakacağı düşünülebilir. Zira sözleşme cezası talebi borçlunun kusuru yoksa reddedilecek; tekrar asıl borcun ifasının talep edilmesine izin verilmediği takdirde alacaklının eli boş kalacaktır. Kanaatimizce böyle bir durumda alacaklının asıl borcun ifasını talep edebilmesi, başlangıçtaki sözleşme cezası talebine rağmen yine de mümkün olmalıdır. Böyle bir kabul için genel bir değiştirme hakkının varlığının tanınmasına gerek yoktur. Zira bu durumda borçlu kusurlu olmadığı için sözleşme cezası gerçekte hiç muaccel olmamış; alacaklı lehine bir seçim hakkı da doğmamıştır. Alacaklının seçim hakkı mevcut olmamasına rağmen sözleşme cezasına yönelen beyanının boşa düştüğünü ve herhangi bir yenilik doğurucu etki yaratmadığını kabul etmek gerekir[265].

(ii) Alacaklının asıl borcun ifasını talep etmesi (sözleşme cezasının ifasını talebinden farklı olarak), benimsemiş olduğumuz seçimlik yarışma görüşü uyarınca yenilik doğurucu bir mahiyet taşımaz[266]. Dolayısıyla asıl borcun ifasını talep eden alacaklının daha sonra kararını değiştirerek sözleşme cezasını seçmesi, borçlu tarafından ifa yerine getirilmediği müddetçe mümkündür[267]. Bununla birlikte

[264] Borçlu temerrüdü bağlamında benzer ifadeler için bkz. Buz, s. 466. Yazar, aynen ifadan vazgeçen (ifa yerine olumlu zararının tazminini talep eden veya sözleşmeden dönen) alacaklının, bu beyanı geri alıp yeniden aynen ifayı talep etmesine izin verilmemesi gerektiğini belirtmektedir.

[265] Dirican, s. 121.

[266] Aksi görüş için bkz. Couchepin, Clause pénale, para. 619; Kılıçoğlu, s. 986; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 189.

[267] ZK-Oser/Schönenberger, Art. 160 para. 5; BSK OR I-Widmer/Constantini/Ehrat, Art. 160 para. 18; CR CO I-Mooser, Art. 160 para. 12; Erdem, Clause pénale, s. 132; Couchepin, Clause pénale, para.

alacaklının asıl borcun ifasını talep ettikten sonra, borçlunun borcunu ifa edebileceği makul bir süre boyunca beklemesi dürüstlük kuralının bir gereğidir. Eğer borçlu bu makul sürede ifayı yerine getirmezse, alacaklı sözleşme cezasını talep edebilecektir. Diğer yandan alacaklının asıl borcun ifasını talep ettiği beyan, sözleşme cezasından feragat olarak yorumlanabildiği takdirde artık alacaklı sözleşme cezasını talep edemez. Alacaklının sözleşme cezasından feragat ettiğini ispat yükü borçludadır[268].

Yukarıda işaret edildiği üzere alacaklının seçim hakkını kullanarak sözleşme cezasının ifasını talep etmesi, alacaklının bu yöndeki beyanının borçluya ulaşmasıyla birlikte hüküm doğurur ve borç ilişkisinin içeriğini değiştirir[269]. Bu durum özellikle yapmama borçları açısından pratik bir öneme sahiptir. Zira yapmama borcu, alacaklının seçimini sözleşme cezasından yana kullandığını bildiren beyanının borçluya ulaşmasıyla birlikte sona erer. Alacaklı, bu andan itibaren borcun konusu olan edimi yapma serbestisine yeniden kavuşmuş olur. Bunun için sözleşme cezasının ifa edilmesini beklemeye gerek yoktur[270].

d. Seçim hakkı bağlamında incelenmesi gereken diğer bir sorun, alacaklının seçimini yapması gereken süre ve olur da alacaklı bu süre içerisinde herhangi bir seçim yapmayacak olursa bunun sonuçlarıdır. Kanun, seçim hakkının kullanılması bakımından herhangi bir süre öngörmemiştir. Ancak yine de alacaklının makul süre içerisinde seçimini yapması dürüstlük kuralının gereğidir[271]. Alacaklı makul bir süre

---

619; Werro, Peine conventionelle, s. 4; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 48; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 349; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, para. 1471; Furrer/Müller-Chen/Çetiner, para. 1625; Bilge, Cezai Şart, s. 100; Arkan, s. 85. Asıl borcun ifasını talep eden alacaklının daha sonra sözleşme cezasının ifasını talep edemeyeceği yönünde aksi görüş için bkz. Kılıçoğlu, s. 986; Tunçomağ, s. 109; Cansel/Özel, s. 723. Asıl borcun ifasına yönelik beyanın yenilik doğurucu nitelikte olduğunu kabul eden yazarların, bu beyandan sonra sözleşme cezasının talep edilmesine olanak tanımalarının bir çelişki teşkil ettiği düşünülebilir. Fakat söz konusu yazarlar, burada yenilik doğurucu hakların geri alınamaması ilkesine aykırı herhangi bir durumun bulunmadığı görüşündedir. Zira borçlunun kendisinden asıl borcun ifası talep edilmiş olmasına rağmen yine ifada bulunmamış olması, yeni bir seçim hakkı yaratacaktır. Bu görüş için bkz. Couchepin, Clause pénale, para. 619; Çağlayan Aksoy, s. 268. Bu konuda ayrıca bkz. ATF 63 II 84, s. 84-85: Kararda, asıl borcun ifasını talep eden alacaklının daha sonra kararını değiştirerek sözleşme cezasını seçmesinin, mümkün olup olmadığı tartışılmış; ancak herhangi bir sonuca varmaktan imtina edilmiştir. Yine de alacaklının bu yönde bir değişiklik yapmasına izin verilmesinin, bağlayıcı irade beyanlarının geri alınamazlığı ilkesi ile çelişeceği ve borçlunun belirsizlik durumunda kalacağı belirtilmiştir.

[268] Erdem, Clause pénale, s. 132-133; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 48.

[269] Yenilik doğuran hakların, hakkın kullanılmasına ilişkin beyanın muhataba varması ile arzu edilen hukuki sonucu doğuracağı yönünde bkz. Buz, Yenilik Doğuran Haklar, s. 256.

[270] BK OR-Becker, Art. 160 para. 29; Couchepin, Clause pénale, para. 617; Bilge, Cezai Şart, s. 99; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 248.

[271] CR CO I-Mooser, Art. 160 para. 10; Couchepin, Clause pénale, para. 614; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1021; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 253; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 188. Alman hukuku bakımından bkz. MüKoBGB/Gottwald, § 340 para. 9. Alacaklının asıl borcun ifasını talep edebileceği süre

geçmiş olmasına rağmen seçimini yapmaz ve hareketsiz kalırsa, TBK m. 106 uyarınca alacaklı temerrüdüne düştüğü kabul edilmelidir[272]. Zira alacaklı, ifanın gerçekleşebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan haklı bir sebebi bulunmamasına rağmen kaçınmaktadır. Alacaklı temerrüdü borçluya, borçtan kurtulmak konusunda bazı imkânlar tanımıştır. Bu imkânlar, tevdi, malı satarak satış bedelini tevdi ve sözleşmeden dönmedir. Ancak tevdi veya malı satarak satış bedelini tevdi yolları, borçlu açısından elverişli gözükmemektedir. Zira borçlunun hangi edimi ifa ederek borçtan kurtulabileceği henüz belli olmadığı için, borçlu hem asıl borcu hem sözleşme cezasını tevdi etmek veya satıp satış bedelini tevdi etmek durumunda kalacaktır. Bu durumda borcundan kurtulmak isteyen borçlu için başvurulabilecek yegâne mantıklı yol, TBK m. 110 uyarınca sözleşmeden dönmektir[273]. Nitekim alacaklı temerrüdünde borçlunun sözleşmeden dönme hakkını düzenleyen ve esasen yapma borçlarına ilişkin olan TBK m. 110'un, tevdi veya satış bedelini tevdi imkânı bulunmayan bu gibi durumlar açısından verme borçlarına ilişkin olarak da kıyasen uygulanabileceği öğretide kabul edilmektedir[274].

Buna karşılık bazı yazarlar, tüm bu durumun temelinde kendi borcunu ifa etmemiş olması bulunan borçluya böyle bir hak tanınmasının uygun olmadığı görüşündedir. Bu yazarlar, seçimlik borca ilişkin olarak AlmMK § 264/II'de benimsenmiş çözümün, burada da uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Buna göre borçlu, alacaklıya seçimlik borca ilişkin seçimini yapması için makul bir süre tanıyabilir ve sürenin sonunda hâlâ seçim yapılmamış olursa seçim hakkı borçluya geçer[275]. Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Öncelikle İsviçre-Türk hukuku bakımından, karşılaştırmalı hukuktan esinlenen böyle bir sonucu haklı gösterecek herhangi bir pozitif hukuk düzenlemesi bulunmamaktadır. Kaldı ki AlmMK § 264/II seçimlik borca ilişkindir; oysa seçimlik sözleşme cezası bağlamında bir seçimlik yarışma söz konusudur. AlmMK § 264/II'nin seçimlik

boyunca seçim hakkını kullanabileceği yönünde bkz. Erdem, Clause pénale, s. 133; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 50.

[272] CHK OR-Pellanda Katja, Art. 160 para. 37; Couchepin, Clause pénale, para. 614. Bu görüşün yalnızca sözleşme cezasındaki seçim hakkının seçimlik borçlardaki seçim hakkı ile eş görüldüğü hâlde anlam taşıyacağı yönünde bkz. Gümüş, Borçlar Genel, s. 1021.

[273] Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 254; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 188.

[274] Oğuzman/Öz, Cilt-1, para. 1184.

[275] CR CO I-Mooser, Art. 160 para. 10; Bentele, s. 94; Erdem, Clause pénale, s. 134; Koller, Konventionalstrafe, para. 104-105. AlmMK § 264/II'den bahsetmeksizin, borçlunun dilediği edimi ifa ederek borçtan kurtulabileceği yönünde bkz. CHK OR-Pellanda Katja, Art. 160 para. 37; Bentele, s. 94; Couchepin, Clause pénale, para. 614.

sözleşme cezası bağlamında uygulanması, Alman hukukunda dahi kabul görmemektedir[276].

Bilindiği üzere ifayı kabul ve ifayı engellemekten kaçınmak, kimi zaman alacaklı açısından aynı zamanda bir borç teşkil edebilir. Bu durumda karşı taraf, dilerse alacaklı temerrüdü dilerse borçlu temerrüdü hükümlerine başvurabilecektir[277]. Aslında seçimlik sözleşme cezası bağlamında alacaklının seçim yapması, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı müddetçe alacaklı açısından bir borç teşkil etmez. Dolayısıyla bu bağlamda borçlu temerrüdü hükümlerinden istifade edilmesi kural olarak mümkün görünmemektedir. Fakat ceza koşulu ile teminat altına alınan asıl borcun ifasını kabulün, alacaklı açısından borç teşkil ettiği bazı durumlarla karşılaşılabilir. Bu ihtimalde alacaklının seçim yapmaması, borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanmasına yol açabilir. Örneğin satış sözleşmesi uyarınca alıcı bir yandan satılanın teslim edilmesi konusunda alacak hakkına sahiptir; diğer yandan satılanı teslim almakla borçludur. Satıcının satılanı teslim borcunu ifa etmemesi durumuna ilişkin seçimlik sözleşme cezası kararlaştırıldığı takdirde, alacaklı seçimlik sözleşme cezası ile asıl borcun ifası arasında makul süre içerisinde seçim yapma borcu altındadır. Alacaklı seçimini yapmadığı takdirde karşı taraf, borçlu temerrüdü hükümlerine başvurabilir

2. Seçimlik Sözleşme Cezası ile Asıl Borcun İhlalinden Kaynaklanan Diğer Haklar Arasındaki Etkileşim

Borçlunun asıl borcu ihlal etmesi, sözleşme cezasının muaccel olması sonucunu doğurur. Ancak hukuk düzeninin alacaklıya ihlal karşısında sunduğu tek hukuki çare, sözleşme cezasından ibaret değildir. Asıl borcun ihlal edilmiş olması, alacaklıya, kimisi asıl borca eklemlenen kimisi asıl borcun yerini alan başkaca haklar da tanıyacaktır. Örneğin asıl borcun ifası borçlunun sorumlu olduğu bir sebeple imkânsızlaşmışsa alacaklı, TBK m. 112 uyarınca zararının tazmin edilmesini talep edebilir. Keza borçlu temerrüdü mevcutsa alacaklı, TBK m. 125 uyarınca sözleşmeden dönüp olumsuz zararının tazmin edilmesini talep edebilir. Ceza koşulu kararlaştırılmış olması, alacaklının bu gibi haklarını topyekûn ortadan kaldırmaz. Ancak seçimini sözleşme cezasından yana yapmış olması, bu haklarla etkileşime girecek ve bazılarının kullanılmasını engelleyecektir. Dolayısıyla alacaklının

[276] MüKoBGB/Gottwald, § 340 para. 9.
[277] Oğuzman/Öz, Cilt 1, para. 1136.

seçiminin, asıl borcun ihlalinden kaynaklanan diğer haklar üzerindeki etkisinin yakından incelenmesi gerekmektedir[278].

Öncelikle sözleşme cezasından istifade etmek istemeyen alacaklı, asıl borcun ihlalinden kaynaklanan tüm haklara sanki hiç ceza koşulu kararlaştırılmamış gibi başvurabilir. Ceza koşulu kararlaştırılmış olmasının, bu hakları ortadan kaldırıcı bir etkisi bulunmamaktadır. Bu çerçevede özellikle seçimini asıl borcun ifasından yana kullanan alacaklının, hâlâ zararının tamamının tazminini talep etmesinin mümkün olduğu belirtilmelidir[279]. Ancak artık sözleşme cezasından istifade edilemeyeceği için zararın tazmini konusunda genel rejim uygulama alanı bulacaktır. Buna göre alacaklının kural olarak, zararının varlığını ve miktarını ispat etmesi beklenecektir.

Diğer yandan seçimini sözleşme cezasından yana kullanan alacaklının asıl borcun ihlalinden kaynaklanan haklardan ne ölçüde yararlanabileceği daha incelikli bir konudur. Bu konuda temel kuralı ihtiva eden TBK m. 179/I uyarınca alacaklı, *"ya borcun ya da cezanın ifasını"* isteme hakkına sahiptir. Hüküm, aynen ifa talebi ile seçimlik sözleşme cezası arasındaki ilişki bakımından yeterince açıklayıcıdır. Alacaklı, asıl borcun ve sözleşme cezasının ifasını bir arada talep edemez; bunlardan birisini seçecek ve yalnızca onun ifasını talep edebilecektir. Ancak hüküm, asıl borcun ihlalinden kaynaklanan talepler bakımından herhangi bir kural içermemektedir. Bu durumda hükmün amacının tespit edilmesi ve asıl borcun ihlalinden kaynaklanan talepler ile seçimlik sözleşme cezası arasındaki ilişkinin buna göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Hükmün amacı, alacaklının asıl borcun ifası konusunda sahip olduğu menfaatin iki kere tatmin edilmesinin engellenmesidir[280]. Zira seçimlik sözleşme cezası, ifanın sürogatı niteliğini taşımaktadır ve ifa menfaatini tatmin etmeye yöneliktir. Bu cezanın asıl borcun ifası ile birlikte kümülatif olarak talep edilmesi, aynı menfaatin iki kere tatmin edilmesi sonucunu yaratır. Dolayısıyla asıl borcun ihlalinden kaynaklanan bir talebin sözleşme cezasının yanında kümülatif olarak ileri sürülüp sürülemeyeceği, bu talebin yönelik olduğu menfaate göre belirlenmelidir. **(1)** Asıl borcun ihlalinden kaynaklanan bir talep, ifa menfaatinin tatmin edilmesine yönelik olduğu takdirde sözleşme cezasının yanında

[278] Sözleşme cezası talebinin alacaklının kanundan doğan haklarıyla etkileşim içerisinde olduğu yönünde bkz. Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 193.
[279] BSK OR I-Widmer/Constantini/Ehrat, Art. 160 para. 19; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 160 para. 35; Bilge, Cezai Şart, s. 98; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 257; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 190.
[280] KUKO OR-Pietruszak, Art. 160 para. 10; Santoro, s. 13-14; Taşkın, s. 1335.

kümülatif olarak ileri sürülemez. Bu talepler, seçimlik mahiyettedir. **(2)** Buna karşılık ifa menfaatini tatmin etmeye yönelik olmayan bir talebin, sözleşme cezası ile birlikte kümülatif olarak ileri sürülmesi mümkündür[281].

Bu genel esaslardan hareketle, ceza koşuluna bağlanmaları durumunda karine olarak seçimlik bir sözleşme cezasının doğacağı ifa engeli türlerini inceleyelim. Çalışmamızda savunduğumuz görüş gereğince, karine olarak, "hiç ifa etmeme" durumunda ödeneceği kararlaştırılan sözleşme cezaları seçimlik nitelik taşımakta (TBK m. 179/I); "gereği gibi ifa etmeme" durumunda ödeneceği kararlaştırılan sözleşme cezaları ifaya eklenen nitelik taşımaktadır (TBK m. 179/II). Bu başlık altında her hâlükârda hiç ifa etmeme teşkil eden ifa imkânsızlığı ve en azından belirli hakların kullanılması durumunda hiç ifa etmeme teşkil eden borçlu temerrüdü incelenecektir. Ayrıca hiç ifa etmeme ile gereği gibi ifa etmeme arasında özellikli bir noktada duran eksik ifadan da bahsedilecektir. Bunlara ek olarak, karine olarak ifaya eklenen nitelikte olmasına rağmen tarafların seçimlik nitelikte olduğunu kararlaştırdıkları ayıplı ifaya ilişkin sözleşme cezası ele alınacaktır.

a. İfa imkânsızlığı

Asıl borcun henüz seçimlik sözleşme cezası muaccel olmadan evvel imkânsızlık nedeniyle sona ermesi, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, ferîlik ilkesinin gereği olarak sözleşme cezasının da sona ermesine sebep olur. Buna karşılık seçimlik sözleşme cezası muaccel olduktan sonra, asıl borç ile sözleşme cezası arasındaki ferîlik ilişkisi ortadan kalkacaktır. Dolayısıyla asıl borcun imkânsızlık nedeniyle sona ermesinin sözleşme cezası üzerinde borcu sona erdirici bir etkisi olmaz. Bu durumun yaratacağı sonuçlar, tarafların borcun imkânsızlaşmasından sorumlu olup olmamasına göre değişecektir.

(1) Asıl borcun ifasının borçlunun sorumlu olduğu bir sebeple imkânsızlaşması durumunda ifası imkânsızlaşan asıl borcun yerini, TBK m. 112 uyarınca tazminat ödeme borcu alır. Burada borçlunun ödemekle yükümlü tutulduğu tazminat, ifanın sürogatı niteliğinde olup; ifa menfaatini tatmin etmeye yöneliktir. Alacaklının sözleşme cezası ile tazminatı kümülatif olarak birlikte talep etmesine izin verilmesi, aynı menfaatin iki kere tatmin edilmesi sonucuna yol açacaktır.

[281] Santoro, s. 14. Bu doğrultuda bkz. BK OR-Becker, Art. 160 para. 15.

Dolayısıyla alacaklı, sözleşme cezası ile ifa imkânsızlığı tazminatından birisini seçecek ve yalnızca onun ifasını talep edebilecektir[282].

Bu tespit, asıl borcun ifasının henüz alacaklı seçim hakkını kullanmamışken imkânsızlaştığı durum bakımından geçerlidir. Alacaklı asıl borcun ifasından yana seçimini yaptıktan sonra borcun ifası imkânsızlaşırsa, alacaklının iradesinin asıl borcun devamı niteliğindeki tazminata yönelmiş olduğu kabul edilecektir[283]. Alacaklının, *ius variandi*'den istifade ederek bu safhadan sonra sözleşme cezasını talep edemeyeceği ayrıca tartışılmalıdır.

(2) Asıl borç ne borçlunun ne alacaklının sorumlu olduğu bir nedenden ötürü imkânsızlığa uğramış ve TBK m. 136/I uyarınca sona ermişse alacaklı, yalnızca sözleşme cezasının ifasını talep edebilecektir[284]. Anlaşılacağı üzere böyle bir durumda alacaklının asıl borç ile sözleşme cezası arasındaki seçim hakkı sona erecektir.

(3) Asıl borcun imkânsızlığa uğramasından ötürü alacaklı sorumluysa, alacaklının asıl borç ile sözleşme cezası arasındaki seçim hakkı yine varlığını sürdürür[285]. Alacaklı asıl borcu seçtiği takdirde, bu borcun imkânsızlaşmasına kendisi sebep olduğu için tazminat talep edemeyecektir. Alacaklı açısından daha avantajlı görünen sözleşme cezasının ifasını talep etmektir. Ancak bu durumda da borçlu, asıl borcun ifasının imkânsızlaşmasına sebep olduğu için alacaklıdan tazminat talep edebilecektir[286].

b. Borçlu Temerrüdü

Borçlu muaccel borcunu, ifa imkânsızlığı söz konusu olmamasına rağmen ifa etmemekte direniyor olabilir. Böyle bir durumda borçlu temerrüdü söz konusu olacaktır. Bilindiği üzere borçlu temerrüdünün genel sonucu olarak alacaklı, borcun aynen ifasını ve gecikme yüzünden uğramış olduğu zararın tazminini talep edebilir.

---

[282] Bucher, s. 528; Bentele, s. 91; Erdem, Clause pénale, s. 132; Santoro, s. 14-15; Tunçomağ, s. 110; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 258; Kapancı, Sözleşme Cezası, s. 672; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 49; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 190; Taşkın, s. 1335. Asıl borcun hiç ifa edilmemesi durumunda alacaklının sözleşme cezası ile tazminat taleplerinden birini seçmesi gerektiği yönünde bkz. KUKO OR-Pietruszak, Art. 160 para. 11.

[283] Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 190.

[284] Erdem, Clause pénale, s. 132.

[285] Erdem, Clause pénale, s. 132.

[286] Erdem, Clause pénale, s. 132.

Ayrıca borçlu temerrüdünün karşılıklı sözleşmeler bakımından bazı özel sonuçları mevcuttur. TBK m. 123-124 uyarınca gerekli merasimi yerine getiren alacaklı, borcun ifasından vazgeçip olumlu zararının yahut sözleşmeden dönüp olumsuz zararının tazminini talep etme hakkına kavuşur.

Borçlu temerrüdünün alacaklıya tanıdığı haklar ile seçimlik sözleşme cezası arasındaki ilişki, pek çok açıdan tartışmalı bir konudur. Öncelikle bazı yazarlar, alacaklının gecikme durumunda sözleşme cezasının ifasını talep edebilmesi için önce borçluyu temerrüde düşürmesi ardından aynen ifadan vazgeçip olumlu zararın tazminini seçmesinin zorunlu olduğu görüşündedir[287]. Bu durum sözleşme cezasının ifasını talep etmek isteyen alacaklıyı, hem TBK m. 117'de düzenlenmiş borçlu temerrüdü koşullarını sağlamak hem de TBK m. 123-124 uyarınca gerekli merasimi yerine getirmek zorunda bırakacaktır. Oysa sözleşme cezası talep edilebilmesi bakımından borçlunun borcu ihlal etmiş ve bu ihlalden sorumlu tutulabiliyor olması yeterlidir. Sözleşme cezası talebi bağlamında bunlara ek olarak başkaca koşulların aranması kanaatimizce yerinde olmaz. Zira sözleşme cezası, kanunda talep edilebilme koşulları ayrıca düzenlenmiş bağımsız bir taleptir[288]. Ancak bu tespitimiz, borçlu temerrüdü ile sözleşme cezası arasında belirli bir etkileşim bulunduğu gerçeğini yadsımamaktadır. Borçlu temerrüdünün alacaklıya tanıdığı bazı haklar ile sözleşme cezası talebi yapıları gereği bağdaşmaz; bunların aynı anda ileri sürülmesi mümkün değildir.

(1) Öncelikle borcun aynen ifasını ve gecikme tazminatını talep eden alacaklının, seçimlik mahiyetteki sözleşme cezasını talep edebilmesi mümkün değildir[289]. Bu haklar bünyeleri itibarıyla birbirleriyle bağdaşmamaktadır. Zira seçimlik sözleşme cezasındaki en temel kural, alacaklının ya asıl borcun ya sözleşme cezasının ifasını talep edebilmesidir. Borcun aynen ifasının talep edilmesi, diğer seçimlik hak olan sözleşme cezası talebini dışlar.

---

[287] Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1594; Arkan, s. 85; Öktem Çevik, Ceza Koşulu, s. 104; Cansel/Özel, s. 724; Avcı, s. 15. Ayrıca bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 349. Benzer ifadeler içeren bir Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 15. HD, E. 1999/465 T. 16.5.1999 (Dirican, s. 112): *"Cezaî şart, ifa yerine geçen cezaî şart niteliğinde olup, bu cezaî şart ancak sözleşme feshedilmeden ve hükümleri yürürlükte iken, BK'nın 106. maddesi gereğince aynen ifa isteminden vazgeçilerek, bunun yerine geçen olumlu zarar sayılan cezaî şart olarak istenebilir."*

[288] Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 259 (Ancak yazar daha sonra bu fikriyle çelişen ifadeler kullanmaktadır; bkz. Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 261); Kapancı, Sözleşme Cezası, s. 670.

[289] Couchepin, Clause pénale, para. 625; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1594; Kapancı, Sözleşme Cezası, s. 671 ve 675; Avcı, s. 15.

Bu noktada borçlu temerrüdünün para borçları açısından özel sonucu olan temerrüt faizinden de bahsedilmesi gerekmektedir. Bir para borcunun borçlusu temerrüde düşmüşse alacaklı, asıl borcun ifası ile birlikte asıl borç için işlemiş temerrüt faizini de uğramış olduğu zarardan ve borçlunun kusurundan bağımsız olarak talep edebilecektir. Seçimlik sözleşme cezasının, yapısı gereği, temerrüt faizi ile kümülatif olarak talep edilmesi mümkün değildir. Seçimini sözleşme cezasından yana kullanan alacaklı, asıl borcu talep edemeyeceği gibi, kanun tarafından asıl borcun yanında onunla birlikte talep edilmek üzere tasarlanmış temerrüt faizinden istifade edemez[290].

(2) Sözleşmeden dönme hakkı ile sözleşme cezası talebinin bağdaşıp bağdaşmadığı ise dönmenin sözleşme üzerindeki etkisi konusunda benimsenecek görüşe göre farklılaşacaktır[291]. Sözleşmeden dönmenin sonuçları, öteden beri İsviçre-Türk hukukunun en tartışmalı meselelerinden biridir. Bu konudaki görüşlerin, kendi aralarında çeşitli yönlerden ayrışmakla birlikte iki yönde kutuplaştığı söylenebilir[292]. **(a)** Bazı yazarlar, dönmenin sözleşmeyi dolaysız bir güçle etkilediğini ve geriye etkili olarak ortadan kaldırdığını savunmaktadırlar[293]. Bu görüş benimsendiği takdirde, asıl borcun doğduğu sözleşme geriye etkili olarak ortadan kalkmış olduğu için, ferîlik ilkesinin bir gereği olarak sözleşme cezası da geçersizleşecek ve talep edilemeyecektir[294]. Yargıtay uygulamasının da bu yönde olduğu söylenebilir[295]. Ancak tarafların aksini kararlaştırmalarının mümkün olduğu ve böyle bir anlaşma mevcutsa alacaklının sözleşmeden dönmüş olmasına rağmen sözleşme cezasından

---

[290] Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 263-264; Kapancı, Sözleşme Cezası, s. 676. Alacaklının seçimini kendisinden yana kullandığı sözleşme cezasının zararı telafi etmekte yetersiz kaldığı durumda, temerrüt faizinin aşkın zararın tazmini kapsamında talep edilebileceği yönündeki aksi görüş için bkz. Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 118 dn. 381.

[291] Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 21; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 191-192.

[292] Bu konudaki görüşlerin kısa bir özeti için bkz. Yelkenci, s. 162 dn. 15.

[293] Örneğin bkz. Oğuzman/Öz, Cilt-1, para. 1686 vd.; Feyzioğlu, Cilt-II, s. 263; M. Turgut Öz, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, s. 39 vd.; Vedat Buz, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998, s. 133 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 967-968.

[294] Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1585; H. Nomer, para. 237.4; Furrer/Müller-Chen/Çetiner, para. 1619; Tunçomağ, s. 126; Öz, Eser, s. 295-296; Buz, Sözleşmeden Dönme, s. 160-161; Arkan, s. 84; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 260; Öktem Çevik, s. 100-101; Kapancı, Sözleşme Cezası, s. 668; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 191; Gökyayla, İfaya Eklenen Ceza Koşulu, s. 60; Avcı, s. 16.

[295] Yarg. 23. HD, E. 2016/4618 K. 2019/941 T. 11.3.2019 (Kazancı); Yarg. 15. HD, E. 2016/355 K. 2017/2002 T. 25.5.2017 (Kazancı); Yarg. 23. HD, E. 2014/8053 K. 2015/3272 T. 5.5.2015 (Kazancı); Yarg. 23. HD, E. 2014/2171 K. 2014/7539 T. 25.11.2014 (Kazancı); Yarg. 15. HD, E. 2014/3312 K. 2014/4996 T. 8.9.2014 (Kazancı); Yarg. 15. HD, E. 2009/1586 K. 2010/1330 T. 10.3.2010 (Kazancı); Yarg. 15. HD, E. 2000/2826 K. 2000/4884 T. 8.11.2000 (Kazancı).

istifade edebileceği belirtilmektedir[296]. *Kapancı,* sözleşmeden dönülse dahi seçimlik sözleşme cezasının ifasının talep edilebileceğinin kararlaştırıldığı duruma ilişkin yaptığı değerlendirmede, alacaklının ya tasfiye ilişkisinden kaynaklanan iade talebini ileri sürebileceğini ya da sözleşme cezasının ifasını talep edebileceğini ifade etmektedir. Yazara göre, bunlardan birini seçen alacaklı ayrıca olumsuz zararının tazminini talep edebilir[297]. Kanaatimizce bu yaklaşıma katılmak mümkün değildir. Zira sözleşme cezası ile seçimlik ilişki içerisinde olan, tasfiye ilişkisinden kaynaklanan iade talebi değil; borçlunun ifa etmesi gerekirken etmediği asıl borçtur. Alacaklı bu ihtimalde hem ifa ettiği edimlerin iadesini hem de sözleşme cezasının ifasını talep edebilir. Alacaklı menfi zararının tazminini ise ancak sözleşme cezasını aştığı ölçüde TBK m. 180/II uyarınca isteyebilecektir. **(b)** Diğer yandan dönmenin sözleşmenin varlığını etkilemeyeceğini, yalnızca konusunu tersine çevireceğini savunan yazarlar da mevcuttur[298]. Sözleşmenin tasfiye ilişkisine dönüşmüş haliyle varlığını tasfiye tamamlanana kadar sürdüreceğini savunan bu görüşe göre, sözleşmeden dönülmüş olması sözleşme cezası talebinin önünde engel teşkil etmez[299].

Sözleşmenin feshi bakımından ise farklı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bilindiği üzere sözleşmeyi sona erdirme hakkının sürekli edimli borç ilişkilerindeki görünümü olan sözleşmenin feshinde, sözleşme ileriye etkili olarak geçersizleşir. Fesih öncesi dönemde doğurmuş olduğu hüküm ve sonuçlar geçerli olarak varlığını korur[300]. Dolayısıyla fesih öncesinde meydana gelmiş sözleşme

[296] Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1585; Öz, Eser, s. 296-297; Dirican, s. 79-80; Gökyayla, İfaya Eklenen Ceza Koşulu, s. 63; Arkan, s. 84; Kapancı, Sözleşme Cezası, s. 668-669; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 192. Aynı yönde bkz. Yarg. 15. HD, E. 2016/355 K. 2017/2002 T. 25.5.2017 (Kazancı).

[297] Kapancı, Sözleşme Cezası, s. 668-669.

[298] Örneğin bkz. Serozan, Dönme, s. 73 vd.; Özer Seliçi, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1976, s. 209-210; Ayşe Havutçu, Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, İzmir 1995, s. 66.

[299] Serozan, Dönme, s. 565; Kapancı, Sözleşme Cezası, s. 668 dn. 31; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 192; Taşkın, s. 1336.

[300] Sözleşmeyi sona erdirme hakkı, ani edimli borç ilişkilerinde dönme; sürekli edimli borç ilişkilerinde fesih olarak kendisini gösterir. Sözleşmeden dönme durumunda sözleşme, (en azından savunulan görüşlerden biri uyarınca) geriye etkili olarak baştan itibaren geçersizleşir. Sözleşmenin feshinde ise sözleşme ileriye etkili olarak geçersizleşecektir. Fesih dönemi öncesindeki hüküm ve sonuçlar geçerliliğini korur. Sözleşmeden dönme ve sözleşmenin feshi ayrımı için bkz. Oğuzman/Öz, Cilt-1, para. 1441.

ihlalinin muaccel hâle getirdiği sözleşme cezasının ifası, alacaklı tarafından talep edilebilir[301].

(3) Borcun aynen ifasından vazgeçip olumlu zararının tazmini talep eden alacaklının ceza koşulundan istifade etmesi mümkündür. Burada talepler arasında herhangi bir bağdaşmazlık sorunu gündeme gelmez. Buna göre alacaklı, sözleşme cezasının ifasını isteyebilecek; ayrıca sözleşme cezasını aşan bir zararı mevcutsa bunun tazminini de TMK m. 180/II uyarınca talep edebilecektir[302]. Bu çerçevede aynı menfaatin iki defa tatmin edilmemesine dikkat edilmesi gerekmektedir. Durumu bir örnek üzerinden açıklayalım. Taraflar arasında hiç ifa etmeme durumuna ilişkin 35.000 TL'lik bir seçimlik sözleşme cezasının kararlaştırıldığını ve borçlunun ifadan imtina etmesi karşısında alacaklının borcun aynen ifasından vazgeçen alacaklının toplam zararının 50.000 olduğunu varsayalım. Bu çerçevede borcun aynen ifasından vazgeçip olumlu zararının tazminini talep eden alacaklı, 35.000 TL'lik sözleşme cezasının ifasını talep edebilecek; sözleşme cezasını aşan 15.000 TL zararının tazminini TBK m. 180/II uyarınca talep edebilecektir.

Diğer yandan alacaklının taraflar arasındaki ceza koşulundan hiç istifade etmeyip, olumlu zararının tazminini genel borca aykırılık rejimi uyarınca zararını ispatlayarak sağlaması da mümkündür. Esasen alacaklının bu yolu kullanmak yerine sözleşme cezasından istifade etmesi, kendisini zararın ispatından kurtardığı için daha elverişli olacaktır. Ancak özellikle sözleşme cezasını aşan bir zarara uğramış alacaklılar bakımından bu ikinci yolu takip etmek ve genel hükümlerden istifade etmek de kendi bünyesinde belirli bir avantaj barındırabilir. Zira sözleşme cezasını talep etmiş olan borçlunun bunu aşan zararının tazminini sağlaması, hem zararını hem borçlunun kusurunu ispat etmesine bağlıdır. Borçlunun kusurlu olduğunu ispat etmekte zorlanacağını düşünen alacaklı için genel hükümler bu açıdan daha avantajlı olabilir[303].

---

[301] Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1585; Furrer/Müller-Chen/Çetiner, para. 1619; Arkan, s. 84; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 22; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 192; Gökyayla, İfaya Eklenen Ceza Koşulu, s. 62.

[302] Sözleşme cezasını talep etmek isteyen alacaklının, ifanın yerine geçecek olumlu tazminattan vazgeçmiş olması gerektiği yönündeki aksi görüş için bkz. Kapancı, Sözleşme Cezası, s. 671.

[303] Bkz. Taşkın, s. 1326.

c. Eksik İfa

Alacaklı, kural olarak, borçlunun yapmış olduğu kısmi ifayı kabul etmek durumunda değildir. Kısmi ifayı reddedip, borçluyu borcun tamamı bakımından borçlu temerrüdüne düşürebilir. Bu durumda seçimini sözleşme cezasının ifasından yana kullanan alacaklı, sözleşme cezasının tamamını talep edebilecektir. Alacaklının kısmi ifayı reddetmiş olması bu konuda herhangi bir engel teşkil etmez.

Ancak alacaklı kısmi ifayı kabul etmiş ve borçlu borcunun geri kalan kısmını daha sonra ifa etmemiş olabilir. Bu durumda "eksik ifa" söz konusu olacaktır. Borçlunun borcu eksik ifa etmiş olmasına bağlı olarak alacaklının ileri sürebileceği sözleşme cezası talebinin kapsamı, borcun hâlihazırda ifa edilmiş kısmının göz önüne alınması suretiyle belirlenmelidir. Zira bu ifa edilmiş kısım dikkate alınmaksızın alacaklıya sözleşme cezasının tamamını talep etme imkânının tanınması, aynı menfaatin iki kere tatmin edilmesi sonucuna yol açacaktır[304]. Böyle bir duruma, taraflar aksini kararlaştırmadıkça izin verilmemelidir. Dolayısıyla eksik ifa durumunda alacaklı, ancak asıl borcun ifa edilmemiş kısmına tekabül eden oranda sözleşme cezası talep edebilir[305]. Örneğin satış konusu 10 ton pamuğun hiç teslim edilmemesine ilişkin taraflar 100.000 TL sözleşme cezası kararlaştırmış; satıcı yalnızca 2 ton pamuk teslim etmiş olsun. Bu durumda alıcı sözleşme cezasının ifasını talep etmeye karar verirse, asıl borcun ifa edilmemiş %80'lik kısmına tekabül eden oran olarak 80.000 TL sözleşme cezası talep edebilecektir.

Buna karşılık öğretide bir görüş, alacaklının asıl borcun hâlihazırda ifa edilmiş kısmını iade etmek suretiyle sözleşme cezasının tamamını talep edebileceğini savunmaktadır[306]. Bu görüş benimsendiği takdirde, yukarıdaki örnek bakımından, alacaklının 2 ton pamuğu iade edip 100.000 TL sözleşme cezası ödenmesini talep edebileceği sonucuna varılacaktır. Kanaatimizce böyle bir görüş, ne teknik hukuk bakımından ne de taraflar arasındaki menfaat dengesi bakımından haklı görülebilir.

---

[304] Couchepin, Clause pénale, para. 622.

[305] Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 196-197. Alacaklının ifa edilmiş kısmın değeri oranında indirilmiş sözleşme cezasını talep edebileceği yönünde bkz. Couchepin, Clause pénale, para. 622. Fransız Medeni Kanununun borçlar hukuku reformuyla değiştirilmeden önceki hâlinde m. 1231, bu esası özel bir kural ile hüküm altına almıştı.

[306] Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, para. 1472; Tunçomağ, s. 111; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 261. Alacaklının dilerse ifa edilmiş kısımla orantılı olarak indirilmiş sözleşme cezasını dilerse asıl borcun hâlihazırda ifa edilmiş kısmını iade etmek suretiyle sözleşme cezasının tamamını talep edebileceği yönünde bkz. CR CO I-Mooser, Art. 160 para. 10; OFK OR-Wuffli, Art. 160 para. 14; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 160 para. 36; Erdem, Clause pénale, s. 119.

Bu görüşün teknik anlamda dayanak noktası, alacaklının sözleşme cezasını seçmesi üzerine asıl borcun tamamının sona erecek ve ifa edilmiş kısmın alacaklının malvarlığı bakımından sebepsiz zenginleşme teşkil edecek olmasıdır. Oysa burada teknik anlamda bir sebepsiz zenginleşme mevcut değildir; ifa geçerli bir hukuki sebebe dayanmaktadır. Şöyle ki alacaklının kabul ettiği kısmi ifa, geçerli bir ifadır; borcu ifa edilen kısım oranında sona erdirir. Bu noktadan sonra sözleşmenin tamamını geriye etkili olarak ortadan kaldıran herhangi bir sebep ortaya çıkmadığı müddetçe bu ifanın geçerli hukuki sebepten yoksun kaldığı söylenemez. İsviçre-Türk hukukunda borcunu eksik ifa etmiş borçlunun kısmi temerrüde düşeceği ve temerrüt sonuçlarının kural olarak sadece borcun ifa edilmeyen kısmı ile sınırlı biçimde uygulanacağı savunulmaktadır. Aynı şekilde kısmi ifa imkânsızlığında imkânsızlığın sonuçları da kural olarak sadece borcun imkânsızlığa uğramış kısmı ile sınırlı biçimde uygulanacaktır. Dolayısıyla ifa engelleri hukukuna hâkim olan genel ilkeler uyarınca, eksik ifa durumunda alacaklının seçimini sözleşme cezasından yana kullanması, kural olarak yalnızca borcun ifa edilmemiş kısmını etkileyip sona erdirecektir. Buna karşılık borcun hâlihazırda ifa edilmiş kısmını etkilemeyecektir. Durum böyleyken ifa edilmiş kısmın sebepsiz zenginleşme teşkil edeceğini söylemek mümkün değildir. Kaldı ki, taraflar arasındaki menfaat dengesi de yukarıda savunmuş olduğumuz görüşün kabulünü gerektirmektedir.

Sonuç olarak alacaklının hâlihazırda ifa edilmiş kısmı iade etmek suretiyle sözleşme cezasının tamamını talep etmesine, kural olarak izin verilmemelidir. Fakat borçlunun ifa etmiş olduğu kısım, ifa edilmemiş kısım olmaksızın alacaklı açısından anlam ifade etmiyorsa farklı bir sonuca varılması gerekir. Bu durumda alacaklının hâlihazırda ifa edilmiş kısmı iade etmek suretiyle sözleşme cezasının tamamını talep etmesine izin verilmesi uygun olur. Örneğin özel yapım bir makinenin yalnızca bazı parçalarının teslim edildiği durumda, alacaklı bu parçaları iade etmek suretiyle sözleşme cezasının tamamını talep edebilir.

Bazı yazarlar asıl borcun eksik de olsa kısmen ifa edilmiş olmasını, sözleşme cezasının TBK m. 182/III bağlamında aşırı olup olmadığının değerlendirilmesinde hesaba katılması gereken kriterlerden biri olarak ele almaktadır[307]. Eksik ifanın

[307] Alacaklının sözleşme cezasının tamamını talep edebileceği, ancak borcun ifa edilmiş kısmı sebebiyle hâkimin sözleşme cezasının aşırı olduğunu tespit etmesi hâlinde indirim yapacağı yönünde bkz. Arsebük, s. 992. Hâkimin ifa edilmiş kısımla orantılı olarka indirim yapması gerektiği yönünde bkz. Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 106.

sözleşme cezasının aşırılığı ile ilintilendirilmesi, sözleşme cezasında indirim yapılıp yapılmayacağını ve yapılacaksa indirimin miktarını hâkimin aşırılık konusundaki takdir yetkisi alanına bırakacaktır. Oysa yukarıda ifade etmiş olduğumuz görüş doğrultusunda, borçlunun kısmen ifada bulunmuş olması, alacaklının sözleşme cezasının tamamını talep etmesini, (taraflar aksini kararlaştırmadıkça) hâkimin aşırılık konusundaki takdirinden bağımsız olarak kendiliğinden engelleyecektir. Sözleşme cezasının toplam miktarı aşırı olarak değerlendirilebilecek kadar yüksek olmasa dahi, alacaklı yalnızca asıl borcun ifa edilmemiş kısmına tekabül eden oranda sözleşme cezası talep edebilmelidir.

Bu noktada, işçinin belirli bir süreyi tamamlamadan evvel işten ayrılması durumunda kendisine verilen eğitim gideri karşılığı olarak ödeyeceği kararlaştırılan sözleşme cezalarına ilişkin Yargıtay içtihadına değinilmesi yerinde olur. Yargıtay, bu durumlarda, işçinin çalışması öngörülen süre ile gerçekte çalıştığı süre arasında bir oran kurulması ve sözleşme cezasının bu oranda indirilmesi gerektiğine hükmetmektedir[308]. Kanaatimizce bu bağlamda TBK m. 182/III anlamında bir indirimden bahsedilmesi doğru değildir; ancak yine de kararlar varmış oldukları sonuç yönünden isabetlidir[309]. Hâkim yaptığı oranlama neticesinde tespit ettiği sözleşme cezası miktarının yine de aşırı olduğunu takdir ederse, TBK m. 182/III uyarınca ayrıca indirim yapmalıdır[310].

---

[308] Yarg. 9. HD, E. 2020/4315 K. 2021/1455 T. 19.1.2021 (Kazancı): *"İşçinin belli bir süre çalışması şartına bağlanan cezalardan, sözleşme kapsamında çalışılan ve çalışması gereken sürelere göre oran kurularak indirime gidilmelidir. Somut uyuşmazlıkta davalı-karşı davacının işyerinde öğretmen olarak çalıştığı ve dosya içerisinde bulunan burs belgesinden davalı-karşı davacının 01.10.2007-31.07.2009 tarihleri arasında 22 ay ...'da eğitim aldığı ve döndükten sonra davacı-karşı davalı işyerinde, yüklenme senedine göre burs aldığı sürenin üç katı 66 ay süre ile çalışması gerektiği anlaşılmaktadır. SGK hizmet cetveli ve işe giriş bildirgelerinde davalı-karşı davacının 01.09.20012-28.09.2007 tarihleri arasında ve 01.09.2009-31.08.2014 tarihleri arasında olmak üzere iki dönem halinde çalıştığı görülmektedir. Davalı-karşı davacı Eylül ayı 2009-17.06.2014 tarihleri arasında 58 ay çalıştığını iddia ettiğinden çalışması gerekli 66 ay süre ile çalışılan süre 58 aya göre oran kurularak cezai şartta indirime gidilmesi gerekir.*" Aynı yönde bkz. Yarg. 9. HD, E. 2009/17330 K. 2011/19554 T. 30.6.2011 (Kazancı); Yarg. 22. HD, E. 2016/19833 K. 2019/18334 T. 7.10.2019.

[309] Sözleşme cezası talebinin alacaklının uğradığı zarardan bağımsız olduğu gerekçesinden hareketle söz konusu Yargıtay kararlarını eleştiren aksi görüş için bkz. Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 244.

[310] Aynı yönde bkz. Erdem Özdemir, "İş Hukukunda Eğitim Karşılığında Öngörülen Cezai Şart", Çalışma ve Toplum 2005/1, s. 143 vd., s. 151. Öte yandan Yargıtay'ın *"eğitimden yararlanan sayısı dikkate alınarak ve oranlanarak davalıya düşen eğitim giderine hükmetmek"* gerektiği yönündeki yaklaşımına katılmak güçtür (Bkz. Yarg. 9. HD, E. 2003/14720 K. 2004/4609 T. 5.5.2004 (Kazancı)). Eğitimden borçlu dışındaki kişilerin de faydalanmış olduğu hususu, hâkimin sözleşme cezasının aşırı olup olmadığını belirlerken kendisine tanınmış takdir yetkisi çerçevesinde dikkate alabileceği kriterlerden biridir. Dolayısıyla hâkimin aşırılık konusundaki takdirinin ne yönde gelişeceğine bakılmaksızın bir oranlama yapılması ve sözleşme cezasının yalnızca bir kısmına hükmedilmesi düşünülemez.

d. Ayıplı İfa

Kanaatimizce ayıplı ifa hâline ilişkin kararlaştırılan sözleşme cezasının, karine olarak ifaya eklenen sözleşme cezası niteliği taşıdığının (TBK m. 179/II) kabulü gerekmektedir. Bununla birlikte tarafların ayıplı ifa hâline ilişkin olarak seçimlik bir sözleşme cezası kararlaştırmış olmaları mümkündür. Böyle bir durumda seçim hakkını sözleşme cezasının ifasından yana kullanan alacaklının, **(i)** ya ayıplı malı borçluya iade ederek kararlaştırılan sözleşme cezasının tamamını talep etmesi **(ii)** ya da ayıplı malın değerini kararlaştırılan sözleşme cezası miktarından düşerek talebini buna göre ileri sürmesi gerekmektedir.

Bazı yazarlar, alacaklının ayıplı ifa hâline ilişkin olarak kararlaştırılmış sözleşme cezasının ifasını talep edebilmesi için, muayene ve ihbar külfetini yerine getirmiş olması gerektiğini belirtmektedir[311]. Bu görüşe katılmaya olanak bulamıyoruz. Muayene ve ihbar külfetini yerine getirmeyen alacaklı, ayıba ilişkin haklarını kullanamasa dahi sözleşme cezasının ifasını talep edebilmelidir.

B. İfaya Eklenen Sözleşme Cezası

İfaya eklenen bir sözleşme cezası muaccel olduğu takdirde alacaklı, hem asıl borcun hem sözleşme cezasının ifasını talep edebilecektir. Ancak bu talepler birlikte ileri sürülmesine rağmen, kural olarak aynı menfaat iki kere tatmin edilmemekte; gerçek anlamda bir kümülasyon mevcut olmamaktadır. Aşağıda öncelikle ifaya eklenen sözleşme cezasının çeşitli ifa engelleri çerçevesindeki görünümü incelenecek ve bu tespitimiz detaylandırılmaya çalışılacaktır (1). Akabinde borçlunun borcunu zamanında ifa etmemesi hâlinde muaccel olacağı ve süreye bağlı olarak miktarının artacağı kararlaştırılan sözleşme cezalarına dair bazı açıklamalar yapılacak; böylelikle uygulamada en sık karşılaşılan ceza koşulu türüne dair gündeme gelen sorunlara çözüm aranacaktır (2). Son olarak, TBK m. 179/II'de düzenlenmiş olan ve alacaklının ifaya eklenen sözleşme cezasına ilişkin hakkının sona ermesine yol açan iki durum ele alınacaktır (3).

[311] Bentele, s. 135.

1. İfaya Eklenen Sözleşme Cezası ile Asıl Borcun İhlalinden Kaynaklanan Diğer Haklar Arasındaki Etkileşim

İfaya eklenen sözleşme cezası bağlamında iki talep birlikte ileri sürülmekte olsa dahi, en azından karine olarak ifaya eklenen nitelikte olduğu kabul edilen sözleşme cezaları bakımından gerçek anlamda bir kümülasyon mevcut değildir[312]. Şöyle ki, karine olarak ifaya eklenen nitelik taşıdığı kabul edilen sözleşme cezaları bakımından aynı menfaatin iki kere tatmin edilmesi söz konusu olmamaktadır. Çalışmamızda savunmuş olduğumuz görüş uyarınca, herhangi bir gereği gibi ifa etmeme durumu için kararlaştırılmış sözleşme cezasının, karine olarak ifaya eklenen nitelikte olduğu kabul edilmelidir[313]. İşte böyle bir sözleşme cezası, ifa menfaatinin kendisini değil, ifanın gereği gibi gerçekleşmesi menfaatini tatmin etmek üzere kararlaştırılmıştır. Dolayısıyla alacaklının hem asıl borcun hem sözleşme cezasının ifasını talep etmesi; farklı menfaatlerin tatmin edilmesi sonucuna yol açacaktır[314]. Bununla birlikte karine olarak seçimlik nitelik taşıyacak olan bir sözleşme cezasına tarafların anlaşmasıyla ifaya eklenen nitelik kazandırılırsa, artık gerçek anlamda bir kümülasyon söz konusu olur. Taraflar hiç ifa etmeme durumunda devreye girecek sözleşme cezasının ifaya eklenen nitelik taşıdığını kararlaştırdıkları takdirde, aynı menfaat iki kere tatmin edilmiş olur[315]. Bu durum, Roma hukukundan günümüze uzanan ilkelerin bir yansımasıdır. Alacaklının aynı menfaatinin iki kere tatmin edilmesi, aksine bir anlaşma olmadığı müddetçe mümkün olmamalıdır.

Borçlunun asıl borcu ihlalden sorumlu tutulabileceği bir sebeple ihlal etmesi, sözleşme cezasının muaccel olması sonucunu doğurur. Bu durumda alacaklı, asıl borcun ifasına ek olarak sözleşme cezasının ifasını da talep edebilecektir. Bununla birlikte asıl borcun ihlal edilmiş olması, alacaklıya, kimisi asıl borca eklemlenen kimisi asıl borcun yerini alan başkaca haklar da tanıyacaktır. Bu hakların bir kısmının kullanılması, alacaklının asıl borç ve sözleşme cezası talebiyle bağdaşmayacaktır. Dolayısıyla alacaklının bu haklar bakımından bir seçim yapması

[312] Aynı doğrultuda bkz. KUKO OR-Pietruszak, Art. 160 para. 12; Bentele, s. 95.

[313] TBK m. 179/II'nin lafzında ifaya eklenen sözleşme cezası karinesinin kapsamı, belirlenen yerde ve zamanda ifa etmeme hâli için kararlaştırılan sözleşme cezaları ile sınırlı tutulmuştur. Ancak kanunun amacı göz önüne alınması, bu iki ifa modalitesine aykırılık dışında kalan diğer gereği gibi ifa etmeme hâlleri için kararlaştırılmış sözleşme cezalarının da ifaya eklenen nitelikte olduğunun kabulünü zorunlu kılmaktadır. Bu konuda detaylı açıklamalarımız için bkz. *"Dördüncü Bölüm / I. / A. Sözleşme Cezasının Türü Konusunda Kanunda Öngörülmüş Karineler"*.

[314] Couchepin, Clause pénale, para. 636-637.

[315] Couchepin, Clause pénale, para. 649.

gerekecektir. Diğer bazı hakların ise alacaklının asıl borç ve sözleşme cezası talebine ek olarak aynı anda talep edilmeleri mümkündür.

Bununla bağlantılı olarak, asıl borcun ihlal edilmesi üzerine alacaklının sahip olacağı hakların sözleşme cezası ile ilişkisini, ceza koşuluna bağlanmaları durumunda karine olarak ifaya eklenen bir sözleşme cezasının doğacağı bazı ifa engeli türleri bağlamında inceleyelim. Çalışmamızda savunduğumuz görüş gereğince, karine olarak, "gereği gibi ifa etmeme" durumunda ödeneceği kararlaştırılan sözleşme cezaları ifaya eklenen nitelik taşımaktadır (TBK m. 179/II). Bu başlık altında, uygulama açısından arz ettikleri önem sebebiyle, belirli hakların kullanılması durumunda gereği gibi ifa etmeme teşkil eden borçlu temerrüdü ve ayıplı ifa üzerinde durulacaktır.

a. Borçlu Temerrüdü

Öncelikle borçlunun muaccel borcunu, ifa imkânsızlığı söz konusu olmamasına rağmen ifa etmemekte direndiği borçlu temerrüdü durumunu ele alalım. Bilindiği üzere borçlu temerrüdünün genel sonucu olarak alacaklı, borcun aynen ifasını ve gecikme yüzünden uğramış olduğu zararın tazminini talep edebilir. Ayrıca borçlu temerrüdünün karşılıklı sözleşmeler bakımından bazı özel sonuçları mevcuttur. TBK m. 123-124 uyarınca gerekli merasimi yerine getiren alacaklı, borcun ifasından vazgeçip olumlu zararının yahut sözleşmeden dönüp olumsuz zararının tazminini talep etme hakkına kavuşur. Bu seçimlik haklar ile ifaya eklenen sözleşme cezası arasındaki ilişkinin ana hatları şu şekildedir:

(1) Öncelikle seçimini asıl borcun aynen ifasından yana kullanan alacaklı, aynen ifanın yanında sözleşme cezasının ifasını da talep edebilecektir. Bu durum, sözleşme cezasının ifaya eklenen mahiyetinden kaynaklanmaktadır. Ancak sözleşme cezasından istifade etmek istemeyen alacaklı, dilerse gecikme yüzünden uğramış olduğu zararın tazminini sanki hiç ceza koşulu kararlaştırılmamış gibi TBK m. 112 uyarınca talep edebilecektir. Bu durumda artık genel borca aykırılık rejimi söz konusu olduğu için alacaklının uğramış olduğu zararı ispat etmesi beklenecektir. Esasen alacaklının bu yolu kullanmak yerine sözleşme cezasından istifade etmesi, kendisini zararın ispatından kurtardığı için daha elverişli olacaktır. Ancak özellikle sözleşme cezasını aşan bir zarara uğramış alacaklılar bakımından bu ikinci yolu takip

etmenin ve genel hükümlerden istifade etmenin de kendi bünyesinde belirli bir avantaj barındırabileceği daha evvel açıklanmıştır.

İsviçre-Türk hukukunda neredeyse oy birliği ile kabul gören görüş uyarınca alacaklının, asıl borç ve sözleşme cezasına ek olarak ayrıca TBK m. 112 uyarınca gecikme tazminatı talep edebilmesi, aksi kararlaştırılmadıkça mümkün değildir[316]. *Kapancı* ise konuya ilişkin detaylı bir inceleme yaptığı makalesinde öğretiden ayrık bir görüş geliştirmiş ve alacaklının asıl borç ile sözleşme cezasına ek olarak gecikme tazminatı da talep edebileceğini savunmuştur[317]. Bu görüşe katılmamakta; İsviçre-Türk hukukundaki hâkim görüşü takip etmekteyiz. Zira ceza koşulunun asli işlevi, borçluyu borcunu ifa konusunda zorlamak; ikincil işlevi ise borçlu buna rağmen borcunu ifa etmeyecek olursa meydana gelecek zararı götürü olarak tazmin etmektir. Başka bir deyişle ceza koşulu, normalde gecikme tazminatının telafi edeceği zararın ispata gerek olmaksızın telafi edilebilmesini sağlar. Sözleşme cezası ile gecikme tazminatının her ikisi de aynı zararı telafi eder; durum böyleyken alacaklıya bu iki hukuki çareyi birden tanımak aynı zararın iki defa telafisi anlamına gelir. Böyle bir durum da hukuk mantığına aykırılık teşkil eder. Dolayısıyla ceza koşulunun gecikme tazminatından ayrı ve ekstra bir hukuki çare sunduğunu iddia etmek, ceza koşulunun doğasına aykırıdır. Alacaklının uğradığı zarar sözleşme cezasını aştığı takdirde, aşkın zararın tazmini TBK m. 180/II uyarınca söz konusu olur[318]. Örneğin 10.000 TL sözleşme cezası kararlaştırılmış olsun. **(a)** Alacaklı 2.000 TL zarara uğradığı takdirde, yalnızca asıl borç + 10.000 TL sözleşme cezasını talep edebilir. Bunun üstüne bir de 2.000 TL gecikme tazminatı talep edemez; o zarar zaten sözleşme cezasıyla telafi edilmiştir. **(b)** Alacaklı 15.000 TL zarara uğradığı takdirde, yalnızca

[316] KUKO OR-Pietruszak, Art. 160 para. 12; Bentele, s. 95; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1622; H. Nomer, para. 240.3; Ozanoğlu, s. 42; Arkan, s. 91; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 304; Karagöz, Cezai Şart, s. 49; Dirican, s. 125; Cansel/Özel, s. 727. Aynı yönde bkz. Yarg. 13. HD, E. 1984/2071 K. 1984/2917 T. 17.4.1984 (Kazancı). Genel olarak sözleşme cezası miktarının zarar miktarından düşüleceği yönünde bkz. CR CO I-Mooser, Art. 161 para. 3; OFK OR-Wuffli, Art. 161 para. 5. Alacaklının uğradığı zararın sözleşme cezasını aşmadığı müddetçe ayrıca talep edilemeyeceği yönünde bkz. CHK OR-Pellanda Katja, Art. 161 para. 6. *Kabaklıoğlu Arslanyürek* ise bir yandan aynı zarar dolayısıyla hem tazminat hem sözleşme cezası talep edilemeyeceğini ifade etmiş (s. 75-76); ancak diğer yandan ifaya eklenen sözleşme cezası ile olumlu zararın tazmini talebinin aynı anda ileri sürülebileceğini belirtmiştir (s. 78).

[317] Kapancı, Sözleşme Cezası, s. 675-676. İfaya eklenen sözleşme cezası ile olumlu zararın tazmini talebinin aynı anda ileri sürülebileceği yönünde bkz. Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 78; Aksoy, s. 1004 dn. 31.

[318] *Kapancı* ise aşkın zararın tazminine ilişkin TBK m. 180/II'nin ifaya eklenen sözleşme cezası bakımından fiilen uygulama alanı bulamayacağını savunmaktadır. Zira yazara göre alacaklının asıl borç ile sözleşme cezasına ek olarak gecikme tazminatını da talep edebilecek olması, sözleşme cezası miktarını aşan bir zararın varlığı ihtimalini ortadan kaldırmaktadır (Kapancı, Sözleşme Cezası, s. 665-666).

asıl borç + 10.000 TL sözleşme cezası + TBK m. 180/II uyarınca 5.000 TL aşkın zarar tazminatı talep edebilir. Bunun üstüne ayrıca gecikme tazminatı talep etmesi düşünülemez.

Bu tespitimiz, sözleşme cezasının telafi etmeye yönelik olduğu menfaat ile alacaklının gecikme yüzünden uğradığı zararın ilişkin olduğu menfaatin örtüşmediği hâller bakımından şüphesiz geçerli değildir[319]. Bu durumda alacaklının hem gecikme tazminatını hem sözleşme cezasının ifasını talep etmesinin önünde herhangi bir engel yoktur. Örneğin satım konusu pamuğun kalitesinin sözleşmede öngörülen kalitenin altına düşmesi hâlinde satıcının 50.000 TL sözleşme cezası ödemesinin kararlaştırıldığını varsayalım. Satıcı teslimatta geciktiği için temerrüde düşmüş ve daha sonra da sözleşmede öngörülen kalitenin altında pamuk teslim etmiş; buna karşılık alacaklı teslimattaki gecikme nedeniyle 25.000 TL zarara uğramış olsun. Bu durumda sözleşme cezasının telafi etmeye yönelik olduğu menfaat, satım konusu pamuğun kalitesidir. Oysa gecikme tazminatı, zamanında ifa menfaatini telafi etmeye yöneliktir. Dolayısıyla alacaklı, 50.000 TL sözleşme cezası + 25.000 TL gecikme tazminatı talep edebilir[320].

Diğer yandan taraflar, hiç ifa etmeme durumunda muaccel olacak bir sözleşme cezasının kanundaki karinenin aksine seçimlik değil ifaya eklenen nitelik taşıyacağını kararlaştırdıkları takdirde, artık asıl borcun ifasını talep eden alacaklı, hem sözleşme cezasını hem olumlu zararının tazminini ayrı ayrı talep edebilir[321]. Örneğin 10.000 TL sözleşme cezası kararlaştırılmış ve alacaklı 15.000 TL zarara uğramış olsun. Alacaklı asıl borç + 10.000 TL sözleşme cezası + 15.000 TL gecikme tazminatını talep edebilir. Zira aynı menfaatin iki kere tatmin edildiği "gerçek" bir kümülasyonun mevcut olması bakımından, tarafların anlaşmasının aranması

[319] Koller, Konventionalstrafe, para. 131 vd.; Ozanoğlu, s. 42.

[320] Burada açıkladığımız görüşü savunan *Koller* ve *Ozanoğlu,* konuya ilişkin olarak bir Alman mahkemesi kararını yansıtan başka bir örnek vermektedirler. Örnekte satıcı, alıcının satın aldığı otomobili Mart sonuna kadar teslim etmeyi ve bu taahhüde aykırılık durumunda 1.000 CHF sözleşme cezası ödemeyi taahhüt etmiştir. Ancak satıcı aracı teslimde gecikmiştir. Araç kiralama işiyle iştigal eden alıcı, aracın zamanında teslim edilmemesi nedeniyle kira kaybı olarak 1.400 CHF zarara uğramıştır. Yazarlar, alıcının hem 1.000 CHF gecikme tazminatı hem 1.400 CHF sözleşme cezasını talep edebileceğini; zira menfaatler arasında örtüşme bulunmadığını belirtmektedir. Bkz. Koller, Konventionalstrafe, para. 132; Ozanoğlu, s. 42 dn. 107. Kanaatimizce yazarların vermiş oldukları örneğin isabeti tartışmaya açıktır. Zira burada sözleşme cezası ile gecikme tazminatının telafi etmeye yönelik olduğu menfaat özdeştir; her ikisi vasıtasıyla da zamanında ifa menfaati telafi edilmek istenmektedir. Sonuç olarak alıcının 1.000 CHF sözleşme cezasını talep etmesi, bunu aşan 400 CHF'lik gecikme zararını ise TBK m. 180/II uyarınca talep etmesi daha uygun bir çözüm gibi gözükmektedir.

[321] Couchepin, Clause pénale, para. 657.

gerekmektedir. İşte tarafların TBK m. 179/I'deki seçimlik sözleşme cezası karinesini bertaraf eden ve sözleşme cezasına ifaya eklenen nitelik kazandıran anlaşmaları, bu amaca hizmet etmektedir. Bu ihtimalde alacaklı gerçek zararının tazminini zaten gecikme tazminatı çerçevesinde talep edebildiği için, artık TBK m. 180/II uyarınca aşkın zararın tazmini söz konusu olmayacaktır[322] Sonuç olarak *Kapancı*'nın makalesinde geliştirmiş olduğu görüş, kanaatimizce yalnızca tarafların anlaşmasıyla ifaya eklenen nitelik kazanan sözleşme cezaları bakımından savunulabilir.

Bu noktada bir diğer sorun olarak, borçlu temerrüdünün para borçları açısından özel sonucu olan temerrüt faizinden de bahsedilmesi gerekmektedir. Bir para borcunun borçlusu temerrüde düşmüşse alacaklı, asıl borcun ifası ile birlikte asıl borç için işlemiş temerrüt faizini de uğramış olduğu zarardan ve borçlunun kusurundan bağımsız olarak talep edebilecektir. Yukarıda alacaklının, asıl borç ve sözleşme cezasına ek olarak ayrıca TBK m. 118 uyarınca gecikme tazminatı talep edebilmesinin mümkün olmadığı yönündeki görüşümüzü ifade ettik. Ancak kanaatimizce temerrüt faizi bakımından, gecikme tazminatından farklı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Alacaklı asıl borç ve sözleşme cezasının ifasını talep ederken, ayrıca asıl borca işlemiş temerrüt faizini de talep edebilecektir[323]. Yargıtay kararlarında da alacaklının ifaya eklenen sözleşme cezasının yanında asıl borç için işlemiş temerrüt faizini talep edebileceği kabul edilmektedir[324]. Böyle bir kümülatif talebin ileri sürülebilmesi bakımından tarafların ayrıca bir anlaşma yapmış olmaları aranmamalıdır. **(a)** Ceza koşulu ile temerrüt faizi,

---

[322] Couchepin, Clause pénale, para. 659.

[323] M. Helvacı, s. 90-91; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 269-270; Özmen/Aktaş, s. 49-50. *Kapancı,* alacaklının asıl borç ile sözleşme cezasına ek olarak gecikme tazminatı da talep edebileceğini; para borçlarında gecikme tazminatının kısmen yerini alan temerrüt faizinin de yine asıl borç ile sözleşme cezasına ek olarak talep edilmesine imkân tanınması gerektiğini belirtmektedir (Kapancı, Sözleşme Cezası, s. 676-677). Kanaatimizce *Kapancı*'nın görüşü, temerrüt faizi bakımından vardığı sonuç doğru olmakla birlikte; izlediği yol itibarıyla isabetsizdir. Asıl borç için işlemiş temerrüt faizi ile sözleşme cezasının kural olarak birlikte talep edilemeyeceği; böyle bir kümülatif talebin ancak tarafların bu yönde bir anlaşma yapmış olmaları durumunda kabul edileceği yönündeki aksi görüş için bkz. Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1571; Arkan, s. 80; Dirican, s. 165. Asıl borç için işlemiş temerrüt faizinin, ancak kararlaştırılan sözleşme cezasını aştığı ölçüde talep edilebileceği yönündeki aksi görüş için bkz. Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 119. Gecikme süresine bağlı olarak artan bir sözleşme cezası kararlaştırılmışsa, temerrüt faizinin ancak sözleşme cezasını aştığı ölçüde talep edilebileceği; buna karşılık gecikme süresine bağlı olmaksızın kararlaştırılan sözleşme cezası ile temerrüt faizinin herhangi bir mahsup söz konusu olmaksızın kümülatif olarak istenmesinin mümkün olduğu yönündeki aksi görüş için bkz. Koller, Konventionalstrafe, para. 144; Couchepin, Clause pénale, para. 1181-1184.

[324] Yarg. 13. HD, E. 1990/3873 K. 1990/8018 T. 30.11.1990 (Kazancı): *"Faiz ile ceza şartı farklı şeylerdir. Zarar faiz ile karşılandığından cezanın istenemeyeceği düşüncesi yanlıştır."* Ayrıca bkz. Yarg. 3. HD, E. 2003/6978 K. 2003/7091 T. 2.6.2003 (Kazancı); Yarg. 13. HD, E. 1995/3746 K. 1995/3964 T. 18.4.1995 (Kazancı); Yarg. 13. HD, E. 1995/5223 K. 1995/5284 T. 30.5.1995.

işlevleri kısmen örtüşse bile birbirlerinden bağımsız özellik taşıyan hukuki kurumlardır. Dolayısıyla birinin talep ediliyor olması, öbürünün talebinin önünde engel yaratmaz. Temerrüt faizi borçlu temerrüdünün para borçlarına ilişkin özel bir sonucu olarak kanun tarafından alacaklı lehine tanınmış bir hukuki çare olup; koşulları kanunda düzenlenmiştir. Salt bir ceza koşulu kararlaştırılmış olması, kaynağını kanunda bulan bu hukuki çarenin taraflarca bertaraf edildiği yönünde yorumlanamaz. Temerrüt faizi borçlunun para borcunu ödemekte temerrüde düşmesi üzerine kanun gereği kendiliğinden işlemeye başlar. Alacaklının sözleşme cezasına ek olarak işlemiş temerrüt faizi talep etmesini istemeyen taraflar, bunu ayrıca kararlaştırmış olmalıdır. **(b)** Gecikme tazminatında karşımıza çıkan "ikinciye tazmin" sorunu, temerrüt faizi bakımından gündeme gelmez. Aslında temerrüt faizi, para borçlarında kısmen gecikme tazminatının yerini alır. Fakat zarar kavramını merkez alan gecikme tazminatından farklı olarak, temerrüt faizi talebi bakımından alacaklının zarara uğramış olması aranmaz. Temerrüt faizi gerçekte mevcut olan bir zararın telafisi amacını taşımadığı için, sözleşme cezası ile aynı talepte buluşması sorun yaratmayacaktır.

Sonuç olarak alacaklı, asıl borcun ve ifaya eklenen sözleşme cezasının yanında asıl borç için işlemiş temerrüt faizini de talep edebilir. Ancak sözleşme cezası ile asıl borç için işlemiş temerrüt faizinin bir araya gelmelerine rağmen alacaklının borcun zamanında ifa edilmemesi sebebiyle uğramış olduğu zararı karşılamak konusunda yetersiz kalmaları mümkündür. Böyle bir durumda alacaklı, aşkın zararın tazminini talep edebilecektir. Alacaklı, temerrüt faizini aşan zarar konusundaki TBK m. 122 ve sözleşme cezasını aşan zarar konusundaki TBK m. 180/II'den dilediğine başvurmakta serbesttir[325]. Alacaklı açısından daha avantajlı olan, TBK m. 122'den istifade etmek olacaktır. Zira TBK m. 122 uyarınca borçlunun aksini ispat etmediği müddetçe kusurlu olduğu karinesi kabul edilmekteyken; TBK m. 180/II uyarınca alacaklı borçlunun kusurlu olduğunu ispat etmek durumunda kalacaktır[326]. Her hâlükârda alacaklı, temerrüt faizi veya ceza koşulu ile telafisini sağladığı bir zararı aşkın zarar kapsamında tekrar tazminat talebine konu ederek "ikinciye tazmin" durumu yaratmamalıdır. Örneğin asıl borç için işlemiş temerrüt faizi 5.000 TL ve ifaya eklenen sözleşme cezası 5.000 TL iken gecikme neticesinde

[325] Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 271.
[326] Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 271.

20.000 TL zarara uğrayan alacaklı, aşkın zararın tazmini kapsamında yalnızca 10.000 TL talep edebilir[327].

(2) Asıl borcun aynen ifasından vazgeçip olumlu zararının tazmini talep eden alacaklının, ceza koşulundan istifade edip edemeyeceği tartışmalı bir konudur. Bazı yazarlar, bu talepler arasında bir bağdaşmazlık sorunu bulunduğunu belirtmektedir. İfayı tamamlayıcı mahiyette bir talep olan ifaya eklenen sözleşme cezasının, asıl borcun aynen ifasından vazgeçilmişken talep edilmesi mümkün değildir[328]. Yargıtay içtihatları da bu yöndedir[329].

Ancak kanaatimizce asıl borcun aynen ifasından vazgeçip olumlu zararının tazminini talep eden alacaklının ifaya eklenen sözleşme cezasından istifade edebileceğini savunan görüş, çok daha ikna edicidir[330]. Öğretide isabetle ifade edildiği üzere, alacaklı asıl borcun ifasından vazgeçtiğinde ileri sürdüğü olumlu zararın tazmini talebi, gereği gibi ifa menfaati de dâhil olmak üzere ifaya ilişkin her tür menfaati içinde barındırır[331]. Örneğin alacaklı, edimin zamanında ifa edilmemiş olması nedeniyle uğramış olduğu gecikme zararını da bu kapsamda talep edebilir. Dolayısıyla burada bir bağdaşmazlık sorunundan bahsedilemez. Asıl borcun aynen ifasından vazgeçip olumlu zararınn tazminini talep eden alacaklı, ceza koşulundan istifade edebilmelidir. Sözleşme cezasını aşan bir zararı mevcutsa, bu zararının tazminini ayrıca TBK m. 180/II uyarınca talep edebilecektir.

(3) Sözleşmeden dönme hakkı ile sözleşme cezası talebinin bağdaşıp bağdaşmadığı ise, yukarıda seçimlik sözleşme cezası bağlamında açıklanmış olduğu üzere, dönmenin sözleşme üzerindeki etkisi konusunda benimsenecek görüşe göre

---

[327] Barlas, s. 223.

[328] Gümüş, Borçlar Genel, s. 1024; Dirican, s. 83-84; Avcı, s. 15. Sözleşme cezasının ifasını talep eden alacaklının, iradesini asıl borcun ifasından yana kullanması gerektiği yönünde bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 350; Ozanoğlu, s. 44; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 200.

[329] Yarg. 15. HD, E. 2012/2766 K. 2012/4181 T. 4.6.2012 (Kazancı): *"Ancak, aynen ifadan vazgeçip olumlu zararın tazmini istendiğinde; ayrıca, gecikme-kira tazminatı, eksik ve ayıplı işler bedeli, cezai şart ve taşınmazın yahut paylarının tescili istenemez. Çünkü, ifa yerine geçen olumlu zararın istenmesi demek, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi davacılara düşen bağımsız bölümlere ait arsa paylarının davalı yükleniciye temliki karşılığında o bağımsız bölümlerin, teslimi gereken tarihdeki bitmiş halde rayiç bedellerin müspet zarar olarak istenmesi demektir."* Aynı yönde bkz. Yarg. 15. HD, E. 2005/5335 K. 2005/5448 T. 14.10.2005 (Kazancı); Yarg. 15. HD, E. 2005/5341 K. 2005/5449 T. 14.10.2005 (Kazancı); Yarg. 15. HD, E. 1980/944 K. 1980/972 T. 14.3.1980 (Kazancı).

[330] Bu yönde bkz. CHK OR-Pellanda Katja, Art. 160 para. 43; Kapancı, Sözleşme Cezası, s. 672-673. *Kocaağa* da daha evvel bu görüşü savunmuş olmakla birlikte (Kocaağa, Cezai Şart, s. 194); eserinin yeni basısında görüş bildirmeksizin tartışmayı yansıtmayı tercih etmiştir (Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 279).

[331] Kapancı, Sözleşme Cezası, s. 672.

farklılaşacaktır[332]. **(a)** Dönmenin sözleşmeyi dolaysız bir güçle etkilediğini ve geriye etkili olarak ortadan kaldırdığını savunan görüş benimsendiği takdirde[333], asıl borcun doğduğu sözleşme geriye etkili olarak ortadan kalkmış olduğu için, ferîlik ilkesinin bir gereği olarak sözleşme cezası da geçersizleşecek ve talep edilemeyecektir[334]. Yargıtay uygulamasının da bu yönde olduğu söylenebilir[335]. Buna göre alacaklı, sözleşmeden dönme anına kadar işlemiş olan sözleşme cezasından da artık geçerli bir hukuki sebep bulunmadığı için yoksun kalır[336]. Alacaklının yegâne imkânı, genel tazminat rejimi uyarınca zararını ispat etmek suretiyle uğramış olduğu olumsuz zararın tazminin talep etmektir. Ancak tarafların aksini kararlaştırmalarının mümkün olduğu ve böyle bir anlaşma mevcutsa alacaklının sözleşmeden dönmüş olmasına rağmen sözleşme cezasından istifade edebileceği belirtilmektedir[337]. **(b)** Diğer yandan dönmenin sözleşmenin varlığını etkilemeyeceğini ve sözleşmenin tasfiye ilişkisine dönüşmüş haliyle varlığını tasfiye tamamlanana kadar sürdüreceğini savunan bu görüş benimsenirse[338], sözleşmeden dönülmüş olması sözleşme cezası talebinin önünde engel teşkil etmez[339].

Sözleşmenin feshi bakımından ise farklı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bilindiği üzere sözleşmeyi sona erdirme hakkının sürekli edimli borç ilişkilerindeki görünümü olan sözleşmenin feshinde, sözleşme ileriye etkili olarak geçersizleşir. Fesih öncesi dönemde doğurmuş olduğu hüküm ve sonuçlar geçerli

---

[332] Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 21; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 198-199. Dönmenin sözleşme üzerindeki etkisi konusundaki görüşlerin kısa bir özeti için bkz. Yelkenci, s. 162 dn. 15.

[333] Örneğin bkz. Oğuzman/Öz, Cilt-1, para. 1686 vd.; Feyzioğlu, Cilt-II, s. 263; Öz, Eser, s. 39 vd.; Buz, Sözleşmeden Dönme, s. 133 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 967-968.

[334] Couchepin, Clause pénale, para. 652; Kılıçoğlu, s. 984; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1023; Tunçomağ, s. 114; Öz, Eser, s. 295-296; Buz, Sözleşmeden Dönme, s. 160-161; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 279; Dirican, s. 78; Kapancı, Sözleşme Cezası, s. 668; Gökyayla, İfaya Eklenen Ceza Koşulu, s. 60; Cansel/Özel, s. 730; Avcı, s. 16.

[335] Yarg. 15. HD, E. 1979/1898 K. 1979/2012 T. 9.10.1979 (Kazancı): *"Sözleşmede, eserin belli günde teslim edilmemesine bağlanın cezanın istenebilmesi için, sözleşmeden dönmeye ilişkin olarak seçimlik hakkının kullanılmaması gerekir. Alacaklı olan davacı olayımızda, ifayı istememiş ancak sözleşmeden dönmüş bulunması nedeniyle, BK.nun 158/2. maddesine göre gecikme cezasının ödenmesini davalıdan isteyemez. Zira, böyle bir cezanın istenebilmesi için sözleşmenin ayakta tutulması gerekir. Sözleşmeden dönme durumunda ise, ifaya eklenen ceza koşuluna karar verilemez."* Aynı yönde bkz. Yarg. 15. HD., E. 2015/5933 K. 2016/382 T. 25.1.2016 (Kazancı); Yarg. 15. HD, E. 2004/6307 K. 2005/7170 T. 29.12.2005 (Kazancı); Yarg. 15. HD, E. 2000/2826 K. 2000/4884 T. 8.11.2000 (Kazancı).

[336] Öz, Eser, s. 296; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 280; Dirican, s. 78.

[337] Öz, Eser, s. 296-297; Kılıçoğlu, s. 984; Dirican, s. 80; Gökyayla, İfaya Eklenen Ceza Koşulu, s. 63; Kapancı, Sözleşme Cezası, s. 668-669; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 281; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 199; Avcı, s. 15.

[338] Örneğin bkz. Serozan, Dönme, s. 73 vd.; Seliçi, Sürekli Borç, s. 209-210; Havutçu, s. 66.

[339] Serozan, Dönme, s. 565; Kapancı, Sözleşme Cezası, s. 668 dn. 31; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 192;

olarak varlığını korur[340]. Dolayısıyla fesih öncesinde meydana gelmiş sözleşme ihlalinin muaccel hâle getirdiği sözleşme cezasının ifası, alacaklı tarafından talep edilebilir[341]. Bu itibarla Yargıtay'ın inşaatın önemli bir kısmının tamamlanmış olması nedeniyle geriye etkili bir dönme yerine ileriye etkili bir feshin söz konusu olacağını kabul ettiği durumda, iş sahibi fesih anına kadar işlemiş sözleşme cezasını isteyebilmelidir[342]. Bu husus bazı Yargıtay kararlarında haklı olarak vurgulanmakta[343]; fakat başka bazı kararlarda, kanaatimizce isabetsiz olarak, sözleşmeyi feshetmiş alacaklının sözleşme cezası talebinin, fesih öncesi dönemde muaccel hâle gelip gelmediğine dikkat edilmeksizin genel olarak reddedildiği görülmektedir. Bu kararlar uyarınca alacaklının talebinin kabul edilebilmesi için, sözleşme cezasının feshe rağmen talep edilebileceğinin taraflarca ayrıca kararlaştırılmış olması gerekmektedir[344].

Bu noktada özel olarak eser sözleşmesine ve eser sözleşmesinin bir görünümü olan inşaat sözleşmesine ilişkin bir değerlendirme yapılması yerinde olacaktır. Hâkim görüş uyarınca eser sözleşmesi, ani edimli bir borç ilişkisi yaratır[345]. Ancak ani edimli borç ilişkileri konusundaki bazı kuralların eser sözleşmesi bağlamında uygulanması, borçlunun edime yönelik faaliyetinin zamana yayılması nedeniyle kimi zaman isabetsiz sonuçlara yol açabilir. Bu durum, Yargıtay'ın eser sözleşmesinin sona erdirilmesi konusundaki içtihadına yansımıştır. Kural olarak eser sözleşmesinin sona erdirilmesi, ani edimli diğer borç ilişkilerinde olduğu gibi geriye etkili sonuç doğurur; yani dar ve teknik anlamda bir "sözleşmeden dönme" söz konusu olur. Ancak Yargıtay'ın 1984 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı

---

[340] Sözleşmeyi sona erdirme hakkı, ani edimli borç ilişkilerinde dönme; sürekli edimli borç ilişkilerinde fesih olarak kendisini gösterir. Sözleşmeden dönme durumunda sözleşme, (en azından savunulan görüşlerden biri uyarınca) geriye etkili olarak baştan itibaren geçersizleşir. Sözleşmenin feshinde ise sözleşme ileriye etkili olarak geçersizleşecektir. Fesih dönemi öncesindeki hüküm ve sonuçlar geçerliliğini korur.

[341] Couchepin, Clause pénale, para. 653; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1024; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 281; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 199; Gökyayla, İfaya Eklenen Ceza Koşulu, s. 62; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 22; Avcı, s. 16.

[342] Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 281 dn. 270; Gökyayla, İfaya Eklenen Ceza Koşulu, s. 62.

[343] Örneğin bkz. Yarg. 15. HD, E. 1998/2081 K. 1998/2403 T. 04.06.1998 (Kazancı): *"Aktin ileriye etkili feshi halinde yine sözleşmenin 14. maddesinde öngörülen ceza-i şarta hükmedileceği, aksi taktirde yani feshe geriye etkili olarak karar verilmesi halinde ise ceza-i şart talebinin reddedilmesi gerektiği de gözden uzak tutulmamalıdır."*

[344] Örneğin bkz. Yarg. 15. HD, E. 2004/6307 K. 2005/7170 T. 29.12.2005 (Kazancı).

[345] Seliçi, Sürekli Borç, s. 26; Öz, Eser, s. 20; Yavuz/Acar/Özen, s. 964. Azınlıkta kalan yazarlar ise eseri meydana getirme unsurundan hareket etmek suretiyle eser sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi oluşturduğunu savunmaktadır. Bu yönde bkz. BK OR-Gautschi, Art. 377 para. 1a; Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 166; Hasan Erman, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 2010, s. 9.

uyarınca, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği hâllerde eser sözleşmesinin sona erdirilmesi, ileriye etkili olarak hüküm ifade eder; yani dar ve teknik anlamda "sözleşmenin feshi" söz konusu olur[346]. Özellikle eser sözleşmesine konu olan işin büyük ölçüde tamamlandığı hâllerde sona erdirmenin geriye etkili sonuç doğurması, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir. İşin büyük ölçüde tamamlanmış olması ile ne anlaşılması gerektiği konusunda çeşitli Yargıtay kararları bulunmaktadır[347]. Günümüzde hâkim olan genel yaklaşım uyarınca, inşaat seviyesinin %90 ve üzerine ulaştığı hâller bakımından işin büyük ölçüde tamamlandığı ve iş sahibinin sözleşmeyi ancak ileriye etkili olarak sona erdirebileceği kabul edilmektedir[348]. Ayrıca bazı kararlarda işin büyük ölçüde tamamlanması bakımından inşaatın ulaştığı seviyenin yeterli görülmediği; ayrıca eksik kalan işlerin amaç edinilen kullanıma engel oluşturmadığının belirlenmesinin de aranacağı vurgulanmaktadır[349].

Ne yazık ki Yargıtay'ın bu konuda kullandığı terimler, bir kavram karmaşasına sebep olmaktadır. Kararlarda dönme yerine "geriye etkili fesih"; fesih yerine ise "ileriye etkili fesih" ifadelerinin kullanıldığı görülmektedir. Bu kavram karmaşası, sözleşme cezası talebiyle ilgili olarak da sorun yaratmaktadır. Gerçekte eser sözleşmesinden dönen (Yargıtay'ın deyimiyle eser sözleşmesini "geriye etkili olarak fesheden") iş sahibinin, sözleşme cezasını talep edememesi gerekir. Buna karşılık eser sözleşmesini fesheden (Yargıtay'ın deyimiyle eser sözleşmesini "ileriye etkili olarak fesheden") iş sahibinin, sözleşme cezasını talep etmesinin önünde hiçbir engel bulunmamaktadır[350]. Nitekim bu durum, bazı Yargıtay kararlarında da isabetli şekilde ifade edilmiştir: *"İleriye etkili fesihte müteahhit, inşaatı getirebildiği seviyeye göre tapu payı almaya hak kazanmakta, arsa sahibi de geriye etkili feshin aksine, ifaya ekli cezayı ve ifanın gecikmesine bağlı zararlarını (BK. 96. md.) müteahhitten*

[346] Yarg. İBK, E. 1983/3 K. 1984/1 T. 25.1.1984 (Kazancı).
[347] Bu konuda çeşitli kararlar için bkz. Gökyayla, İfaya Eklenen Ceza Koşulu, s. 55-56.
[348] Örneğin bkz. Yarg. 15. HD, E. 2011/192 K. 2011/3284 T. 2.6.2011 (Kazancı); Yarg. 15. HD, E. 1997/3723 K. 1997/5352 T. 12.12.1997 (Kazancı); Yarg. 23. HD, E. 2014/132 K. 2014/3297 T. 29.4.2014 (Kazancı); Yarg. 23. HD, E. 2012/3179 K. 2012/5386 T. 24.9.2012 (Kazancı). Yine de genel geçer bir orana dayalı olarak tespit yapmak mümkün değildir. Örneğin inşaat seviyesinin %88'e ulaştığı ve bağımsız bölümlerin üçüncü kişilere satıldığı somut olayda Yargıtay, inşaatın imar mevzuatına uygun hâle getirilmesi koşuluyla sözleşmenin ileriye etkili olarak sona erdirilmesinin uygun olacağına hükmedilmiştir (Yarg. 15. HD, E. 2000/5230 K. 2001/1311 T. 15.3.2001 (Kazancı)).
[349] Yarg. 23. HD, E. 2014/432 K. 2014/4157 T. 29.5.2014 (Kazancı); Yarg. 23. HD, E. 2013/3436 K. 2013/5497 T. 18.9.2013 (Kazancı); Yarg. 23. HD, E. 2012/5665 K. 2013/2 T. 14.1.2013 (Kazancı).
[350] Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 281 dn. 270; Gökyayla, İfaya Eklenen Ceza Koşulu, s. 62. Dönme veya fesih fark etmeksizin sözleşmenin sona erdirildiği durumda sözleşme cezası talebinin ileri sürülemeyeceği yönündeki aksi görüş için bkz. Ozanoğlu, s. 52.

isteyebilmektedir."[351] Bununla birlikte pek çok kararda, sözleşmeyi "fesheden" iş sahibinin, sözleşme cezasını isteyemeyeceğine hükmedildiği görülmektedir[352].

b. Ayıplı İfa

Ayıplı ifa hâline ilişkin kararlaştırılan sözleşme cezasının, çalışmamızda savunmuş olduğumuz görüş doğrultusunda karine olarak ifaya eklenen sözleşme cezası niteliği taşıdığının (TBK m. 179/II) kabulü gerekmektedir. Alacaklı, ayıplı malı iade etmek veya ayıplı malın değerini sözleşme cezası tutarından düşmek durumunda olmaksızın sözleşme cezasının tamamını talep edebilir[353]. Sözleşme cezası ile ayıptan kaynaklanan haklar arasındaki ilişkinin ise ayrıca ele alınması gerekmektedir.

(1) Öncelikle tazminat talebini inceleyelim. Ayıplı ifaya ilişkin kararlaştırılmış sözleşme cezasının, satış sözleşmesindeki doğrudan/dolaylı zararların tazmini talebi yahut eser sözleşmesindeki ayıbı takip eden zararların tazmini talebi ile birlikte ileri sürülmesi mümkün değildir. Zira söz konusu tazminatlar ile sözleşme cezası, aynı menfaati tazmin etmeye yönelmiştir. Ancak alacaklı sözleşme cezasını aşan bir zarara uğradığı takdirde bu zararın tazminini ayrıca talep etmek mümkündür.

(2) Öte yandan sözleşmeden dönme, bedelde indirim, onarım, ayıpsız benzeri ile değiştirme gibi ayıptan kaynaklanan diğer hakların kullanılması, sözleşme cezasının talep edilmesinin önünde engel teşkil etmez[354]. Nasıl ki bu haklar tazminat talebiyle birlikte kombinlenerek ileri sürülebilmektedir; sözleşme cezasıyla birlikte kombinlenerek ileri sürülebilmesi de mümkün olmalıdır. Bu çerçevede ortaya çıkabilecek bazı sorunlara daha yakından bakalım[355].

(a) Satış sözleşmesi uyarınca kendisine teslim edilen malın ayıplı olması nedeniyle sözleşmeden dönen alacaklı (ferîlik ilkesinden kaynaklanan engeli aşabilmesi koşuluyla), sözleşme cezasının ifasını talep edebilmelidir. Sözleşmeden

[351] Yarg. 15. HD, E. 2011/192 K. 2011/3284 T. 2.6.2011 (Kazancı). Aynı yönde bkz. E. 2013/7097 K. 2014/2293 T. 26.3.2014.
[352] Yarg. 15. HD, E. 2004/6307 K. 2005/7170 T. 29.12.2005 (Kazancı); Yarg. 15. HD, E. 2009/4080 K. 2010/4892 T. 29.9.2010 (Kazancı); Yarg. 15. HD, E. 2011/829 K. 2011/7161 T. 5.12.2011 (Kazancı);
[353] Kötü ifa bakımından genel olarak bu yönde bkz. Couchepin, Clause pénale, para. 623.
[354] Buz, Konventionalstrafe, s. 497; Taşkın, s. 1336. Aksi görüş için bkz. Bentele, s. 92 ve 135; H. Nomer, para. 239.2.
[355] Eser sözleşmesine ilişkin olarak bkz. Buz, Konventionalstrafe, s. 500-501.

dönme hakkı, tazminat ile kombinlenebildiği gibi sözleşme cezası ile de kombinlenebilmelidir. Bu anlamda sözleşmeden dönme hakkı ile sözleşme cezasının ifasını talep hakkı, birbirlerini dışlamaz. Alacaklı, sözleşme cezasını aşan bir zarara uğradığı takdirde bu zararın tazminini ayrıca talep edebilecektir[356]. Eser sözleşmesi bakımından da aynı durum söz konusudur[357].

(b) Satış sözleşmesi uyarınca kendisine teslim edilen malın ayıplı olması nedeniyle bedelde indirim talep eden alıcı, aynı zamanda sözleşme cezasının ifasını herhangi bir mahsuba gerek olmaksızın talep edebilecek midir? Bu soru, İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararına konu olmuştur[358]. Dava konusu olayda, paketleme sisteminin teslim için kesin bir tarihte çalışır vaziyette satıcının iş yerinde hazır edilmesine ilişkin bir ceza koşulu kararlaştırılmıştır. Buna göre satıcı, teslim tarihinin dört haftadan fazla gecikmesini takiben her iş günü için 400 CHF; sekiz haftadan fazla gecikmesini takiben her iş günü için 800 CHF sözleşme cezası ödeyecektir. Somut olayda satıcı, paketleme sistemini ayıplı bir şekilde teslim etmiş; buna karşılık alıcı, bedelde indirim hakkını kullanmış ve ek olarak sözleşme cezasının ifasını talep etmiştir.

Kararda mahkeme, bedelde indirim hakkının kullanılmış olmasının, ayıbı takip eden zararların tazmini bakımından sözleşme cezası talep edilmesini engellemeyeceğini tespit etmiştir. Alacaklı hem bedelde indirim yapılmasını hem de sözleşme cezasının ifa edilmesini talep edebilir. Fakat bu durumda, mahkemeye göre, ifa edilmiş malın indirimli değerinin sözleşme cezası miktarından mahsup edilmesi gerekecektir[359]. *Buz,* mahkemenin bu tutumunu haklı olarak eleştirmiştir. Şöyle ki, hiç ifa etmeme hâline ilişkin ceza koşulu kararlaştırılmışsa ve kötü ifa gerçekleşmişse, asıl borcun ifasına ek olarak sözleşme cezası talep edildiğinde ifa edilmiş kısmın değerinin sözleşme cezasından mahsup edilmesi gerekecektir. Aksi takdirde aynı menfaat iki defa tatmin edilmiş olur. Ancak dava konusu olaydaki ceza koşulu, gereği gibi ifa etmeme hâline ilişkin kararlaştırılmıştır. Gereği gibi ifa etmeme hâline ilişkin bir ceza koşulu, ifanın hiç gerçekleşmemesini değil ifanın gereği gibi gerçekleşmemesini telafi etmeye yöneliktir. Nitekim bu itibarla ifaya eklenen nitelik taşır. Alacaklı asıl borcun ifasına ek olarak sözleşme cezasını talep

[356] Buz, Konventionalstrafe, s. 499.
[357] Bu konuda bkz. Buz, Konventionalstrafe, s. 500.
[358] ATF 122 III 420.
[359] ATF 122 III 420, 2c.

ettiğinde ifa edilmiş kısmın değerinin sözleşme cezasından mahsup edilmesine gerek yoktur[360]. Eser sözleşmesi bakımında da aynı değerlendirmeler yapılabilir[361].

Ayıplı ifaya ilişkin kararlaştırılmış ceza koşulu ve bedelde indirim hakkı, aynı menfaati telafi eden hukuki çareler değildir. Böyle bir ceza koşulunun telafi işlevi, bedelde indirim hakkı kullanılmış olmasına rağmen alacaklının gereği gibi ifanın gerçekleşmemiş olmasına bağlı olarak uğrayacağı zararın telafisi konusunda kendisini gösterir. Dolayısıyla ayıplı ifaya bağlı olarak bedelde indirim hakkını kullanmış olan alacaklı, sözleşme cezası olarak kararlaştırılmış meblağı ifa edilmiş malın indirimli değerini mahsup etmeye gerek olmaksızın talep edebilir.

2. Süreye Bağlı Sözleşme Cezaları Bakımından Gündeme Gelebilecek Sorunlar

1. Uygulamada en sık karşılaşılan ceza koşulu türü, borçlunun borcunu zamanında ifa etmemesi hâlinde muaccel olacağı ve süreye bağlı olarak miktarının artacağı kararlaştırılan sözleşme cezalarıdır. *"Yüklenici 1.9.2021 tarihinden itibaren inşaatın tesliminde geciktiği her hafta için 10.000 TL ödeyecektir"* yönündeki anlaşma, böyle bir ceza koşulunu örneklemektedir.

2. Bu gibi ceza koşulları bakımından gündeme gelen özel bir sorunun, ayrıca tartışılması gerekmektedir: Sözleşme cezası miktarının artması için uzun süre boyunca borcun aynen ifasını talep etmeye devam eden ve borçlu temerrüdünden kaynaklanan diğer seçimlik haklarını kullanmayan alacaklının, işlemiş tüm sözleşme cezasını talep etmesi mümkün olacak mıdır[362]?

Bu ihtimal, özellikle inşaat sözleşmeleri bağlamında yüklenicinin inşaatı teslimde geciktiği hâller bakımından gündeme gelmektedir. *Ozanoğlu*, böyle bir durumda iş sahibinin makul süre içerisinde talebini ileri sürmesi gerektiğini ve aksi durumda borçlunun süreye bağlı olarak meydana gelen artıştan sorumlu olmayacağını savunmuştur[363]. Yargıtay'ın da eski tarihli kararlarında, sözleşme cezası talebine benzer doğrultuda bir sınır çekmeye çalıştığı görülmektedir. Kararlarda, alacaklı konumunda bulunan iş sahibinin borçlu temerrüdüne ilişkin TBK m. 125'ten kaynaklanan seçimlik haklarını makul bir süre bekledikten sonra

[360] Buz, Konventionalstrafe, s. 498-499.
[361] Eser sözleşmesine ilişkin olarak bkz. Buz, Konventionalstrafe, s. 500-501.
[362] Konu hakkında bkz. Dirican, s. 90 vd.
[363] Ozanoğlu, s. 40..

kullanması gerektiği belirtilmiştir. İş sahibinin sözleşmeden dönmeksizin yahut ifa yerine olumlu zararının tazminini talep etmeksizin gereğinden uzun süre beklemesi ve aynen ifa talebinde ısrarcı olması, TBK m. 52 uyarınca birlikte kusur teşkil edecektir. Buna göre iş sahibinin talep edebileceği sözleşme cezasının miktarı, borcun ifa edileceği inancıyla dürüstlük kuralı uyarınca bekleyebileceği makul sürede işleyecek sözleşme cezasıyla sınırlandırılmıştır[364]. Yargıtay'ın bu tutumu, öğretide çeşitli eleştirilere maruz kalmıştır[365].

Yargıtay, 1991 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararı ile bu konuda bir tavır değişikliğine gitmiştir. Buna göre alacaklı, TBK m. 125'ten kaynaklanan seçimlik haklarını kullanmak (sözleşmeden dönmek veya ifa yerine olumlu zararının tazminini talep etmek) zorunda değildir; borcun aynen ifasının ve gecikme nedeniyle uğradığı zararın tazminini dilediği zaman talep edebilir. Bu konudaki tek sınırı, zamanaşımı süresi oluşturmaktadır. Alacaklının uzun süre bekledikten sonra sözleşme cezasını talep etmiş olması, ne birlikte kusur ne de hakkın kötüye kullanılması teşkil etmektedir[366]. Takip eden kararlarda da Hukuk Genel Kurulu yaklaşımının devam ettirildiği gözlemlenmektedir[367].

Kanaatimizce, borçlu temerrüdünden kaynaklanan diğer seçimlik haklarını kullanmayan ve uzun süre boyunca borcun aynen ifasını talep etmeye devam eden alacaklının işlemiş tüm sözleşme cezasına hak kazanmasının önünde kural olarak herhangi bir engel bulunmamaktadır[368]. Alacaklının salt uzun süre beklemiş olması,

---

[364] *"Borcun ödeneceği kanısı ile davacının beklemesi lazım gelen normal ve makul süre mahkemece tayin olunarak yalnız bu zamana ait cezai şart tutarının"* istenebileceği yönünde bkz. Yarg. 15. HD, E. 1977/1234 K. 1977/1830 T. 7.10.1977 (Kazancı).

[365] Bu konudaki eleştiriler için bkz. Özer Seliçi, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978, s. 74-76; Öz, Eser, s. 178 dn. 132; Dirican, s. 97. *Seliçi,* bu kararlarda alacaklıyı sözleşmeden dönmekle zorunlu tutan yaklaşımı eleştirmekte; ancak sözleşme cezasının süresiz olarak işlemesine engel olunması gerektiği konusundaki temel düşünceye katılmaktadır. Yazara göre, yüklenicinin normal bir gecikme süresinden sonra dahi eseri hâlâ teslim etmemiş olması, ifadan kesin olarak kaçındığı anlamına gelir ve temerrüdü sona erdirir. Bu sebeple sözleşme cezası, yalnızca normal gecikme süresi için talep edebilir. (Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 74-76). *Öz* ise yüklenici ifada bulunmayacağını iş sahibine bildirdiği anda artık ifa imkânsızlığının söz konusu olacağını ve sözleşme cezasının işlemesinin duracağını savunmaktadır. Diğer yandan böyle bir bildirimde bulunmayan yüklenicinin, sözleşme cezasının artmasına katlanması gerekmektedir (Öz, Eser, s. 178 dn. 132).

[366] Yarg. HGK, E. 1991/15-340 K. 1991/467 T. 9.10.1991 (Kazancı).

[367] Örneğin bkz. Yarg. HGK, E. 1997/13-11 K. 1997/240 T. 26.3.1997 (Kazancı); Yarg. 15. HD, E. 2017/353 K. 2018/1820 T. 8.5.2018 (Kazancı); Yarg. 15. HD, E. 1996/665 K. 1996/1346 T. 13.3.1996 (Kazancı); Yarg. 13. HD, E. 1995/6285 K. 1995/6630 T. 3.7.1995 (Kazancı); Yarg. 13. HD, E. 1995/5604 K. 1995/5908 T. 15.6.1995 (Kazancı).

[368] Aynı doğrultuda bkz. Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 274. Aynı doğrultuda görüş bildirmekle birlikte, somut olayın koşullarının çoğu zaman örtülü bir ikale yahut erteleme sözleşmesinin varlığını göstereceği ve bu durumda artık sözleşme cezasının işlemeyeceği yönünde bkz. Dirican, s. 98-99.

dürüstlük kuralına aykırılığın kabulü bakımından yeterli değildir. Dürüstlük kuralına aykırılığın söz konusu olabilmesi için, somut olayın başkaca koşullarının bu tespiti desteklemesi gerekmektedir. Bu konuda Yargıtay'ın 2002 tarihli bir kararı örnek verilebilir. Somut olayda davacı iş sahibi, dört aylık sözleşme cezasını zaten dava edip almışken, akabindeki 31 aylık süreye ilişkin sözleşme cezasını talep etmiştir. Ancak diğer yandan iş bedelinin bir kısmının iş sahibinin uhdesinde kaldığı daha önceki bir mahkeme kararıyla sabittir; üstelik iş sahibinin uhdesinde kalan bu miktar, inşaattaki noksanlıkları tamamlamak için fazlasıyla yeterlidir. Bu durumda Yargıtay, iş sahibinin inşaattaki noksanlıkları kendi gidermeyip sözleşme cezasının işlemesi için aynen ifayı yükleniciden talep etmeye devam etmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebileceği sonucuna haklı olarak varmıştır[369]. Dürüstlük kuralına aykırılığı ortaya koyan bu gibi özel koşullar bulunmadığı müddetçe borçlu açısından yegâne imkân, sözleşme cezasının TBK m. 182/III uyarınca indirilmesidir.

Bununla birlikte bazı yazarlar, borçlunun ifada bulunmayacağını iş sahibine açıkça bildirmesi durumunda sözleşme cezasının işlemesinin duracağını belirtmektedir[370]. Kanatimizce böyle bir kabul, yalnızca iş sahibinin ifada bulunmayacağını bildirmesinin ifa imkânsızlığı teşkil edeceği görüşü benimsenirse anlam kazanır[371]. Aksi takdirde, dürüstlük kuralının kendiliğinden böyle bir kabulü gerektireceğini söylemek mümkün değildir. Asıl borcun ifa imkânsızlığı nedeniyle sona ermiş olması, ferîlik ilkesinin gereği olarak bu noktadan itibaren sözleşme cezasının işlemesine engel olur. Bununla birlikte bu noktaya kadar muaccel hâle gelmiş olan sözleşme cezası, asıl borçtan bağımsız hâle gelmiş olduğu için yine de talep edilebilecektir.

3. Değinilmesi gereken bir diğer mesele, borçlu temerrüde düştükten sonra tarafların yeni bir teslim tarihi belirlemelerinin sözleşme cezası üzerindeki etkisidir. Böyle yeni bir teslim tarihi belirlenmiş olması, işlemiş sözleşme cezası alacağından ve gecikme zararının tazmini talebinden örtülü olarak feragat edildiği anlamına gelebilir. Böyle bir durumun söz konusu olup olmadığı, esasen bir yorum

---

Gerçekten de asıl borca ilişkin bir ikale yahut erteleme sözleşmesi, sözleşme cezasının muacceliyeti için aranan "asıl borcun ihlali" koşulunu ortadan kaldıracak ve sözleşme cezası alacağı hiç doğmayacaktır.

[369] Yarg. 15. HD, E. 2002/1001 K. 2002/3285 T. 17.6.2002 (Kazancı).

[370] Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 274; Öz, Eser, s. 178 dn. 132. Borçlunun hâl ve davranışlarından ifanın yerine getirilmeyeceği anlaşıldığında sözleşme cezasının işlemeyeceği yönünde bkz. Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 202.

[371] Nitekim hem *Kocaağa* hem de *Öz* bu görüştedir.

meselesidir[372]. Bazı yazarlar, yeni bir teslim tarihi belirlenmesinin, aksi kararlaştırılmadıkça, alacaklının işlemiş sözleşme cezası alacağından ve gecikme zararının tazmini talebinden örtülü olarak feragat ettiği anlamına geleceğini belirtmektedir[373].

3. Alacaklının Sözleşme Cezasına İlişkin Hakkını Sona Erdiren Özel Durumlar

Alacaklı, ifaya eklenen bir sözleşme cezası muaccel olmasına rağmen, sözleşme cezasının ifasını talep hakkından açıkça feragat ettiği yahut asıl borcun ifasını herhangi bir çekince koymaksızın kabul ettiği takdirde, artık sözleşme cezasının ifasını talep edemez (TBK m. 179/II). Aşağıda alacaklının sözleşme cezasına ilişkin hakkının sona ermesine neden olan bu iki durum ele alınacaktır.

a. Sözleşme Cezasından Feragat

Sözleşme cezasına ilişkin hakkından feragat etmiş olan alacaklı, TBK m. 179/II uyarınca bu hakkı kaybetmiş olur.

Aslında bir alacak hakkının sona ermesi, kural olarak, alacaklı ile borçlunun karşılıklı iradelerinin uyuşmasıyla vücut bulan bir ibra sözleşmesinin varlığını gerektirir. Bir alacak hakkından tek taraflı olarak feragat etmek mümkün değildir[374]. Nitekim bu kuralı esas alan *Dirican*, TBK m. 179/II'deki "feragat" ifadesinin özensizce seçildiği; gerçekte burada dar ve teknik anlamda feragatten bahsedilemeyeceği görüşündedir. Yazara göre, alacaklının sözleşme cezası alacağının sona ermesi ancak bir ibra sözleşmesi ile mümkündür[375]. Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Kanun, alacak hakkının ancak ibra sözleşmesiyle sona erdirilebileceği kuralına kimi istisnalar getirmiş; bazı alacak haklarından tek taraflı olarak feragati mümkün kılmıştır[376]. Burada da böyle bir istisnai durum mevcuttur. Alacaklı sözleşme cezası alacağından tek taraflı olarak feragat edebilir. Feragatin hükümlerini doğurması bakımından alacaklının beyanının karşı tarafa

[372] BK OR-Becker, Art. 160 para. 21.
[373] Gauch, Contrat d'entreprise, para. 707; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 272; Ayan, İnşaat, s. 201 dn. 137.
[374] Gümüş, İbra, s. 68.
[375] Dirican, s. 72-73.
[376] Bu konuda bkz. Gümüş, İbra, s. 68 vd.

varması gerekli ve yeterlidir; bu konuda ayrıca borçlunun rızasının aranmasına gerek yoktur. Nitekim öğretideki hâkim görüş de bu yöndedir[377].

Kanun bu feragatin "açıkça" yapılmış olmasını aramaktadır. Böylelikle alacaklının sözleşme cezasını talebini ileri sürmeyi geciktirmiş ve derhal harekete geçmemiş olmasının sözleşme cezasından örtülü bir feragat olarak yorumlanması engellenmiş; alacaklı üzerindeki baskı unsuru ortadan kaldırılmıştır[378]. Alacaklının sözleşme cezası hakkından feragat ettiğini ispat yükü, borçludadır[379]. Feragat bir hukuki işlem teşkil ettiği için, mahkeme huzurunda ispatı bakımından belirli bir şekle riayet edilmek suretiyle oluşturulmuş bir senet aranması mümkündür[380].

Alacaklının sözleşme cezasından feragat etmiş olması, borca aykırılıktan kaynaklanan diğer haklarını kullanmasının önünde engel teşkil etmez. Alacaklının TBK m. 112 vd. uyarınca kendisine kanun tarafından tanınmış diğer haklardan istifade etme imkânı, bu hakların kendilerine özgü koşullarını yerine getirdiği sürece bâkidir[381].

b. Asıl Borcun İfasını Çekincesiz Kabul

1. Sözleşme cezası muaccel olduktan sonra asıl borcun ifasını kabul eden alacaklı, sözleşme cezasına ilişkin hakkını bir çekince koymak suretiyle saklı tutmuş olmalıdır. Alacaklı bu konuda herhangi bir çekince koymaksızın asıl borcun ifasını kabul ettiği takdirde, sözleşme cezasına ilişkin hakkı TBK m. 179/II uyarınca sona erer[382].

---

[377] Bentele, s. 104; Erdem, Clause pénale, s. 135; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 55; Tunçomağ, s. 114; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 210; Arif Kocaman, "BK m. 158/II Hükmü Gereğince İfaya Ekli Cezai Şart Talep Etme Hakkının Düşmesi (Sona Ermesi) ve BK m. 158/II c.2'de Hakkın Korunması İçin Öngörülen İhtirazi Kayıt İleri Sürme Şartının Sözleşme ile Bertaraf Edilip Edilemeyeceği Hususu", Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, İstanbul 2011, s. 567 vd., s. 569. *Kocaağa* da daha evvel bu görüşü savunmuş olmakla birlikte (Kocaağa, Cezai Şart, s. 198); eserinin yeni basısında görüş bildirmeksizin tartışmayı yansıtmayı tercih etmiştir (Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 284-285).

[378] BK OR-Becker, Art. 160 para. 30; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 284; Kocaman, s. 569.

[379] Kılıçoğlu, s. 990; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 284; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 210; Kocaman, s. 569.

[380] Kılıçoğlu, s. 990; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 210.

[381] OFK OR-Wuffli, Art. 160 para. 17; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 160 para. 42; Erdem, Clause pénale, s. 135; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 56; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 285; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 209.

[382] Bazı yazarlar, sözleşme cezası alacağının sona ermesine ilişkin bu sonucun, hem TBK m. 179/II'nin hem de TBK m. 131'in bir gereği olduğunu belirtmektedir. Zira TBK m. 131/I uyarınca asıl borcun sona ermesi, ferî nitelikteki sözleşme cezasının da sona ermesi sonucuna yol açar (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 351; Kocaağa, Ceza Koşulu, s 301; Kocaman, s. 567-568). Kanaatimizce bu fikre katılmak mümkün değildir. Zira ceza koşulunu karakterize eden ferîlik ilkesi,

Sözleşme cezası alacağının sona ermesine ilişkin bu sonuç, kanun gereği kendiliğinden *(ex lege)* gerçekleşmektedir. Başka bir deyişle alacaklının iradesinden bağımsızdır[383]. Alacaklının gerçek iradesinin aksi yönde olduğunu ispatlayarak bu sonucu değiştirmesi mümkün değildir[384]. Hatta alacaklı böyle bir sözleşme cezasının muaccel olduğunun farkında olmasa dahi, yine de çekince koymaksızın kabul etmiş olduğu ifa, sözleşme cezası alacağını sona erdirecektir[385]. Bu husus maddi hukuk bakımından bir itiraz teşkil etmekte olup; borçlu tarafından ileri sürülmüş olmasa bile hâkim tarafından re'sen gözetilmesi gerekmektedir[386]. Asıl borcun ifasını kabul etmiş olan alacaklının sözleşme cezasını saklı tuttuğunu belirtir bir çekince koymuş olduğunu ispat yükü, kendisine aittir[387].

1881 tarihli eİsvBK'da alacaklının herhangi bir çekince koymaksızın asıl borcun ifasını kabul etmesi sözleşme cezası alacağını karine olarak sona erdirmekte; ancak alacaklı gerçek iradesinin aksi yönde olduğunu ispatlayarak bu sonucun doğmasını engelleyebilmekteydi. Bu itibarla adi bir karine mevcuttu[388]. Ancak güncel İsvBK ve TBK, bu konuda çok daha katı bir tutum benimsemiş ve alacaklının herhangi bir çekince koymaksızın asıl borcun ifasını kabul etmesinin faraziye *(praesumptio iuris et de iure)* olarak sözleşme cezası alacağını sona erdireceğini düzenlemiştir[389]. İki kanun arasındaki bu fark, İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararında açıkça ifade edilmiştir[390]. Böylelikle güncel İsvBK, Alman hukuku ile uyumlu hâle gelmiştir. AlmMK § 341/III uyarınca, alacaklının ifayı sözleşme

---

zaman bakımından sınırlı olarak uygulama alanı bulur. Sözleşme cezası muaccel olduktan sonra artık iki bağımsız alacak söz konusu olur. Bu aşamada asıl borcun sona ermesi, sözleşme cezası üzerinde sona erdirici bir etkide bulunmayacaktır. Dolayısıyla TBK m. 179/II gibi bir düzenleme kanunda mevcut olmasaydı, ifa sırasında hakkını saklı tutmuş olmayan alacaklının sözleşme cezası alacağı bâki kalırdı. Aynı yönde bkz. Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 207.

[383] BK OR-Becker, Art. 160 para. 31; Erdem, Clause pénale, s. 135; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1604; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 287-288; Kocaman, s. 570.

[384] ZK OR-Oser/Schönenberger, Art. 160 para. 3; Erdem, Clause pénale, s. 135; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1604; Tunçomağ, s. 115; Arkan, s. 87; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 287.

[385] Gauch, Contrat d'entreprise, para. 700; Erdem, Clause pénale, s. 135;

[386] Erdem, Clause pénale, s. 139; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 298; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 206. Aynı yönde bkz. Yarg. 13. HD, E. 1993/221 K. 1993/1322 T. 18.2.1993 (Kazancı); Yarg. 13. HD, E. 1981/4419 K. 1981/5230 T. 8.7.1981 (Kazancı); Yarg. 15. HD, E. 1975/2926 K. 1975/3106 T. 16.6.1975 (Kazancı).

[387] Bentele, s. 106; Erdem, Clause pénale, s. 139; Tunçomağ, s. 119; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 298; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 206. Aynı yönde bkz. Yarg. 15. HD, E. 1992/5923 K. 1993/4091 T. 19.10.1993 (Kazancı).

[388] Erdem, Clause pénale, s. 136; Tunçomağ, s. 115; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 287; Kocaman, s. 570.

[389] ZK OR-Oser/Schönenberger, Art. 160 para. 3; BK OR-Becker, Art. 160 para. 31; Erdem, Clause pénale, s. 136; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1604 dn. 430; Bilge, Cezai Şart, s. 104-105; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 287; Kocaman, s. 571; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 52. Bu değişikliği takiben İsviçre hukukunda doğan tartışmalar için bkz. Secrétan, s. 109-111.

[390] ATF 97 II 350, JdT 1972 I 280 c. 2a.

cezasına ilişkin bir çekince koymaksızın kabul etmiş olması, alacaklının iradesinden bağımsız olarak kanun gereği sözleşme cezası alacağını sona erdirecektir[391].

2. Bazı yazarlar, asıl borcun ifasını kabul eden alacaklının sözleşme cezasını saklı tutması zorunluluğunun kapsamını, yalnızca borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmış ceza koşulu ile sınırlı tutmaktadır. Böyle bir zorunluluk, ayıplı ifa durumu için kararlaştırılmış ceza koşulu bakımından söz konusu değildir. Alacaklı, bu konudaki hakkını saklı tutmuş olmasa dahi, ayıplı ifa durumunda ödeneceği kararlaştırılmış sözleşme cezasını talep edebilir[392]. Çalışmamızda TBK m. 179/II'nin yorumlanmasına ilişkin savunduğumuz anlayış doğrultusunda, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi hâli için kararlaştırılmış ceza koşulları ile diğer gereği gibi ifa etmeme hâlleri için kararlaştırılmış ceza koşullarının farklı kurallara tâbi tutulmasının haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır. Durum böyleyken, alacaklının ayıplı ifa durumunda ödeneceği kararlaştırılmış sözleşme cezasını talep edebilmesi için asıl borcun ifası sırasında hakkını saklı tutmuş olmasını aramak yerinde olacaktır[393].

3. Sözleşme cezasını saklı tutma beyanının hukuki niteliği tartışmalıdır[394]. Hangi görüş kabul edilirse edilsin çekincenin, karşı tarafa ulaşması zorunlu tek taraflı bir irade beyanıyla ortaya koyulması gerekmektedir[395]. Kural olarak bu irade beyanı herhangi bir geçerlilik şekline tâbi değildir[396]. Beyanın açık ve anlaşılır olması yeterlidir[397]. Örneğin iş sahibinin henüz ödememiş olduğu iş bedeli ile sözleşme cezası alacağını takas edeceğine yönelik beyanı, sözleşme cezasının saklı tutulduğunu göstermektedir[398]. Alacaklının ileri sürdüğü çekincenin sözleşme cezası alacağına ilişkin olduğunu açıkça ortaya koymuş olmasına özel bir önem vermesi

---

[391] MüKoBGB/Gottwald, § 341 para. 6; BeckOK BGB/Janoschek, § 341 para. 3.
[392] Gauch, Contrat d'entreprise, para. 708; Tandoğan, Cilt: 2, s. 138; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 296.
[393] Bu yönde bkz. Buz, Konventionalstrafe, s. 502.
[394] Yenilik doğuran hak görüşü için bkz. Schoch, s. 47; Tunçomağ, s. 116; Kocaman, s. 577; Cansel/Özel, s. 731; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 294. Bu yönde bkz. Yarg. 13. HD, E. 1994/6201 K. 1994/9521 T. 2.11.1994 (Kazancı); Yarg. 15. HD, E. 1980/943 K. 1980/973 T. 14.4.1980 (Kazancı). Külfet görüşü için bkz. Koller, Konventionalstrafe, para. 173; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1025 dn. 1143; Ozanoğlu, s. 50 dn. 143; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 203.
[395] Bentele, s. 105; Erdem, Clause pénale, s. 136; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 294; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 203. Aynı yönde bkz. Yarg. 13. HD, E. 1981/4419 K. 1981/5230 T. 8.7.1981 (Kazancı); Yarg. 15. HD, E. 1980/943 K. 1980/973 T. 14.4.1980 (Kazancı).
[396] Koller, Konventionalstrafe, para. 172; Erdem, Clause pénale, s. 136; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 58; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 294; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 203; Ozanoğlu, s. 50.
[397] Ozanoğlu, s. 50; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 203.
[398] Ozanoğlu, s. 50.

yerinde olacaktır[399]. Yargıtay dikkat çekici bir kararında, *"sözleşmeden doğan haklarım saklı kalmak kaydıyla"* cümlesini genel ifadeler içermesi nedeniyle bu konuda yetersiz bulmuş ve sözleşme cezası talebini reddetmiştir[400].

Beyanın muhatabı, kural olarak borçludur. Ancak borçlunun ifada bulunmak konusunda yetkilendirdiği üçüncü kişinin, kural olarak saklı tutma beyanının muhatabı olmak konusunda da yetkili olduğu kabul edilmelidir[401].

4. TBK m. 179/II uyarınca alacaklı, *"ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça"* sözleşme cezasının ifasını isteyebilir. Buna göre alacaklının sözleşme cezasına ilişkin hakkını saklı tuttuğuna dair çekince bildirimini, asıl borcun ifasının kabulü esnasında yapması gerekmektedir[402]. Bununla birlikte, somut olayın koşulları bu kuralın esnetilmesini gerekli kılabilir. Bu konuda fazla katı davranılmaması ve alacaklıya ifanın kabulünü takiben kısa da olsa uygun bir süre tanınması gerekmektedir. Örneğin ifa alacaklının temsilcisi tarafından kabul edilmişse ve bu kişinin sözleşme cezasını saklı tutma yetkisi bulunmuyorsa, ifanın kabulünü takiben mümkün olan kısa süre içerisinde çekince bildiren alacaklının sözleşme cezasına ilişkin hakkını kaybetmediği kabul edilmelidir[403]. Nitekim Yargıtay kararlarında, sözleşme cezasının saklı tutulduğuna ilişkin çekincenin *"ifanın kabulü anında ya da en geç ifanın kabulü ardından derhal"* bildirilmesi gerektiği belirtilmektedir[404].

---

[399] Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 295; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 203.

[400] Yarg. 15. HD, E. 2007/6636 K. 2008/6198 T. 21.10.2008 (Lexpera): *"Somut olayda; teslim tutanaklarında yazılı "10.08.2004 tarihli sözleşmeden doğan haklarım-haklarınız saklı kalmak kaydıyla" cümlesi, sözleşme konusu kapıların teslîminde ceza koşulu alacağının davacı tarafından saklı tutulmuş olduğunu gösterdiği davacı tarafça ileri sürülmüş ve mahkemece bu yöndeki istem kabul edilmiş ise de; tutanaklardaki bu kaydın uyuşmazlık konusu cezai şart alacağına ilişkin olduğunun kabulü olanaksızdır. Çünkü, ihtirazî kaydın, cezai şart alacağına ilişkin olması ve alacaklının irade açıklamasının bu sonucu ifade etmesi zorunludur. Oysa, genel ifadelerle sözleşmeden doğan hakların saklı tutulmuş olması, az yukarıda açıklanan kurala aykırı bulunmaktadır."*

[401] Koller, Konventionalstrafe, para. 182; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 297; Ozanoğlu, s. 51. Saklı tutma beyanının, bu konuda önceden yetkilendirilmiş olmadıkça ifa yardımcısına yapılamayacağı yönünde aksi görüş için bkz. İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 58.

[402] Erdem, Clause pénale, s. 137; Tunçomağ, s. 118; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 203. Çekincenin asıl borcun konusunu oluşturan edimin teslimi esnasında bildirilmesi gerektiği yönünde bkz. Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 290.

[403] BK OR-Becker, Art. 160 para. 31; Erdem, Clause pénale, s. 137; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1025; Tandoğan, Cilt: 2, s. 136; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 251; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 205; Ozanoğlu, s. 50 dn. 142.

[404] Yarg. 13. HD, E. 1994/6201 K. 1994/9521 T. 2.11.1994 (Kazancı); Yarg. 13. HD, E. 1993/221 K. 1993/1322 T. 18.2.1993 (Kazancı); Yarg. 13. HD, E. 1981/4419 K. 1981/5230 T. 8.7.1981 (Kazancı); Yarg. 15. HD, E. 1980/943 K. 1980/973 T. 14.4.1980 (Kazancı).

Bununla birlikte öğretide *Erdem*, çekince bildiriminin asıl borcun ifasının kabulü esnasında yapılması gerektiği kuralına, ayıplı ifaya ilişkin kararlaştırılan sözleşme cezaları bakımından bir istisna tanımaktadır. Buna göre, alacaklının teslim esnasında fark etmesi mümkün olmayan ayıplara ilişkin sözleşme cezasını saklı tutma bildirimini ifayı kabul anında yapması beklenemez. Alacaklının çekince ileri sürme imkânı, TBK m. 223 uyarınca satış sözleşmesinde alıcının ve TBK m. 474 uyarınca eser sözleşmesinde iş sahibinin ayıbı bildirim süresi boyunca devam eder[405].

5. Çekince bildiriminin yapılması gereken zaman konusunda eser sözleşmeleri bakımından özel bir parantez açılması gerekmektedir. Bilindiği üzere eser sözleşmesi bağlamında kabul kavramı, TBK m. 477/I uyarınca özel bir anlam taşımaktadır. İş sahibi eseri kabul etmekle, eserin sözleşmeye uygun olarak teslim edildiği yönünde bir irade açıklamış olur. Bu itibarla eserin kabulü, eserin tesliminden kavramsal olarak ayrışmaktadır[406]. Bu durum, eser sözleşmesi ve özellikle inşaat sözleşmesi bağlamında sözleşme cezasının saklı tutulduğuna ilişkin çekincenin eserin teslimi zamanında mı yoksa eserin kabulü zamanında mı ileri sürülmesi gerektiği sorusunu gündeme getirmektedir. Yargıtay'ın inşaat sözleşmeleri ile ilgili kararlarındaki genel yaklaşımı uyarınca, alacaklının sözleşme cezasını saklı tutma beyanını, inşaatın teslimi esnasında ileri sürmesi gerekmektedir[407]. Nitekim öğretide de bu genel yaklaşımı benimseyen yazarlar mevcuttur[408].

Fakat *Tandoğan*, Yargıtay'ın teslimi esas alan bu yaklaşımının, eserin teslimi ile kabulünün zamansal olarak örtüştüğü sözleşmeleri konu aldığı görüşündedir. Zira eserin teslimi ile kabulü, kavramsal olarak birbirinden ayrışsa dahi, genellikle zamansal olarak aynı anda gerçekleşmektedir[409]. Ancak kimi zaman kabulün, eserin tesliminden sonra ayrı bir aşamada vuku bulacağı sözleşmede taraflarca öngörülmüş olabilir. Nitekim uygulamada özellikle yüksek meblağlı sözleşmelerde teslim aşaması, "geçici kabul" olarak; kabul aşaması ise "kesin kabul" olarak ifade edilmek suretiyle birbirinden ayrıştırılmaktadır. Diğer yandan kamu kurum ve kuruluşlarının iş sahibi olarak taraf olduğu ve Devlet İhale Kanunu ile Kamu İhale Kanununa tâbi

[405] Erdem, Clause pénale, s. 138; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 62.
[406] Gümüş, Cilt-II, s. 61.
[407] Örneğin bkz. Yarg. 23. HD, E. 2014/3790 K. 2014/7850 T. 4.12.2014 (Kazancı); E. 2013/2116 K. 2013/5488 T. 18.9.2013 (Kazancı); Yarg. 15. HD, E. 1980/561 K. 1980/583 T. 10.3.1980 (Kazancı); Yarg. 15. HD, E. 1976/3167 K. 1977/39 T. 22.2.1977 (Kazancı).
[408] BSK OR I-Widmer/Constantini/Ehrat, Art. 160 para. 23; CR CO I-Mooser, Art 160 para. 10; Gauch, Contrat d'entreprise, para. 700; Tekelioğlu, s. 174.
[409] Tandoğan, Cilt: 2, s. 137-138.

yapım işleri için akdedilen eser sözleşmelerinde de ayrı bir kesin kabul aşaması mevzuat gereği mevcuttur[410]. Tüm bu hâller bakımından, iş sahibinin sözleşme cezasını saklı tutmaya yönelik beyanını kesin kabul esnasında ileri sürmesi aranmalıdır. İş sahibinin geçici kabul (yani teslim) esnasında çekince ileri sürmemiş olması, sözleşme cezasını sona erdirmez[411].

6. İfanın kısım kısım gerçekleştirildiği ihtimalde alacaklı, her bir kısmın ifası esnasında sözleşme cezasına ilişkin çekinceyi koymalı; ifanın tamamının gerçekleşmesini beklememelidir. Aksi takdirde ilgili kısım bakımından sözleşme cezası talep etme hakkını kaybetmiş olur[412].

7. Alacaklının henüz asıl borç ifa edilmeden evvel sözleşme cezasına ilişkin hakkını saklı tuttuğunu belirtmiş olduğu durumda, ifayı kabul ederken yeniden çekince ileri sürmesine gerek olup olmadığı Alman hukukunda tartışmalı bir konudur. Genellikle zamanından önce ileri sürülen çekincenin, tıpkı zamanından sonra ileri sürülen çekince gibi etkisiz olacağı kabul edilmektedir[413]. Alman Federal Mahkemesi de bu görüştedir[414]. Yalnızca, alacaklının sözleşme cezasını asıl borcun ifasından evvel zaten dava etmiş olması gibi oldukça istisnai durumlarda ifa sırasında çekincenin yinelenmesine gerek olmadığı ifade edilmektedir[415].

İsviçre-Türk hukukunda ise Alman hukukundan farklı bir tablo mevcuttur. Henüz asıl borç ifa edilmeden evvel sözleşme cezasına ilişkin hakkını saklı tuttuğunu belirtmiş alacaklının ifayı kabul ederken yeniden çekince ileri sürmesine gerek

---

[410] Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi m. 36 anlamında geçici kabulün, inşaatın idare tarafından teslim alınması; m. 39 anlamında kesin kabulün ise işin ifa olarak kabulü anlamına geldiği yönünde bkz. Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 37.

[411] Tandoğan, Cilt: 2, s. 137-138. Tarafların teslim sonrasında ifanın kabul edilmesi bakımından bir protokol yapılmasını kararlaştırdıkları ihtimalde, sözleşme cezasının protokolün yapılması anında saklı tutulması gerektiği yönünde bkz. Erdem, Clause pénale, s. 138.

[412] Erdem, Clause pénale, s. 138; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 63; Tunçomağ, s. 118; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 296; Ayan, İnşaat, s. 202; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 205. Aynı yönde bkz. Yarg. 11. HD, E. 2009/3451 K. 2009/6549 T. 28.5.2009 (Kazancı): *"Taraflar arasındaki sözleşmenin 13.maddesine göre davaya konu cezai şartın BK'nun 158/II. maddesinde düzenlenen ifaya ekli cezai şart olduğu açıktır. Yine sözleşmenin 1.maddesi uyarınca taşıma 3 parti halinde Şubat, Mayıs ve Ekim 2002 tarihinden yapılacaktır. Parça parça taşıma yapılacağına dair anlaşma yapılmış ve ilk parti taşıma sonucu taşınan malların teslimi sırasında ihtirazı kayıt ileri sürülmemiş olması nedeniyle bu kısmı karşılayan cezai şart hakkı düşeceğinden mahkemenin yukarıda açıklanan aksi yöndeki, taşımanın bir bütün olup henüz tüm ifanın tamamlanmadığı dolayısı ile BK'nun 158/II. maddesine göre cezai şart isteme hakkının düşmediği gerekçesi yerinde olmadığından (...)"*

[413] MüKoBGB/Gottwald, § 341 para. 7; BeckOK BGB/Janoschek, § 341 para. 4.

[414] BGHZ 85, 240 = NJW 1983, 384; BGH NJW 1977, 897.

[415] Örnek için bkz. BGHZ 62, 328 = NJW 1974, 1324.

olmadığı savunulmaktadır[416]. Alacaklının ifadan önce ortaya koyduğu sözleşme cezasını saklı tutma iradesi, ifa anında da kural olarak varlığını sürdürür. Aksini iddia eden borçlunun, bu durumu ispat yükü altında olduğu kabul edilmelidir[417].

8. Alacaklı yukarıda incelemiş olduğumuz koşullar çerçevesinde çekince ileri sürmezse, sözleşme cezasına ilişkin hakkını kaybedecektir. Ancak bu durum, alacaklının borcun ihlaline bağlı olarak kanundan doğan olağan haklarını kullanmasını etkilemez. Alacaklı, TBK m. 112 vd.'nda düzenlenmiş olan hukuki çarelerden sanki hiç sözleşme cezası kararlaştırılmamış gibi faydalanabilecektir[418]. Dolayısıyla ihlal nedeniyle uğramış olduğu zararın tazminini talep eden alacaklı, zararının tümünü (sözleşme cezasını aşan zararla sınırlı olmaksızın) talep edebilir. Ayrıca alacaklı, borçlu aleyhine mevcut kusur karinesinden de faydalanabilecektir[419].

9. İfayı kabul eden alacaklının sözleşme cezası alacağını kaybetmemesi için bu konuda bir çekince koymasını zorunlu tutan TBK m. 179/II, emredici nitelik taşımamaktadır[420]. Alacaklının herhangi bir çekince koymaksızın ifayı kabul ettiği durumda dahi sözleşme cezasını talep edebileceğinin taraflarca kararlaştırılması

---

[416] Bentele, s. 105; Gauch, Contrat d'entreprise, para. 706; Erdem, Clause pénale, s. 138; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 61; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1025; Tunçomağ, s. 118; Arkan, s. 87; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 204; Dirican, s. 77. Yarg. HGK, E. 2013/15-130 K. 2013/1464 T. 9.10.2013 (Kazancı): *"Alacaklının cezai şartı isteyebilmesi, bu haktan açıkça feragat edilmemiş olması veya ifayı ihtirazi kayıt bildirerek kabul etmiş olması halinde olanaklıdır. Somut olayda, taraflar arasında yürüyen merdiven işi nedeniyle 11.09.2009 tarihinde sözleşme düzenlendiği, işin teslim süresinin, 04.12.2009 tarihli zeyilname ile 28.02.2010 gününe uzatıldığı, süresinde teslimin gerçekleşmemesi nedeniyle davacı şirket tarafından davalı yana hitaben 29.03.2010 tarihli ihtarname düzenlendiği, ihtarnamede teslimin yapılması ve geç teslim nedeniyle sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın ödenmesi, aksi halde dava açılacağı hususunun bildirildiği, bundan sonra davalı şirket tarafından sözleşmeye konu işin tesliminin 09.04.2010 tarihinde yapıldığı anlaşılmaktadır. Düzenlenen ihtarnamede davacı yan teslimin yapılmasını ve sözleşmede kararlaştırılan gecikme tazminatının ödenmesini isteyerek, cezai şart isteğini dile getirmiş, sonrasında da açıkça bu isteğinden vazgeçmemiştir. Öyle ise, mahkemece anılan ihtarnamenin davalıya tebliğ edilip edilmediği, edildi ise, hangi tarihte tebliğ edildiği hususu araştırılarak, teslimden önce tebliğ edildiği belirlenirse, bu durum teslimin ihtirazi kayıtla alındığı anlamına geleceğinden, işin esası incelenerek bilirkişi raporu da alınmak suretiyle sonucuna göre hüküm kurulmalıdır, ihtarname hiç tebliğ edilmemiş veya teslimden sonra tebliğ edilmişse, teslim ihtirazi kayıtsız kabul edilmiş olacağından davanın reddedilmesi gerekir."* Aynı yönde bkz. Yarg. 15. HD, E. 2006/2810 K. 2007/162 T. 18.1.2007 (Kazancı); Yarg. 15. HD, E. 1979/1071 K. 1979/1228 T. 23.5.1979 (Kazancı).

[417] Erdem, Clause pénale, s. 138; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 60.

[418] BK OR-Becker, Art. 160 para. 32; OFK OR-Wuffli, Art. 160 para. 17; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 160 para. 42; Bentele, s. 95; Erdem, Clause pénale, s. 139; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 64; Bilge, Cezai Şart, s. 105; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 301; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 208.

[419] Bilge, s. 105; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 302.

[420] Gauch, Contrat d'entreprise, para. 708; Koller, Vorbehaltserfordernis, s. 1519; Erdem, Clause pénale, s. 139; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 66; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 293; Cansel/Özel, s. 731; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 208; Dirican, s. 77.

mümkündür. Yargıtay da kararlarında, tarafların anlaşmasıyla çekince zorunluluğunun bertaraf edilebileceğine hükmetmiştir[421].

Buna karşılık *Kocaman*, çekince koymadan ifayı kabul eden alacaklının sözleşme cezası alacağını kaybetmesinin kanun gereği gerçekleşen bir sonuç olduğunu vurgulamakta; herhangi bir hukuki işlemden doğmayan bu sonucun tarafların yapacağı bir hukuki işlemle bertaraf edilmesinin mümkün olmadığını savunmaktadır[422]. Yazar, tezini kuvvetlendirmek üzere Alman Federal Mahkemesinin bir kararını örnek göstermektedir[423]. Kararda mahkeme, AlmMK § 341/III'teki çekince zorunluluğunu somut olayda bertaraf eden anlaşmanın geçersiz olduğuna hükmetmiştir. Oysa somut olayda mahkemenin bu yönde karar vermesinin sebebi, AlmMK § 341/III'ün emredici nitelikte olması değildir. Asıl sebep, AlmMK § 341/III'teki çekince zorunluluğunu kaldıran sözleşme klozunun, tarafların anlaşmasına bir genel işlem koşulu olarak çerçeve sözleşme vasıtasıyla dâhil edilmiş olmasıdır. Kloz, genel işlem koşuluna ilişkin yapılan içerik denetimini geçemediği için geçersiz kabul edilmiştir[424]. Öte yandan mahkeme, AlmMK § 341/III'ün tamamlayıcı nitelikte olduğunu ve aksinin taraflarca kararlaştırılabileceğini açıkça ifade etmiştir[425].

Kaldı ki *Kocaman*'ın ileri sürdüğü tez, Alman Federal Mahkemesinin kararı bir yana, İsviçre-Türk hukuku bakımından da kanaatimizce isabetsizdir. Alacaklının ifayı kabul etmesi, gerçekte sözleşme cezası alacağını sona erdirme iradesi bulunup bulunmamasından bağımsız olarak TBK m. 179/II uyarınca sözleşme cezası alacağını sona erdirmektedir. Bu bağlamda hukuki işlem benzeri bir fiilin bulunduğu

---

[421] Yarg. 15. HD, E. 2005/5717 K. 2006/7007 T. 30.11.2006 (Kazancı): *"BK.'nun 158/2. maddesinde; eserin kabulü sırasında ceza hakkından açıkca feragat edilmiş olması veya kayıt dermeyan edilmeksizin edanın kabul edilmiş olması hallerinde ceza isteme hakkının düşeceği hususu düzenlenmiştir. Mahkemece de yasal bu düzenleme gereğince ceza istenemeyeceği kabul edilmiştir. Ne var ki yanlar arasında imzalanan 13.10.2000 tarihli sözleşmenin 33. maddesinde "feragat eden tarafın yetkilileri tarafından imzalanmış yazılı bir feragatname diğer tarafa verilmedikçe taraflardan hiçbiri sözleşmede yer alan herhangi bir hakkından feragat etmiş sayılmayacaktır. Taraflardan birinin sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmekten ihmali veya gecikmesi, zımni kabul anlamına gelmeyecektir." hükmüne yer verilmiştir. Sözleşmenin bu hükmüyle eserin sarih veya zımni kabulü halinde ceza hakkının düşmeyeceği, sözleşmeden doğan hakların taraflardan birisinin yetkililerince imzalanacak ve diğer tarafa verilecek bir feragatname ile düşeceği kabul edilmiştir. Bu nedenle mahkemenin kabulünün aksine eserin teslimi ile ceza hakkının düştüğü sonucuna varılmayacağından (...)"* Aynı yönde bkz. Yarg. 15. HD, E. 2009/7003 K. 2010/2104 T. 12.4.2010 (Kazancı).

[422] Kocaman, s. 576.

[423] Bkz. BGH, NJW 1983, 385.

[424] BGH, NJW 1983, 385, s. 386-387.

[425] BGH, NJW 1983, 385, s. 386: *"Zwar handelt es sich bei § 341 III BGB um eine Vorschrift des dispositiven Rechts, die durch Individualvereinbarung abgeändert werden kann."*

söylenebilir. Zira, kişinin esasen fiili bir sonuca yönelmiş olan iradesine kanun gereği belirli bir hukuki sonucun bağlandığı durumda "hukuki işlem benzeri fiil" söz konusu olur. Hukuki işlem benzeri fiilde hukuki sonuç, kişinin iradesinden bağımsız olarak doğmaktadır[426]. Tarafların hukuki işlem benzeri fiile kanunun bağladığı sonucu aralarında anlaşarak hukuki işlemle bertaraf etmelerinin önünde kural olarak herhangi bir engel bulunmamaktadır. Örneğin alacaklının ihtarı, gerçekte alacaklının borçluyu temerrüde düşürme iradesi bulunmasa bile TBK m. 117/I uyarınca borçluyu temerrüde düşürür. Ancak tarafların aralarında önceden anlaşarak ihtarın borçluyu temerrüde düşürmeyeceğini ve temerrüdün ikinci ihtarı takiben belirli bir süre geçtikten sonra oluşacağını kararlaştırmaları mümkündür.

C. Münhasır Sözleşme Cezası

Münhasır sözleşme cezasının muaccel olması neticesinde alacaklı, yalnızca sözleşme cezasının ifasını talep edebilir; asıl borcun ihlalinden kaynaklanan diğer tüm haklarını kaybeder. Alacaklının talebi, münhasıran sözleşme cezasından ibarettir. Alacaklı asıl borcun ifasına ilişkin hakkını kaybedecek[427] ve sözleşme cezasını aşan zararının tazminini talep edemeyecektir[428]. Alacaklının bu itibarla sözleşme cezası miktarını belirlerken çok dikkatli olması gerekmektedir. Aksi takdirde alacaklı lehine kararlaştırılmış olan ceza koşulu, alacaklı aleyhine sonuçlar doğurabilir.

Alacaklının sözleşme cezasını aşan zararının tazminini talep edemeyecek olması, münhasır sözleşme cezası doğuran bir ceza koşulunun bir yönüyle sorumsuzluk anlaşması teşkil ettiğini göstermektedir. Dolayısıyla münhasır sözleşme cezası doğuran bir ceza koşulunun geçerliliği, sorumsuzluk anlaşmalarının geçerliliğini belirli koşullara bağlayan TBK m. 115-116 uyarınca ayrıca değerlendirilmelidir[429].

[426] Kocayusufpaşaoğlu, §9 para. 6; Antalya/Topuz, para. 797.
[427] Erdem, Clause pénale, s. 139; Couchepin, Clause pénale, para. 660; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 67.
[428] Bentele, s. 98; Erdem, Clause pénale, s. 56; Couchepin, Clause pénale, para. 666; Tolou, para. 169; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 68.
[429] Erdem, Clause pénale, s. 56; Couchepin, Clause pénale, para. 667; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 68; Kapancı, Sözleşme Cezası, s. 663 dn. 5.

D. Sözleşme Cezası Borcunun İfasına İlişkin Bazı Genel İlkeler

1. Bu çerçevede öncelikle *sözleşme cezası ile ödemezlik defi arasındaki ilişki* incelenecektir. Kimi zaman borçlunun ödemezlik defini ileri sürmüş ve asıl borcun ifasından bu yolla kaçınmış olması, ceza koşulunun tetiklenmesini engelleyebilir[430]. Böyle bir durumda sözleşme cezası ödeme borcu hiç doğmayacaktır. Örneğin bir satış sözleşmesinde tarafların borçlarını 1.3.2021 tarihinde aynı anda ifa edeceklerinin öngörüldüğünü, satıcının bu tarihte teslimi gerçekleştirmediği takdirde geciktiği her gün için 1.000 TL ödemesinin kararlaştırıldığını varsayalım. Bu senaryoda 1.3.2021 tarihi gelmesine rağmen alıcıdan ödemeyi alamayan satıcı, ödemezlik defi ileri sürmek suretiyle satılanı teslim etmekten kaçınabilir. Ödemezlik defi, satılanın teslimine yaşanan gecikmeye rağmen sözleşme cezası ödeme borcunun doğmasını engelleyecektir.

Kimi zaman ise sözleşme cezası borcu her nasılsa doğmuştur ve borçlu ödemezlik definden istifade etmek suretiyle sözleşme cezasını ifa etmekten kaçınmak istemektedir. Örneğin bir satış sözleşmesinde satıcının satılanı 1.3.2021 tarihinde teslim edeceğinin, alıcının ise satım bedelini 1.5.2021 tarihinde ödeyeceğinin öngörüldüğünü varsayalım. Ayrıca satıcının satılanı hiç teslim etmemesi durumunda 100.000 TL sözleşme cezası ödeyeceği kararlaştırılmış olsun. Somut olayda 10.5.2021 tarihine gelindiğinde satıcı satılanı hâlâ teslim etmemişse ve alacaklı sözleşme cezasının ifasını talep etmişse, sözleşme cezası muaccel olmuş olacaktır. Ancak öte yandan 1.5.2021 tarihi itibarıyla alıcının satış bedelini ödeme borcu da muaccel hâle gelmiştir[431]. Bu durumda satıcı, sözleşme cezasının ifasını talep

---

[430] Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1587; Furrer/Müller-Chen/Çetiner, para. 1621; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 176. Bu yönde bir karar için bkz. Yarg. 15. HD, E. 1982/2128 K. 1982/2639 T. 13.12.1982 (Kazancı): *"BK.nun 81. maddesine göre alacaklının borçlu taraftan ifanın yerine getirmesini isteyebilmesi için önce kendi edimini yerine getirmesi veya teklif etmiş olması gerekir. Halbuki davacı alacaklının, 1.2.1977 tarihli sözleşmenin 12 ve 16. maddeleri ile, kendisine yüklenilen kat irtifakı tesisi ve emlak alım vergisi ödeme mükellefiyetini yerine getirmediği davalı İsmail Faik' in 14.4.1980 gün ve 3335 sayılı ihtarnamesi ve Silivri Noterliği'nin 30.4.1980 gün ve 3732 sayılı durum tesbit tutanağından anlaşılmaktadır. Bu durumda mütemerrit davacının davalı borçludan ifasını yerine getirmesini istiyemiyeceği gibi sözleşmenin 12. maddesinden kaynaklanan gecikme cezasını da talebe hakkı yoktur. O halde, mahkemece hükmedilen 37500 liralık gecikme cezası yerinde değildir.*" Tam iki taraflı bir sözleşme bağlamında sözleşme cezasının ifasını talep etmek isteyen alacaklının, kendi borcunu ifa etmiş veya ifa etmeyi teklif etmiş olması gerektiği yönünde bkz. BSK OR I-Widmer/Constantini/Ehrat, Art. 160 para. 16; OFK OR-Wuffli, Art. 161 para. 4; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 163 para. 25; Feyzioğlu, Cilt-II, s. 400.

[431] Bilindiği üzere, borçlunun ödemezlik defi ileri sürebilmesinin koşullarından biri, önce ifa yükümlülüğünün bulunmamasıdır. Tarafların karşılıklı borçlarına ilişkin farklı vade tarihlerinin kararlaştırıldığı durumda, tarafların biri için geçici bir önce ifa yükümlülüğü söz konusu olur. Örnekte 1.3.2021-1.5.2021 tarihleri arasında satıcı, önce ifa ile yükümlüdür. Bununla birlikte her iki

etmesine rağmen satış bedelini ödemeye yanaşmayan alıcıya karşı ödemezlik defi ileri sürerek sözleşme cezasının ifasından kaçınabilecek midir? Bu örneği bir kenara bırakacak ve genelleştirerek soracak olursak, sözleşme cezası borçlusu, sözleşme cezası alacaklısı olan tarafın kendi borcunu ifa etmediğine/ifa etmeyi teklif etmediğine dayanarak sözleşme cezasını ifa etmekten kaçınabilecek midir?

Bu sorunun olumlu yanıtlanabilmesi için ön koşul, sözleşme cezası ile alacaklının ifa etmesi gereken borç arasında sinallagmatik bir bağlılık bulunmasıdır. Zira ödemezlik defini ileri sürebilmek için, ifasından kaçınılan borç ile karşı tarafın ifa etmediği borç arasında sinallagmatik bir bağlılık bulunması aranmaktadır. Böyle bir bağlılığın varlığını, farklı sözleşme cezası türleri bakımından ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir[432].

(a) *İfaya eklenen sözleşme cezası*, asıl borca eklemlenir ve onu tamamlar. Dolayısıyla asıl borç ve sözleşme cezası ile karşı edim arasında sinallagmatik bir bağlılık bulunduğu aşikârdır. Sözleşme cezası borçlusunun, sözleşme cezası alacaklısı olan tarafın kendi borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmediğine dayanarak ödemezlik defi ileri sürmesinin önünde bu bakımdan herhangi bir engel bulunmamaktadır[433].

(b) *Seçimlik ve münhasır sözleşme cezası* bağlamında sözleşme cezası, asıl borcun yerini almaktadır. Asıl borcun yerini alan sözleşme cezası ile karşı edim arasındaki ilişki, fark ve mübadele teorileri tarafından başka başka biçimlerde açıklanmaktadır. Dolayısıyla bu konuda yapılacak değerlendirme de fark ve mübadele teorilerinden hangisinin benimsendiğine göre değişiklik arz edecektir. Fark teorisi benimsenecek olursa borçlunun ifa etmesi gereken borcun konusu, sözleşme cezası değeri ile karşı edim değeri arasındaki farktan ibaret olacaktır. Bu durumda tek bir borç mevcut olduğu için, karşılıklı iki borç arasında sinallagmatik bağlılıktan bahsedilemez. Dolayısıyla sözleşme cezası borçlusu, sözleşme cezası alacaklısı olan

---

borcun kendileri için belirlenen vadenin gelmesiyle muaccel olması üzerine, önce ifa yükümlülüğü sona erecektir. Örnekte 1.5.2021 tarihi itibarıyla artık satıcı açısından önce ifa yükümlülüğü söz konusu değildir. Bu konuda bkz. Salomon Kaniti, Akdin İfa Edilmediği Def'i, İstanbul 1962, s. 140; Cüneyt Pekmez, Borcun İfa Edilmediği Defi (Ödemezlik Defi), İstanbul 2021, s. 175.

[432] Sözleşme cezası borçlusunun, sözleşme cezası alacaklısı olan tarafın kendi borcunu ifa etmediğine/ifa etmeyi teklif etmediğine dayanarak sözleşme cezasını ifa etmekten kaçınabileceği yönünde genel ifadeler için bkz. BSK OR I-Widmer/Constantini/Ehrat, Art. 160 para. 16; KUKO OR-Pietruszak, Art. 160 para. 9; Bentele, s. 84-85; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, para. 1480; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 265.

[433] Pekmez, s. 141.

tarafın kendi borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmediğine dayanarak ödemezlik defi ileri süremez. Diğer yandan mübadele teorisi benimsenecek olursa durum değişecektir. Asıl borcun yerini alan sözleşme cezası, bu teori çerçevesinde karşı edim ile sinallagmatik bağlılık ilişkisi içine girer. Borçlu sözleşme cezasını ifa etmekle, alacaklı karşı edimi ifa etmekle yükümlü tutulur. Sonuç olarak sözleşme cezası borçlusu, ödemezlik defi ileri sürebilir ve karşı edimin ifa edilmemiş olmasını gerekçe göstererek sözleşme cezasını ifa etmekten kaçınabilir[434]. Kanaatimizce ceza koşulu bağlamında mübadele teorisine ağırlık verilmesi ve ödemezlik definin diğer koşulları da tamam olduğu müddetçe borçluya ödemezlik defi ileri sürme imkânının tanınması daha uygun olacaktır[435].

2. Bu konuda değinilmesi gereken bir diğer sorun, *borçlunun sözleşme cezasını ifa etmemesinin sonuçlarıdır*. Borçlu sözleşme cezasını ifa etmezse, TBK m. 112 vd.'nda düzenlenmiş borca aykırılık hükümleri uyarınca sorumlu olur[436]. Bu durum özellikle sözleşme cezasının bir miktar paradan ibaret olduğu hâller bakımından önem taşır. Zira borçluyu sözleşme cezasını ödeme borcu bakımından temerrüde düşüren alacaklı, sözleşme cezası üzerinden işleyen temerrüt faizini talep edebilir[437]. Yargıtay'ın eski tarihlerde vermiş olduğu bazı kararlarda bu konuda aksi sonuca varılmış olsa dahi[438], günümüzde yargı uygulaması da para borcu niteliği taşıyan sözleşme cezasına temerrüt faizi işleyeceğini şüphesiz kabul etmektedir[439]. Bu durum seçimlik, ifaya eklenen ve münhasır sözleşme cezası türlerinin tümü

---

[434] Pekmez, s. 139-140.

[435] Aynı sonuç için bkz. Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 276. Buna karşılık *Kaneti,* borçlunun ödemezlik defi ileri sürerek seçimlik sözleşme cezasını ifa etmekten kaçınamayacağını savunmuştur. Gerekçe olarak yazar, seçimlik sözleşme cezasının ifasını talep eden alacaklının herhangi bir karşı edim yükümlülüğü bulunmamasını göstermektedir (Kaniti, s. 106). Bu görüşe katılmak mümkün değildir; zira seçimlik sözleşme cezasını talep eden alacaklı, buna karşılık sözleşme ile taahhüt etmiş olduğu kendi edimini yerine getirmek zorundadır.

[436] Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 263.

[437] Tunçomağ, s. 112; Kudat, s. 30-31; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 272.

[438] Bu kararlar için bkz. Tunçomağ, s. 112.

[439] Yarg. 9. HD, E. 2001/20816 K. 2002/6572 T. 25.4.2002 (Kazancı): *"Taraflar arasında düzenlenmiş olup dosya içinde bulunan ferdi hizmet sözleşmesinin 13. maddesinde koşulları oluştuğu takdirde cezai şartın 3 gün içinde ödenmesi gerektiği öngörüldüğüne göre, Borçlar Kanununun 102/2. maddesi uyarınca hüküm altına alınan cezai şart içinde dava tarihinden değil fesih tarihini takip eden 3 günün hitamından itibaren faiz yürütülmelidir."*;Yarg. 13. HD, E. 1990/7889 K. 1991/2101 T. 26.2.1991 (Kazancı): *"Mahkemece hüküm altına alınan cezai şarta dava tarihinden itibaren faiz yürütülmesi gerekirken mahkemece cezai şarta faiz yürütülemeyeceğinden bahisle bu hususstaki talebin reddi usul ve yasaya aykırıdır."* Aynı yönde bkz. Yarg. 15. HD, E. 2002/956 K. 2002/2719 T. 22.5.2002 (Kazancı).

bakımından geçerlidir. Borçlunun sözleşme cezası ödeme borcu bakımından hangi anda temerrüde düşmüş sayılacağı, ayrıca değerlendirilmesi gereken bir meseledir[440].

Seçimlik sözleşme cezası bakımından *Erdem,* alacaklının seçim hakkını sözleşme cezasından yana kullanma yönündeki beyanının borçluyu temerrüde düşüreceği görüşündedir[441].

V. Sözleşme Cezasının İndirilmesi

Modern borçlar hukukunu şekillendiren temel ilke, sözleşme serbestisidir. On dokuzuncu yüzyıldaki klasik liberalizm anlayışının yapıtaşı olan bu ilke uyarınca taraflar, sözleşme yapıp yapmama, sözleşme yapacakları karşı tarafı seçme ve hangi koşullarda sözleşme yapacaklarını belirleme konusunda serbestçe karar verebilmelidir. Buna göre tarafların, sözleşme cezasının konusu ve miktarını, herhangi bir yargısal denetime maruz kalmaksızın diledikleri gibi belirleyebilmeleri gerekmektedir.

Ceza koşulunun yargısal denetime tâbi tutulması suretiyle tarafların anlaşmasına müdahale edilmesi, bu perspektiften bakıldığında, alacaklının karşılığını vererek elde ettiği bir menfaatten yoksun bırakılması anlamına gelecektir. Zira tarafların serbest iradeleriyle ceza koşulu kararlaştırdıkları varsayımında rasyonel bir borçlunun aşırı miktardaki sözleşme cezasına rıza göstermiş olması için, bunun karşılığında belirli bir avantaj elde etmiş olması gerekmektedir. Çoğu zaman ceza koşulu fiyatlandırılarak alacaklının sunacağı karşı edime yansıtılır. Yahut alacaklı, kendisi lehine sonuç doğuracak başkaca taahhütlerin verilmesi talebinden vazgeçer. Sözleşme cezasının miktarı ne kadar yüksekse, alacaklının borçluya bunu kabul ettirmek için sağladığı avantaj da o kadar yüksek olur. Her hâlükârda taraflar, kendileri açısından optimal dengeyi kurduğunu düşündükleri noktada buluşurlar. Durum böyleyken tarafların buluştuğu noktaya hakkaniyeti sağlamak amacıyla dışarıdan müdahale etmek, tam tersine hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açabilir.

Ancak sözleşme serbestisi ilkesinin temelinde yatan varsayım, gerçek hayatta sorunsuz olarak işlemekten bir hayli uzaktır. Şöyle ki sözleşme serbestisi ilkesi, birbirleriyle sözleşme ilişkisi içine giren kişilerin karşılıklı menfaatleri doğrultusunda

[440] Bu meseleyi irdeleyen Gümüş, seçimlik sözleşme cezası ile ifaya eklenen sözleşme cezası arasında bir ayrım yapmaktadır; bkz. Gümüş, Borçlar Genel, s. 1019.
[441] Erdem, Clause pénale, s. 134; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 179 para. 51.

kendi faydalarını maksimize eden bir denge kuracakları varsayımına dayanmaktadır. Oysa sözleşme ilişkisi içerisine giren taraflar, heterojen toplum yapısının bir yansıması olarak, farklı ekonomik ve sosyal altyapılara sahiptir. Ekonomik ve sosyal açıdan daha güçlü olan taraf, üstün konumunun yarattığı müzakere gücünden istifade etmekte ve kendi iradesini karşı tarafa kısmen/tamamen dayatmaktadır. Bu koşullarda akdedilen sözleşmede, her iki tarafın menfaatlerinin dengeli bir yansıması mevcut olmayıp; ekonomik ve sosyal açıdan daha güçlü olan tarafın faydasının diğer tarafın aleyhine olacak şekilde maksimize edildiği gözlemlenmektedir. Öte yandan sözleşme ilişkisi içine giren taraflar, kimi zaman kendi faydalarını maksimize edecek kararları, kendi karar alma süreçlerini etkileyen içkin sebeplerden ötürü verememektedir. Zira 'gerçek insanlar', *homo economicus*'un aksine, karar alma süreçlerinde sınırlı bir rasyonalite *(bounded rationality)*, sınırlı bir irade gücü *(bounded will-power)* ve sınırlı bir çıkarcılık *(bounded self-interest)* ile hareket etmektedir. Bu hususlar, zaman içinde elde edilen deneysel verilerle de ortaya koyulmuştur[442].

Görüldüğü üzere sözleşme serbestisinin dayandığı varsayıma ilişkin ilk sorun, taraflardan birinin, kendi faydasını maksimize edecek kararları, karşı tarafın baskınlığı sebebiyle uygulamaya koyamamasıdır. İkinci sorun ise tarafların kendi faydalarını maksimize edecek kararları zaten insan psikolojisinin bir gereği olarak verememesinden kaynaklanmaktadır. Sonuç olarak sözleşme serbestisinin dayandığı varsayımın kırılganlığı, bu ilkeye on dokuzuncu yüzyıl liberalizmindeki gibi bir kutsiyet atfetmenin anlamsızlığını ortaya koymuştur. Kanun koyucular, sözleşme serbestisi ilkesine çeşitli hukuki kurumlar vasıtasıyla ket vurmuştur.

Ceza koşulu da taraflar arasındaki menfaat dengesini hakkaniyet gereği kabul edilemeyecek ölçüde bozma potansiyeli taşıyan bir hukuki kurumdur. Alacaklı, borçludan daha fazla müzakere gücüne sahip olduğu hâllerde, makul menfaatinin gerektirdiği miktarı aşacak kadar yüksek bir sözleşme cezası kararlaştırmak konusunda borçluya baskı yapar. Müzakere gücünden yoksun olan borçlu, gerçekte böyle bir ceza koşulu ile bağlanmak istememesine rağmen karşı edime duyduğu ihtiyaç nedeniyle böyle bir sözleşmeyi akdetmek durumunda kalabilir[443]. Ayrıca

[442] Klasik hukuk ve ekonomi öğretisinin esas aldığı *homo economicus*'un insan psikolojisiyle örtüşmeyen yönleri ve bu konuda yeni çözümler sunmak üzere geliştirilen davranışsal hukuk ve ekonomi öğretisi hakkında detaylı bilgi için bkz. Jolls/Sunstein/Thaler.

[443] Bentele, s. 112; Zimmermann, Roman Foundations, s. 106.

borçlunun karar verme süreci bakımından devreye giren iyimserlik yönelimi de *(optimism bias)* borçluyu, kendi menfaatini büyük ölçüde göz ardı eden bir sözleşme cezası kararlaştırmaya itebilir. Karar verme sürecindeki rasyonalitenin önemli sınırlarından birini teşkil eden iyimserlik yönelimi doğrultusunda insanlar, gelecekte gerçekleşmesi muhtemel olan olgular hakkında gereğinden fazla iyimserdir. Buna göre kendileri için olumsuz sonuç doğuracak olguların gerçekleşmesi ihtimalini gerçektekinden daha düşük olarak algılamakta ve kararlarını bu algıya göre şekillendirmektedir[444]. Sözleşme cezası ödeme yükümlülüğü sözleşmenin akdedildiği anda derhal muaccel olan bir borç olmadığı ve gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği şüpheli olan ihlal olgusuna bağlı olduğu için, borçlu genellikle iyimserlik yönelimine kapılacaktır. Sözleşmeyi akdettiği anda borcunu ifa edeceği düşüncesini taşıyan borçlu ihlal ihtimalini azımsayacak ve nasıl olsa sözleşme cezası ödemek zorunda kalmayacağı düşüncesiyle aşırı miktarda bir sözleşme cezası kararlaştırmaktan imtina etmeyecektir[445].

Bu etmenler, tarafların kararlaştırmış oldukları aşırı miktarda bir sözleşme cezasını ifa etmek konusunda borçluyu zorlamanın bir hukuk politikası olarak doğru olup olmadığı sorusunu gündeme getirmektedir. Ceza koşulunun Roma hukukundan günümüze uzanan gelişiminin vardığı noktada tüm hukuk sistemlerinde kanun koyucuların tercihi, sözleşme cezası miktarı üzerinde belirli bir yargısal denetim uygulamaktan yana olmuştur. Bu yargısal denetim mekanizmalarının tümü, detayları itibarıyla birbirlerinden ayrışsa dahi özünde aynı amaca yönelmiştir. Amaç, taraflar arasındaki menfaat dengesinin hakkaniyet gereği kabul edilemeyecek ölçüde bozulmasının engellenmesidir. Bu amaçla gerçekleştirilen sözleşme cezası miktarı üzerindeki yargısal denetim, sözleşme serbestisinden atipik bir sapma teşkil etmektedir.

A. Sözleşme Cezası Üzerindeki Yargısal Denetimin Tarihsel Gelişimi ve Kıta Avrupası Hukukuna Genel Bakış

Klasik Roma hukukunda tarafların anlaşmasına ciddi bir önem atfedilmekte ve bu anlaşmaya müdahale etmekten mümkün olduğu ölçüde kaçınılmaktaydı.

[444] İnsan psikolojisindeki iyimserlik yönelimini ortaya koyan önemli ampirik çalışmalardan biri için bkz. Neil D. Weinstein, "Unrealistic Optimism About Future Life Events", Journal of Personality and Social Psychology C. 39 S. 5 (1980), s. 806 vd.
[445] Bentele, s. 112; Zimmermann, Roman Foundations, s. 106-107.

Nitekim bu sebeple, sözleşme cezasının aşırı miktarda olsa dahi herhangi bir indirime tâbi tutulmaksızın olduğu gibi uygulanması esastı[446]. Asıl borcun kısmen ifa edilmiş olduğu durumda bile, kararlaştırılmış sözleşme cezasının tamamının ifa edilmesi gerektiği kabul ediliyordu. Bu dönemde cezalandırma fikri özel hukuka yabancı olarak görülmediği için, yüksek sözleşme cezalarının olduğu gibi uygulanmasından imtina edilmiyordu. Ancak bu tablo, zaman içerisinde değişmiş; sözleşme cezasının aşırı olsa dahi müdahale edilmeksizin uygulanması fikri, *Codex Iustinianus*'ta yer alan bir düzenlemeye dayalı olarak *ius commune*'nin gelişme döneminde tartışmalı hâle gelmiştir. Tartışma, talep edilebilecek tazminat miktarını asıl borcun iki katı ile sınırlayan kuralın (C. 7.47.1) ceza koşulu bakımından da bir üst sınır teşkil edip etmediğini konu almaktadır[447].

Bu dönemde mevcut tartışma, 19. yüzyıl başında Kıta Avrupası hukukuna şekil veren kanunlaştırma hareketlerinde iki farklı ekolün ortaya çıkmasına neden olmuştur. 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu, hakkaniyet temelli yaklaşımları reddetmiş[448] ve klasik Roma hukukundaki sözleşme cezasının aşırı miktarda dahi olsa herhangi bir indirime tâbi tutulmaksızın olduğu gibi uygulanması esasını takip etmiştir. Hâkimin sözleşme cezası miktarına müdahale etmesine izin verilmemiştir[449]. Hâkime sözleşme cezasına müdahale yetkisi tanınıp tanınmayacağı tartışmaya sebep olmuşsa bile, en nihayetinde irade özerkliği *(autonomie de la volonté)* ilkesi ağır basmıştır[450]. Klasik liberalizmin etkisinin çok yoğun hissedildiği Fransız Medeni Kanunu bakımından bu durum şaşırtıcı değildir. Kanun, irade özerkliği ilkesi üzerine inşa edilmiş olup; tarafların anlaşmasına adeta kutsiyet atfetmiştir. Bu ilkenin kanunda tuttuğu yer, sıklıkla meşhur m. 1134/I üzerinden özetlenir: *"Hukuka uygun sözleşme, onu akdeden taraflar arasında kanun yerini*

[446] Zimmermann, Roman Foundations, s. 107.

[447] Zimmermann, Roman Foundations, p. 108-109. Bununla birlikte borçlunun sözleşme cezalarına karşı korunabilmesi bakımından alacaklının ceza koşuluna ilişkin taleplerini bloke eden başkaca yöntemler geliştirilmişti. Örneğin pek çok kölenin mahkemede bulunacağı konusunda kararlaştırılan sözleşme cezası, kölelerden yalnız biri eksik olsa bile tamamen muaccel olur. Ancak borçlu sözleşme cezasını eksik olan köleye tekabül edecek şekilde *pro rata* olarak ödeme önerisinde bulunmuşsa, kendisinden sözleşme cezasının tamamının istenmesi durumunda *exceptio doli* ileri sürebilecektir. Bu konuda bkz. Zimmermann, Roman Foundations, s. 110 vd.

[448] Bkz. Jean Thilmany, "Fonctions et révisibilité des clauses pénales en droit comparé", Revue internationale de droit comparé C. 32 S. 1 (1980) s. 17 vd., s. 19-20.

[449] Lucinda Miller, "Penalty Clauses In England And France: A Comparative Study", International and Comparative Law Quarterly C. 53 (2004), s. 79 vd., s. 86.

[450] Bu konuda bkz. Loksaier, s. 34.

tutar."[451] Buna karşılık 1794 tarihli Prusya Kanunu ise C. 7.47.1'den hareketle geliştirilmiş olan hakkaniyet temelli yaklaşımı esas almış görünmektedir. Kanun, alacaklının menfaatinin iki katını aşan sözleşme cezalarının aşırı olmaları sebebiyle indirileceği yönünde bir hüküm sevketmiştir[452].

Hakkaniyet temelli yaklaşımı benimseyen bu ekol, 1881 tarihli eİsvBK'na da yansımış; m. 182 ile hâkime aşırı sözleşme cezasını indirme yetkisi tanınmıştır[453]. Akabinde 1900 tarihli AlmMK'nda da aşırı sözleşme cezasının indirilmesi kurumu § 343'te kendisine yer bulmuştur[454]. Tüm bu gelişmelerin klasik Roma hukukundaki sözleşme cezasının aşırı miktarda dahi olsa herhangi bir indirime tâbi tutulmaksızın olduğu gibi uygulanması esasından hakkaniyet odaklı yaklaşıma doğru bir eksen kayması olduğu söylenebilir. Ancak yine de bu eksen kaymasının bazı hukuk sistemlerini etkilemesinin uzun zaman aldığı belirtilmelidir. Fransa'da mahkemeler, uzun bir süre boyunca alacaklıları aşırı sözleşme cezalarına karşı korumak için başka hukuki kurumlardan istifade etmek durumunda kalmış; bu dolaylı koruma yer yer yetersiz kalmıştır[455]. En nihayetinde ancak 1975 yılına gelindiğinde FrMK m. 1152'de değişiklik yapılmış ve hâkimlere sözleşme cezası miktarına müdahale etme yetkisi tanınmıştır[456]. Hükme göre, *"Bununla birlikte hâkim, taraflarca kararlaştırılan cezanın açıkça aşırı veya cüzi olması durumunda cezayı indirebilir veya arttırabilir. Tarafların aksine anlaşması, yazılmamış sayılacaktır"*[457]. Hâkimin sözleşme cezasına müdahale yetkisi, tarafların taleplerinden bağımsız olarak kendiliğinden müdahaleye olanak tanıyan 1985 tarihli kanun değişikliği ile iyice

[451] Hükmün Fransızca orijinali şöyledir: *"Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites."* Aynı hüküm, kanunun borçlar hukuku reformu sonrası güncel hâlinde m. 1103'te yer almaktadır.

[452] Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten § 301 I 5 hükmünün Almanca orijinali şöyledir: *"Wird jedoch dadurch der doppelte Betrag des wirklich auszumittelnden Interesse überstiegen, so muß der Richter die Strafe bis auf diesen doppelten Betrag ermäßigen."*

[453] 1881 tarihli eİsvBK'ndaki ceza koşuluna ilişkin düzenlemeler, özellikle 1 Temmuz 1855 tarihli Zürih Medeni Kanunundan *(Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich vom 1. Juli 1855)* esinlenmiştir. Bu yönde bkz. Bentele, s. 111 dn. 517; Couchepin, Clause pénale, para. 115. Aşırı sözleşme cezasının indirilmesi konusunda hâkime verilen yetki de yine bu kanunda § 970'te mevcuttu.

[454] AlmMK § 343'ün tarihi temellerine ilişkin kapsamlı bir çalışma için bkz. Sossna.

[455] Miller, p. 87.

[456] Bkz. *Loi no. 75-597 du 9 juillet 1975 modifiant les art. 1152 et 1231 du code civil sur la clause pénale*. Kanun değişikliği hakkında detaylı bilgi için bkz. Mazeaud, para. 55 vd.

[457] Hükmün Fransızca orijinali şöyledir: *"Néanmoins, le juge peut modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite."*

güçlendirilmiştir[458]. Fransız hukukunda, yakın tarihte kapsamlı bir borçlar hukuku reform gerçekleştirilmiştir. 1 Ekim 2016 tarihinde yürürlüğe giren söz konusu reform, sözleşme cezası miktarına ilişkin yargısal denetimi korumuştur[459]. Ceza koşuluna ilişkin temel düzenlemeleri çatısı altında toplayan m. 1231-5'in ikinci fıkrası uyarınca hâkim, taraflarca kararlaştırılan miktarı açıkça aşırı veya cüzi *(manifestement excessive ou dérisoire)* bulduğu durumda kendiliğinden indirebilecek veya arttırabilecektir.

Nihayetinde Kıta Avrupası hukukunda üstün gelen ekol, Prusya Kanununda olduğu gibi hakkaniyet temelli bir yaklaşım olmuştur. *Pacta sunt servanda* ilkesinin istisnasız uygulaması yerine, aşırı sözleşme cezasının sınırlanması suretiyle borçlunun korunması gereği ağır basmıştır. Fakat aşırılığın tespiti konusunda Prusya Kanunundaki gibi sayısal kesinlik içeren mutlak bir çerçeve çizilmemiş; hâkime bu konuda takdir yetkisi tanınmıştır.

B. TBK m. 182/III Uyarınca Yapılan İndirime Genel Bakış

Sözleşme serbestisinin önemli uzantılarından biri gereğince taraflar, kural olarak, sözleşme cezasının miktarını belirlemekte serbesttir[460]. Bu konudaki sözleşme serbestisi TBK 182/I'de açıkça hüküm altına alınmış ve pekiştirilmiştir: *"Taraflar, cezanın miktarını serbestçe belirleyebilirler"*. Bununla birlikte ceza koşulunun taraflar arasındaki menfaat dengesini hakkaniyet gereği kabul edilemeyecek ölçüde bozma potansiyeli taşıyan bir hukuki kurum olması, kanun koyucuyu, bu konuda atipik bir yargısal denetim mekanizması düzenlemek durumunda bırakmıştır. TBK m. 182/III uyarınca *"Hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir."*

TBK m. 182/III'teki hukuk kuralının hem hukuki olgu hem de hukuki sonuç kısmı esnek ve yumuşak olarak biçimlendirilmiştir. **(1)** Kuraldaki hukuki olgu, sözleşme cezasının aşırı olmasıdır. "Aşırılık" kavramı çok genel bir tabir olup; her somut olay özelinde hâkimin ayrı bir değerlendirme yapmasını zorunlu kılmaktadır.

---

[458] Bkz. *Loi no. 85-1097 du 11 octobre 1985 relative à la clause pénale et au règlement des dettes*. Kanun değişikliği hakkında detaylı bilgi için bkz. Mazeaud, para. 61 vd.

[459] Bkz. *Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*.

[460] CR CO I-Mooser, Art. 163 para. 1; OFK OR-Wuffli, Art. 163 para. 1; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 163 para. 1; Bentele, s. 42; Erdem, Clause pénale, s. 148; Couchepin, Clause pénale, para. 770; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 182 para. 1; Arsebük, s. 992; Bilge, Cezai Şart, s. 113; Erdem, Delenda, s. 321; Kocaağa, s. 97; Çınar, s. 92; Tamer, s. 732.

Örneğin yüklenicinin inşaatı teslim etmekte geciktiği her gün için ödemesi öngörülen 100.000 TL'lik sözleşme cezası, toplam inşaat değerinin 500.000 TL olduğu küçük bir yazlık ev bakımından (somut olayın koşulları aksini gösteren çok önemli bir sebep ihtiva etmediği müddetçe) aşırıdır. Oysa aynı sözleşme cezası, bir alışveriş merkezi kompleksinin inşaatının zamanında teslim edilmemesini konu alıyorsa, çok büyük ihtimalle aşırı olarak değerlendirilmez. **(2)** Kuraldaki hukuki sonuç bakımından da benzer bir durum söz konusudur. Hukuki sonuç uyarınca hâkim sözleşme cezasını, aşırılığı ortadan kaldıracak bir seviyeye kadar indirecektir. Hâkimin ne ölçüde bir indirim yapacağı kesin çizgilerle belirlenmiş olmayıp; her somut olay özelinde ayrı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Aşırı olan 100.000 TL'lik sözleşme cezasının, örneğin 20.000 TL'ye mi yoksa 10.000 TL'ye mi indirileceğine bu değerlendirme neticesinde karar verilecektir.

Bu itibarla TBK m. 182/III, hüküm içi boşluk içermektedir[461]. Bir hukuk kuralının somut olaya ancak hâkimin takdir yetkisini kullanması suretiyle ferdileştirilerek uygulanabileceği durumda hüküm içi boşluğun bulunduğundan bahsedilir[462]. Hüküm içi boşluk içeren kuralı uygulayacak hâkimin, hükme basit bir altlama yapmakla yetinmesi mümkün değildir. Hâkim etkin ve aktif bir rol üstlenerek takdir yetkisini kullanmalıdır. Hüküm içi boşlukların doldurulması konusunda hâkime yol gösteren hüküm, TMK m. 4'tür. İlgili hüküm uyarınca, *"Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir."* Anlaşılacağı üzere hâkim, takdir yetkisini kullanırken serbest değildir; keyfi bir tasarrufta bulunamaz. Hâkimin takdir yetkisini, somut olayın özelliklerini göz önünde tutarak, kanunun ilgili hükmünün çizdiği sınır içinde hukuka uygun bir sonuca varacak şekilde kullanması gerekmektedir[463].

Bir hukuk kuralının hüküm içi boşluk içerecek şekilde esnek olarak biçimlendirilmiş olması, somut olay adaletinin sağlanmasında büyük önem taşır. İsviçre-Türk medeni hukuk sistemi, hâkime geniş takdir yetkisi tanıyan ve böylelikle somut olaya uygun sonuç elde edilmesini kolaylaştıran bir sistem olarak

[461] Bentele, s. 113; Couchepin, Clause pénale, para. 822; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 339; Kırkbeşoğlu, Hükümsüzlük, s. 307; Sanlı, s. 354; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 99.
[462] Hüküm içi boşluk hakkında bkz. Antalya/Topuz, para. 1084 vd.; O. Gökhan Antalya, Hukuk Bilimine Katkı Olarak Cilt II Hukuk Metodolojisi, Ankara 2021, para. 936 vd.
[463] Takdir yetkisi hakkında bkz. Antalya/Topuz, para. 1642 vd.

kurgulanmıştır. Ancak bu avantaj, hukuki güvenlik perspektifinden bakıldığında bir dezavantaja dönüşmektedir. Takdir yetkisi, TMK m. 4'te çizilen çerçeve ile objektifleştirilmek istense dahi, yapısı gereği subjektiftir. Taraflar bir sözleşme cezasının hâkim tarafından aşırı olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğini ve eğer aşırı olarak nitelendirilecek olursa ne ölçüde indirileceğini çoğu zaman kesin olarak öngöremeyecektir.

Nitekim TBK m. 182/III ile hâkime tanınmış olan müdahale imkânı, *pacta sunt servanda* ilkesinde açılan gediğin büyüyerek liberal borçlar hukuku sistemini ve hukuki güvenlik ilkesini zedelememesi için istisnai bir nitelik taşımaktadır. Hâkimin de bu bilinçle hareket etmesi ve olası bir müdahaleden mümkün olduğu kadar kaçınması gerekmektedir[464]. Kural olan, tarafların iradelerinin yansıdığı sözleşmenin kararlaştırıldığı hâliyle uygulanmasıdır. Müdahale ancak adalet duygusunu tahammül edilmesi beklenemeyecek ölçüde yaralayan bir sözleşme cezası karşısında haklı olur. Ayrıca müdahalenin kapsamı da mümkün olduğu kadar dar tutulmalıdır[465].

TBK m. 182/III uyarınca hâkim, aşırı olduğunu takdir ettiği sözleşme cezasını indirecektir; bunun dışında çok az olduğunu düşündüğü bir sözleşme cezasını arttırma yetkisi bulunmamaktadır[466]. Bu itibarla İsviçre-Türk hukuku, Alman hukuku ile aynı yaklaşımda buluşmuş; hâkime hem indirim hem arttırım yetkisi tanıyan Fransız hukukundan ayrılmıştır. Hâkimin sözleşme cezasını indirebilecek fakat arttıramayacak olmasının alacaklı bakımından yarattığı dezavantaj, alacaklının sözleşme cezasını aşan zararının tazminini TBK m. 180/II gereğince talep edebilmesi suretiyle kısmen dengelenmiştir. Yine de alacaklının bu çerçevede tazminat talep edebilmek için hem uğradığı zararı hem de borçlunun kusurunu ispat yükü altında olması, terazinin dengesinin yine borçlunun lehine ağır bastığını göstermektedir. Buradan hareketle *Couchepin*, sözleşme cezasının indirilmesi kurumunun öncelikli olarak borçlunun korunmasına yönelik subjektif bir

[464] CR CO I-Mooser, Art. 163 para. 7; OFK OR-Wuffli, Art. 163 para. 6; CHK OR-Pellanda Katja, para. 17; Erdem, Clause pénale, s. 148-149; Couchepin, Clause pénale, para. 825; Bilge, Cezai Şart, s. 120; Tunçomağ, s. 141; Arkan, s. 93; Kocaağa, s. 341; Tamer, s. 745-746; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 99; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 222; Muhammet Emin Bingöl, Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Yükümlülüğü - Özellikle Tacirin Ücret ve Cezai Şartın İndirilmesini İsteyememesi, İstanbul 2018, s. 122. Bu doğrultuda bkz. ATF 114 II 264 c. 1a, JdT 1989 I 74; TF, 4A_595/2012 (21.12.2012), c. 5.1.

[465] Couchepin, Clause pénale, para. 825.

[466] Couchepin, Clause pénale, para. 784; Kocaağa, s. 331.

amaç güttüğünü; adalet ve hakkaniyet duygusunun zedelenmesini engelleyici objektif amacın nispeten zayıf kaldığını ifade etmektedir[467].

TBK m. 182/III'te öngörülmüş müdahalenin istisnai niteliğinin bir sonucu olarak, hükmün kıyasen uygulanması konusunda azami dikkat gösterilmelidir. Borçlar hukukuna hâkim ilkelerden birinin istisnasını teşkil eden böyle bir hükmün uygulama alanının, kanuni herhangi bir dayanak bulunmamasına rağmen farklı bir amaç taşıyan bir hukuki kurumu kapsayacak şekilde genişletilmesi kabul edilemez. Nitekim çalışmamızda benimsemiş olduğumuz görüş çerçevesinde, götürü tazminatın, bağlanma parasının, cayma parasının, dönme cezasının TBK m. 182/III uyarınca indirime tâbi tutulamayacağını savunmaktayız. Yalnızca gerçek olmayan sözleşme cezası bakımından farklı bir değerlendirme yapılması gerektiği görüşündeyiz. İşlevsel anlamda ceza koşulu ile örtüşmekte olan gerçek olmayan sözleşme cezasının, aşırı olduğu takdirde TBK m. 182/III'ün kıyasen uygulanması suretiyle indirebileceğini düşünmekteyiz. Bu konulardaki görüş ve gerekçelerimiz yukarıda detaylı olarak açıklandığı için, ilgili bölümlere atıf yapmakla yetiniyoruz[468].

C. TBK m. 182/III Uyarınca Yapılan İndirimin Hukuki Niteliği

Sözleşme cezası miktarı üzerinde yargısal denetim yapılmasını öngören TBK m. 182/III, emredici bir hükümdür[469,470]. Taraflarca sözleşme cezasının indirime tâbi

---

[467] Couchepin, Clause pénale, para. 784.

[468] Bkz. *"Üçüncü Bölüm / I. / C. Götürü Tazminat Anlaşmasına Uygulanacak Kurallar ve Özellikle Ceza Koşuluna İlişkin Hükümlerin Uygulanma Kabiliyeti"; "Üçüncü Bölüm / II. Bağlanma Parası"; "Üçüncü Bölüm / Cayma Parası"; "Üçüncü Bölüm / Dönme Cezası".*

[469] BK OR-Becker, Art. 163 para. 11; CR CO I-Mooser, Art. 163 para. 5; KUKO OR-Pietruszak, Art. 163 para. 1; Erdem, Clause pénale, s. 149; Couchepin, Clause pénale, para. 785; Tolou, para. 1171; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 182 para. 5; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1031; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, para. 1483; Furrer/Müller-Chen/Çetiner, para. 1634; Arsebük, s. 995; Tunçomağ, s. 159; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 323; Kırkbeşoğlu, Hükümsüzlük, s. 305; Tamer, s. 746; Cansel/Özel, s. 715; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 113; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 221-222. Bu yönde bkz. ATF 143 III 1, c. 4.1; ATF 133 III 201, c. 5.2.

[470] Aşırı sözleşme cezasının indirilmesini öngören hüküm, emredici nitelikte olmanın da ötesinde, çoğu yazar tarafından kamu düzenine ilişkin olarak değerlendirilmektedir. Dolayısıyla milletlerarası özel hukuk bağlamında da dikkate alınması gerekeceği belirtilmektedir. Bu yönde bkz. BK OR-Becker, Art. 163 para. 25; CR CO I-Mooser, Art. 163 para. 5; Couchepin, Clause pénale, para. 788; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, para. 1483. İsviçre Federal Mahkemesinin 1915 tarihli bir kararı da bu doğrultudadır (ATF 41 II 138, c. 1). Bununla birlikte yakın tarihli kararlarda yerleşik olarak, İsvBK m. 163/III'ün İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu *(Loi fédérale sur le droit international privé/Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht)* m. 190/II(e) bağlamında kamu düzeninden sayılamayacağı; dolayısıyla milletlerarası nitelik taşıyan bir tahkim kararına bu hükmün ihlalini gerekçe göstererek müdahale etmenin mümkün olmadığı ifade edilmektedir (TF, 4A_508/2017 (29.01.2018), c. 4.4; TF, 4A_510/2015 (08.03.2016); c. 6.2.2; TF, 4A_634/2014 (21.05.2015), c. 5.2.2). Öte yandan aşırı sözleşme cezasının indirilmesini öngören TBK m. 182/III'ün milletlerarası özel hukuku bağlamında kamu düzeninden sayılıp sayılmayacağı konusu,

tutulmayacağının kararlaştırılması suretiyle hükmün uygulanmasının bertaraf edilmesi mümkün değildir; böyle bir anlaşma geçersizdir[471]. Keza tarafların sözleşme cezasının aşırı olmadığı konusunda anlaştıklarını gösteren ve uygulamada sıklıkla karşılaşılan kayıtlar da yargısal denetimin önünde bir engel teşkil etmeyecektir. Ayrıca borçlunun indirim hakkından tek taraflı olarak feragat etmesinin de (ister sözleşme cezasının muaccel olmasından önce ister sonra feragat beyanında bulunulmuş olsun) herhangi bir etkisi yoktur[472]. Zira çalışmamızda kabul etmiş olduğumuz görüş çerçevesinde, TBK m. 182/III indirim konusunda borçluya bir hak tanımamakta; hâkime bir ödev yüklemektedir[473]. Hâkim kendi değerlendirmesine göre sözleşme cezasının aşırı olduğu sonucuna vardığı takdirde, tarafların aksi yöndeki anlaşmasına veya borçlunun bu konuda herhangi bir talebi bulunmamasına rağmen kendiliğinden indirim yapacaktır. Bir kere sözleşme cezasının aşırı olduğunu tespit eden hâkim, artık indirim yapmak zorundadır. Yani aşırı olduğunu tespit ettiği sözleşme cezasında indirim yapıp yapmamak konusunda takdir yetkisine sahip değildir[474].

Kanunun aşırı sözleşme cezası kararlaştırılmasına ilişkin öngörmüş olduğu ve bu itibarla hâkimin sözleşme cezasını indirmesine zemin hazırlayan yaptırımın hukuki niteliği konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerin bazılarını yukarıda ele aldığımız esaslar çerçevesinde inceleyelim[475].

Türk hukukunda İsviçre hukukundan farklı bir düzlemde tartışılmalıdır. Zira ticari işlemlerde aşırı sözleşme cezasının indirilmesini yasaklayan TTK m. 22'nin varlığı, durumu Türk hukuku bakımından çok daha şüpheli hâle getirmektedir. Aşırı sözleşme cezasının indirilmesini öngören hükmün kamu düzenine ilişkin olarak değerlendirilemeyeceği yönünde bkz. Tunçomağ, s. 181. Ayrıca bkz. Yarg. 15. HD, E. 2014/2183 K. 2014/3226 T. 12.5.2014 (Kazancı): *"Somut olaya gelince; tenfizi talep edilen hakem kararında hüküm altına alınan miktar, tarafların sulh sözleşmesinde kararlaştırdıkları miktar olup, tenfizi istenen hükümde az yukarda belirtilen ilkeler ışığında değerlendirme yapıldığında cezai şartın fahiş olarak kararlaştırılmış olmasının kabulü halinde dahi, kamu düzenine aykırılık sözkonusu olmadığından tenfiz talebinin kabulü gerekirken reddi doğru olmamış, hükmün bu sebeplerle bozulması gerekmiştir."*

[471] Couchepin, Clause pénale, para. 786; Kocaağa, s. 358; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 113; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 222; Veysel Başpınar, Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı, Ankara 1998, s. 158.

[472] Aynı yönde bkz. Kırkbeşoğlu, Hükümsüzlük, s. 312 dn. 379; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 222. Borçlunun *önceden* indirim hakkından feragat edemeyeceği yönünde bkz. ZK OR-Oser/Schönenberger, Art. 163 para. 17; BSK OR I-Widmer/Constantini/Ehrat, Art. 163 para. 10; Erdem, Clause pénale, s. 149; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 182 para. 5; Bilge, Cezai Şart, s. 119; Tunçomağ, s. 159; Erdem, Delenda, s. 322; Erçin, s. 99.

[473] İndirme hakkının bir yönüyle hâkimin indirmeyi yapabilme yetkisini; bir yönüyle borçlunun indirmeyi istemek hakkını teşkil ettiği yönünde aksi görüş için bkz. Tunçomağ, s. 136.

[474] ZK OR-Oser/Schönenberger, Art. 163 para. 12; Erdem, Clause pénale, s. 156-157; Kocaağa, s. 331; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 99; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 220.

[475] Görüşler için bkz. Tunçomağ, s. 136 vd.

(1) Bazı yazarlar, miktar itibarıyla aşırılık teşkil eden bir sözleşme cezasının ödenmesini öngören ceza koşulu bakımından kısmi kesin hükümsüzlük yaptırımının devreye girdiğini ve hâkimin indirim yetkisinin temelinde bu yaptırımın bulunduğunu savunmaktadırlar[476]. Kısmi kesin hükümsüzlük, sözleşme içeriğinin bir kısmının geçersiz sayılmasına rağmen, geriye kalan kısmın geçerliliğini koruyarak hüküm doğurmaya devam etmesidir. Bu görüşteki yazarlar, kısmi kesin hükümsüzlüğün türü konusunda uzlaşmamış; birbirlerinden farklı fikirler ileri sürmüştür.

Örneğin bazı yazarlar, konuyu "değiştirilmiş kısmi kesin hükümsüzlük" çerçevesinde açıklamaktadır[477]. Değiştirilmiş kısmi kesin hükümsüzlük, sözleşmenin geçersiz sayılan kısmının yerine ikame bir anlaşmanın geçmesi ve sözleşmenin bu suretle ayakta tutulmasıdır. Bu görüşün esas aldığı anlayış çerçevesinde bir sözleşme, yalnızca içerdiği münferit anlaşmalara bölünebilir; bunun ötesinde münferit anlaşmaların konu aldığı edimlerin niceliksel olarak bölünebilmesi mümkün değildir. Kısmi hükümsüzlük de sözleşmeyi oluşturan bu anlaşmalardan biri veya birkaçının bütünü bakımından söz konusu olabilir; münferit anlaşmalar niceliksel olarak kısmen geçerli kısmen geçersiz sayılamaz[478]. Dolayısıyla içerdiği sözleşme cezası taahhüdü aşırı miktarda olan ceza koşulu, bütünüyle geçersiz kabul edilir. Bu geçersiz ceza koşulunun yerine, miktar olarak aşırılığı giderilmiş sözleşme cezası taahhüdü içeren bir ceza koşulu TBK m. 182/III gereğince geçer[479]. Ceza koşulunun bütününün kesin hükümsüz sayılmasına rağmen kısmi kesin hükümsüzlükten bahsedilmesinin sebebi, asıl borç ilişkisi perspektifinin esas alınıyor olması ve ceza koşulunun asıl borç ilişkisi bağlamındaki pek çok anlaşmadan birini teşkil ediyor olmasıdır.

Öte yandan *Hatemi* ve *Kırkbeşoğlu* ise açıklamalarını "düşey kısmi kesin hükümsüzlük" çerçevesinde şekillendirmiştir[480]. Düşey kısmi hükümsüzlük, bir sözleşmenin meblağ veya süre gibi niceliksel kısımlarının indirilmesi veya daraltılması suretiyle sözleşmenin geçerli olarak ayakta tutulmasıdır. Bu görüşün

---

[476] Bentele, s. 124; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1032; Nurullah Kunter, "Ödendikten Sonra Da Azaltılabilmeleri Bakımından Fahiş Cezaî Şartlar", Adliye Ceridesi C. 31 S. 11 (1940), s. 971 vd., s. 978-980; Hüseyin Hatemi, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK. 65 Kuralı), İstanbul 1976, s. 225; Başpınar, s. 157-158; Ateş, s. 292 dn. 879; Kırkbeşoğlu, Hükümsüzlük, s. 307; Sanlı, s. 337 dn. 1090.

[477] H. Nomer, para. 238; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1032; Başpınar, s. 157-158; Ateş, s. 292 dn. 879; Yücel, s. 2952-2953.

[478] Başpınar, s. 62-63; Ateş, s. 282-283. Aynı doğrultuda bkz. Bentele, s. 61-62.

[479] Bentele, s. 124; Ateş, s. 292 dn. 879.

[480] Hatemi, s. 225; Kırkbeşoğlu, Hükümsüzlük, s. 307.

esas aldığı anlayışa göre bir sözleşmenin içerdiği münferit anlaşmaların alt anlaşmalara bölünmesinin ve münferit anlaşmaların niceliksel olarak kısmen geçerli kısmen geçersiz sayılmasının mahzuru yoktur[481]. Bu hükümsüzlük türü, yalnızca bir sözleşmenin ihlal ettiği hukuk kuralının amacının niceliksel bölünebilirliğe cevaz vermesi durumunda gündeme gelebilecektir[482]. Nitekim TBK m. 182/III'te de böyle bir durum mevcuttur.

Bentele, kesin hükümsüzlük görüşünün kabul edilmesinin sunduğu avantajları şu şekilde saymaktadır: **(a)** Borçlu, hâkim indirim konusundaki kararını verinceye kadar geçen süreçte dahi aşırı sözleşme cezasını ifa etmeyi haklı olarak reddedebilir. Böylelikle kesin hükümsüzlük görüşü, borçluyu diğer görüşlere kıyasla daha iyi korumuş olmaktadır[483]. **(b)** Sözleşme cezasının indirilmesi konusunda tartışmalı olan iki sorun, bu görüş kabul edildiği takdirde, tutarlı olarak çözüme kavuşturulacaktır. İlk olarak borçlunun bu konuda herhangi bir talebi bulunmamasına rağmen hâkimin kendiliğinden sözleşme cezasını indirip indiremeyeceği sorusu, olumlu yönde yanıtlanacaktır. Kesin hükümsüzlük, hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınan bir konudur. İkinci olarak borçlunun hâlihazırda ifa etmiş olduğu sözleşme cezasının indirilip indirilemeyeceği sorusu da olumlu yönde yanıtlanacaktır. Zira kesin hükümsüzlüğün varlığı, hâkimin kendiliğinden bu tespitte bulunmasını zorunlu kılar[484]. **(c)** Son olarak aşırı sözleşme cezası taahhüdü içeren bir ceza koşulunun kesin hükümsüz olduğunun kabulü, hâkimin geçerli bir sözleşmeye müdahale etmesinin borçlar hukukunda yaratacağı anomaliyi engelleyecek ve sözleşme cezasının indirilmesini kolaylaştıracaktır[485].

Fakat sözleşme cezasının indirilmesi meselesinin, hukuki işlemin geçerliliği bağlamında ele alınması kanaatimizce hatalı bir yaklaşımdır. Zira hukuki işlemin geçerliliği değerlendirmesi, geçerlilik için aranan unsurların sözleşmenin kurulduğu sırada mevcut olup olmadığını esas alır. Oysa sözleşme cezasının indirilmesi bahsi,

[481] Kırkbeşoğlu, Hükümsüzlük, s. 119.
[482] Kırkbeşoğlu, Hükümsüzlük, s. 120.
[483] Bentele, s. 124. Buna karşılık *Başpınar*'ın, hâkim tarafından indirim kararı verilinceye kadar aşırı sözleşme cezası içeren ceza koşulunun geçerli olarak hükümlerini doğuracağı yönündeki ifadesinin, savunmakta olduğu kesin hükümsüzlük görüşü ile tutarsızlık arz ettiğini düşünmekteyiz (Başpınar, s. 158).
[484] Bentele, s. 124-125.
[485] Bentele, s. 125-126.

aşağıda inceleyeceğimiz üzere asıl borcun ihlal edilmesi ve sözleşme cezasının muaccel olması üzerine gündeme gelen bir meseledir[486].

(2) Bazı yazarlar, sözleşme cezasının indirilmesini yenilik doğuran hakkın kullanılması olarak değerlendirmektedir[487]. Ancak bu hak, dava yoluyla kullanılmalı ve hüküm ifade etmesi için hak sahibinin beyanına hâkim kararı eklenmelidir[488]. Bu görüşe katılma imkânı bulamıyoruz. Bilindiği üzere yenilik doğuran haklarda arzu edilen hukuki sonuç, hak sahibinin irade açıklaması ile meydana gelir. Hak sahibi bir irade açıklamasında bulunmadığı müddetçe herhangi bir hukuki sonuç doğmaz[489]. Oysa sözleşme cezasının aşırı olduğunu takdir eden hâkim, borçlu herhangi bir indirim talebinde bulunmuş olmasa dahi kendiliğinden indirim yapmalıdır. Hâkimin aşırı gördüğü sözleşme cezasını *"kendiliğinden"* indireceği, TBK m. 182/III'te açıkça düzenlenmiştir[490]. Böylelikle 818 sayılı eBK dönemi bakımından kabul edilip edilemeyeceği en azından tartışılabilecek olan yenilik doğuran hak görüşünün, 6098 sayılı TBK dönemi bakımından hiçbir geçerliliği kalmamıştır[491]. Öte yandan AlmMK § 343(1) uyarınca sözleşme cezasında indirim yapılabilmesi için borçlunun talepte bulunmuş olmasının arandığı düşünülecek olursa, bu görüşün Alman hukukunda taraftar toplaması anlaşılır görünmektedir.

Bu konuda ileri sürülen bir diğer görüş, aşırı sözleşme cezasının iptal edilebilir nitelik taşıdığını savunmaktadır[492]. İptal kararından önce geçerli olarak hüküm ifade eden sözleşme cezasının aşırı kısmı, iptal kararıyla birlikte geriye etkili olarak geçersiz hâle gelir. İptal edilebilirlik, kamu düzenini ilgilendirecek kadar önemli olmayan bir geçerlilik unsurunun eksikliği durumunda gündeme gelen bir geçersizlik türüdür. Kendisine iptal hakkı tanınan taraf, bozucu yenilik doğuran hak niteliğindeki iptal hakkını kullanarak hukuki işlemi geçmişe etkili olarak geçersiz hâle getirmektedir. Görüldüğü üzere bu görüş, özünde yukarıda ifade edilen yenilik doğuran hak görüşü ile aynı noktaya çıkmaktadır ve yine bu sebeple savunulması mümkün değildir.

---

[486] Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 87.
[487] Tunçomağ, s. 139; Arkan, s. 93-94; Çınar, s. 93.
[488] Tunçomağ, s. 139.
[489] Buz, Yenilik Doğuran Haklar, s. 57.
[490] Bu konuda bkz. *"Dördüncü Bölüm / V. / D. / 5. Borçlunun Talebinin Koşul Olarak Aranmaması."*
[491] Aynı yönde bkz. Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 83-84.
[492] Aşırı sözleşme cezasının kesin hükümsüz olmayıp, "az çok gabine benzediği" yönünde bkz. Bilge, Cezai Şart, s. 120.

(3) Kanaatimizce hâkimin aşırı sözleşme cezasını TBK m. 182/III uyarınca indirmesinin temelinde, alacaklının hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı davranışı bulunmaktadır[493]. Taraflar sözleşme cezasının miktarını belirlemekte serbest olsalar dahi, her hak gibi bu hakkın da dürüstlük kuralının çizdiği sınırlar dâhilinde kullanılması gerekmektedir. TBK m. 182/III uyarınca "aşırı" olarak nitelendirilecek bir sözleşme cezasının kararlaştırılması, dürüstlük kuralının çizdiği bu sınırların aşıldığını ve hakkın kötüye kullanıldığını gösterir. Bu noktada devreye hâkim girmekte ve vereceği karar ile sözleşme cezasının hangi ölçüye kadar talep edilmesinin dürüstlük kuralına uygun olduğunu ortaya koymaktadır[494].

Bu görüş, hâkimin TBK m. 182/III uyarınca borçlunun iradesinden bağımsız olarak kendiliğinden indirim yapmasını tutarlı biçimde açıklayabilmektedir. Zira dürüstlük kuralı emredici nitelik taşımaktadır ve hâkim bu konuyu kendiliğinden dikkate alır.

Bu çerçevede hâkimin sözleşme cezasının indirilmesine ilişkin kararının, tespit niteliğinde olduğu kabul edilmelidir[495]. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bakış açısı da bu yöndedir. Mahkeme bu sorunu ele aldığı kararında, hâkimin sözleşme cezasının indirilmesine ilişkin kararının yenilik doğurucu bir etkisi bulunmadığını; yalnızca sözleşme cezasının ne kadarının talep edilmesinin dürüstlük kuralına uygun olacağını tespit ettiğini açıkça ifade etmiştir[496]. Borçlu, sözleşme cezası muaccel olduğu andan beri indirilmiş miktarda sözleşme cezasından ötürü sorumludur[497]. Dolayısıyla konusunu para borcu teşkil eden sözleşme cezaları bakımından temerrüt faizi, taraflarca kararlaştırılmış olan miktar üzerinden değil; hâkimce indirilmiş miktar üzerinden işlemiş sayılacaktır. Keza sözleşme cezası alacağına güvenerek

[493] ATF 138 III 746 c. 6.1.1, JdT 2014 II 454; OFK OR-Wuffli, Art. 163 para. 12; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 91.

[494] Aşırı sözleşme cezasının indirilmesinin, kanunun verdiği istisnai yetkiye dayalı olarak hâkimin sözleşmeye müdahalesi teşkil ettiği yönünde bkz. İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 182 para. 9.

[495] Aynı yönde bkz. Bentele, s. 124; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 182 para. 9; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1035. Sözleşme cezasının indirilmesine ilişkin kararın yenilik doğurucu mahiyette olduğu yönündeki aksi görüş için bkz. Couchepin, Clause pénale, para. 932; Eren, Borçlar Genel, para. 3713; Tunçomağ, s. 167; Hatemi, s. 226-227; Arkan, s. 93-94; Kocaağa, s. 374; Kırkbeşoğlu, Hükümsüzlük, s. 315; Yücel, s. 2945; Çınar, s. 110; Öktem Çevik, Ceza Koşulu, s. 110; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 261.

[496] ATF 138 III 746 c. 6.1.2, JdT 2014 II 454.

[497] ATF 138 III 746 c. 6.1.2, JdT 2014 II 454; OFK OR-Wuffli, Art. 163 para. 12.

takas beyanında bulunmuş ancak daha sonra sözleşme cezası indirilmişse, bu indirilen miktara ilişkin takas hiç yapılmamış sayılır[498].

D. Sözleşme Cezasında İndirim Yapılmasının Koşulları

Hâkimin TBK m. 182/III uyarınca sözleşme cezasını indirmesi için, sözleşme cezasının geçerli bir borç olarak mevcut olması, bu borcun muaccel hâle gelmiş olması ve sözleşme cezası miktarının aşırı olması gerekmektedir. Bazı yazarların aksi yöndeki fikirlerine rağmen, kanaatimizce sözleşme cezasının henüz ifa edilmemiş olması indirim açısından aranması gereken bir koşul değildir. Keza hâkim, borçlunun indirim yönünde bir talebi olmamasına rağmen sözleşme cezasını indirebilir. Aşağıda sırasıyla bu meseleler üzerinde duracağız.

1. Sözleşme Cezasının İndirilmesinin Ön Koşulu Olarak Ceza Koşulunun Geçerli Olması ve TBK m. 27'nin Sözleşme Cezasının Miktarı Bakımından Uygulanabilirliği Meselesi

1. Sözleşme cezasının aşırı olduğundan bahisle TBK m. 182/III uyarınca hâkim tarafından indirilebilmesi için, her şeyden evvel geçerli bir ceza koşulunun mevcut olması gerekmektedir[499]. Ceza koşulunun geçersizliği, ferî özelliğinin bir gereği olarak asıl borç ilişkisinin geçersiz olmasından kaynaklanmış olabilir. Keza asıl borç ilişkisi geçerli olmakla birlikte, ceza koşulu kendi bünyesinden kaynaklanan bir sebepten ötürü de geçersiz olabilir. Hangi sebepten olursa olsun ceza koşulu geçersizse, hukuki sonuç doğurmayacak; indirim yapılmasına da yer olmayacaktır. Örneğin borçlunun alacaklıya sözleşme cezası olarak beş litre kan vermesini konu alan ceza koşulu, kişilik hakkına aykırılıktan bahisle kesin hükümsüzdür; burada artık indirimden bahsedilemez. Yine genel işlem koşulu denetimine aykırılık nedeniyle geçersiz olan bir ceza koşulu bağlamında indirim söz konusu olmaz[500]. Dolayısıyla sözleşme cezasının indirilmesine yer olup olmadığı sorunuyla karşılaşan hâkimin, her şeyden evvel ön sorun olarak ceza koşulunun geçerli olup olmadığını

---

[498] Bilge, Cezai Şart, s. 120.

[499] Couchepin, Clause pénale, para. 803; Eren, Borçlar Genel, para. 3705; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1033; Tunçomağ, s. 142; Arkan, s. 94; Kocaağa, s. 332; Nomer Ertan, Cezai Şart, s. 31; Yücel, s. 2946; Bülent Ernas / Simin Yalçıntaş, "Fahiş Cezai Şartın Tacirler Bakımından Uygulanması", Mecmua, Ankara Hukuk Fakültesi Öğrencilerinin Fakültelerine Armağanı, Ankara 2008, s. 705 vd., s. 708; Erçin, s. 95; Çınar, s. 95; Tamer, s. 747; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 92; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 230; M. E. Bingöl, s. 119.

[500] Genel işlem koşulu denetiminin TBK m. 182/III'ün uygulanmasına kıyasla öncelik arz ettiği yönünde bkz. Gümüş, Borçlar Genel, s. 1014-1015.

değerlendirmesi gerekmektedir. Geçersiz olmasına rağmen ifa edilmiş olan sözleşme cezasının iadesi, edimin konusuna göre ayni hak veya sebepsiz zenginleşme temelli bir dava ile talep edilebilir.

2. Bu noktada TBK m. 27'deki sözleşme serbestisi sınırlarının sözleşme cezasının miktarı bakımından da uygulama alanı bulup bulmayacağını ayrıca değerlendirmek gerekmektedir. Bilindiği üzere TBK m. 27'de ifade edilmiş sözleşme serbestisi sınırlarının bir gereği olarak, *"kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı"* sözleşmeler kesin hükümsüzdür. Konusu itibarıyla herhangi bir sorun teşkil etmeyen borçlunun malvarlıksal taahhüdünün, sırf miktarının yüksekliğinden bahisle ahlâka aykırı[501] olarak nitelendirilmesi ve geçersiz kabul edilmesi mümkün müdür?

Öğretide bir görüş, bu sınırların sözleşme cezasının miktarı bakımından uygulanamayacağını savunmaktadır. Bir sözleşme cezasının miktarı ne kadar yüksek olursa olsun, TBK m. 27 gereğince ceza koşulunun kesin hükümsüzlüğünden bahsedilemez. Zira sözleşme cezasının miktarına ilişkin sınır, TBK m. 182/III'te özel hükümle düzenlenmiş; böylelikle genel hükümlerdeki sınırlamaların uygulanması bertaraf edilmiştir[502].

Bu görüşe katılmıyoruz. TBK m. 27'de öngörülmüş olan sözleşme serbestisi sınırları, ceza koşulu da dâhil olmak üzere tüm hukuki işlemler bakımından gözetilmelidir[503]. Bu çerçevede sözleşme cezasının hem konusunun hem de miktarının bu sınırlara riayet etmiş olması gerekmektedir. Sözleşme cezasının miktarı bakımından indirim öngören TBK m. 182/III'teki hükmün, TBK m. 27'deki hükmü bertaraf ettiğini söylemek mümkün değildir.

---

[501] Bazı yazarlar bu sorunu kişilik hakkına aykırılık ile de ilintilendirmektedir. Örneğin bkz. Ateş, s. 268. Bir kişilik hakkı değeri olarak ekonomik özgürlük hakkında bkz. Başak Görgeç, "Genel İşlem Koşullarının Kişilik Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi C. 19 S. 1 (2013), s. 403 vd., s. 432-433. Buna karşılık Karabağ Bulut, sorunun kişilik hakkına aykırılık değil ahlâka aykırılık bağlamında ele alınması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Karabağ Bulut, s. 195.

[502] Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 134, 223 ve 249. Bazı yazarlar, aşırı sözleşme cezasının, emredici mahiyetteki TBK m. 182/III hükmünü ihlal etmesi nedeniyle zaten hukuka aykırılık teşkil edeceği ve geçersiz olacağı; dolayısıyla ayrıca ahlâka aykırılık denetimine gerek olmadığı görüşündedir. Bu görüş için bkz. Bentele, s. 54-55.

[503] BK OR-Becker, Art. 163 para. 1; CR CO I-Mooser, Art. 163 para. 3; Schoch, s. 60; Santoro, s. 110; Couchepin, Clause pénale, para. 806 vd.; Tolou, para. 899; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 357; Arsebük, s. 992; Bilge, Cezai Şart, s. 117; Kocaağa, s. 99-100; Ateş, s. 268-269; Karabağ Bulut, s. 188; Ç. Kırca, s. 127; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 78. Alman hukuku bakımından bu yönde bkz. MüKoBGB/Gottwald, § 343 para. 8.

TBK m. 182/III'ün borçlu bakımından sunduğu korumanın kapsamı, TBK m. 27'ye kıyasla daha dardır. Miktarı itibarıyla ahlâka aykırılık teşkil edecek kadar yüksek olan sözleşme cezası taahhüdü içeren bir ceza koşulu bakımından münhasıran TBK m. 182/III'ü uygulamak, TBK m. 27'nin borçluya sağlayacağı korumayı sağlamakta yetersiz kalacaktır. **(a)** TBK m. 27 uyarınca kesin hükümsüzlük, ceza koşulunun akdedildiği anda derhal söz konusu olur. Borçlu, henüz borç ihlal edilmemişken dahi mahkemeye başvurmak suretiyle böyle bir ceza koşulunun kesin hükümsüzlüğünü tespit ettirebilir. Oysa TBK m. 182/III uyarınca indirimin söz konusu olması için, borç ihlal edilene ve sözleşme cezası muaccel olana kadar beklemek gerekmektedir[504]. Münhasıran TBK m. 182/III'ü uygulayacak olursak borçlu, esasen ahlâka aykırılık teşkil edecek denli yüksek olan fakat indirilip indirilmeyeceğini şimdiden kesin olarak bilmenin mümkün olmadığı bir sözleşme cezası baskısı altında ezilecektir. Asıl borcu ifa edip etmeme yönündeki kararını da böyle bir baskı altında vermek durumunda kalacaktır. Ceza koşulunun borçluyu ifaya zorlayıcı işlevi, ölçüsü ahlâka aykırılık teşkil edecek denli yüksek olduğu takdirde hukuken korunmaya değer görülemez. **(b)** Ayrıca borçlu TBK m. 27 uyarınca kesin hükümsüz bir sözleşme cezasını ifa etmiş olsa dahi, her zaman iadesini talep edebilir. Oysa ifa edilmiş bir sözleşme cezasının indirilip indirilemeyeceği, tartışmalı bir meseledir. Bazı yazarlar böyle bir iade talebinin önünü en başından kesmektedir. Kanaatimizce ifa edilmiş aşırı sözleşme cezasının iadesini talep etmek kural olarak mümkün olsa dahi, alacaklı bazı istisnai durumlarda bu iade hakkından yoksun kalacaktır[505]. Sözleşme cezasının TBK m. 27 uyarınca kesin hükümsüz sayılması, hâlihazırda sözleşme cezasını ifa etmiş borçlunun bu engelleri aşarak iade talep edebilmesini sağlayacaktır. **(c)** Ceza koşulunun TBK m. 27 uyarınca kesin hükümsüz olup olmadığı, sözleşmenin kurulduğu andaki koşullar esas alınmak suretiyle belirlenir. Buna karşılık TBK m. 182/III uyarınca yapılan aşırılık değerlendirmesinde asıl borcun ihlal edildiği ve sözleşme cezasının muaccel olduğu andaki koşulların dikkate alınması gerekmektedir[506]. Bu itibarla TBK m. 27, sözleşmenin kurulduğu andaki koşullara göre miktarı itibarıyla ahlâka aykırılık teşkil eden fakat asıl borcun ihlal edildiği andaki koşullara göre aşırı olarak nitelendirilmesi mümkün olmayan bir

[504] Bentele, s. 110; Couchepin, Clause pénale, para. 798; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 79.
[505] Bu konuda bkz. *"Dördüncü Bölüm / V. / D. / 4. Henüz İfa Edilmemiş Olmanın Koşul Olarak Aranmaması".*
[506] Tolou, para. 899.

ceza koşulu karşısında (bu ihtimalle karşılaşma olasılığı düşük olsa dahi), borçlu için alternatif bir korunma kapısı açabilir.

Sonuç olarak miktarı itibarıyla ahlâka aykırılık teşkil edecek kadar yüksek olan sözleşme cezası taahhüdü içeren bir ceza koşulu karşısında münhasıran TBK m. 182/III'ü uygulamak, borçluya sağlanmış korumanın kapsamının genel hükümlere kıyasla düşürülmesi anlamına gelir. Böyle bir kabul, borçluyu koruma amacıyla öngörülmüş olan TBK m. 182/III'ün varlık amacına aykırılık teşkil eder[507]. TBK m. 182/III, TBK m. 27'nin devreye giremeyeceği durumlar için tasarlanmış tamamlayıcı bir koruma mahiyetindedir[508]. Uygulanma eşiği TBK m. 27'ye kıyasla daha düşük; borçlu bakımından sunduğu korumanın kapsamı da daha dardır.

Kaldı ki TBK m. 182/III'teki indirime ilişkin hüküm ile TBK m. 27'deki sözleşme serbestisi sınırlarının bertaraf edildiğini savunan görüş, Türk hukuku özelinde, tacirlerin ticari işletmeleriyle ilgili borçları için kararlaştırılmış ceza koşulları sebebiyle iyice çıkmaza girmektedir. Tacirlerin ticari işletmeleriyle ilgili borçlanmış oldukları bir borcu ihlal etmeleri durumunda ifa etmeleri kararlaştırılmış sözleşme cezasının TBK m. 182/III uyarınca indirilmesi, TTK m. 22'de yasaklanmıştır. Durum böyle olunca sözleşme cezasının miktarına ilişkin yargısal denetime hukuki dayanak teşkil edebilecek esas hüküm, TBK m. 27'dir. Bu tabloda TBK m. 27'nin sözleşme cezası miktarı bakımından uygulanmasını reddeden görüş, miktarı astronomik seviyelere ulaşan sözleşme cezaları karşısında tacirleri tamamen korunmasız bırakmış olmaktadır. Nitekim bu görüşteki yazarlardan *Yağcıoğlu* söz konusu açmazı çözmek niyetiyle, TTK m. 22'deki yasağın kaldırılmasını ve TBK m. 182/III'ün tacir-tacir olmayan ayrımı gözetilmeksizin herkes için uygulanmasını *de lege ferenda* önermekte; ancak konuyu *de lege lata* çözümsüz bırakmaktadır[509].

3. Sözleşme cezasının miktarına ilişkin olarak hem TBK m. 27'nin hem TBK m. 182/III'ün uygulama alanı bulacağı sonucuna varmış olduğumuza göre, bu uygulama nasıl gerçekleşecektir?

Kocaağa ve *Karabağ Bulut,* TBK m. 182/III'teki indirime ilişkin hükmün TBK m. 27'deki sözleşme serbestisi sınırlarına ilişkin hükmü bertaraf etmediğini

[507] Couchepin, Clause pénale, para. 810.
[508] Couchepin, Clause pénale, para. 809. Bu konuda bkz. TF, 4A_160/2012 (17.10.2012), c. 1.2; ATF 114 II 264, JdT 1989 I 74, c. 1a.
[509] Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 225.

kabul etmekle birlikte, bu iki hükmün aynı anda uygulama alanı bulamayacağını savunmaktadır. Pratikte TBK m. 182/III, TBK m. 27'nin uygulama alanını daraltmaktadır. Yazarların görüşüne göre, sözleşme cezasının indirilmesi imkânı mevcut olduğu müddetçe ahlâka aykırılıktan bahsedilemez. Tacirlerin ticari işletmeleriyle ilgili borçları için kararlaştırılmış ceza koşulları bakımından sözleşme cezasının TBK m. 182/III gereğince indirilmesi mümkün olmadığı için, TBK m. 27 gereğince ahlâka aykırılık söz konusu olabilecektir. Fakat TTK m. 22'deki yasağın kapsamına girmeyen alelade bir sözleşme cezası, ne kadar yüksek olursa olsun, TBK m. 182/III gereğince indirilmesi mümkün olduğu için TBK m. 27 gereğince ahlâka/kişilik hakkına aykırı olarak değerlendirilemez[510].

Bu görüş pratik açıdan sade ve basit görünse dahi, teorik açıdan sorunludur. Bir ceza koşulunun ahlâka aykırılık teşkil edip etmediği, kurulduğu andaki koşulların esas alınması suretiyle belirlenir. Sözleşme cezasının indirimi ise asıl borcun ihlâl edilmesini ve sözleşme cezasının muaccel hâle gelmesini takiben, yani daha sonraki aşamada gündeme gelen bir meseledir. Ceza koşulu kurulduğu andaki koşullara göre zaten ahlâka aykırılık gerekçesiyle kısmen geçersizse, artık bu geçersiz kısmın TBK m. 182/III uyarınca indirilmesi söz konusu olmaz. Hâkim TBK m. 182/III'ü kullanarak, ancak geçerli bir sözleşme cezasına müdahale edebilir.

Bu vardığımız sonuç, pratik açıdan iki adımlı bir değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır. Bir sözleşme cezasının miktarının ahlâka aykırılık teşkil edecek kadar yüksek olduğunu varsayalım. **(a)** İlk olarak bu sözleşme cezasının belirli bir kısmı, ahlâka aykırılık teşkil ettiği için TBK m. 27 uyarınca geçersizdir; hâkimin bu geçersiz kısmı indirmesine yer yoktur. Sözleşme cezası, ahlâk çerçevesinde kabul edilebilecek en üst sınır ölçüsünde geçerlidir. **(b)** Ahlâka aykırı kısmı budanan ve ahlâk çerçevesinde kabul edilebilecek en üst sınır ölçüsünde geçerli olan bir sözleşme cezası, yine de TBK m. 182/III anlamında aşırı olabilir. Zira ahlâka aykırılık nitelendirmesi için gerekli eşik, aşırılık nitelendirmesi için gerekli eşikten daha yüksektir. Bu durumda artık, TBK m. 182/III uyarınca indirim ihtimali gündeme gelecektir. **(i)** Tacirlerin ticari işletmeleriyle ilgili borçları için kararlaştırılmış ceza koşulları bakımından sözleşme cezasının TBK m. 182/III gereğince indirilmesi, TTK m. 22 uyarınca engellenmiştir. Tacir, ahlâk çerçevesinde

[510] Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 387; Karabağ Bulut, s. 195 dn. 311. Hâkimin ahlâka aykırılığı araştırmasına gerek olmaksızın doğrudan TBK m. 182/III'ü uygulamasının genel olarak yerinde olacağı yönünde bkz. İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 182 para. 5.

kabul edilebilecek en üst sınır ölçüsünde geçerli olan sözleşme cezasıyla sorumlu tutulur. **(ii)** TTK m. 22'deki yasağın kapsamına girmeyen alelade bir sözleşme cezası ise TBK m. 182/III uyarınca indirime tâbidir. Hâkim sözleşme cezasını, adalet ve hakkaniyet çerçevesinde kabul görebilecek sınırı açık şekilde aşmayacağı seviyeye kadar indirir.

İlk adımda, kesin hükümsüzlük yaptırımı söz konusuyken; ikinci adımda, aslında geçerli olan sözleşme cezasının ifası talebini hâkimin dürüstlük kuralı uyarınca engellemesi söz konusudur. Bu tahlilin pratik açıdan pek sade ve basit görünmediği açıktır. Nitekim bazı yazarlar bu sebeple, ahlaka aykırı meblağ ile aşırı meblağ arasında ayrım yapılmaksızın tek adımda değerlendirme yapılmasını savunmuştur[511]. Ancak salt pratik sebeplerle teorik açıdan hatalı bir değerlendirme yapmanın doğru olmadığı kanaatindeyiz.

2. Sözleşme Cezasının Muaccel Olması

Hâkimin TBK m. 182/III gereğince bir müdahalede bulunabilmesi için, sözleşme cezasının muaccel olmuş olması gerekmektedir[512]. Muacceliyete ilişkin bu koşul, AlmMK § 343(1)'in aksine, İsvBK ve TBK'da açık olarak ifade edilmemiştir. Yine de öğreti ve uygulama, henüz muaccel olmamış bir sözleşme cezasının miktarı ne kadar yüksek olursa olsun indirilemeyeceği konusunda hemfikirdir.

Buna göre, ileride muaccel olacak bir sözleşme cezasının miktarının aşırı olduğunun tespiti talebiyle açılan tespit davalarının reddi gerekmektedir[513]. Borçlunun henüz borcu ihlal etmemişken sözleşme cezası üzerindeki belirsizliği

---

[511] Aşırı bir meblağ ile ahlaka aykırı bir meblağ arasındaki çizginin anlaşılabilir olmadığı; ikili ayrıma gitmek yerine sözleşme cezası meblağı aşırı ise bu tutarı geçersiz sayıp hâkim tarafından ikame kural belirlenmesi yoluyla makul meblağ üzerinden sözleşme cezasının geçerli olduğuna karar verilmesi gerektiği yönünde bkz. Yücel, s. 2953.

[512] ATF 133 III 43 c. 3.3.1, JdT 2007 I 226; CR CO I-Mooser, Art. 163 para. 11; OFK OR-Wuffli, Art. 163 para. 9; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 163 para. 12; KUKO OR-Pietruszak, Art. 163 para. 7; Erdem, Clause pénale, s. 155-156; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 182 para. 12; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1629; Eren, Borçlar Genel, para. 3707; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1033; Tunçomağ, s. 144; Arkan, s. 94; Kocaağa, s. 337; Sezer Çabri, "Cezai Şart Borçlusunun Tacir Olması Halinde İş Sözleşmesinde Kararlaştırılan Fahiş Cezai Şartın İndirime Tabi Tutulup Tutulamaması", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi C.3 S.11 /2006), s. 913 vd., s. 923; Nomer Ertan, Cezai Şart, s. 31; Yücel, s. 2947; Ernas/Yalçıntaş, s. 708; Erçin, s. 95; Çınar, s. 99; Tamer, s. 747; M. E. Bingöl, s. 120; Öktem Çevik, Ceza Koşulu, s. 108; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 101; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 234; Ateş, s. 267 dn. 790.

[513] ATF 69 II 76, c. 1, JdT 1943 I 406; CR CO I-Mooser, Art. 163 para. 11; OFK OR-Wuffli, Art. 163 para. 9; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 163 para. 12; KUKO OR-Pietruszak, Art. 163 para. 7; Erdem, Clause pénale, s. 156; Tunçomağ, s. 144; Kocaağa, s. 338; Yücel, s. 2947; Çınar, s. 99. Bu yönde bkz. ATF 69 II 76, c. 1.

ortadan kaldırmak yönünde korunmaya değer bir menfaati bulunmamaktadır[514]. Zira böyle bir imkân tanındığı takdirde borçlu, ifanın maliyeti ile ihlalin maliyetini karşılaştırabilecek; borcu ifa edip etmeme konusundaki kararını buna göre şekillendirecektir. Böylelikle ceza koşulunun borçluyu ifaya zorlama işlevi zedelenecek; alacaklının ceza koşulu kararlaştırmaktaki beklentisi karşılanmamış olacaktır. Peki alacaklının aşırı mahiyetteki sözleşme cezasının borçluyu ifaya zorlaması konusunda sahip olduğu beklenti, hukukça korunmaya değer haklı bir beklenti midir? Kanaatimizce bu sorunun olumlu yönde yanıtlanması gerekmektedir.

Esasen borçlunun ifanın maliyeti ile ihlalin maliyetini kesin olarak kararlaştırabilmesine olanak tanınması, hukuk ve ekonomi öğretisi çerçevesinde ileri sürülen etkin ihlal teorisinin bakış açısına göre anlamlı olabilir. Bu teori çerçevesinde güdülen hukuk politikası "borcun ifa edilmesini sağlamak" değil; "borcun ifa veya ihlal edilmesinden hangisi sosyal refah anlamında daha etkin sonuçlar doğuracaksa onu sağlamak"tır. Bu itibarla teori, ifa veya ihlalden herhangi birinin diğerine kıyasla içkin değer anlamında bir üstünlüğünün bulunmadığı varsayımına dayanmaktadır. Oysa İsviçre-Türk hukukunda ifa engelleri sisteminin üzerine kurulu olduğu varsayım uyarınca borçlunun verdiği sözü yerine getirerek borcunu ifa etmesi amaçlanır. Dolayısıyla aşırı mahiyetteki sözleşme cezasının borçluyu ifaya zorlaması, hakkaniyet açısından herhangi bir sorun teşkil etmez. Aşırı sözleşme cezasının yarattığı sorun, muaccel olduktan sonra alacaklı tarafından ifasının talep edilmesidir.

3. Sözleşme Cezasının Aşırı Olması

Hâkimin TBK m. 182/III gereğince bir müdahalede bulunabilmesi için aranan koşullardan bir diğeri ve belki en önemlisi, sözleşme cezası miktarının "aşırı" *(excessive/übermässig hohe)* olmasıdır[515]. Gerçekten de TBK 182/III'ün uygulanması bakımından yaşanan en büyük zorluk, sözleşme cezasının aşırı olup olmadığının tespiti alanında ortaya çıkmaktadır.

---

[514] Erdem, Clause pénale, s. 156; Tunçomağ, s. 144; Kocaağa, s. 338; Arkan, s. 94; Çınar, s. 99; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 234.

[515] BK OR-Becker, Art. 163 para. 8; Erdem, Clause pénale, s. 156; Eren, Borçlar Genel, para. 3709; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1034; Tunçomağ, s. 144; Arkan, s. 94; Kocaağa, s. 338; Nomer Ertan, Cezai Şart, s. 31; Yücel, s. 2947; Ernas/Yalçıntaş, s. 708; Erçin, s. 96; Çınar, s. 100; M. E. Bingöl, s. 121; Öktem Çevik, Ceza Koşulu, s. 108; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 98; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 237.

1794 tarihli Prusya Kanununda, alacaklının menfaatinin iki katını aşan sözleşme cezalarının aşırı olmaları sebebiyle indirileceği yönünde bir hüküm sevkedilmişti[516]. TBK ise yalnızca taksitle satışlar ve ön ödemeli taksitle satışlardaki ceza koşullarına ilişkin olarak sayısal kesinlik içeren bir üst sınır öngörmüş bulunmaktadır[517]. Bu istisna dışında İsviçre-Türk hukuku, diğer modern hukuk sistemlerinde olduğu gibi, ceza koşulu miktarının hangi sınırı aştığı takdirde yargısal denetim tarafından tırpanlanacağına ilişkin olarak sayısal kesinlik içeren mutlak bir çerçeve çizmekten kaçınmıştır. Bunun yerine hukuki olgusu esnek ve yumuşak biçimde tanımlanmış bir hukuk kuralı öngörülmüş; hüküm içi boşluk bırakılmıştır. Hâkimin bu hukuk içi boşluğu, takdir yetkisini kullanmak suretiyle doldurması gerekmektedir.

Aşırılık kavramını açıklamak maksadıyla öğreti ve yargı uygulamasında pek çok tanım yapılmıştır. Makul olmayacak kadar yüksek olup adalet ve hakkaniyet çerçevesinde kabul görebilecek sınırı açık şekilde aşan sözleşme cezası, aşırıdır[518]. Ancak görüldüğü üzere aşırılığa ilişkin tanımlar da, en az kavramın kendisi kadar müphem ve kafa karıştırıcıdır.

Uygulamada sözleşme cezasının ne zaman aşırı sayılacağının hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde (mümkünse sayısal ifadelerle) ortaya koyulması yönünde bir beklenti mevcuttur. Ancak bu beklentinin karşılanması, gerçekçi bir perspektiften bakılacak olursa mümkün değildir. Zira kanun çok genel bir tabir olan aşırılık kavramını kullanmak ve hüküm içi boşluk bırakmak suretiyle, zaten kendisi gri bir alan yaratmak istemiştir. Öte yandan aşırı yararlanmada açık oransızlığın tespiti için başvurulan sayısal referans noktaları gibi kolaylaştırıcıların da sözleşme cezası

---

[516] *Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten,* § 301 I 5.

[517] Taksitle satış sözleşmesinde alıcının peşinatı ödemede temerrüde düşmesi durumunda ifa etmesi kararlaştırılan sözleşme cezası, peşin satış bedelinin yüzde onunu aşamaz (TBK m. 260/III c. 2). Bir yıldan daha uzun süreli olan ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinde alıcının temerrüde düşmesi durumunda ifa etmesi kararlaştırılan sözleşme cezası, peşinatın yüzde onunu aşamaz (TBK m. 271/III c. 2). Fakat alıcının tacir sıfatıyla hareket etmesi veya malın bir ticari işletmenin ihtiyacı için ya da meslekî amaçlarla satın alınması durumunda, ön ödemeli taksitle satış sözleşmesine ilişkin bu sınırlama uygulanmayacaktır (TBK m. 272).

[518] Özünde bu ifade ile uyuşan çeşitli tanımlar için bkz. ATF 82 II 142, c. 3 ("*wenn das Ausmass der Konventionalstrafe unvernünftig übersetzt ist und mit den Anforderungen der Gerechtigkeit und Billigkeit in offenbarem Widerspruch steht"*); ATF 133 III 43 c. 3.3.1, JdT 2007 I 226; ATF 114 II 264 c. 1a, JdT 1989 I 74; BK OR-Becker, Art. 163 para. 8; CR CO I-Mooser, Art. 163 para. 7; OFK OR-Wuffli, Art. 163 para. 2; Erdem, Clause pénale, s. 157. Yarg. 13. HD, E. 2003/16053 K. 2004/6546 T. 3.5.2004 (Kazancı): *"Ceza koşulunun sözleşenler arasındaki ilişkiye uygun düşmeyecek ölçüde yüksek tutulması ve açıkça hakseverliğe aykırı bulunması durumunda aşırılığın varlığı kabul edilmelidir."*

bağlamında geliştirilmesi mümkün olmamıştır[519]. Zira edimler arası açık oransızlığın tespitinde, yalnızca karşılıklı edimlerin ekonomik değerlerinin kıyaslanmasından ibaret olan çok daha basit bir değerlendirme yapılmaktadır. Ayrıca kıyaslanacak ekonomik değerlerin belirlenmesinde tarafların edime yükledikleri subjektif değerin hesaba katılmaması ve edimin piyasa koşullarındaki objektif değerinin esas alınması[520], işleri kolaylaştırmaktadır. Oysa sözleşme cezası bağlamında yapılan değerlendirmede çok daha fazla değişken (alacaklının ifaya ilişkin menfaati, ihlal neticesinde alacaklının uğradığı zarar, borçlunun ihlaldeki kusuru, borca aykırılığın ağırlığı, tarafların ekonomik durumu vb.) işin içine girmektedir. Daha da önemlisi burada esas alınacak değişkenlerin belirlenmesi, başlı başına bir zorluk arz etmektedir. Örneğin alacaklının ifaya ilişkin menfaati piyasa temelli objektif bir hesaplama üzerinden değerlendirilmeyecek; alacaklının öznel değerlemesinin yansıdığı subjektif değer de hesaba katılacaktır[521]. Durum böyle olunca sözleşme cezasının hangi noktadan itibaren aşırı sayılacağına dair kesin bir sayısal sınır çizmek mümkün değildir. Hâkim sözleşme cezasının aşırı olup olmadığını, her bir somut olay özelinde değerlendirmeli; bu çerçevede somut olayın tüm koşullarını dikkate almalıdır[522].

Sonuç olarak aşırılık kavramı bir yandan esnekliği sayesinde somut olay adaletinin sağlanmasına olanak tanımakta; diğer yandan muğlaklığı yüzünden taraflarca kararlaştırılan sözleşme cezasının yargısal denetimi aşıp aşamayacağının kesin olarak öngörülememesine sebep olmaktadır.

a. Aşırılığın Değerlendirilmesi Bakımından Esas Alınacak An

Sözleşme cezasının adalet ve hakkaniyet çerçevesinde kabul görebilecek sınırı açık şekilde aşıp aşmadığı, değerlendirmede hangi andaki koşulların esas

[519] Edimler arasında mevcut %50'yi aşan farkın kesin olarak açık oransızlık oluşturacağı; buna karşılık %25'ten düşük bir farkın açık oransızlık olarak nitelendirilemeyeceği yönünde bkz. Yarg. 1. HD, E. 1976/10791 K. 1976/12751 T. 27.12.1976 (Kazancı). Alman yargı uygulamasında da açık oransızlığın tespiti konusunda istifade edilen sayısal referans noktaları bulunmaktadır. Bu konuda ve aşırı yararlanmada edimler arası açık oransızlığın tespiti konusunda genel olarak bkz. Kocabaş, s. 112 vd.

[520] Kocabaş, s. 113.

[521] Sözleşme cezasının aşırı olup olmadığının değerlendirilmesi bakımından esas alınacak kriterler hakkında bkz. *"Dördüncü Bölüm / V. / D. / 3. / b. Aşırılığın Değerlendirilmesi Bakımından Esas Alınacak Kriterler".*

[522] TF, 4A_595/2012 (21.12.2012), c. 5.1; Yarg. HGK, E. 2000/13-749 K. 2000/758 T. 12.4.2000; CR CO I-Mooser, Art. 163 para. 7; OFK OR-Wuffli, Art. 163 para. 8; KUKO OR-Pietruszak, Art. 163 para. 6; Bentele, s. 114-115; Erdem, Clause pénale, s. 156; Couchepin, Clause pénale, para. 843; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 182 para. 13; Arkan, s. 95; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 240.

alındığına göre farklılık gösterebilir. Zira bu değerlendirmede esas alınan kriterler (örneğin sözleşme cezasının ağırlığı, alacaklının ifa konusundaki menfaatinin önemi, alacaklı ve borçlunun ekonomik durumu), zaman içerisinde değişikliğe uğrayabilir.

İngiliz hukukundaki *Gray v. Braid Group (Holdings) Ltd*[523] kararına konu olan olay, bu tespiti net bir şekilde örneklemektedir. Karar, bir şirkette yönetim kurulu üyesi de olan pay sahibinin rüşvet ile ilgili eylemleri sebebiyle şirketten ayrılmak zorunda bırakılması sürecini konu almaktadır. Şirketin esas sözleşmesinde yer alan bir hüküm uyarınca, görevlerini kötüye kullanmaları veya sürekli düşük performans göstermeleri sebebiyle şirketten ayrılmak zorunda bırakılan çalışanlar veya yönetim kurulu üyeleri şirketteki paylarını nominal değeri karşılığında devretmekle yükümlü tutulmaktadır. Bu olaya varsayımsal olarak İsviçre-Türk hukukunun uygulanacağını düşünelim. Sözleşme cezasının, ceza koşulunun akdedildiği an itibarıyla pek de ağır olmadığı söylenebilecektir. Bu tarihte şirket henüz kurulmakta olup payların nominal değeri ile gerçek değeri arasında ciddi bir fark mevcut değildir. Nitekim bu tarihteki koşullar esas alınarak yapılan değerlendirmede, çok büyük ihtimalle sözleşme cezasının aşırı olmadığı sonucuna varılacaktır. Oysa zaman içerisinde şirket değerlenmiş; payların nominal değeri ile gerçek değeri arasında bir uçurum ortaya çıkmıştır. Eğer daha sonraki bir tarih (örneğin asıl borcun ihlal anı yahut mahkemenin karar anı) esas alınacak olursa, sözleşme cezası olarak çok daha ağır bir yükümlülük değerlendirmeye katılacak ve sözleşme cezasının aşırı olarak nitelendirme ihtimali ciddi şekilde artacaktır.

Görüldüğü üzere aşırılığın tespiti için yapılacak değerlendirmede hangi anın esas alınacağı büyük önem arz etmektedir. İsviçre-Türk öğretisinde bu konuda ileri sürülen görüşler çok çeşitlidir. Ceza koşulunun akdedildiği anın[524], asıl borcun ihlal edildiği yani sözleşme cezasının muaccel olduğu anın[525], dava tarihinin[526], hâkimin

[523] *Gray v. Braid Group (Holdings) Ltd,* 2017 S.C. 409.

[524] Konuyu ekonomik etkinlik perspektifinden ele alan *Sanlı*, değerlendirmenin *ex ante* yapılması; yani pazarlık esnasındaki ifa menfaati ile sözleşme cezası miktarının kıyaslanması gerektiği görüşündedir (Sanlı, s. 359).

[525] TF, 4A_268/2016 (14.12.2016), c. 5.1; TF, 4A_656/2012 (01.05.2013), c. 2.3; ATF 133 III 201, c. 5.2; BK OR-Becker, Art. 163 para. 11; CR CO I-Mooser, Art. 163 para. 7; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 163 para. 17; Tolou, para. 1172; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 112. Kural olarak ihlalin gerçekleştiği ve sözleşme cezasının muaccel olduğu anın esas alınması gerektiği; ancak mahkeme kararının verildiği andaki koşulların istisnaen (örneğin sözleşme cezasının daha evvel mevcut olan aşırılığının karar anında ortadan kalkmış olması durumunda) dikkate alınabileceği yönünde bkz. Erdem, Clause pénale, s. 165; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 182 para. 36. Kural olarak ihlalin gerçekleştiği ve sözleşme cezasının muaccel olduğu anın esas alınması gerektiği; ancak tarafların ekonomik durumları bakımından kararın verildiği anın dikkate alınması gerektiği yönünde bkz.

sözleşme cezasının aşırılığına ilişkin karar verdiği anın[527] esas alınması gerektiğini savunan yazarlar mevcut olduğu gibi; hâkime hangi anın esas alınacağı konusunda bir takdir yetkisi tanınması gerektiğini[528] savunanlar da mevcuttur.

Bu konuda ceza koşulunun akdedildiği anın esas alınması, sözleşme cezasının aşırı olup olmadığının değerlendirilmesinde dikkate alınması gereken esaslı kriterleri dışarıda bırakır. Aşırılık değerlendirmesinde mühim olan, sözleşme cezasının adalet ve hakkaniyet çerçevesinde kabul görebilecek sınırı açık şekilde aşıp aşmadığıdır. Bu doğrultuda sözleşme cezasının alacaklı için koruduğu menfaatin kapsamı ile borçlu için yarattığı yükün kıyaslanması ciddi bir önem arz eder. Oysa ceza koşulunun akdedildiği anda, kıyaslanacak bu iki unsur da büyük ölçüde belirsizdir. **(a)** Alacaklının sözleşme cezası ile korunmakta olan menfaati, borçluyu asıl borcun ifası konusunda zorlamak ve her nasılsa asıl borç ihlal edilecek olursa doğacak zararın telafisini sağlamaktır. Henüz ceza koşulunun akdedildiği anda alacaklının asıl borcun ifa menfaatine ilişkin yapılacak değerlendirme, hata payı oldukça yüksek basit bir tahminden ibarettir. Dolayısıyla alacaklının sözleşme cezası ile korunmakta olan menfaatinin kapsamı, zamanın geçmesi ve özellikle asıl borcun ihlal edilmesi sonrasında belirginleşir. Asıl borcun ihlal edilmesinin alacaklı bakımından sonuçlarının "kanlı canlı" hâle bürünmesi, ifa menfaatinin somut olarak değerlendirilebilmesine büyük ölçüde olanak tanıyacaktır[529]. **(b)** Sözleşme cezasının borçlu üzerinde yarattığı yük, objektif bir kriter olan sözleşme cezasının ekonomik değerine ve subjektif bir kriter olan borçlunun ekonomik durumuna bağlıdır. Her şeyden evvel sözleşme cezasının ekonomik değeri, zamana bağlı olarak değişkenlik gösterebilir. Yukarıda *Gray v. Braid Group (Holdings) Ltd* bu tespiti örneklemektedir. Keza sözleşme cezasının döviz cinsinden kararlaştırılmış bir para borcu olması durumunda da döviz kurlarında değişiklik yaşanabilir. Öte yandan borçlunun ekonomik durumu da başlangıçta çok daha güçlü iken, zamanla zayıflamış olabilir. Sözleşme cezasının borçlu üzerinde yarattığı yükün, ceza koşulunun akdedildiği (yani sözleşme cezasının henüz muaccel olmadığı) andaki koşullar dikkate alınarak değerlendirilmesi anlamsız olacaktır. Sonuç olarak sözleşme

---

Bentele, s. 122-123. Sözleşme cezasının aşırı olup olmadığına ilişkin değerlendirmenin *ex post* yani zarar miktarı belli olunca yapılması gerektiği yönünde bkz. Atamer, Ceza Koşulu, s. 125-126.

[526] Günay, Cezai Şart, s. 196.

[527] Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger, para. 3831; Couchepin, para. 852; Tunçomağ, s. 151; Arkan, s. 96; Yücel, s. 2951; Tamer, s. 748; M. E. Bingöl, s. 122.

[528] Çınar, s. 101.

[529] Erdem, Clause pénale, s. 165.

cezasının aşırılığının değerlendirilmesi bakımından ceza koşulunun akdedildiği an esas alınmamalı; daha ilerideki bir zamana öteleme yapılmalıdır. Peki bu ötelemenin ne zamana yapılması uygun olur?

Bazı yazarlar, bu gerekçelerden hareket ederek esas alınacak anın mümkün olduğu kadar ötelenmesi ve hâkimin sözleşme cezasının aşırılığına ilişkin karar vereceği andaki koşulların dikkate alınmasını önermektedir. Böylelikle kısa sürede meydana gelebilecek ekonomik değişikliklerin yarattığı koşullar, mümkün olduğu ölçüde dikkate alınabilmiş olacaktır[530]. Fakat esas alınacak anın karar anına kadar ötelenmesi, borçlu açısından haksız bir avantaj yaratabilir. Şöyle ki asıl borcun ihlali üzerine muacceliyet kazanan ve o an itibarıyla aşırılık teşkil etmeyen sözleşme cezası, borçlunun sözleşme cezasını ifa etmemesi üzerine gündeme gelen dava süreci içerisinde aşırı hâle gelmiş olabilir. Bu durumda karar anı esas alınacak ve sözleşme cezası indirilecek olursa, sözleşme cezasını zamanında ifa etmemiş borçluya taahhüdüne aykırı davranışından ötürü fayda sağlanmış olur[531]. Dolayısıyla kanaatimizce sözleşme cezasının aşırı olup olmadığının, kural olarak muaccel olduğu andaki koşullar dikkate alınmak suretiyle değerlendirilmesi gerekmektedir.

b. Aşırılığın Değerlendirilmesi Bakımından Esas Alınacak Kriterler

Hâkim sözleşme cezasının aşırı olup olmadığını, her bir somut olay özelinde ayrıca değerlendirmelidir. Sözleşme cezasının aşırı olup olmadığı konusunda mutlak bir formül üretilemese dahi, yargı uygulamasında sıklıkla başvurulan bazı kriterlerin damıtılması ve yol gösterici olarak kullanılması mümkündür. Bu kriterler, *numerus clausus* ilkesine tâbi değildir; hâkim somut olayın önemli gördüğü başkaca özelliklerini de dikkate almalıdır[532].

i. Alacaklının İfa Konusundaki Menfaati

İsviçre-Türk hukukunda borca aykırılık karşısında alacaklının başvurabileceği birincil hukuki çare aynen ifadır. Fakat borçlunun asıl borcu ihlal etmesi karşısında alacaklının aynen ifa talep edebiliyor olması, ifa menfaatini gereği gibi korumak konusunda yetersiz kalabilir. Zira alacaklı aynen ifayı ancak ihlalden sonraki aşamada talep edebilecektir. Oysa kimi borçların aynen ifası, borçlu

[530] Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 239.
[531] Erdem, Clause pénale, s. 165;
[532] Erdem, Clause pénale, s. 157; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 182 para. 15; Tunçomağ, s. 145-146.

sözleşmeyi ihlal ettikten sonra imkânsızlaşır veya imkânsızlaşmasa dahi alacaklı açısından anlamını yitirir. Bu borçlar bakımından aynen ifanın bir hukuki çare olarak alacaklının ifa menfaatini yeterince koruduğunu söyleyebilmek mümkün değildir. Borçlunun sözleşmeyi ifa edip etmeme konusundaki kararını etkileyen ve henüz borç ihlal edilmeden önceki dönemde etkisini gösteren ceza koşulu, alacaklının ifa menfaatini korumak konusunda aynen ifa talebinden daha etkili olabilir[533]. Nitekim ceza koşulunun asli işlevi, borçluyu asıl borcun ifası konusunda zorlamaktır. İhlalin maliyetini ifada bulunmanın maliyetine kıyasla fazla olacak kadar yükselten sözleşme cezası, borçluyu ifada bulunmaya zorlar. Bu bağlantı sebebiyle alacaklının ifa konusundaki menfaati, sözleşme cezasının aşırı olup olmadığının tespitinde başvurulacak başlıca kriterdir[534]. Alacaklının ifa konusundaki menfaati arttıkça, sözleşme cezasının aşırı olarak nitelendirilmesi ihtimali azalır.

Alacaklının ifa konusundaki menfaati, yalnızca ekonomik değer taşıyan menfaatten ibaret değildir. Alacaklının hukuka ve ahlâka aykırı olmayan her tür meşru menfaati ekonomik değer taşımasa bile bu bağlamda değerlendirmeye katılır[535]. Bu husus, AlmMK § 343'te açıkça belirtilmiştir. Hatta *Sanlı*, haklı olarak, ifa menfaatinin subjektif ve özgün olduğu durumda aşırılık nitelendirmesinden mümkün olduğunca kaçınılması gerektiğini ifade etmektedir[536]. Bu konuda *Mattei*'nin yukarıda bahsedilen "ihmâlkar baba" örneğini hatırlatmak istiyoruz. Kızına düğününü kendi kır evlerinde yapmak konusunda söz veren fakat gerekli tadilatı yaptırmayı ihmâl eden baba, düğüne bir ay kalmışken tadilatı yapmak üzere bir yüklenici ile anlaşır. Örnekteki baba, tadilatın düğüne kadar tamamlanması ve borcun zamanında ifa edilmesi konusunda ekonomik olarak ifade edilmesi mümkün

[533] Bu konuda bkz. *"Birinci Bölüm / V. / A. / 1. / a. Borçluyu İfaya Zorlayıcı İşlevin İfa Menfaatinin Korunması Bakımından Önemi".*

[534] ATF 114 II 264, c. 1a, JdT 1989 I 74; ATF 103 II 129 c. 4, JdT 1978 I 150; TF, 4A_595/2012 (21.12.2012) c. 5.1; Yarg. HGK, E. 2013/13-1108 K. 2014/768 T. 15.10.2014 (Kazancı); Yarg. HGK, E. 2012/13-821 K. 2013/409 T. 27.3.2013 (Kazancı); Yarg. HGK, E. 2000/13-749 K. 2000/758 T. 12.4.2000 (Kazancı); Yarg. 13. HD, E. 2004/14784 K. 2005/2161 T. 15.2.2005 (Kazancı); Yarg. 13. HD, E. 2003/16053 K. 2004/6546 T. 3.5.2004 (Kazancı); ZK OR-Oser/Schönenberger, Art. 163 para. 14; CR CO I-Mooser, Art. 163 para. 8; CHK OR-Pellanda Katja, para. 18; Bentele, s. 117; Erdem, Clause pénale, s. 158; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 182 para. 16; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1626; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, para. 1485; Arsebük, s. 994; Kocaağa, s. 344; Nomer Ertan, Cezai Şart, s. 31; Ernas/Yalçıntaş, s. 708; Erçin, s. 96; M. E. Bingöl, s. 121; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 103; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 241.

[535] CHK OR-Pellanda Katja, para. 18; Bentele, s. 118; Erdem, Clause pénale, s. 158; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 182 para. 16; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, para. 1485; Arsebük, s. 994; Berki, s. 298; Bilge, Cezai Şart, s. 121; Tunçomağ, s. 146-147; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 344; Çınar, s. 100; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 102; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 244.

[536] Sanlı, s. 360.

olmayan bir menfaate sahiptir. Bu menfaatin, borç bir kere ihlal edildikten sonra aynen ifa yaptırımıyla giderilmesi mümkün değildir.

ii. Alacaklının Zararı

Ceza koşulunun karakteristik işlevlerinden bir diğeri, alacaklının asıl borcun ihlal edilmesi durumunda uğrayabileceği zararın telafi edilmesini sağlamaktır. Bu itibarla alacaklının zararı, sözleşme cezasının aşırı olup olmadığının tespitinde başvurulacak kriterlerden biridir[537]. Alacaklının uğradığı zararı telafi etmekte yetersiz kalan bir sözleşme cezasının aşırı olarak nitelendirilmesi ve indirime tâbi tutulması mümkün değildir[538]. Başka bir deyişle aşırılık tartışması, yalnızca alacaklının uğradığı zararı aşan sözleşme cezaları bakımından gündeme gelir.

Sözleşme cezası miktarı alacaklının uğradığı zarar miktarına kıyasla ne kadar yüksekse, indirilme ihtimali de o kadar artar. Fakat sözleşme cezasının alacaklının zararından fazla olması, sözleşme cezasının aşırı olduğunu göstermek bakımından tek başına yeterli değildir[539]. Alacaklılar, borçluyu ifaya zorlamak ve olası bir ihlal durumunda başlangıçta öngörülemeyen bir sebepten ötürü ceza koşulunun zararı telafi etmekte yetersiz kalmasını engellemek amacıyla sözleşme cezası miktarını yüksek tutmaya gayret etmektedir. Nitekim uygulamada sözleşme cezasının miktarı, neredeyse her zaman alacaklının gerçekte uğradığı zarar miktarından yüksek kalır. Böylelikle, sözleşme cezasını aşan bir zarara uğrayan alacaklının, ceza koşulu kararlaştırmamış alelade bir alacaklıya kıyasla daha dezavantajlı konuma düşmesine neden olan TBK m. 180/II'nin uygulanması da bertaraf edilmiş olur. Durum böyleyken salt sözleşme cezasının alacaklının zararından fazla olmasından hareket ederek yargısal bir müdahalede bulunulması, ceza koşulunun işlevlerine ters düşer. Sözleşme cezasının alacaklının zararından fazla olduğu gerekçesiyle indirilebilmesi için, adalet ve hakkaniyet çerçevesinde kabul edilebilecek üst sınırı fazlasıyla aşmış

---

[537] Yarg. 13. HD, E. 2003/16053 K. 2004/6546 T. 3.5.2004 (Kazancı); CR CO I-Mooser, Art. 163 para. 8; Bentele, s. 117; Arsebük, s. 994; Bilge, Cezai Şart, s. 121; Kocaağa, s. 345; Nomer Ertan, Cezai Şart, s. 31; Ernas/Yalçıntaş, s. 708; Erçin, s. 96; M. E. Bingöl, s. 121; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 242. Türk hukukunda sözleşme cezasının aşırı olup olmadığının belirlenmesinde temel referans noktasının alacaklının zararı olması gerektiği yönünde bkz. Sanlı, s. 354.

[538] Erdem, Clause pénale, s. 157; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 182 para. 14; Cansel/Özel, s. 732.

[539] TF, 4A_656/2012 (01.05.2013), c. 2.3; TF, 4A_160/2012 (17.10.2012), c. 1.2; ATF 133 III 43 c. 4.1, JdT 2007 I 226; ATF 103 II 108, JdT 1978 I 194; BK OR-Becker, Art. 163 para. 10; CR CO I-Mooser, Art. 163 para. 7; Erdem, Clause pénale, s. 158; Tolou, para. 1175; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 182 para. 17; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1626; H. Nomer, para. 238; Kocaağa, s. 344; Nomer Ertan, Cezai Şart, s. 31; Yücel, s. 2948; Erçin, s. 98; Çınar, s. 108; M. E. Bingöl, s. 122; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 103.

olması gerekmektedir. Bu noktada özellikle alacaklının ihlal neticesinde hiç zarara uğramamış olmasının, aşırılık nitelendirmesi ve yargısal müdahale bakımından yeterli olmadığı hatırlatılmalıdır. Kanunun bizzat kendisi, sözleşme cezasının ifasının talep edilebilmesi için alacaklının zarara uğramış olmasına gerek olmadığını düzenlemiştir (TBK m. 180/I).

Nitekim İsviçre Federal Mahkemesinin yerleşik içtihadı uyarınca, sözleşme cezasının aşırı olup olup değerlendirilirken alacaklının uğramış olduğu zararın yanı sıra, maruz kaldığı zarar rizikosunun da dikkate alınması gerekmektedir[540]. Bu çerçevede, alacaklı uğramış olduğu zararın miktarını ispat yükü altına sokulamayacak; fakat maruz kaldığı zarar rizikosunu somutlaştırması kendisinden pekâlâ beklenebilecektir[541]. Sonuç olarak sözleşme cezasının aşırı olup olmadığı değerlendirilirken, alacaklının somutlaştırdığı zarar rizikosunun dikkate alınması gerekmektedir[542].

iii. Borca Aykırılığın Ağırlığı

Sözleşme cezasının aşırılığının değerlendirilmesi bağlamında başvurulacak bir diğer kriter, borca aykırılığın ağırlığıdır[543]. Borçlunun asıl borca aykırı davranışının ağırlığının artması, sözleşme cezasının indirilmesi ihtimalini azaltır. Örneğin (A)'nın (B)'ye karşı rekabet etmeme taahhüdünde bulunduğunu ve bu taahhüde aykırılık hâlinde bir defaya mahsus olarak 1.000.000 TL sözleşme cezası ödemeyi kabul ettiğini varsayalım. (A)'nın on adet büyük ölçekli ticari işletme işletmek suretiyle rekabet etmeme yasağını ihlal etmiş olması durumunda sözleşme cezasının indirilmesi ihtimali, nispeten küçük ölçekli tek bir ticari işletme işletmek

---

[540] TF, 4A_160/2012 (17.10.2012), c. 1.2; ATF 103 II 108, JdT 1978 I 194.

[541] ATF 133 III 43, c. 4.3, JdT 2007 I 226; OFK OR-Wuffli, Art. 163 para. 11; KUKO OR-Pietruszak, Art. 163 para. 9.

[542] ATF 133 III 43, c. 4.3, JdT 2007 I 226; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 160 para. 1; Tolou, para. 1174. Alacaklının ihlal neticesinde uğrayabileceği en yüksek zararın dikkate alındığı kararlar için bkz. ATF 114 II 264, c. 1b, JdT 1989 I 74; ATF 103 II 108, JdT 1978 I 194; TF, 4A_107/2011 (25.08.2011), c. 3.1.

[543] ATF 114 II 264, c. 1a, JdT 1989 I 74; ATF 103 II 129 c. 4, JdT 1978 I 150; BK OR-Becker, Art. 163 para. 12; CR CO I-Mooser, Art. 163 para. 8; OFK OR-Wuffli, Art. 163 para. 8; CHK OR-Pellanda Katja, para. 18; KUKO OR-Pietruszak, Art. 163 para. 6; Yarg. HGK, E. 2013/13-1108 K. 2014/768 T. 15.10.2014 (Kazancı); Yarg. HGK, E. 2004/9-759 K. 2005/9 T. 2.2.2005 (Kazancı); Yarg. 11. HD, E. 2020/2087 K. 2021/2483 T. 16.3.2021 (Kazancı); Yarg. 3. HD, E. 2020/8466 K. 2021/2665 T. 15.3.2021 (Kazancı); Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, para. 1485; Bilge, Cezai Şart, s. 122; Tunçomağ, s. 147; Kocaağa, s. 347; Nomer Ertan, Cezai Şart, s. 31; Ernas/Yalçıntaş, s. 708; M. E. Bingöl, s. 121; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 105; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 247. Sözleşme cezasının aşırılığının değerlendirilmesi bakımından alacaklının ifaya ilişkin menfaati göz önüne alındığında, ayrıca ihlalin ağırlığının göz önüne alınmasının gereksiz olduğu yönündeki eleştiri için bkz. Bentele, s. 121.

suretiyle rekabet etmeme yasağını ihlal etmiş olması durumuna kıyasla son derece düşüktür.

Asıl borca aykırılığın ağırlığından bahsederken, asıl borcun eksik de olsa kısmen ifa edilmiş olması ihtimaline de değinmek gerekmektedir. Bazı yazarlar, asıl borcun eksik de olsa kısmen ifa edilmiş olmasının, sözleşme cezasının aşırı olup olmadığının takdirinde dikkate alınması gereken kriterlerden biri olduğunu savunmaktadır. Bu görüş doğrultusunda borçlunun asıl borcu eksik ifa etmiş olduğunu gören hâkim, TBK m. 182/III gereğince sözleşme cezasını indirecektir[544].

Yukarıda seçimlik sözleşme cezasının eksik ifa bağlamındaki sonuçları bahsinde de ifade etmiş olduğumuz üzere, bu görüşe katılmıyoruz. Eksik ifanın sözleşme cezasının aşırılığı ile ilintilendirilmesi, seçimlik sözleşme cezasında indirim yapılıp yapılmayacağını ve yapılacaksa indirimin miktarını hâkimin aşırılık konusundaki takdir yetkisi alanına bırakacaktır. Oysa borçlunun kısmen ifada bulunmuş olması, alacaklının seçimlik sözleşme cezasının tamamını talep etmesini, (taraflar aksini kararlaştırmadıkça) hâkimin aşırılık konusundaki takdirinden bağımsız olarak kendiliğinden engellemelidir. Sözleşme cezasının toplam miktarı aşırı olarak değerlendirilebilecek kadar yüksek olmasa dahi, alacaklı yalnızca asıl borcun ifa edilmemiş kısmına tekabül eden oranda sözleşme cezası talep edebilmelidir. Bu durum, alacaklının aynı menfaatinin iki kere tatmin edilmemesi ilkesinin bir gereğidir. Alacaklının aynı menfaatinin iki kere tatmin edilmesine, taraflar aksini kararlaştırmadıkça izin verilmemelidir. Hâkim yaptığı oranlama neticesinde tespit ettiği sözleşme cezası miktarının yine de aşırı olduğunu takdir ederse, şüphesiz TBK m. 182/III uyarınca ayrıca indirim yapmalıdır.

iv. Borçlunun Asıl Borcun İhlalindeki Kusuru

Esasen borçlunun asıl borcu ihlalden ötürü sorumlu tutulabildiği durumda, kusurunun derecesinin önemi olmaksızın sözleşme cezası muaccel hâle gelir. Borçlu borcu ihlal etmekte hafif kusurlu olsa dahi sözleşme cezasını ifa etmekle yükümlü tutulur. Bununla birlikte sözleşme cezasının aşırı olup olmadığının tespiti bakımından dikkate alınması gereken kriterlerden biri de borçlunun asıl borcu ihlal

[544] BK OR-Becker, Art. 163 para. 13; Erdem, Clause pénale, s. 159; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 182 para. 22; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1034; Erçin, s. 96.

etmekteki kusurunun ağırlığıdır[545]. Öğretide özellikle borçlunun asıl borcu kasten ihlal etmiş olduğu durumda, kural olarak sözleşme cezasının aşırı olduğundan bahisle sözleşme cezasının indirilmesinin uygun olmayacağı belirtilmektedir[546]. Borçlunun asıl borcu ihlal etmekte hafif kusurlu olması, ağır kusurlu olmasına kıyasla sözleşme cezasının indirilmesi ihtimalini arttırır. Bununla birlikte borçlunun asıl borcu hafif kusurlu olarak ihlal etmiş olmasının tek başına sözleşme cezasının indirilmesine sebep olmayacağı da gözden kaçırılmamalıdır[547].

Öte yandan alacaklının müterafik kusurunun da sözleşme cezasının aşırı olup olmadığına ilişkin değerlendirmede dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir[548]. Kimi zaman ceza koşulunun kararlaştırılmış olması alacaklıyı, borçlunun borca aykırı davranmasını sağlamak yönünde güdüleyebilir[549]. Alacaklının müterafik kusurunun dikkate alınıyor olması, bu ihtimale istinaden yerinde bir önlemdir[550].

vi. Tarafların ve Özellikle Borçlunun Ekonomik Durumu

Sözleşme cezasının aşırı olup olmadığının değerlendirilmesinde dikkate alınan kriterlerden bir diğeri, tarafların ekonomik durumudur[551]. Özellikle borçlunun

---

[545] ATF 114 II 264, c. 1a, JdT 1989 I 74; ATF 103 II 129 c. 4, JdT 1978 I 150; TF, 4C_360/2004 (19.01.2005), c. 5.2; Yarg. HGK, E. 2013/13-1108 K. 2014/768 T. 15.10.2014 (Kazancı); Yarg. HGK, E. 2012/13-821 K. 2013/409 T. 27.3.2013 (Kazancı); Yarg. HGK, E. 2000/13-749 K. 2000/758 T. 12.4.2000 (Kazancı); Yarg. 13. HD, E. 2004/14784 K. 2005/2161 T. 15.2.2005 (Kazancı); Yarg. 13. HD, E. 2003/16053 K. 2004/6546 T. 3.5.2004 (Kazancı). BK OR-Becker, Art. 163 para. 16; OFK OR-Wuffli, Art. 163 para. 8; CHK OR-Pellanda Katja, para. 18; KUKO OR-Pietruszak, Art. 163 para. 6; Bentele, s. 119; Erdem, Clause pénale, s. 159; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 182 para. 20; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, para. 1485; Arsebük, s. 995; Bilge, Cezai Şart, s. 123; Tunçomağ, s. 148; Kocaağa, s. 349; Nomer Ertan, Cezai Şart, s. 31; Ernas/Yalçıntaş, s. 708; Erçin, s. 96; M. E. Bingöl, s. 121; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 106; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 245.

[546] BK OR-Becker, Art. 163 para. 16; Erdem, Clause pénale, s. 160; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 182 para. 23; Kocaağa, s. 350; Çınar, s. 111; Sanlı, s. 361.

[547] Erdem, Clause pénale, s. 159; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 182 para. 20; Tunçomağ, s. 149; Kocaağa, s. 349; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 246.

[548] ATF 105 II 200, c. 6c, JdT 1980 I 165; BK OR-Becker, Art. 163 para. 16; Bentele, s. 119; Erdem, Clause pénale, s. 161; Bilge, Cezai Şart, s. 123; Tunçomağ, s. 149; Erçin, s. 96; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 107.

[549] De Geest/Wuyts, s. 149. Bu konuda ayrıca bkz. Hatzis, s. 394-395.

[550] Alacaklının fırsatçı davranışlar vasıtasıyla borcun ihlalini kolaylaştırdığı durumda sözleşme cezasının indirilmesi gerektiği yönünde bkz. Sanlı, s. 360.

[551] ATF 114 II 264, c. 1a, JdT 1989 I 74; ATF 103 II 129 c. 4, JdT 1978 I 150; TF, 4A_595/2012 (21.12.2012), c. 5.1; TF, 4A_107/2011 (25.08.2011), c. 3.1; BK OR-Becker, Art. 163 para. 17; CR CO I-Mooser, Art. 163 para. 8; OFK OR-Wuffli, Art. 163 para. 8; CHK OR-Pellanda Katja, para. 18; KUKO OR-Pietruszak, Art. 163 para. 6; Bentele, s. 119; Erdem, Clause pénale, s. 160; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 182 para. 24; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1626; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, para. 1485; Arsebük, s. 994; Bilge, Cezai Şart, s. 123; Tunçomağ, s. 149; Kocaağa, s. 350; Nomer Ertan, Cezai Şart, s. 31; Ernas/Yalçıntaş, s. 708; Erçin, s. 96; M. E. Bingöl, s. 121; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 109; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 248. Yarg. HGK, E. 2013/13-1108 K. 2014/768 T. 15.10.2014 (Kazancı); Yarg. HGK, E. 2004/9-759 K. 2005/9 T. 2.2.2005 (Kazancı); Yarg. HGK, E.

ekonomik durumunun ve ödeme gücünün bu bağlamda dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir. Borçlunun ekonomik durumunun zayıf olması, sözleşme cezasını rahatlıkla ifa edebilecek güçlü bir ekonomik duruma sahip olmasına kıyasla sözleşme cezasının indirilmesi ihtimalini arttırır. Bu bağlamda borçlunun ekonomik durumunun dikkate alınması için, sözleşme cezasını ifa etmenin borçlunun ekonomik yıkımına sebep olacak olması gibi yüksek bir eşik aranmaz[552]. Zira ifası borçlunun ekonomik yıkımına sebep olacak kadar yüksek olan bir sözleşme cezası, zaten ahlâka/kişilik hakkına aykırılık sebebiyle geçersiz olacaktır.

Borçlunun ekonomik durumunun bir kriter olarak esas alınması, aynı miktardaki sözleşme cezasının, bir borçlu açısından aşırı olduğundan bahisle indirilirken; başka bir borçlu açısından herhangi bir indirime tâbi tutulmaksızın olduğu gibi uygulanması olasılığını doğurmaktadır[553]. Bu durumun, *ex post* açıdan bakıldığında ekonomik olarak zayıf borçluyu koruyu mahiyette olduğu şüphesizdir. Ancak *ex ante* açıdan, ekonomik olarak zayıf borçlu aleyhine sonuç doğurması da mümkündür. Zira alacaklı, sözleşme cezasının indirilebileceği endişesi nedeniyle ekonomik olarak zayıf borçlu ile sözleşme ilişkisi içerisine girmekten kaçınacak; bunun yerine ödeme gücü yerinde olan borçluları tercih edecektir.

Alacaklının ekonomik durumu da, borçlunun ekonomik durumuna kıyasla bulunduğu nokta itibarıyla aşırılığın tespiti bakımından önem taşır[554]. Alacaklının haklı menfaatinin gerektirdiği sınırın üstünde olan bir sözleşme cezasının ifası borçluyu çok zorlayacak; buna karşılık alacaklı için o kadar önem arz etmeyecekse aşırı olarak değerlendirilebilir[555]. Keza sözleşme cezasının ifası borçluyu çok zorlamayacak olsa dahi alacaklının borçluya kıyasen sahip olduğu güçlü ekonomik durumun sözleşme cezasının aşırı olarak nitelendirilmesine zemin hazırlayabileceği belirtilmektedir[556].

2000/13-749 K. 2000/758 T. 12.4.2000 (Kazancı); Yarg. 11. HD, E. 2020/2087 K. 2021/2483 T. 16.3.2021 (Kazancı); Yarg. 13. HD, E. 2004/14784 K. 2005/2161 T. 15.2.2005 (Kazancı).

[552] Erdem, Clause pénale, s. 160.

[553] Erdem, Clause pénale, s. 160; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 182 para. 25; Tunçomağ, s. 149; Arkan, s. 95-96; Kocaağa, s. 350-351; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 109.

[554] BK OR-Becker, Art. 163 para. 17; Erdem, Clause pénale, s. 161; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 250.

[555] Erdem, Clause pénale, s. 161.

[556] Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 250.

vii. Borçlunun İhlal Neticesinde Elde Ettiği Yarar

Sözleşme cezasının aşırı olup olmadığını değerlendiren hâkim, borçlu ihlal neticesinde herhangi bir yarar elde etmişse bu yararları da dikkate almalıdır[557]. Borçlunun asıl borcu ihlal etmesine bağlı olarak elde ettiği yararın varlığı ve fazlalığı, sözleşme cezasının indirilmesi ihtimalini azaltır.

Bu bağlamda özellikle rekabet etmeme taahhüdüne aykırı davranan borçlular akla gelmektedir. Örneğin önceki işverenine karşı vermiş olduğu rekabet etmeme taahhüdüne aykırı davranarak yeniden çalışmaya başlayan işçinin elde ettiği menfaatler, sözleşme cezasının aşırı olup olmadığı bakımından dikkate alınması zorunlu bir kriterdir[558].

viii. Diğer Kriterler

Sözleşme cezasının aşırı olup olmadığının tespitinde esas alınabilecek kriterler, yukarıda sayılanlardan ibaret değildir. Somut olayın başkaca özellikleri de sözleşme cezasının adalet ve hakkaniyetin izin verdiği ölçüyü apaçık aşmış olduğunu ortaya koymak konusunda yol gösterici olabilir.

Kimi zaman asıl borcun doğduğu sözleşmenin mahiyeti ve süresi, sözleşme cezasının aşırı olup olmadığının değerlendirilmesi bakımından önem taşıyabilir[559]. Örneğin asıl borcun doğduğu borç ilişkisinin bağışlama sözleşmesi gibi tek tarafa borç yükler mahiyette olması, sözleşme cezasının aşırılığına karar verilmesi ihtimalini arttırır. Zira sözleşme cezasının adalet ve hakkaniyet çerçevesinde kabul görebilecek sınırı açık şekilde aştığını söylemek, borçlu için herhangi bir yarar sağlamayan bir borç ilişkisisi bakımından çok daha kolaydır. Nitekim borçlu için bir

[557] ZK OR-Oser/Schönenberger, Art. 163 para. 16; BK OR-Becker, Art. 163 para. 9; Erdem, Clause pénale, s. 161; Bilge, Cezai Şart, s. 123; Kocaağa, s. 351; Nomer Ertan, Cezai Şart, s. 31; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 110; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 249. Yarg. 13. HD, E. 2003/16053 K. 2004/6546 T. 3.5.2004 (Kazancı);

[558] Karagöz, Cezai Şart, s. 247; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 250.

[559] ATF 114 II 264, c. 1a, JdT 1989 I 74; TF, 4A_656/2012 (01.05.2013), c. 2.3; TF, 4A_595/2012 (21.12.2012), c. 5.1; TF, 4A_107/2011 (25.8.2011), c. 3.1; BSK OR I-Widmer/Constantini/Ehrat, Art. 163 para. 17; CR CO I-Mooser, Art. 163 para. 8; OFK OR-Wuffli, Art. 163 para. 8; CHK OR-Pellanda Katja, para. 18; KUKO OR-Pietruszak, Art. 163 para. 6; Bentele, s. 119-120; Erdem, Clause pénale, s. 161; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 182 para. 28; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, para. 1485; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 252

yarar sağlamayan işlerde sorumluluğun daha hafif olarak değerlendirilmesine ilişkin TBK m. 114/I'deki kural da bu esasın bir yansımasıdır[560].

Keza tarafların iş tecrübeleri[561] ve borçlunun alacaklıya ekonomik olarak bağlı olması[562] da dikkate alınması gereken başkaca kriterlerdir.

4. Henüz İfa Edilmemiş Olmanın Koşul Olarak Aranmaması

1. Öğretide pek çok yazar, sözleşme cezasının henüz ifa edilmemiş olmasını, TBK m. 182/III uyarınca indirilebilmesi için bir koşul olarak aramaktadır. Buna göre borçlu tarafından hâlihazırda ifa edilmiş olan sözleşme cezasının indirilmesi mümkün değildir[563]. Yargıtay'ın da bu yönde kararlara mevcuttur[564]. Bu görüş, Alman hukukunda konuya ilişkin getirilmiş açık düzenleme ile paralellik arz etmektedir. AlmMK § 343/I uyarınca, ifa edilmiş sözleşme cezasının indirilmesi talep edilemeyecektir. Kanaatimizce böyle bir düzenlemenin İsviçre-Türk hukukunda mevcut olmaması, bu konuda daha esnek bir tavır geliştirilmesini mümkün kılmaktadır. *Serozan*'ın ifadesiyle, *"Yasamıza (bereket) sokulmamış bulunan § 343 I BGB kuralını hukukumuza arka kapıdan ithal etmenin ve alacaklıyı elinden geldiğince koruyup kollayan BGB'den çok BGB'ci kesilmenin hiçbir yeri ve gereği yoktur."*[565]

2. İsviçre Federal Mahkemesinin 2007 yılında vermiş olduğu iki karar, bu konuya ilişkin tartışmaya yeni bir soluk getirmiştir. İlk karara konu olan olayda davalı, maliki olduğu taşınmaz üzerinde davacılara on yıl süreli bir alım hakkı tanımıştır. Davacılar, alım hakkına karşılık ödeyecekleri 100.000 CHF için davalıya borç tanıma senedi vermişlerdir. Anlaşma uyarınca bu meblağ ileride satış sözleşmesinin kurulması durumunda satım bedeli olarak kararlaştırılan 890.000

---

[560] Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 250. Aynı yönde bkz. Çınar, s. 108.

[561] TF, 4A_595/2012 (21.12.2012), c. 5.1; TF, 4A_107/2011 (25.8.2011), c. 3.1; OFK OR-Wuffli, Art. 163 para. 8; CHK OR-Pellanda Katja, para. 18; KUKO OR-Pietruszak, Art. 163 para. 6; Bentele, s. 120; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, para. 1485.

[562] TF, 4A_595/2012 (21.12.2012), c. 5.1; TF, 4A_107/2011 (25.8.2011), c. 3.1; CR CO I-Mooser, Art. 163 para. 8; KUKO OR-Pietruszak, Art. 163 para. 6; Bentele, s. 120; Erdem, Clause pénale, s. 161; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, para. 1485.

[563] Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1630; Bilge, Cezai Şart, s. 119; Nomer Ertan, Cezai Şart, s. 31; Yücel, s. 2949; Ernas/Yalçıntaş, s. 708; Erçin, s. 96; Çınar, s. 99; Tamer, s. 747-748; Öktem Çevik, Ceza Koşulu, s. 108.

[564] Yarg. HGK, E. 2013/13-1108 K. 2014/768 T. 15.10.2014: *"Bu hüküm, emredici nitelikte olduğundan hâkim tarafından re'sen gözetilmelidir; borçlunun bu yolda bir talebinin bulunması aranmaz. Ancak, cezai şart ödenmişse, hâkim bunu daha sonra indiremez."* Aynı yönde bkz. Yarg. HGK, E. 2004/9-759 K. 2005/9 T. 2.2.2005 (Kazancı).

[565] Serozan, Dönme, s. 225.

CHF'den düşülecek; aksi takdirde davalı nezdinde kalacaktır. Aynı gün akdedilen bir diğer sözleşme ile davalı, söz konusu taşınmazı davacılara kiralamıştır. Davacıların bu sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmekte ve özellikle kira bedelini ödemekte temerrüde düşmeleri durumunda, alım hakkına ilişkin sözleşme geçersiz sayılacaktır. Somut olayda davacılar kira bedelini ödeyememiş; bunun üzerine davalı alım hakkı tanıdığı sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirmiştir. Davada öncelikli sorun, 100.000 CHF'lik edim taahhüdünün niteliğidir. Federal Mahkeme, alt derece mahkemesinin bağlanma parası (*arrhes*/*Haftgeld*) nitelendirmesinin doğruluğu konusundaki şüphelerini dile getirmiş, ancak bu nitelendirme doğru olsa da olmasa da ceza koşulu hükümlerinin her hâlükârda uygulama alanı bulacağına hükmetmiştir. Akabinde söz konusu sözleşme cezasının aşırılığından bahisle indirilmesi gündeme gelmiştir. Bu noktada mahkeme, hâlihazırda ifa edilmiş olan sözleşme cezasının indirilmesinin mümkün olup olmadığını incelemek durumunda kalmıştır. Netice olarak ödeme borcun ikrarı anlamına gelmediği müddetçe, ödenmiş bir sözleşme cezasının da indirilebileceği sonucuna varmıştır. Sözleşme cezası ödemesinin borç ikrarı teşkil edebilmesi için, indirimi haklı gösterecek sebeplerin o esnada biliniyor olması gerekmektedir. Somut olayda davacıların 100.000 CHF ödemeyi yaparken, sözleşme cezasının muaccel hâle geldiği anda mevcut olan ve indirimi haklı gösteren sebepleri bilmemelerine dayanarak, indirim yapılması gereğini kabul etmiştir[566].

Bunu takiben aynı sene verilen bir başka kararda da, ifa edilmiş olan kısmın borçlunun temerrüdü durumunda alacaklıya kalacağını öngören bir anlaşma bakımından aynı sonuca varılmıştır. Mahkeme söz konusu anlaşmaya, İsvBK m. 162'nin (TBK m. 181/I'in) yaptığı gönderme uyarınca sözleşme cezasının indirilmesine ilişkin İsvBK m. 163/III'ün (TBK m. 182/III'ün) uygulanacağını belirtmiş; sözleşme cezasının hâlihazırda alacaklıya ifa edilmiş durumda bulunmasının bu konuda herhangi bir engel yaratmayacağını ifade etmiştir[567].

3. Sözleşme cezasının henüz ifa edilmemiş olmasını, TBK m. 182/III uyarınca indirilebilmesi için kesin bir koşul olarak arayan yazarların gerekçeleri, ikna edicilikten uzaktır. Hâlihazırda ifa edilmiş olan sözleşme cezalarının indirilmesinin de kimi durumlarda mümkün olabileceğini kabul etmek çok daha yerinde

[566] ATF 133 III 43 c. 3.2, JdT 2007 I 226. Karar hakkında bir değerlendirme için bkz. Werro, Peine conventionelle, s. 13-16.
[567] ATF 133 III 201, c. 3.

olacaktır[568]. Kanaatimizce burada mühim olan, borçlunun, sözleşme cezasını aşırı olmadığı düşüncesiyle ifa ettiği konusunda alacaklı nezdinde haklı bir güven uyandırıp uyandırmadığıdır[569]. Zira alacaklı nezdinde böyle bir güven uyandıktan sonra, artık hâkimin alacaklının hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı davranışından hareketle sözleşme cezasını indirebilmesi mümkün olmayacaktır. Bu tespitimizi, farklı ihtimaller çerçevesinde detaylandıralım.

a. Sözleşme cezasının konusunu teşkil eden edim, kimi zaman henüz sözleşme cezası muaccel olmadan evvel borçlu tarafından alacaklının uhdesine geçirilir. Örneğin borçlu tarafından bağlanma parası olarak verilen paranın, ileride asıl borç ihlal edilecek olursa alacaklı tarafından sözleşme cezası olarak alıkonulabileceğinin kararlaştırıldığı ihtimali düşünelim. Böyle bir ihtimal çerçevesinde borçlu, sözleşme cezasının konusunu teşkil eden edimi alacaklının uhdesine geçirdiği anda ileride indirime esas teşkil edebilecek somut olay koşulları hakkında bilgi sahibi değildir. Alacaklı da bu durumun farkındadır. Dolayısıyla alacaklı nezdinde borçlunun sözleşme cezasını aşırı olmadığı düşüncesiyle ifa ettiği konusunda haklı bir güvenin uyandığından bahsedilemez. Bu ihtimalde, sözleşme cezasının indirilebileceği konusunda herhangi bir şüphe duymaya gerek yoktur.

b. Borçlu sözleşme cezasını muaccel olduktan sonra ifa etmekteyse, alacaklı nezdinde korunmaya değer bir güvenin bulunup bulunmadığı daha çetrefilli bir mesele hâline gelebilir. Bu ihtimalde borçlu bir çekince koyarak ifada bulunmuşsa, yine sözleşme cezasının indirilebileceğinde tereddüt etmemek gerekmektedir[570]. Ancak kanaatimizce herhangi bir çekince ileri sürülmüş olmasa dahi somut olayın koşulları ışığında, borçlunun sözleşme cezasını aşırı olmadığı düşüncesiyle ifa ettiği

[568] ZK OR-Oser/Schönenberger, Art. 163 para. 17; OFK OR-Wuffli, Art. 163 para. 10; Secrétan, s. 125; Werro, Peine conventionelle, s. 15-16; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 182 para. 49; Saymen/Elbir, s. 845; Kunter, s. 982; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 356; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1034; Serozan, Dönme, s. 228; Kırkbeşoğlu, Hükümsüzlük, s. 307; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 98.

[569] Bazı yazarlar konuyu, "indirimden feragat" zemininde ele almaktadır. Hâlihazırda ifa edilmiş olan sözleşme cezasının indirilmesinin ifa esnasında indirimden feragat edildiği veya cezanın adil olduğunun kabul edildiği sonucuna varılmadığı müddetçe mümkün olduğu yönünde bkz. OFK OR-Wuffli, Art. 163 para. 10; Werro, Peine conventionelle, s. 15-16. Bu yaklaşımı isabetli bulmuyoruz. Zira feragat, *"bir hakkın, başkasına devredilmeden veya başka bir hak meydana getirilmeden ileriye etkili ve kesin bir şekilde sonlandırılması"* olarak tanımlanabilir (Tanım için bkz. Paksoy, s. 279). Oysa sözleşme cezasının indirilmesi, alacaklı açısından bir hak olarak görülemez.

[570] Çekince ileri sürerek ifada bulunan borçlunun uyarlama talep edebileceğine ilişkin TBK 138 hükmünün burada da kıyasen uygulanabileceği yönünde bkz. Çınar, s. 100 dn. 23.

konusunda alacaklı nezdinde korunmaya değer bir güvenin mevcut olmadığı söylenebilecektir[571].

5. Borçlunun Talebinin Koşul Olarak Aranmaması

Sözleşme cezasının aşırı olduğunu takdir eden hâkimin, borçlunun indirim yönünde herhangi bir talebi bulunmamasına rağmen kendiliğinden indirim yapıp yapamayacağı konusunda İsvBK ve eBK açık bir hüküm ihtiva etmemekteydi. Konuyu tartışmalı hâle getiren bu açık hüküm eksikliği, TBK m. 182/III'te giderilmiş görünmektedir. İlgili hüküm uyarınca hâkim, aşırı gördüğü sözleşme cezasını *"kendiliğinden"* indirecektir. TBK'daki bu düzenleme karşısında Türk hukuku bakımından konuyu tartışmaya (en azından *de lege lata*) kanaatimizce gerek kalmamıştır. Sözleşme cezasının aşırı olduğunu takdir eden hâkim, borçlu herhangi bir indirim talebinde bulunmuş olmasa dahi kendiliğinden indirim yapmalıdır[572]. Böylelikle Yargıtay'ın eBK döneminde dahi benimsemiş olduğu görüş, perçinlenmiştir[573]. Türk hukuku, bu konuda Alman hukukundan ayrışmaktadır. AlmMK § 343(1), sözleşme cezasında indirim yapılabilmesi için borçlunun talepte bulunmuş olması gerektiğini düzenlemiştir; hâkimin kendiliğinden harekete geçmesi mümkün değildir.

Bununla birlikte konuya ilişkin tartışma, İsviçre hukukunda hâlen geçerli olan durumu yansıtmak yönünden hâlen önem taşımaktadır. Ayrıca tartışmanın ortaya koyulması, kanun koyucunun TBK'daki tercihinin *de lege ferenda* isabetli olup olmadığının değerlendirilmesinde yardımcı olabilir. Esasen İsvBK m. 163/III ve eTBK m. 161/III'te de hâkimi aşırı sözleşme cezasını indirmekle yükümlü tutan ifadeler mevcuttur[574]. Fakat bazı yazarlar, bu ifadelere rağmen, sözleşme cezasının hâkim tarafından indirilebilmesi için borçlunun talebinin aranması gerektiğini

---

[571] Benzer yönde bkz. Furrer/Müller-Chen/Çetiner, para. 1636.

[572] İ. Helvacı, s. 265; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 182 para. 31; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1628; Eren, Borçlar Genel, para. 3712; Kılıçoğlu, s. 998; H. Nomer, para. 238; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, para. 1483a; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1035; Öz, Yeni BK, s. 28; Çınar, s. 102 dn. 31; Öktem Çevik, Ceza Koşulu, s. 109; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 121; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 255-256. Nitekim eBK döneminde sözleşme cezasının indirilebilmesi için borçlunun talebini bir koşul olarak aramış olan Kocaağa, TBK döneminde bu koşuldan vazgeçmiştir (Kocaağa, Cezai Şart, s. 240-241; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 356). *Sanlı*, hükümde yapılan bu değişikliğin ekonomik etkinlik bakımından isabetsiz olduğu görüşündedir; bkz. Sanlı, s. 356.

[573] Yarg. HGK, E. 2002/9-596 K. 2002/662 T. 2.10.2002 (Kazancı); Yarg. HGK, E. 2001/9-1175 K. 2001/1166 T. 26.12.2001 (Kazancı).

[574] İsvBK m. 163/III: "*Le juge doit réduire (...)*" / "*(...) hat der Richter (...) herabzusetzen*". TBK m. 161/III: *"Hakim, (...) tenkis ile mükelleftir."*

savunmaktadır[575]. Bu görüşe göre hükümdeki zorunluluk belirten ifadelerin amacı, hâkimin aşırı sözleşme cezasını indirip indirmemek konusunda takdir yetkisine sahip olmadığını vurgulamaktır. Ancak borçlu indirim konusunda bir talepte bulunmadığı müddetçe, hâkimin aşırı sözleşme cezasını indirmek zorunda olduğundan bahsedilemez. Başka bir deyişle hâkim için getirilen aşırı sözleşme cezasını indirme yükümlülüğünün devreye girmesi için, borçlunun indirim talebinde bulunmuş olması gerekmektedir. Borçlunun talebi aranmaksızın hâkimin harekete geçeceği yönündeki kabul, iddia yükünü de hâkime yüklemekte olduğu için isabetsizdir. Öte yandan simsarlık sözleşmesindeki aşırı ücretin indirilmesi bakımından kanunda açıkça aranmış olan borçlu talebinin (İsvBK m. 417 ve eBK m. 409), aşırı sözleşme cezasının indirilmesi bakımından aranmaması bir tutarsızlık teşkil edecektir. Keza aşırı yararlanma durumunda borçlu yenilik doğurucu hakkını kullanmadığı müddetçe hâkim müdahalede bulunamadığına göre, sözleşme cezasının indirilmesi bakımından da aynı esas kabul edilmelidir[576].

Bu görüş, borçlunun sözleşme cezasının indirilmesi yönündeki talebinin, yenilik doğurucu bir hakkın kullanılmasını teşkil ettiği kabul edildiği takdirde anlam kazanabilir. Fakat çalışmamızda, borçluya aşırı sözleşme cezasının indirilmesi konusunda yenilik doğurucu bir hak tanındığı fikrini reddetmekteyiz. Ayrıca simsarlık sözleşmesindeki aşırı ücretin indirilmesi ile aşırı yararlanmaya ilişkin hükümlerin, sözleşme cezasının indirilmesi bağlamında kıyasen uygulanmasının mümkün olmadığını düşünmekteyiz. Sonuç olarak hâkim, borçlu herhangi bir indirim talebinde bulunmuş olmasa dahi kendiliğinden indirim yapmalıdır[577].

Kanaatimizce sözleşme cezasının borçlunun talebinden bağımsız olarak indirilecek olması esasının doğru anlaşılabilmesi için, yargılamaya hâkim ilkeleri esas alan bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bu bağlamda, taleple bağlılık ilkesi ve taraflarca getirilme ilkesi birbirinden ayırt edilmelidir. TBK m. 163/III, taleple bağlılık ilkesini bertaraf etmektedir; fakat taraflarca getirilme ilkesi bâkidir.

---

[575] ZK OR-Oser/Schönenberger, Art. 163 para. 12; Dirican, s. 190; Kocaağa, Cezai Şart, s. 240-241; Tunçomağ, s. 152-153; Arkan, s. 96; Yücel, s. 2950.

[576] Tunçomağ, s. 151-153; Kocaağa, Cezai Şart, s. 240-241.

[577] BK OR-Becker, Art. 163 para. 21; Bentele, s. 126-127; Erdem, Clause pénale, s. 164; Tolou, para. 1171; Feyzioğlu, Cilt-II, s. 403; Arsebük, s. 993; Hatemi, s. 221 dn. 113; Kunter, s. 978; Erdem, Delenda, s. 325; Cansel/Özel, s. 732; Çınar, s. 102; Nomer Ertan, Cezai Şart, s. 32; Erçin, s. 93; Ernas/Yalçıntaş, s. 708; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 83; Tamer, s. 746; M. E. Bingöl, s. 122-123. Bu yönde bkz. ATF 133 III 201, c. 5.2; TF, 4A_567/2013 (31.03.2014), c. 5.3.

HMK m. 26'da açıkça düzenlenmiş olan taleple bağlılık ilkesi gereğince hâkim, kural olarak, tarafların talepleri ile bağlıdır; talepten fazlasına veya talepten başka bir şeye karar veremez. Mutlak olmayan bu ilkenin istisnaları, kanunda düzenlenmiştir. Nitekim bu istisnai hâllerden biri de TBK m. 163/III'te mevcuttur. Borçlu böyle bir talepte bulunmuş olmasa dahi, hâkim aşırı sözleşme cezasını kendiliğinden indirecektir. HMK m. 25'te kanuni düzenlemeye kavuşturulmuş olan taraflarca getirilme ilkesi uyarınca ise hâkim, kural olarak, taraflarca getirilmeyen vakıaları dikkate alamaz ve delil toplayamaz. Şüphesiz bu ilke de mutlak değildir; kanunda belirtilen istisnai durumlarda hâkim kendiliğinden vakıaları araştıracak ve delil toplayacaktır. Ancak sözleşme cezasının indirilmesi bakımından böyle bir istisna mevcut değildir. Yani hâkimin aşırı sözleşme cezasını kendiliğinden indirecek olması, vakıa ve delilleri kendisinin araştıracağı anlamına gelmemektedir. Taraflarca sunulmuş vakıa ve delillerden hareketle sözleşme cezasının aşırı olduğu anlaşılmıyorsa, hâkim bu konuda kendiliğinden bir araştırma yaparak indirim uygulayamaz[578]. Dolayısıyla sözleşme cezasının indirilmesi konusundaki iddia yükünün de *(fardeau de l'allégation subjective / Behauptungslast)* ispat yükünün de *(fardeau de la preuve / Beweislast)* borçlu tarafından taşındığını söylemek yanlış olmaz[579]. Yine de taraflarca getirilme ilkesinin, hâkimin davayı aydınlatma ödevi ve herkesçe bilinen vakıaların kendiliğinden dikkate alınması gibi hususlar vasıtasıyla yumuşatıldığı unutulmamalıdır.

Sonuç olarak mevcut dosya içeriğinden sözleşme cezasının aşırı olduğu anlaşılmıyorsa, hâkimin bu konuda bir araştırma yapması ne gerekli ne de mümkündür. Bununla birlikte Yargıtay kararları incelendiğinde, içinde ceza koşulu barındıran hemen her olayda hâkime aşırılığa ilişkin bir araştırma yapma gereğinin hatırlatıldığı görülmektedir. *Erdem*'in nüktedan ifadesiyle, Yargıtay'ın bu isabetsiz tutumu, konusu ne olursa olsun Senatodaki her konuşmasını "Kartaca yıkılmalıdır"

[578] CR CO I-Mooser, Art. 163 para. 6; Bentele, s. 127; Erdem, Clause pénale, s. 164; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 182 para. 31; Erdem, Delenda, s. 327. *Erdem*, özellikle alacaklının uğradığı zararın miktarının dosyadan anlaşılmadığı durumda, hâkimin sözleşme cezasının aşırılığına ilişkin kendiliğinden bir inceleme yapamayacağı görüşündedir (Erdem, Clause pénale, s. 164; Erdem, Delenda, s. 327).

[579] ATF 143 III 1, c. 4.1; ATF 133 III 43 c. 4.1, JdT 2007 I 226; ATF 114 II 264, c. 1b, JdT 1989 I 74. İddia yükü bakımından CHK OR-Pellanda Katja, Art. 163 para. 15; Couchepin, Clause pénale, para. 850. İspat yükü bakımından BK OR-Becker, Art. 163 para. 19; CR CO I-Mooser, Art. 163 para. 6; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 163 para. 15; KUKO OR-Pietruszak, Art. 163 para. 9; Couchepin, Clause pénale, para. 851.

(Carthago delenda est) sözüyle bitirmeyi saplantı hâline getirmiş Romalı senatör *Marcus Porcius Cato*'nun tutumundan farksızdır[580].

E. Sözleşme Cezasında İndirimin Gerçekleştirilmesi

1. Sözleşme cezasının indirilmesi için aranan koşulların yerine gelmiş olması durumunda artık hâkimin bir indirim yapması zorunludur. Bu bağlamda sözleşme cezasının indirilmesi, hâkim bakımından yalnızca bir yetki *(pouvoir/Befugnis)* değil; aynı zamanda bir ödevdir *(devoir/Pflicht)*[581].

Dolayısıyla hâkim, aşırı sözleşme cezasını indirip indirmemek konusunda bir takdir yetkisine sahip değildir. Fakat sözleşme cezasının ne ölçüde indirileceği, hâkimin yine takdir yetkisini kullanmak suretiyle çözmesi gereken bir sorundur. Zira kanunda sözleşme cezasının miktarının ne ölçüde indirileceğine ilişkin sayısal kesinlik içeren mutlak bir çerçeve mevcut değildir. İsvBK m. 160/III ve TBK m. 182/III'te öngörülmüş olan hukuk kuralında, yalnızca hâkimin aşırı sözleşme cezasını indireceği düzenlenmiş; bu indirimin ölçüsü konusunda hukuk içi boşluk bırakılmıştır. İndirimin ölçüsü konusunda hâkime yol gösterecek olan kriterler, aşırılığın değerlendirilmesi bakımından dikkate almış olduğu kriterlerdir[582].

Hâkimin sözleşme cezasını, artık aşırılık teşkil etmeyeceği (yani adalet ve hakkaniyet çerçevesinde kabul görebilecek sınırı açık şekilde aşmayacağı) seviyeye kadar indirmesi gerekmektedir[583]. Bu noktada sözleşme cezasının indirilmesi kurumunun, sözleşme serbestisi ve *pacta sunt servanda* ilkelerinden atipik bir sapma teşkil ettiği unutulmamalıdır. Müdahalenin kapsamı mümkün olduğu kadar dar tutulmalıdır. Sözleşme cezasını indiren hâkim aşırılığı ortadan kaldırmakla yetinmeli; bunun ötesine geçen bir indirim yapmaktan kaçınmalıdır.

Bu çerçevede öncelikle, hâkimin, TBK m. 182/III'ten istifade ederek sözleşme cezasını tamamen kaldırmasının mümkün olmadığı belirtilmelidir. İhlal neticesinde hiçbir zarar doğmamış olsa dahi, hâkim takdir yetkisini bu yönde

---

[580] Erdem, Clause pénale, s. 162 dn. 660; Erdem, Delenda, s. 326-327.

[581] ZK OR-Oser/Schönenberger, Art. 163 para. 12; BK OR-Becker, Art. 163 para. 21; Couchepin, Clause pénale, para. 815; Erdem, Clause pénale, s. 156-157; Bilge, Cezai Şart, s. 117; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 331; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 220.

[582] Kocaağa, s. 341; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 123; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 257. Bu kriterler için bkz. Çınar, s. 107 vd.

[583] CR CO I-Mooser, Art. 163 para. 9.

kullanamayacaktır[584]. Zira kanun ile hâkime tanınan sözleşmeye müdahale yetkisinin kapsamı, sözleşme cezasının indirilmesi ile sınırlıdır. Hâkime bunun ötesinde TBK m. 52'deki gibi bir *"indirme veya tamamen kaldırma"* yetkisi tanınmamıştır[585].

Kaldı ki ceza koşulu, alacaklının asıl borcun ihlalinden kaynaklanan zararını telafi etmekle kısıtlı olarak algılanabilecek bir hukuki kurum değildir; bunun ötesinde borçluyu asıl borcun ifası konusunda zorlama amacı mevcuttur. İsvBK'nun kanunlaşma sürecinde, hâkimin sözleşme cezasını en fazla alacaklının gerçekte uğramış olduğu zarar miktarına kadar indirebileceğinin öngörülmesi düşünülmüştü[586]. Fakat bu yaklaşım, ceza koşulunun borçluyu ifaya zorlama işlevine uygun düşmediği gerekçesiyle daha sonra terk edildi ve kanunlaşmadı[587]. Nitekim öğretide ve Yargıtay kararlarında da, sözleşme cezası indirilirken borçlu üzerinde asıl borcu ifaya yönelik bir baskı yaratma amacının dikkate alınması ve böyle bir baskının ortadan kalkmasına yol açacak biçimde indirimden kaçınılması gerektiği hatırlatılmaktadır[588]. Sözleşme cezası, alacaklının uğradığı zarar miktarına indirgenmemelidir; indirildiği hâl itibarıyla alacaklının uğradığı zarar miktarının üstünde kalmalıdır[589]. Bu doğrultuda sözleşme cezası en çok, alacaklının uğramış olduğu zarar ile asıl borcu ifaya yönelik bir baskı yaratacak ek bir miktarın toplamının teşkil ettiği sınıra kadar indirilebilir[590]. Yargıtay'ın bir kararında bu husus açıkça ifade edilmiştir: *"Kanunumuzda, ceza koşulunun, ceza ve tazminat fonksiyonları kaynaştırılarak, bileşik sistem kabul edilmiştir. Bu sistemin sonucu ise, aşırı görülen ceza koşulunun indirilmesinde, tazmin ve cezanın dengeli olarak*

---

[584] Yarg. 15. HD, E. 2002/1191 K. 2002/1413 T. 27.03.2002 (Legalbank); Erdem, Clause pénale, s. 165; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 182 para. 37; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1627; Eren, Borçlar Genel, para. 3713; Berki, s. 301; Bilge, Cezai Şart, s. 124; Tunçomağ, s. 158; Arkan, s. 97; Kocaağa, s. 370; Nomer Ertan, Cezai Şart, s. 32; Çabri, s. 923; Yücel, s. 2951; Çınar, s. 110; M. E. Bingöl, s. 122; Öktem Çevik, Ceza Koşulu, s. 109; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 122; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 258. Alacaklının asıl borcun ifasında herhangi bir menfaatinin bulunmaması hâlinde sözleşme cezasının tamamen kaldırılmasının mümkün olduğu yönündeki aksi görüş için bkz. ZK OR-Oser/Schönenberger, Art. 163 para. 13; Schoch, s. 68; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 163 para. 20.

[585] Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 258.

[586] Bkz. 1905 tarihli Tasarı m. 1189/II. Hükmün bu hâlinin orijinali şöyleydi: *"Le juge a néanmoins le droit de réduire librement les peines qu'il trouverait excessives, et cela jusqu'à concurrence du préjudice établi." / "Jedoch ist der Richter befugt, übermässige Strafen nach seinem Ermessen bis auf den Betrag nach gewiesenen Schadens herabzusetzen".*

[587] Bu konuda bkz. "Le protocole de la commission d'experts de la révision du code des obligations suisse, 2e Session 12-23 octobre 1908"; Oser/Schönenberger, Art. 163 para. 13.

[588] Feyzioğlu, Cilt-II, s. 402; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 356; Kocaağa, s. 370; Çabri, s. 923; Erçin, s. 98; Çınar, s. 106-107; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 251. Bu yönde bkz. Yarg. 13. HD, E. 2003/16053 K. 2004/6546 T. 3.5.2004 (Kazancı).

[589] KUKO OR-Pietruszak, Art. 163 para. 10; Kocaağa, s. 370; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 251. Bu konuda bkz. TF, 4C.172/2006 (30.10.2006), c. 4.4.4

[590] Erdem, Clause pénale, s. 166.

korunmasıdır. O nedenle, ceza koşulunun, ceza fonksiyonu hiç sayılarak, yalnızca zarar karşılığı olan tutara kadar indirme yapılması kanuna aykırıdır. İndirimin en son sınırı zarar ve işin gereğine göre belirlenecek cezanın toplamıdır."[591]

Bu bilgiler ışığında değerlendirildiğinde Yargıtay'ın genel işlem koşulu niteliğindeki ceza koşulundan doğan sözleşme cezasının TBK m. 182/III uyarınca indirilebileceği veya tamamen ortadan kaldırılabileceği yönündeki kararına katılmak mümkün değildir[592]. Bu çerçevede öncelikle TBK m. 20 vd. uyarınca genel işlem koşulu denetimi yapılmalı ve ceza koşulunun geçerli olup olmadığı belirlenmelidir. Genel işlem koşulu denetimine aykırılık nedeniyle geçersiz olan bir ceza koşulu bağlamında zaten indirim söz konusu olmaz[593]. Ancak ceza koşulunun geçerli olduğu durumda, sözleşme cezasının tamamen ortadan kaldırılması mümkün değildir; sözleşme cezası en çok, alacaklının uğramış olduğu zarar ile asıl borcu ifaya yönelik bir baskı yaratacak ek bir miktarın toplamının teşkil ettiği sınıra kadar indirilebilir.

2. Sözleşme cezasının konusunu bölünebilir bir edimin teşkil ettiği durumda, indirim herhangi bir sorunla karşılaşılmaksızın kolayca gerçekleştirilebilir. Edim, bölünebilirliğinin mahiyetine göre, konu, süre veya yer yönünden azaltılabilir/daraltılabilir[594]. Örneğin taraflar ceza olarak bir miktar paranın ödenmesini veya emtianın teslimini kararlaştırmışlarsa, ödenecek para veya teslim edilecek emtia miktarı azaltılacaktır. Keza ceza olarak kararlaştırılan rekabet etmeme borcunun kapsamının aşırı olduğunu takdir eden hâkim, cezayı işlerin türü, yer ve zaman bakımından bir daraltmaya tâbi tutmak suretiyle indirim yapabilecektir[595].

3. Buna karşılık konusunu bölünemeyen bir edimin teşkil ettiği sözleşme cezasının indirilmesi, daha çetrefilli bir meseledir. Ancak bu tür sözleşme cezalarının da aşırılığın giderilmesi suretiyle indirime tâbi tutulacağında tereddüt etmemek gerekmektedir[596].

---

[591] Yarg. 13. HD, E. 1977/4495 K. 1977/5010 T. 14.11.1977 (Kazancı).

[592] Aynı yönde bkz. Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 259. Karar için bkz. Yarg. 15. HD, E. 2002/6340 K. 2003/143 T. 14.1.2003 (Kazancı): *"Kurumca tek yanlı hazırlanan "genel işlem şartı' niteliğindeki taahhütnameye konulan cezai şart fahiştir. BK.nun 161/son maddesi uyarınca tenkisi veya tamamen ortadan kaldırılması hususunun değerlendirilmemiş olması da bozma nedenidir."*

[593] Genel işlem koşulu denetiminin TBK m. 182/III'ün uygulanmasına kıyasla öncelik arz ettiği yönünde bkz. Gümüş, Borçlar Genel, s. 1014-1015.

[594] Tunçomağ, s. 171; Kocaağa, s. 367.

[595] Erdem, Clause pénale, s. 167.

[596] Tunçomağ, s. 171;

Bu çerçevede düşünülebilecek çözümlerden ilki, borçlunun kararlaştırılan sözleşme cezasının aşırı olmasına rağmen tamamını ifa etmesi; buna karşılık alacaklının aşırı kısma tekabül edecek şekilde borçluya bir miktar para ödemesidir[597]. Bir diğer çözüm ise borçlunun sözleşme cezası olarak kararlaştırılmış edimi ifa etmek yerine, bu edimin ekonomik değerinin bir kısmına karşılık gelmek üzere bir miktar para ödemesidir[598]. Bazı yazarlar, bu çözümlerden birini mutlak olarak tercih etmek yerine, hâkime somut olayın koşullarına göre bir seçim yetkisi tanınması gerektiğini savunmaktadır[599]. Ancak *Erdem*, sözleşme cezasının indirilmesi ile alacaklı aleyhine zaten bir dezavantaj yaratıldığını belirtmekte; alacaklının durumunun daha da kötüleştirilmemesi adına bu konudaki seçim hakkının alacaklıya tanınmasını önermektedir[600]. Kanaaatimizce de sözleşme cezasının indirilmesinin sözleşme hukukunda taraf iradesini ikinci plana atan atipik bir sapma teşkil ettiği düşünülecek olursa, sapmanın kapsamının daha da genişlememesi bakımından alacaklının menfaatlerine öncelik tanınması uygun olur. Alacaklı dilerse sözleşme cezası olarak kararlaştırılan edimi talep eder ve borçluya buna karşılık bir miktar para öder, dilerse sözleşme cezası olarak kararlaştırılan edimin değerinden daha az bir miktar paranın kendisine ödenmesi ile yetinebilir. Alacaklının tercihini ilkinden yana kullanması durumunda, borçluyu alacaklının kendi edimini ifa etmemesi rizikosundan korumak konusunda ödemezlik defi yeterli olacaktır.

4. Borçlunun bir hakkı veya yetkiyi kaybetmek suretiyle hukuki olumsuzluğa katlanmasını konu alan anlaşmalarda aşırı sözleşme cezasının indirilmesi, yol açabileceği sorunlar nedeniyle ayrıca değerlendirilmesi gereken bir meseledir. Sözleşme cezasına konu olan hukuki olumsuzluk bölünebilir bir nitelik taşıyorsa, hâkimin bu olumsuzluğu konu, süre veya yer yönünden azaltması yahut daraltması

---

[597] Bu konuda TMK m. 564/I'deki bölünmez mal vasiyetinin tenkisine ilişkin çözümün kıyasen uygulanabileceği; dolayısıyla hâkimin bu yönteme göre indirim yapmasının daha uygun olacağı yönünde bkz. Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 260-261. *Yağcıoğlu*'nun kıyasen uygulanmasını önerdiği TMK m. 564/I'deki çözüm gereğince bölünmez mal vasiyetinin tenkisinde malın kendisine verilmesini isteyen vasiyet alacaklısı, tenkisi gereken kısmın değerini ödemelidir. Kanaatimizce bölünmez mal vasiyetinin tenkisi ile bölünmez edim niteliği taşıyan sözleşme cezasının indirilmesi bağlamları, kıyasen uygulamaya imkân tanımayacak kadar farklıdır. Kaldı ki böyle bir kıyasen uygulamanın söz konusu olacağı düşünülse bile, *Yağcıoğlu*'nun vardığı sonucuna varılamaz. TMK m. 564/I, alacaklıya iki imkân tanımıştır. Vasiyet alacaklısı, dilerse tenkisi gereken kısmın değerini ödeyerek malın verilmesini, dilerse tasarruf edilebilir kısmın değerini karşılayan parayı isteyebilir. Dolayısıyla TMK m. 564/I'in kıyasen uygulanması, borçlunun indirilmiş sözleşme cezasına tekabül etmek üzere bir miktar para ödemesi ihtimalini bertaraf etmemektedir.

[598] Bentele, s. 128.

[599] Tunçomağ, s. 171; Kocaağa, s. 369.

[600] Erdem, Clause pénale, s. 167-168; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 182 para. 40.

gündeme gelecektir[601]. Örneğin yüklenicinin inşaatı kararlaştırılan sürede tamamlamaması durumunda kendisine devredilecek beş daire üzerindeki haklarından vazgeçmiş sayılacağına ilişkin sözleşme cezasının aşırı olduğu kanaatine varan hâkim, sözleşme cezasının beş daireden yalnızca birine indirgenmesine karar verebilir. Sözleşme cezasına konu olan hukuki olumsuzluk bölünebilir bir nitelik taşımıyorsa, yukarıda savunduğumuz görüş doğrultusunda, alacaklıya bir seçim hakkı tanınmalıdır. Alacaklı dilerse, borçlunun sözleşme cezası olarak kararlaştırılan hukuki olumsuzluğun tamamına katlanmasını ve borçluya buna karşılık bir miktar para ödemeyi tercih edebilecektir. Ayrıca dilerse sözleşme cezası olarak kararlaştırılan hukuki olumsuzluğun değerinden daha az bir miktar paranın kendisine ödenmesi ile yetinmesi de mümkündür[602].

5. Alacaklının sözleşme cezasını kısmen talep etmesi durumunda, aşırı sözleşme cezasının indirimi nasıl gerçekleştirilecektir? Bilindiği üzere 2011 yılında yürürlüğe giren HMK, hukuk uygulamasında önemli bir yer teşkil eden kısmi davalar bakımından önemli bir yenilik getirmiş; HMK m. 109/II'de talep konusunun miktarının taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli olduğu hâllerde kısmi dava açılamayacağı düzenlenmişti. Ancak kısmi davanın uygulama alanını daraltan HMK m. 109/II, 2015 yılında yürürlükten kaldırıldı. Buna göre alacaklı, sözleşme cezasının bir kısmının ifasını, sözleşme cezasının toplam miktarının taraflar arasında tartışmalı veya belirsiz olduğu hâllerle sınırlı olmaksızın dava edebilecektir. Böyle bir kısmi dava karşısında hâkim, aşırılık değerlendirmesini ve indirimi, muaccel olmuş sözleşme cezası miktarının tamamı üzerinden yapmalıdır. Akabinde hâkim, taleple bağlılık ilkesinin gereği olarak, alacaklının kısmi davada ileri sürdüğü talep konusu ile indirilmiş sözleşme cezası miktarından hangisi daha düşük ise ona hükmedecektir[603]. Yargıtay da bu hususu kararlarında açıkça ifade etmiştir: *"Mahkemece alınan bilirkişi raporunda; davacının somut olayda 198.825 TL. cezai şart talep edebileceği, ancak bu miktarın davalının ekonomik yönden yıkımına sebep olabileceği gerekçesiyle cezai şart miktarından % 86,68 oranında indirim yapılması gerektiği belirtilmiştir. Sözü edilen bilirkişi raporu hükme esas alınmış ve kısmi davaya konu edilen 5.000 TL.den % 86,68 oranında indirim yapılarak hüküm oluşturulmuştur. Oysa indirimin 198.825 TL. miktarındaki toplam cezai şart*

[601] Couchepin, Clause pénale, para. 987.
[602] Hâkimin kural olarak ilk yönteme, istisnaen ikinci yönteme göre indirim yapacağı yönünde bkz. Couchepin, Clause pénale, para. 987.
[603] Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 261.

bedelinden yapılması ve buna göre belirlenecek miktarın talebi aşması sebebiyle taleple bağlı kalınarak hüküm kurulması gerekmektedir."[604]

F. Tacirler Açısından Sözleşme Cezasının İndirilmesi Yasağı

Sözleşme cezasının indirilmesine ilişkin TBK m. 182/III'ün uygulama alanı, tacirler açısından böyle bir indirimin yapılamayacağını düzenleyen TTK m. 22 ile önemli ölçüde kısıtlanmıştır. Tacirlerin ticari işletmeleriyle ilgili borçlarını teminat altına almak üzere kararlaştırılmış sözleşme cezası, aşırı olduğu gerekçesiyle indirime tâbi tutulamaz[605].

Bu itibarla Türk hukuku, mehaz İsviçre hukukundan ayrılmaktadır[606]. İsviçre hukukunda sözleşme cezasının indirilmesini düzenleyen İsvBK m. 163/III, tacirler ile tacir olmayanlar arasında herhangi bir ayrım gözetmez. Bir tacirin ticari işletmesiyle ilgili borcunu ifa etmesini sağlamak üzere kararlaştırılmış sözleşme cezasının aşırı olduğu gerekçesiyle indirilmesi de pekâlâ mümkündür. Türk hukuku ile İsviçre hukuku arasındaki bu farklılık, İsviçre Borçlar Kanununun ticaret hukukuna ilişkin hükümlerinin iktibas edilmemesi ve farklı hukuk sistemlerinden esinlenen ayrı bir ticaret kanunu hazırlanmasından kaynaklanmıştır[607]. Alman hukukçu *Ernst Hirsch*'in öncülüğünde hazırlanarak 1957'de yürürlüğe giren 6762 sayılı eTTK, tacirler bakımından sözleşme cezasının indirilmesi yasağını m. 24'te düzenlemiştir. Söz konusu hüküm, 6102 sayılı TTK'ya m. 22'deki düzenleme ile aynen alınmıştır. Bu bağlamda Türk hukukunun, Alman hukukunun etkisi altında kaldığı söylenebilir[608]. Zira sözleşme cezasının indirilmesine ilişkin AlmMK § 339'un tacirler bakımından uygulanmasını engelleyen bir hüküm, AlmTK § 348'de de mevcuttur.

---

[604] Yarg. 19. HD, E. 2014/5336 K. 2014/10484 T. 4.6.2014 (Kazancı). Aynı yönde bkz. Yarg. 9. HD, E. 2009/44690 K. 2010/12659 T. 11.5.2010 (Kazancı).

[605] *Sanlı,* tacirler arasındaki hukuki işlemler bakımından piyasa aksaklığının gündeme gelmesinin daha düşük bir ihtimal olduğunu; zira bu hukuki işlemlerin risk konusunda daha bilgili kişiler arasında pazarlık neticesinde kurulmuş olduklarını belirtmektedir. Buradan hareketle bu hukuki işlemler ile kararlaştırılan sözleşme cezalarına müdahale edilmesinin yerinde olmayacağını savunmakta ve TTK m. 22'deki düzenlemeyi yerinde bulmaktadır. Bu konuda bkz. Sanlı, s. 361-363.

[606] Erdem, Clause pénale, s. 172.

[607] Erdem, Clause pénale, s. 172.

[608] Erdem, Clause pénale, s. 172; Atamer, Ceza Koşulu, s. 108 dn. 60. 1926 tarihli ve 865 sayılı Ticâret-i Berriye Kânûnu m. 647/I'de, güncel düzenleme ile tam olarak örtüşmese dahi benzer mahiyette olduğu kabul edilebilecek bir hüküm bulunmaktaydı: *"Hini mukavelede maktu zarar ve ziyan olarak tesmiye kılınan meblâğ, müteahhidünlehin taahhüdün ifası halinde istihsal edeceği menfaat bedelini tecavüz etse dahi mahkemece miktarı tenzil edilemez."* Hükmün uygulanma esaslarını gösteren bir yargı kararı için bkz. Yarg. İBGK, E. 1940/7 K. 1940/71 T. 3.7.1940 (Kazancı). Hüküm hakkında bkz. Arsebük, s. 995-996; Tunçomağ, s. 173-175.

TTK m. 22, lafzı itibarıyla, tacirlerin sözleşme cezasının indirilmesine yönelik taleplerinin önünü kesmektedir. Ancak hüküm, öğretide ve uygulamada yorumlandığı hâliyle, borçlunun bu konuda herhangi bir talebi olmasa dahi re'sen harekete geçmesi mümkün olan hâkimin de sözleşme cezasını indirmesini engelleyecektir[609]. Bununla birlikte, tacirlerin miktar ne kadar yüksek olursa olsun kararlaştırılan sözleşme cezasını her hâlükârda ödemek durumunda kalacakları kanısı yanlıştır. Çalışmamızda savunduğumuz görüş uyarınca sözleşme cezasının miktarı üzerindeki yegâne yargısal denetim, TBK m. 182/III'ten ibaret değildir. Öncelikle ceza koşulu tacirler arasındaki işlemlerde sıklıkla başvurulan genel işlem koşulları vasıtasıyla kararlaştırılmışsa, genel işlem koşullarına ilişkin denetimin uygulanması taciri koruyucu etki yaratabilecektir. Daha önemlisi, tacirler bakımından aşırı sözleşme cezasının TBK m. 182/III anlamında indirimi söz konusu olmasa dahi, genel hükümlerden kaynaklanan korumadan faydalanmak her zaman mümkündür. Sözleşme cezası borçlu tacirin ekonomik anlamda yıkımına neden olacak kadar yüksekse, ahlâka aykırılık söz konusu olacaktır. Yargıtay'ın istikrar kazanmış içtihatlarında vurgulandığı üzere borçlu tacir, bu bağlamda korunmuş olacaktır.

Aşağıda öncelikle TTK m. 22'deki sözleşme cezasının indirilmesi yasağının uygulama alanı incelenecek; akabinde sözleşme cezası karşısında tacirlere koruma sağlaması düşünülebilecek diğer hukuki kurumlar ele alınacaktır.

1. TTK m. 22'nin Uygulama Alanı

TTK m. 22'de düzenlenmiş olan sözleşme cezasının indirilmesi yasağının devreye girmesi için, iki koşulun kümülatif olarak yerine gelmiş olması aranacaktır. İlk olarak yasak, yalnızca sözleşme cezası borçlusunun tacir olduğu veya bu sıfatı haiz olmasa bile tacir gibi sorumlu tutulduğu durumda uygulama alanı bulur. İkinci olarak ise sözleşme cezasının ifasını teminat altına aldığı asıl borcun tacir açısından ticari borç niteliği taşıması gerekmektedir. Bu koşullar birarada bulunduğu takdirde, sözleşme cezası ne kadar yüksek olursa olsun TBK m. 182/III uyarınca indirim yapılması mümkün olmayacaktır.

[609] Poroy/Yasaman, s. 161.

a. Borçlunun Tacir Sıfatı

1. TTK m. 22'deki sözleşme cezasının indirilmesi yasağının devreye girmesi bakımından ilk koşul, sözleşme cezasının borçlusunun, tacir olması yahut bu sıfatı haiz olmasa bile tacir gibi sorumlu tutuluyor olmasıdır[610]. Esasen bu yasak, tacirlere yüklenmiş olan basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün bir uzantısıdır[611]. Tacirden, ticaretinin özelliği göz önünde tutularak tedbirli ve ileriyi makul ve alışılmış ölçüde öngören bir iş adamı davranması beklenmektedir[612]. Bu doğrultuda tacir, ileride ifa edemeyeceği bir borcun altına girmemeli; giriyorsa bunun sonuçlarına katlanmalıdır.

2. Bu noktada, kimlerin sözleşme cezasının indirilmesi avantajından yoksun kalacağının belirlenebilmesi için tacir sıfatının daha yakından incelenmesi gerekmektedir[613]. TTK, tacir sıfatının kazanılması bakımından gerçek kişiler ile tüzel kişiler arasında bir ayrım yapmıştır. Donatma iştiraki ile şirketler topluluğuna hâkim teşebbüsün durumunu ise ayrıca özel hükümler ile düzenlemiştir.

Gerçek kişilerin tacir sıfatı, TTK m. 12'de düzenlenmiştir. **(a)** Kural olarak gerçek kişiler, bir ticari işletmeyi kısmen dahi olsa kendi adlarına işletmekle tacir sıfatını kazanırlar. Bu doğrultuda gerçek kişinin tacir sıfatını kazanabilmesi için, bir ticari işletmenin varlığı, bu ticari işletmenin işletilmesi ve işletme faaliyetinin kısmen dahi olsa tacir sıfatı atfedilecek kişi adına olması aranacaktır (TTK m. 12/I). **(b)** Diğer yandan kanun, ticari işletmesini kurmuş olmakla birlikte henüz işletmeye başlamamış kişiyi de bu durumu ilan araçlarıyla halka bildirmiş veya ticari işletmesini ticaret siciline kaydettirmiş olması kaydıyla tacir saymıştır (TTK m.

---

[610] Erdem, Clause pénale, s. 173; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1633; Arkan, s. 97; Kocaağa, s. 379; Nomer Ertan, Ülgen Ticari İşletme, s. 272; Nomer Ertan, Cezai Şart, s. 33; Aydın Başbuğ, "Tacir İşveren ve İş Hukukunda Cezai Şarttan İndirim", Prof. Dr. Kamil Turan'a Armağan, Kamu-İş: İş Hukuku ve İktisat Dergisi C. 7 S. 2 (2003), s. 2 vd., s. 14; Çabri, s. 924; Rıza Ayhan, "Ticari İş Kavramı ve Tacir Sıfatına Bağlanan Ücret ve Sözleşme Cezalarının İndirilmesini İsteyememe", Prof. Dr. Oğuz Kürşat Ünal'a Armağan, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII S. 1-2 (2013), s. 291 vd., s. 309; Ernas/Yalçıntaş, s. 710; Erçin, s. 100; Tamer, s. 750; M. E. Bingöl, s. 104; Öktem Çevik, Ceza Koşulu, s. 109; Cansel/Özel, s. 732-733; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 265. Yarg. HGK, E. 2017/19-922 K. 2019/706 T. 18.6.2019 (Kazancı).

[611] İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 182 para. 51; Nomer Ertan, Ülgen Ticari İşletme, s. 271; Ahmet Battal, "Tacirin İş Kanununa Tâbi Bir Sözleşmeden Doğan Cezai Şart Borcuna TTK 24 (İndirim Yasağı) Uygulanabilir mi?", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi C. 20 S. 2 (1999), s. 15 vd., s. 20; Başbuğ, s. 14; Çabri, s. 923; Ayhan, s. 309; Ernas/Yalçıntaş, s. 710; M. E. Bingöl, s. 103.

[612] Basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğü hakkında detaylı bilgi için bkz. Nomer Ertan, Ülgen Ticari İşletme, s. 269 vd.; M. E. Bingöl, s. 5 vd. Basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğünü düzenleyen TTK m. 18/II, AlmTK §347/1 ile özdeş niteliktedir.

[613] Tacir kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. Nomer Ertan, Ülgen Ticari İşletme, s. 253 vd.

12/II). Bu kişiler, hem tacir olmanın külfetlerine katlanacak hem tacir olmanın nimetlerinden faydalanacaktır[614]. **(c)** Son olarak, ortada bir ticari işletmesi bulunmamasına rağmen varmış ve faaliyet gösteriyormuş gibi işlemlerde bulunan kişi de iyiniyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu tutulur (TTK m. 12/III). Bu kişiler tacir olmanın külfetlerine katlanacak; ancak tacir olmanın nimetlerinden faydalanamayacaktır[615].

Borçlu TTK m. 12/I uyarınca tacir olduğu veya TTK m. 12/II uyarınca tacir sayıldığı takdirde, sözleşme cezası indirimi yasağının devreye girmesi için gerekli koşul yerine gelmiş olur. Borçlunun TTK m. 12/III uyarınca tacir gibi sorumlu tutulduğu durumda indirim yasağının söz konusu olup olmayacağı ise alacaklının iyiniyetine bağlı olacaktır. Borçlunun gerçekte tacir olmadığını bilmeyen ve gerekli tüm özeni gösterse dahi öğrenebilecek durumda olmayan alacaklı, iyiniyetli kabul edilecektir; borçlunun tacir gibi sorumlu tutulmasının külfetlerinden biri olarak aşırı sözleşme cezasının indirilmesi imkânı ortadan kalkmış olur. Buna karşılık alacaklı, borçlunun ticari işletmesi varmış gibi hareket etmesine rağmen gerçekte tacir olmadığını biliyorsa veya bilebilecek durumdaysa iyiniyetli kabul edilemez; aşırı sözleşme cezası borçlu lehine indirilebilir.

Görüldüğü üzere TTK'nın tacir kavramının şekillendirilmesinde esas aldığı kriter, ticari işletmedir[616]. Esnaf faaliyetini aşmayan bir faaliyette bulunan kişi tacir sayılmayacağı için, bu kişinin borçlusu olduğu aşırı sözleşme cezasının indirilmesi mümkündür[617].

Tüzel kişilerin tacir sıfatı, TTK m. 16'da düzenlenmiş olup; üçlü bir ayrım çerçevesinde ele alınabilir. **(a)** Öncelikle TTK m. 16'da "ticaret şirketlerinin", salt ticaret şirketi vasıfları dolayısıyla tacir sayılacakları düzenlenmiştir. **(b)** Dernek veya vakıflar, bir ticari işletme işletmek kaydıyla tacir sayılacaklardır. Fakat kamu yararına çalışan dernekler ile gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki

[614] Nomer Ertan, Ülgen Ticari İşletme, s. 256.
[615] Nomer Ertan, Ülgen Ticari İşletme, s. 256.
[616] TTK'da merkez kavram işlevi gören ticari işletme hakkında detaylı bilgi için bkz. Nomer Ertan, Ülgen Ticari İşletme, s. 154 vd.
[617] Başbuğ, s. 18. Yarg. 15. HD, E. 1999/1865 K. 1999/3481 T. 5.10.1999 (Kazancı): *"Mahkemece, öncelikle Türk Ticaret Kanunu'nun 14 ve 17. maddelerindeki tacir ve esnaf tanımlamalarına göre davalının tacir ya da esnap olup olmadığı toplanacak deliller ve yaptırılacak bilirkişi incelemesi ile saptanmalı, davalı iktisadi faaliyetini daha çok bedeni çalışmasıyla sürdürüyorsa, alacaklının asıl borcun ifası halindeki çıkan ile cezai şartın tediyesi halindeki çıkan arasında makul ve adil ölçüde kurulacak denge gözetilerek, cezada hakkaniyet ölçüsünde indirim yapılmalıdır."*

işlere harcayan vakıfların tacir sayılmayacağı unutulmamalıdır. **(c)** Kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar, kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümleri dairesinde yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere kurulmuş olmaları halinde tacir sayılırlar.

Bu bağlamda TTK m. 124/I'de ticaret şirketleri olarak sayılan kollektif, komandit, anonim ve limited şirketlerin tacir sıfatını haiz oldukları şüphesizdir. Ancak kooperatiflerin tacir niteliği, yine aynı hükümde ticaret şirketleri arasında sayılmış olmasına rağmen, konuya ilişkin yargı kararları sebebiyle bulanık bir konudur[618]. Yargıtay'ın 6762 sayılı eTTK döneminde başlattığı ve 6102 sayılı TTK döneminde de devam ettirmiş olduğu içtihadı, kooperatifleri tacir olarak nitelendirmemekte; sosyal niteliği ağır basan kendine özgü bir ortaklık olarak görmekteydi[619]. Dolayısıyla kooperatiflerin borçlusu olduğu aşırı sözleşme cezalarının indirilmesi gerektiğine hükmetmekteydi[620]. Buna karşılık öğretide Yargıtay'ın içtihadı eleştirilmekte ve kooperatiflerin de (en azından *de lege lata*) tacir sayılması gerektiği vurgulanmaktadır. Zira geçmiş dönemde konuya ilişkin tereddüt yaratmaya elverişli kanun hükümlerinin aksine, Kooperatifler Kanunu m. 1'de 2004 yılında yapılan değişiklik ve kooperatifleri de ticaret şirketleri arasında sayan 6102 sayılı TTK m. 124/I konuyu net biçimde çözümlemiştir. Buna göre, kooperatifler de tacir olarak nitelendirilmelidir[621]. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bu eleştirileri dikkate almış ve 2017 tarihli bir kararı ile kooperatiflerin tacir olduğunu kabul etmiştir[622]. Ancak bu karara rağmen hukuk dairelerinde eski

---

[618] Kooperatiflerin tacir sıfatını haiz olup olmadığını farklı dönemlerde mevcut mevzuat ışığında ele alan detaylı bir inceleme için bkz. İsmail Kırca, "Kooperatiflerin Tacir Niteliği Hakkında Yargıtay'ın Tutumu Kanuna Aykırı Yorum mu Yoksa Örtülü Boşluk Doldurma Gayreti mi?", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi C. 33 S. 5 (2017), s. 5 vd.

[619] Örneğin bkz. Yarg. 15. HD, E. 2016/3984 K. 2017/3134 T. 26.9.2017 (Kazancı); Yarg. 15. HD, E. 2016/3921 K. 2016/4251 T. 13.10.2016 (Kazancı).

[620] Örneğin bkz. Yarg. 15. HD, E. 1996/1048 K. 1996/1263 T. 11.3.1996 (Kazancı): "*Borçlar Kanunu'nun 161 /son maddesi gereğince; hakim, fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir. Ancak, borçlu tacir ise, TTK.'nun 24. maddesi uyarınca cezanın tenkisi istenemez. Somut olayda, borçlu, bir yapı kooperatifidir. 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca "teşekkül" olarak tarif edilen kooperatifler, tacir sayılamazlar. Bu nedenle, yapı kooperatifleri hakkında BK.'nun 161/son maddesinin uygulanması mümkündür.*" Aynı yönde bkz. Yarg. 15. HD, E. 2001/483 K. 2001/2420 T. 3.5.2001 (Kazancı); Yarg. 15. HD, E. 2009/4963 K. 2010/1898 T. 1.4.2010 (Kazancı); Yarg. 15. HD, E. 2010/733 K. 2011/476 T. 1.2.2011 (Kazancı).

[621] Nurdan Orbay Ortaç / Ozan Can, "Yapı Kooperatiflerinin Tacir Sıfatı Olup Olmadığı Sorusu Bağlamında Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 15.9.2014 Tarih, 2014/2787 Esas ve 2014/5195 Karar Sayılı Kararının Eleştirisi", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi C. 32 S. 3 (2016), s. 79 vd., s. 91-94; İ. Kırca, s. 19-25.

[622] Yarg. HGK, E. 2017/19-1658 K. 2017/1464 T. 29.11.2017 (Kazancı).

içtihatın sürdürüldüğü görülmektedir[623]. Nitekim 15. ve 23. Hukuk Daireleri, yakın tarihli kararlarında, kooperatiflerin borçlusu olduğu aşırı sözleşme cezalarının indirilmesi gerektiğini belirtmişlerdir[624]. Sonuç olarak Yargıtay'ın mevcut uygulaması bağlamında, kooperatiflerin borçlusu olduğu aşırı sözleşme cezasının TBK m. 182/III uyarınca indirilmesi, TTK m. 22'deki yasağa takılmamaktadır.

Öğretide bazı yazarlar, tüzel kişi tacirlerin TTK m. 16'da sayılanlarla sınırlı olmadığını; TTK m. 12/I'deki tacir tanımının kural olarak tüzel kişi tacirler bakımından da geçerli olduğunu savunmaktadır. Bu yaklaşıma göre adlarına ticari işletme işleten tüzel kişilerin TTK m. 16'da sayılmış olmasalar dahi tacir sayılması gerekmektedir[625]. Bu görüş kabul edildiği takdirde, söz konusu tüzel kişilerin borçlusu olduğu aşırı sözleşme cezalarının TBK m. 182/III uyarınca indirilmesi söz konusu olamayacaktır.

TTK m. 17, tacire ilişkin hükümlerin, tüzel kişiliğe ve tacir sıfatına sahip olup olmadığı tartışmalı olan *donatma iştirakine* de aynen uygulanacağını düzenlemiştir. Bu itibarla borçlusu donatma iştiraki olan aşırı sözleşme cezasının indirilmesi mümkün değildir[626]. Keza şirketler topluluğuna *hâkim teşebbüs*, TTK m. 195/V'teki açık hüküm ile tacir sayılmıştır. Hâkim teşebbüsün öznesi, gerçek kişi, tüzel kişi yahut tüzel kişiliği bulunmayan bir müesseseden ibaret olabilir[627]. Burada ilginç olan nokta, hâkim teşebbüs konumunda bulunan gerçek kişinin veya dernek/vakıfların, kendi adlarına ticari işletme işletmese dahi tacir olarak kabul edilecek olmasıdır. Buna bağlı olarak TTK m. 22'deki yasak, bu kişilerin sözleşme cezası borçları bakımından da uygulanacaktır[628].

---

[623] Örneğin bkz. Yarg. 23. HD, E. 2020/814 K. 2020/1910 T. 3.6.2020 (Kazancı); Yarg. 23. HD, E. 2016/9276 K. 2019/4777 T. 18.11.2019 (Kazancı); Yarg. 23. HD, E. 2016/4143 K. 2019/860 T. 6.3.2019 (Kazancı); Yarg. 15. HD, E. 2017/360 K. 2018/3222 T. 17.9.2018 (Kazancı).

[624] Yarg 23. HD, E. 2016/2898 K. 2018/4347 T. 27.9.2018 (Kazancı): *"Somut olayda davalı kooperatiftir. Kooperatiflerin tacir olup olmadıkları tartışmalı ise de Dairemiz yerleşik uygulamaları ile kooperatiflerin tacir olmadığını kabul etmektedir. Kooperatiflerin tacir olduğu kabul edilse dahi tacir olan borçlunun iktisaden mahvına sebep olacak derecede aşırı cezanın indirilmesi gerektiği de Dairemizce kabul edilmektedir. Bu durumda mahkemece tacir olmayan davalı kooperatif aleyhine verilecek cezada TBK 182/3. maddesi uyarınca indirime gidilmesinin gerekip gerekmediği tartışılmadan karar verilmesi doğru görülmemiştir."* Yarg. 15. HD, E. 2019/1960 K. 2019/3281 T. 9.7.2019 (Kazancı): *"Davalı yüklenici kooperatif tacir olmayıp mahkemenin kabul ettiği gibi aşırı cezai şartın tenkisi mümkün ise de (...)".*

[625] Nomer Ertan, Ülgen Ticari İşletme, s. 258; M. E. Bingöl, s. 34.

[626] Erdem, Clause pénale, s. 180; Başbuğ, s. 19; Tamer, s. 751.

[627] Nomer Ertan, Ülgen Ticari İşletme, s. 263.

[628] Tamer, s. 751.

3. TTK m. 22'deki yasağın devreye girmesi bakımından belirleyici olan, sözleşme cezasının borçlusunun, tacir olması yahut bu sıfatı haiz olmasa bile tacir gibi sorumlu tutuluyor olmasıdır. Yalnızca ceza koşuluna bağlanan borcun ticari nitelik taşıması, sözleşme cezası borçlusu tacir olmadığı müddetçe indirim yasağının uygulanmasına yol açmaz. Örneğin borçlunun tacir olmadığı, ancak alacaklı tacir olduğu için onun yönünden ticari iş niteliği taşıyan sözleşmenin her iki taraf bakımından ticari iş sayıldığı durumda (TTK m. 19/II), sözleşme cezasının indirilmesinin önünde herhangi bir engel yoktur[629].

4. İndirim yasağının uygulama alanı bulup bulmayacağı açısından belirleyici olan, borçlunun sözleşme cezası borcunu yüklendiği andaki hukuki statüsüdür[630]. Ceza koşulunun akdedildiği ve sözleşme cezası borcunun yüklenildiği anda tacir olan kişi, daha sonra tacir sıfatını kaybetse bile indirim yasağı uygulama alanı bulur.

5. Tacir tarafından yüklenilmiş ve ceza koşuluna bağlanmış olan bir borcun, tacir olmayan bir kişi tarafından üstlenilmesinin TTK m. 22 bağlamındaki sonucu tartışmalıdır. Bazı yazarlar, borcu devralan tacir olmasa dahi, kanun hükmünü dolanma yolunun açılmaması için sözleşme cezasının indiriminin söz konusu olmaması gerektiğini savunmaktadır[631]. Ancak katıldığımız çoğunluk görüşü uyarınca, devralan kişinin hukuki durumu esas alınmalı ve sözleşme cezası indirime tâbi olmalıdır[632]. Bu görüş, öncelikle teknik açıdan tutarlı bir analiz yapmaktadır. Zira TTK m. 22'deki yasağın devreye girmesi için, borçlunun sözleşme cezasını taahhüt ettiği anda tacir sıfatına sahip olması gerekmektedir. Bahsettiğimiz ihtimalde borcu devralanın bu koşulu sağlamadığı açıktır. Bu görüşün olası sakıncası, başlangıçta indirime tâbi olmayan sözleşme cezasının devir sonrasında indirime tâbi hâle gelmesi; böylelikle alacaklının hukuki durumunun kötüleşmesidir. Fakat borcun devrinin, alacaklının rızası olmaksızın gerçekleşemeyeceği düşünülecek olursa, böyle

[629] Bu yönde bkz. Kocaağa, s. 382; Battal, s. 20 dn. 3; Başbuğ, s. 14-15; Ernas/Yalçıntaş, s. 712; Erçin, s. 101; Tamer, s. 751; M. E. Bingöl, s. 107.

[630] Erdem, Clause pénale, s. 181; Kocaağa, s. 381; Başbuğ, s. 15; Çabri, s. 924; Ernas/Yalçıntaş, s. 710; Erçin, s. 101; Tamer, s. 752; M. E. Bingöl, s. 105; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 265. Yarg. HGK, E. 2017/19-922 K. 2019/706 T. 18.6.2019 (Kazancı).

[631] Arkan, Ticari İşletme, s. 154.

[632] Erdem, Clause pénale, s. 181; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1032 dn. 1152; Kocaağa, s. 381-382; Başbuğ, s. 15; Erçin, s. 101; Tamer, s. 752; M. E. Bingöl, s. 107; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 265. Keza tam tersinin söz konusu olması, yani tacir olmayan bir kişinin ceza koşuluna bağlanmış olan borcunu bir tacire devretmesi durumunda bu defa sözleşme cezasında indirim yapılamayacağı belirtilmektedir; bkz. Başbuğ, s. 15.

bir sakıncadan bahsedilemez. Devre rıza gösteren alacaklı, hukuki durumunun kötüleşmesini de göze almış demektir[633].

b. Asıl Borcun Borçlu Tacir Açısından Ticari Borç Niteliği Taşıması

1. İndirim yasağının devreye girmesi bakımından ikinci koşul, sözleşme cezasına bağlanmış asıl borcun, borçlu tacir açısından ticari borç niteliği taşımasıdır[634]. Yani indirim yasağı tacirin her türlü borcu açısından değil, yalnızca ticari borçları açısından söz konusu olur. Esasen TTK m. 22'nin lafzında, asıl borcun mahiyetine ilişkin olarak böyle açık bir sınırlama söz konusu değildir. Ancak böyle bir sınırlama, hükmün *ratio legis*'inin bir gereğidir. Zira indirim yasağının çıkış noktasını teşkil eden tacirin basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü, yalnızca ticaretine ilişkin faaliyetleri kapsamaktadır[635].

2. Buna göre ticari nitelik barındırmayan alelade borçlar ile ticari borçlar arasında bir ayrım yapılması gerekmektedir. Ticari borç, ticari iş niteliği taşıyan işlerden doğan borçlardır. Öncelikle tüzel kişi tacirlerin, adi iş alanı bulunmadığı belirtilmelidir. Dolayısıyla tüzel kişi tacirlerin tüm borçları ticari nitelik taşır ve indirim yasağı mutlak olarak uygulanır. Buna karşılık gerçek kişi tacirlerin, ticari işleri kadar adi işleri de mevcuttur. Gerçek kişi tacirlerin adi işlerinden doğan borçlar bakımından, indirim yasağı söz konusu olmayacaktır[636].

Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için, hangi işlerin ticari iş sayılacağını kısaca belirtmek yerinde olur: **(a)** TTK'da düzenlenmiş işler ticaridir (TTK m. 3); **(b)** Bir ticari işletmeyi ilgilendiren işler ticaridir (TTK m. 3); **(c)** Tacirin borçları

---

633 M. E. Bingöl, s. 106-107.

634 Erdem, Clause pénale, s. 181; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 182 para. 51; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1633; Ernas/Yalçıntaş, s. 712; Çınar, s. 103; Tamer, s. 762; Öktem Çevik, Ceza Koşulu, s. 109. Borcun tacirin ticari işletmesiyle ilgili olması gerektiği yönünde bkz. Nomer Ertan, Ülgen Ticari İşletme, s. 272; Nomer Ertan, Cezai Şart, s. 33; Başbuğ, s. 14; Çabri, s. 924; Ayhan, s. 310; Erçin, s. 102; M. E. Bingöl, s. 107; Cansel/Özel, s. 732; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 266; Yarg. HGK, E. 2017/19-922 K. 2019/706 T. 18.6.2019 (Kazancı). *Battal,* makalesinde eTTK m. 24'ün (TTK m. 22'nin) açık anlamının yoruma yer bırakmayacak şekilde tacirin adi-ticari fark etmeksizin bütün borçlarını kapsadığını ifade etmiş olmasına rağmen (s. 19); daha sonra hükmün, gerçek kişi tacirin ticari olmayan borçları için uygulanmaması gerektiğini kabul etmiştir (s. 20-21). *Arkan,* indirim yasağının yalnızca ceza koşulunun bağlandığı asıl borcun ticari bir işten kaynaklandığı durumda söz konusu olmasının hakkaniyete daha uygun olduğunu; fakat eTTK m. 24'ün açık ifadesinin aksi yönde olduğunu belirtmektedir (Arkan, s. 97).

635 Erdem, Clause pénale, s. 181-182; Kocaağa, s. 383; Battal, s. 20; Başbuğ, s. 14; Çabri, s. 924; Ayhan, s. 309; Ernas/Yalçıntaş, s. 713; Erçin, s. 102; Tamer, s. 762; M. E. Bingöl, s. 107.

636 Kocaağa, s. 383; Nomer Ertan, Ülgen Ticari İşletme, s. 272; Battal, s. 21; Başbuğ, s. 14; Ayhan, s. 310; Ernas/Yalçıntaş, s. 713; Erçin, s. 102 dn. 33; Tamer, s. 762; M. E. Bingöl, s. 109; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 266.

karineten ticaridir (TTK m. 19/I); **(d)** Bir taraf için ticari sayılan sözleşmeler diğer taraf için de ticaridir (TTK m. 19/II).

3. Bu noktada, Yargıtay'ın iş sözleşmeleri bağlamında oluşturduğu ve öğretide haklı olarak eleştirilen bir içtihada özel olarak değinilmelidir. Yargıtay 1997 tarihli bir Hukuk Genel Kurulu kararında, toplu iş sözleşmesinde tacir işveren aleyhine kararlaştırılmış olan sözleşme cezasının eBK m. 161/III (TBK m. 182/III) uyarınca indirime tâbi olduğuna ve eTTK m. 24'ün (TTK m. 22'nin) uygulanmasını gerektirmediğine hükmetmiştir. Kararın temel gerekçesi, tacir işveren ile işçi arasındaki ilişkinin ticari iş niteliği taşımaması ve İş Kanununa tâbi bir hizmet sözleşmesi teşkil etmesidir. Ayrıca kararda, işçi ve işveren ilişkilerinin kamu düzeni ile ilgili olduğu; bu sebeple taraf menfaatlerinin dengede tutulması gerektiği belirtilmiştir[637]. Aynı içtihat, bireysel bir iş sözleşmesini haksız olarak fesheden işveren aleyhine kararlaştırılmış ceza koşulunu konu alan başka kararlarda da devam ettirilmiştir[638].

Ancak Yargıtay'ın gerekçelerine katılmak mümkün değildir. Kararlara konu olan somut olaylarda işveren, bir anonim şirket olup; tüzel kişi tacirdir. Tüzel kişi tacirlerin, adi iş alanı bulunmamaktadır. Bu itibarla tüzel kişi tacirlerin tüm borçları ticari nitelik taşımaktadır ve TTK m. 22'deki indirim yasağına tâbidir[639]. Kaldı ki işveren, gerçek kişi tacir olsaydı dahi, işçi ile arasındaki ilişkinin yine ticari iş olduğu sonucuna ulaşılmalıydı. Zira işverenin işçisiyle kurduğu ilişki onun ticari işletmesini ilgilendirmektedir; dolayısıyla TTK m. 3 uyarınca ticari iş olarak nitelendirilmesi gerekmektedir[640]. Ticari işletmeyi ilgilendiren işlerin kapsamı geniş yorumlanmalıdır; buna göre ticari işletmede yürütülen faaliyet ile doğrudan veya dolaylı bir ilişkisinin bulunduğu kabul edilen her işlem ve fiilin ticari işletmeyi ilgilendirdiğinin kabulü uygun olur[641]. Bu doğrultuda işletmede çalışan işçilerle yapılan hizmet sözleşmesinin ticari işletmeyi ilgilendirdiği ve TTK m. 3 uyarınca ticari iş sayılması gerektiği şüphesizdir.

---

637 Yarg. HGK, E. 1997/9-486 K. 1997/822 T. 15.10.1997 (Kazancı).

638 Yarg. HGK, E. 2002/9-596 K. 2002/662 T. 2.10.2002 (Kazancı); Yarg. HGK, E. 2004/9-759 K. 2005/9 T. 2.2.2005 (Kazancı); Yarg. HGK, E. 2015/22-330 K. 2017/132 T. 25.1.2017 (Kazancı).

639 Battal, s. 21; Nomer Ertan, Cezai Şart, s. 37; Başbuğ, s. 15; Ayhan, s. 302; Karagöz, Cezai Şart, s. 58-59; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 267.

640 Erdem, Clause pénale, s. 182; Nomer Ertan, Cezai Şart, s. 35-36; Başbuğ, s. 15; Çabri, s. 924-925; Ayhan, s. 297-298; Tamer, s. 764-765; M. E. Bingöl, s. 111.

641 Ayhan, s. 295-296; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 267.

Diğer yandan iş hukukunun kamu düzenine dayanan ilkeleri de işveren ile işçi arasındaki bu ilişkinin ticari iş olarak nitelendirilmesine engel teşkil etmez. Hizmet sözleşmelerine kamu düzeni endişesiyle müdahale edilmesinin sebebi, taraf menfaatlerinin işçinin aleyhine olacak şekilde bozulmasının engellenmesi; yani işçinin korunmasıdır. Oysa somut olaydaki ilişkinin ticari iş olarak nitelendirilmemiş olması, işçiyi korumamakta; tam aksine işçinin menfaatini olumsuz yönde etkilemektedir[642]. Örneğin 2005 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında, işçi lehine kararlaştırılmış olan sözleşme cezasında ilk derece mahkemesi tarafından yapılan %60 oranındaki indirim yetersiz bulunmuş; daha yüksek oranda indirim yapılması gerektiğine hükmedilmiştir[643]. İş ticari olarak nitelendirilmiş olsaydı TTK m. 22'deki indirim yasağı devreye girecek ve işçi lehine kararlaştırılmış olan sözleşme cezası herhangi bir indirime tâbi tutulmaksızın işveren tarafından ödenecekti.

c. İspat Yükü

Borçlunun tacir sıfatına ilişkin bir uyuşmazlık mevcut olduğu takdirde, ispat yükünün, bu koşulların varlığından kendi lehine sonuç çıkaracak olan alacaklıya ait olacağı belirtilmektedir[644].

Alacaklı tacir sıfatını ortaya koyduktan sonra, asıl borcun borçlu tacir açısından ticari borç niteliği taşıyıp taşımadığı tartışması gündeme gelecektir. Öncelikle tüzel kişi tacirlerin, adi iş alanı bulunmadığı; TTK m. 22'nin mutlak olarak uygulama alanı bulacağı hatırlatılmalıdır. Gerçek kişi tacirler açısından ise TTK m. 19 devreye girecek ve aksi ispat edilmediği müddetçe tacirin borçlarının karineten ticari borç niteliği taşıdığı kabul edilecektir. Aksini, indirimin uygulanmasını isteyen gerçek kişi tacir (yani borçlu) ispat etmelidir[645].

2. Sözleşme Cezası Miktarı Bakımından Gündeme Gelebilecek Alternatif Korumalar

Tacirlerin hepsinin aynı çuvala atılarak eş derecede muktedir olarak görülmesi ve hukukun sözleşmenin zayıf tarafına tanınmış korumalardan muaf

[642] Battal, s. 22; Nomer Ertan, Cezai Şart, s. 36; Başbuğ, s. 16-17; Karagöz, Cezai Şart, s. 59; Ernas/Yalçıntaş, s. 717; Tamer, s. 765; M. E. Bingöl, s. 111-112; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 267.
[643] Yarg. HGK, E. 2004/9-759 K. 2005/9 T. 2.2.2005 (Kazancı).
[644] Tunçomağ, s. 177; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 382; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 265.
[645] Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 266.

tutulması anlayışı günümüzde eskimeye yüz tutmuştur. Zira sermayenin kümeleşerek belirli kişiler elinde yığılması, bazı tacirlerin diğerlerinden çok daha ayrıcalıklı konuma gelmesine sebep olmuştur. Türkiye ekonomisinin kayda değer bir kısmına tek başına yön verme kapasitesine sahip bir holdingin otomotiv sektöründe faaliyet gösteren iştirak şirketi ne kadar tacirse, oto sanayi sitesindeki dükkanında çıkma yedek parça işiyle iştigal eden kişinin kurduğu limited şirket de o kadar tacirdir. Oysa bu iki tacir bir hukuki işlem yapmak üzere masaya oturduklarında, pazarlık güçleri ve kendi faydalarını maksimize edecek kararları alma kapasiteleri arasında kıyas kabul etmeyecek kadar ciddi bir fark mevcut olacaktır. Nitekim günümüzde bu durum kanun koyucular tarafından da dikkate alınmakta; tacirler arasındaki güç dengesizliklerinin uygulamada yol açtığı sorunlara çözüm bulma arayışıyla çeşitli hükümler sevkedilmektedir. Küçük ve orta ölçekli işletmeleri mal ve hizmet tedarikinde geç ödemenin sonuçlarına karşı koruyan Avrupa Birliği Direktifi[646] ve bu Direktiften hareketle Türk hukukunda yer bulmuş TTK m. 1530/II ilâ VIII, bu konuda önemli bir örnektir. Durum böyleyken, tacirleri herhangi bir ayrım yapmaksızın kategorik olarak TTK m. 22'de düzenlenmiş sözleşme cezasının indirilmesi yasağına tâbi tutmanın ve TBK m. 182/III uyarınca yapılacak bir indirimi engellemenin, isabetli olmadığı görüşündeyiz.

Yine de sözleşme cezasının miktarı üzerindeki yegâne yargısal denetim, TBK m. 182/III'ten ibaret değildir. Tacirler bakımından TBK m. 20 vd.'nda düzenlenmiş genel işlem koşulu denetiminden ve TBK m. 27'de düzenlenmiş genel sözleşme serbestisi sınırlarından kaynaklanan korumadan faydalanmak her zaman mümkündür. Aşağıda bu konuda bilgiler verilecektir.

a. Genel İşlem Koşulu Denetimi

TTK m. 22 uyarınca tacirler aleyhine kararlaştırılmış sözleşme cezasının indirilmesinin yasaklanmış olmasına rağmen gündeme gelebilecek korumalardan ilki, genel işlem koşulu denetimidir[647]. Nitekim Alman hukukunda da tacirler bakımından sözleşme cezasının miktarının indirilmesi yasağı bulunmasına rağmen

[646] *Directive 2011/7/EU of the European Parliament and of the Council of 16 February 2011 on combating late payment in commercial transactions*. Tam metin için bkz. OJ L 48, 23.2.2011, s. 1–10.

[647] Bu konuda bkz. Gümüş, Borçlar Genel, s. 1014-1015; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 116 vd.

(AlmTK § 348); genel işlem koşulları ile kararlaştırılmış ceza koşulları tacirler bakımından AlmMK §307 uyarınca geçersiz kabul edilebilmektedir[648].

Tacirler arasındaki hukuki işlemlerde yer verilen genel işlem koşullarının nasıl bir denetime tâbi tutulması gerektiği tartışmalı bir konudur. Esasen tacirlerin genel işlem koşullarıyla daha sık karşılaşması ve bu koşulların içeriğini anlamaya yönelik daha fazla kaynağa sahip olmasının, genel işlem koşullarının kendileri açısından taşıdığı riskler konusunda daha bilgili olmalarına sebep olduğu söylenebilir[649]. Bu durum karşısında az sayıda da olsa bazı yazarlar, tacirler arasındaki hukuki işlemlerde yer verilen genel işlem koşullarının denetime tâbi tutulmaması gerektiği yönünde fikir bildirmektedir[650]. Ancak bu görüş, kanaatimizce güncel ticaret hayatının yapısını ve işleyişini gözden kaçırmaktadır. **(1)** Her şeyden evvel, yukarıda da işaret edildiği üzere, tacirlerin hepsinin eş derecede muktedir görülmesi anlayışı günümüzde etkisini yitirmiştir. Güçlü bir holdingin iştiraki olan şirket ile ticari işletmesinin ekonomik boyutu esnaf işletmesi sınırını zar zor aşan bir tacir arasında akdedilen sözleşmedeki genel işlem koşullarının nasıl olsa her iki tarafın da tacir olduğu düşüncesiyle herhangi bir denetime tâbi tutulmaması, genel işlem koşulu denetiminin dayandığı ilkeleri yadsımak anlamına gelecektir. Burada ciddi bir müzakere gücü asimetrisi bulunduğu açıktır[651]. **(2)** Öte yandan taraflar arasında bir güç dengesizliği bulunmasa dahi, bir tacirin genel işlem koşullarının kendisi açısından taşıdığı riskleri tahlil etmek konusunda sahip olduğu kaynakları ticaret hayatının akışı içerisinde akdettiği tüm sözleşmeler bakımından aynı ölçüde kullanması beklenemez[652]. Bu konuda *Kabaklıoğlu Arslanyürek*'in verdiği örnek son derece çarpıcıdır. 10 ton buğday satın alacak tacirin, alıcı tarafından kendisine sunulan genel işlem koşullarını dikkatli bir şekilde incelemesi ve hatta bu çerçevede avukat yardımına başvurması makul görünebilir. Fakat aynı tacirin bu buğday alımını gerçekleştirecek şirket yetkililerinin uçak biletlerini alırken havayolu şirketi tarafından kendisine sunulan genel işlem koşulları bakımından da aynı incelemeyi

---

[648] Ç. Kırca, s. 131.

[649] Yeşim M. Atamer, "Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme Mi? Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak Başvurulabilecek Değerlendirme Kriterleri", Çiğdem Kırca (ed.), Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2013, s. 103 vd., s. 121; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 116-117.

[650] Tacirler arasındaki hukuki işlemlerde yer alan genel işlem koşullarının TBK m. 20 vd. hükümleri uyarınca denetlenmeyeceği; yalnızca TTK m. 55/I(f)'ye tâbi olduğu yönünde bkz. Antalya.

[651] Bu konuda bkz. Atamer, Bireysel Pazarlık, s. 123.

[652] Bu konuda bkz. Atamer, Bireysel Pazarlık, s. 121-122.

gerçekleştirmesinin beklenmesi, ticaret hayatının gerekleri ışığında düşünüldüğünde abesle iştigaldir[653]. Zira ilk durumdaki işlem maliyetinin üstlenilmesi tacir açısından anlamlı bir sonuç yaratacakken; ikinci durumda kaynak israfına sebep olacaktır. Dolayısıyla kimi durumlarda taraflar arasında ciddi bir bilgi asimetrisinin mevcut olabileceği söylenebilir. Sonuç olarak tacirler arasında akdedilen ve bireysel pazarlık konusu olmamış sözleşmelerde yer verilen genel işlem koşullarının denetime tâbi tutulması, bir zorunluluktur[654].

Genel işlem koşulu denetimi, üç aşamadan oluşmaktadır. İlk olarak yürürlük denetimi gerçekleştirilecek ve genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriği hâline gelip gelmediği tespit edilecektir. Sözleşmenin içeriği hâline geldiği tespit edilen genel işlem koşulları, ikinci aşamada yorum denetimine tâbi tutulacaktır. Bu çerçevede genel işlem koşulları, düzenleyen tarafın aleyhine yorumlanacak ve karşı taraf yorum yoluyla korunacaktır. Son aşamada, içerik denetimi gerçekleştirilecek ve genel işlem koşullarının taraflar arasında kurduğu menfaat dengesinin dürüstlük kuralı uyarınca kabul edilebilecek sınırlar dâhilinde olup olmadığı değerlendirilecektir. Bu üç aşamadan oluşan denetim, işlemin tacirler arası olması durumunda kendine özgü bazı farklılıklar içerecektir. Yukarıda genel işlem koşuluna ilişkin denetimin ceza koşulu ile ilişkisi, incelenmiş bulunmaktadır[655]. Burada yalnızca tacirler arası işlemlere özgü farklılıklardan bahsedilecektir.

Tacirler arası işlemlere özgü bir farklılık olarak, yürürlük denetiminin ticari hayatın hızı sebebiyle daha sınırlı olması gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir[656]. Bunun yanı sıra öğretide, tacirlerin ceza koşulu kararlaştırılmış olabileceğini öngörmesi gerektiği ve dolayısıyla ceza koşulunun tacirler açısından TBK m. 21/II anlamında şaşırtıcı kayıt olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmektedir[657]. Bu görüşe katılmıyoruz. Zira kimi zaman ceza koşulunun bizatihi varlığı şaşırtıcı olmasa dahi, kararlaştırılmış olan sözleşme cezasının miktarı nedeniyle ilgili anlaşma şaşırtıcı olabilir.

---

[653] Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 117. Benzer örnekler için bkz. Atamer, Bireysel Pazarlık, s. 122.

[654] Bu konuda detaylı ve ufuk açıcı bir değerlendirme için bkz. Atamer, Bireysel Pazarlık, s. 120 vd. ve 129 vd. Tacirler arasındaki hukuki işlemler bakımından genel işlem koşulu denetimi yapılabilmesi için bilgi asimetrisinin bulunması gerektiği yönünde bkz. Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 118.

[655] Bkz. *"İkinci Bölüm / I. / C. / 4. Genel İşlem Koşulları Vasıtasıyla Ceza Koşulu Kararlaştırılması"*.

[656] Atamer, GİK, s. 35; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 118 dn. 442.

[657] Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 118.

Genel işlem koşulu vasıtasıyla kararlaştırılmış bir ceza koşunun içerik denetimi neticesinde geçersiz sayılma ihtimali, tacir sıfatı taşımayan kişiler arasında daha yüksekken; tacirler arasında daha düşüktür. Nitekim Alman hukukunda genel işlem koşulu vasıtasıyla kararlaştırılan ceza koşullarının somut olay bazında ayrıca bir değerlendirmeye gerek görülmeksizin geçersiz kabul edilmesine ilişkin AlmMK §309 b. 6, tacirler bakımından uygulama alanı bulmaz. Tacirler açısından genel içerik denetimi hükmü olan AlmMK §307 uygulanır. Aynı şekilde Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik Ek-1'deki genel işlem koşulları vasıtasıyla kararlaştırılan ceza koşulunu haksız şart örnekleri arasında sayan hüküm, tacirler arasındaki işlemler bakımından uygulanmaz[658].

Borçlunun durumunu dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek ölçüde ağırlaştırdığı için içerik denetimini geçemeyen ceza koşulu, kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbi olacaktır. Bu noktada çoğu yazar, ceza koşulunun topyekûn geçersiz kabul edilmesi gerektiğini; sözleşme cezasının dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmeyecek bir ölçüde kısmen geçerli kabul edilmesinin mümkün olmadığını ifade etmektedir. Aksi takdirde kesin hükümsüzlük yaptırımının önleyici işlevinden istifade edilemeyecektir[659]. Bu sebeple genel işlem koşulu denetiminin, sözleşme cezasının tacirin ekonomik olarak mahvına yol açıp açmadığına ilişkin ahlâka ve kişilik hakkına aykırılığa ilişkin değerlendirmeden önce yapılması gerekmektedir[660]. Ceza koşulu genel işlem koşulu denetimi uyarınca topyekûn geçersiz kabul edildiği takdirde; kısmi geçersizliğin söz konusu olabileceği ahlâka ve kişilik hakkına aykırılığa ilişkin değerlendirmeye başvurmaya gerek olmayacaktır.

b. Ahlâka Aykırılık

TTK m. 22 uyarınca tacirler aleyhine kararlaştırılmış sözleşme cezasının indirilmesinin yasaklanmış olmasının, taraflara sözleşme cezasının belirlenmesi konusunda sınırsız bir serbesti tanıyıp tanımadığı tartışmalıdır. Bazı yazarlar, sözleşme cezası miktarına ilişkin irade serbestisinin sınırlarının münhasıran TBK m. 182/III tarafından düzenlendiği görüşündedir. Buna göre tacirin borçlar hukukundaki diğer hukuki kurumlardan istifade ederek korunması mümkün değildir. Borçlu tacirin ticari işletmesiyle ilgili bir borcu ihlal etmesi hâlinde ifa edeceği kararlaştırılan

[658] Atamer, GİK, s. 43.
[659] Ç. Kırca, s. 131; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1014.
[660] Gümüş, Borçlar Genel, s. 1014-1015.

sözleşme cezasının miktarı, ne kadar yüksek olursa olsun hiçbir yargısal denetime tâbi olmaksızın aynen uygulanacaktır[661]. Buna karşılık katılmakta olduğumuz öğretideki çoğunluk görüşü, TBK m. 27/I'in çizdiği sınırların, sözleşme cezasının miktarı bakımından da uygulama alanı bulacağı yönündedir. Ahlâka aykırılık teşkil edecek kadar yüksek olan sözleşme cezası, geçersizlik yaptırımına maruz kalacaktır[662].

TBK m. 27/I'de ifade edilen irade serbestisi sınırları, her tür hukuki işlem bakımından olduğu gibi ceza koşulu bakımından da gözetilmelidir. Ceza koşulunun ticari iş niteliğinde olması bu konuda herhangi bir engel teşkil etmez; zira TBK'nun genel mahiyetteki sözleşme serbestisine ilişkisin hükümleri, özel hukukun bütünlüğü ilkesi gereğince (bkz. TMK m. 5, TBK m. 646 ve TTK m. 1/I) ticari işlere de uygulanır.

Yerleşik yargı uygulaması da bu yöndedir. Yargıtay, konuyu özellikle TBK m. 27/I bağlamında ele almakta; sözleşme cezalarını miktar bakımından ahlâka aykırılık süzgecinden geçirerek yargısal denetime tâbi tutmaktadır. Yargıtay'ın bu konudaki uygulaması, 1973 tarihli bir Hukuk Genel Kurulu kararı ile açıkça ortaya koyulmuştur: *"Ticaret Kanunu'nun 24. maddesi, Borçlar Kanunu'nun 161. maddesinin son fıkrasına yaptığı yollamadan da anlaşılacağı gibi, yalnız "fahiş olsa dahi cazai şartın indirilemeyeceği" esasını kabul etmiştir. Yoksa ahlak ve adaba ve emredici hükümlerinin koyduğu kurallara aykırı olan cezai şartın geçerli olmasını kabul etmemiştir, maddede bu sonucu veren bir hüküm yoktur. Fahiş cezai şartın tenkisini önleyen bir hüküm isten bulunsun, isterse bulunmasın cezai şartın ahlaka ve*

[661] *Yağcıoğlu,* sözleşme cezasının miktarına ilişkin sınırı çizen TBK m. 182/III'ün bu konuda TBK m. 27'nin uygulanmasını engelleyeceği görüşündedir. Öte yandan TTK m. 22'deki açık indirim yasağı mevcutken, ceza koşulunun kısmen veya tamamen geçersiz kabul edilmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir. Buna karşılık, ahde vefa ilkesi ve basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğünün, tacirin kişilik haklarına ve ahlaka aykırılık derecesinde yüksek olan sözleşme cezalarını ifa etme zorunluluğu yaratacak şekilde yorumlanamayacağını da ifade etmektedir. Fakat yürürlükteki düzenlemeler gereğince bir çözüm üretmemekte; bunun yerine kanun değişikliği yapılmasını ve TBK m. 182/III'ün tacirlere uygulanmasını engelleyen TTK m. 22'nin yürürlükten kaldırılmasını savunmaktadır (Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 272-275).

[662] Erdem, Clause pénale, s. 183; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 182 para. 52; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1634; Eren, Borçlar Genel, para. 3711; H. Nomer, para. 238.2; Furrer/Müller-Chen/Çetiner, para. 1637; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1032-1033; Bilge, Cezai Şart, s. 117; Tunçomağ, s. 176; Arkan, s. 97; Kocaağa, s. 385; Başbuğ, s. 17; Çabri, s. 926; Ayhan, s. 311; Yücel, s. 2949; Ernas/Yalçıntaş, s. 714-715; Tamer, s. 756; M. E. Bingöl, s. 124; Ateş, s. 268-269; Cansel/Özel, s. 733; Ç. Kırca, s. 127; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 115; Özmen/Aktaş, s. 46; Avcı, s. 12. Tacir aleyhine kararlaştırılmış bir sözleşme cezasının geçersiz kabul edilmesi için tacirin ekonomik mahvına sebep olacak kadar yüksek olmasının gerekli olmadığı; salt aşırı mahiyette olan sözleşme cezaları bakımından da normun koruma amacından hareketle değişirilmiş kısmi kesin hükümsüzlük yaptırımının yeğlenmesi gerektiği yönünde bkz. Yücel, s. 2953-2954.

adaba, emredici hükümlere aykırılığı sebebiyle iptal edilmesine bu durumun bir etkisi olmaz."[663] Kararda benimsenen yaklaşım, sonraki yıllarda da istikrarla devam ettirilmiştir[664].

Nitekim Alman hukukunda da tacirlerin ticari faaliyetleriyle ilgili olarak taahhüt ettikleri sözleşme cezasının indirilmesi AlmTK § 348 uyarınca yasaklanmış olmasına rağmen, bu tür sözleşme cezalarının miktarı üzerinde genel hükümlere dayanarak yargısal denetim gerçekleştirilmektedir[665]. Şöyle ki Alman Federal Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda, AlmMK § 242'de düzenlenen dürüst davranma yükümlülüğü uyarınca sözleşme cezasında indirim yapmıştır. Kararda AlmMK § 242 uyarınca gerçekleştirilen indirim ile AlmMK § 343 uyarınca gerçekleştirilen indirim birbirinden ayırt edilmiştir. İlkinde dürüstlük kuralına göre kabul edilebilecek en üst düzeye; ikincisinde ise borçlunun daha lehine olacak şekilde makul düzeye indirim söz konusudur. Mahkeme, dürüstlük kuralına göre kabul edilebilecek en üst düzeyin belirlenmesinde referans noktası olarak, AlmMK § 343 uyarınca belirlenecek makul miktarın iki katının esas alınabileceğini ifade etmiştir[666].

Aşağıda öncelikle bir tacirin borçlusu olduğu sözleşme cezasının miktar bakımından ahlâka aykırı sayılması için ulaşması gereken eşik ele alınacak; ardından böyle bir durumda söz konusu olacak yaptırımın mahiyeti irdelenecektir.

i. Ahlâka Aykırılık İçin Aranan Eşik

Sözleşme cezasının aşırı olması, onun başlı başına ahlâka aykırı olduğu anlamına gelmez. Ahlâka aykırılık ve aşırılık birbirlerinden farklı kavramlardır[667]. Sözleşme cezasının ahlâka aykırı olduğunun söylenebilmesi için ulaşması gereken eşik, aşırı olduğunun söylenebilmesi için ulaşması gereken eşikten daha yüksektir.

[663] Yarg. HGK, E. 1970/1053 K. 1974/222 T. 20.3.1974 (Kazancı).
[664] Örneğin bkz. Yarg. HGK, E. 2017/19-922 K. 2019/706 T. 18.6.2019 (Kazancı); Yarg. 13. HD, E. 2003/587 K. 2003/1034 T. 3.2.2003 (Kazancı); Yarg. 15. HD, E. 2009/1814 K. 2010/1643 T. 23.3.2010 (Kazancı); Yarg. 15. HD, E. 2007/3434 K. 2008/4508 T. 4.7.2008 (Kazancı); Yarg. 15. HD, E. 2002/1188 K. 2002/1472 T. 28.3.2002 (Kazancı); Yarg. 15. HD, E. 1999/4655 K. 2000/2324 T. 11.5.2000 (Kazancı); Yarg. 15. HD, E. 1999/1865 K. 1999/3481 T. 5.10.1999 (Kazancı); Yarg. 19. HD, E. 2002/4537 K. 2002/5292 T. 4.7.2002 (Kazancı).
[665] Tespit için bkz. Atamer, Ceza Koşulu, s. 108 dn. 60.
[666] BGH 17.07.2009, NJW 2009, 1882, s. 1885.
[667] Kocaağa, s. 386; Ayhan, s. 311; Erçin, s. 104; M. E. Bingöl, s. 125; Ateş, s. 268.

Yargıtay kararlarının ve öğretinin genelinde sözleşme cezasının ahlâka aykırılığı bakımından esas alınan kriter, borçlunun ekonomik yıkımına yol açıp açmayacağıdır[668]. Yargıtay kararlarında geçen ifadelere göre, *"ekonomik yönden borçlunun mahvına sebebiyet"* verecek[669]; *"borçlunun ekonomik özgürlüğünü ve mevcudiyetini ortadan kaldıracak derecede yüksek"*[670]; *"iktisaden mahvını mucip olacak ve onun eskisi gibi ticarî faaliyetini devam ettirmesine imkân tanımayacak derecede ağır ve yüksek"*[671] sözleşme cezaları ahlâka aykırılık teşkil eder. Görüldüğü üzere bu çerçevede sözleşme cezasının ifasının borçlunun ekonomik özgürlüğünü yok etmesi yahut çok ağır şekilde kısıtlaması aranmaktır. Tacirin sözleşme cezasını ifa edebilmek için salt ticari hayatını yeniden düzenlemek ve masraflarını azaltmak zorunda kalmış olması, ahlâka/kişilik hakkına aykırılık bakımından yeterli görülmemektedir[672]. Bu konudaki değerlendirme, sözleşmenin kurulduğu an esas alınarak yapılmalıdır[673]. Yargıtay sözleşme cezasının tacirin ekonomik mahvına sebep olup olmayacağının mahkeme tarafından titizlikle ele alınması gerektiğini; bu çerçevede tacirin mali durumunun ve yapısının, bilançosunun, ticari defter ve kayıtlarının, vergi kayıtlarının incelenmesinin zorunlu olduğunu belirtmektedir. Bu doğrultuda ayrıntılı ve Yargıtay denetimine elverişli bir bilirkişi incelemesi yapılmasını aramaktadır.

Bununla birlikte *Karabağ Bulut*, öğretinin genelinden ayrılmakta; sözleşme cezasının alacaklıyı karşılığı olmaksızın ve hakkaniyete aykırı bir şekilde zenginleştirme aracına dönüşmüş olmasının ahlâka aykırılık için gerekli kriter olarak dikkate alınmasını önermektedir[674]. Kanaatimizce borçlunun ekonomik yıkımına yol açacak bir ceza koşulunun ahlâka aykırılık teşkil edeceğinde şüphe etmemek gerekir. Ancak bir ceza koşulunun ahlâka aykırı olup olmadığının değerlendirilmesinde

---

668 Erdem, Clause pénale, s. 183; İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 182 para. 53; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1032; Kocaağa, s. 386; Ayhan, s. 311-312; Erçin, s. 104; Ateş, s. 268. Bu kriterin, kişilik hakkına aykırılık ile ilgili olduğu ve ahlâka aykırılık bağlamında kullanılamayacağı yönündeki eleştiri için bkz. Karabağ Bulut, s. 195.

669 Yarg. 19. HD, E. 2014/4637 K. 2014/6827 T. 9.4.2014 (Kazancı); Yarg. 13. HD, E. 2003/587 K. 2003/1034 T. 3.2.2003 (Kazancı); Yarg. 13. HD, E. 2009/13890 K. 2010/5262 T. 19.4.2010 (Kazancı).

670 Yarg. 19. HD, E. 2002/4537 K. 2002/5292 T. 4.7.2002 (Kazancı).

671 Yarg. HGK, E. 2017/19-922 K. 2019/706 T. 18.6.2019 (Kazancı).

672 Ateş, s. 270 dn. 796; Tamer, s. 757-758. Yarg. HGK, E. 1970/1053 K. 1974/222 T. 20.3.1974 (Kazancı): *"Mücerret tacirin hayatını başka yolda düzenlemek, özellikle masraflarını azaltmak ve bazı ihtiyaçlarından vazgeçmek mecburiyetinde kalması, ahlak ve adaba aykırılığın kabulü için yeterli değildir."* Aynı yönde bkz. Yarg. HGK, E. 2017/19-922 K. 2019/706 T. 18.6.2019 (Kazancı).

673 H. Nomer, para. 238.2.

674 Karabağ Bulut, s. 201 vd.

yalnızca borçlunun ekonomik yıkımına yol açma kriterinin esas alınması, gereğinden sert bir yaklaşımdır. Kimi durumlarda ceza koşulu borçlunun ekonomik anlamda yıkımına yol açmasa dahi, alacaklıyı karşılığı olmaksızın ve hakkaniyete aykırı bir şekilde zenginleştirme aracına dönüşmüş olabilir. *"Sömürü aracı"* teşkil eden böyle bir ceza koşulunun kararlaştırıldığı hâliyle uygulanması, ahlâka aykırılık teşkil edecektir[675].

Esasen Yargıtay'ın da bazı kararlarında bu kriteri esas aldığı görülmektedir. Yüklenicinin inşaatı kararlaştırılan tarihe kadar tamamlamaması hâlinde, işin bedeli olan meblağın iki katı kadar ifaya eklenen sözleşme cezasını iş sahibine ödemesini konu alan ceza koşulu, yüklenicinin ekonomik yıkımına yol açıp açmadığına bakılmaksızın şu ifadelerle geçersiz kabul edilmiştir: *"Taraflar arasındaki 31.3.1995 tarihli sözleşmenin 8. maddesinde, inşaatın 30.6.1995 gününe kadar bitirilememesi halinde 380.000.000 liranın iki katı kadar bir tazminatın iş sahibine ödeneceği kararlaştırılmıştır. Bu tazminat, BK.nın 158/II.maddesinde düzenlenmiş bulunan "ifaya ekli ceza" niteliğindedir. Sözleşmeye göre de, işin bedeli, zaten 380.000.000 liradır. Daha açık bir anlatımla, yüklenici -ceza olarak- hem aldığı veya alacağı bedeli ve hem de bu bedelin bir mislini ödeyecek; iş sahibi de -durduğu, yerde- hem yapılan imalatı bedavaya getirecek ve hem de iş bedeli kadar bir para alacaktır. Gerçi geciken ifa nedeniyle iş sahibinin de zararı söz konusu olursa da, sözleşmedeki bu ceza hükmü, muhtemel zararın çok ötesinde, onu aşan, etik yönden toplumu rahatsız eden, adeta angaryayı meşru sayan bir hükümdür. Yüklenicinin iktisadan mahvına neden olmasa da, taşıdığı bu sakıncalarından dolayı Anayasa'nın 18. ve BK.nın 19.maddelerine aykırı olup, BK.nın 20/II.maddesi uyarınca butlan ile batıldır. Bu itibarla, reddi gereken ceza isteminin kabulü isabetli bulunmamış, kararın açıklanan nedenle de bozulması gerekmiştir."*[676] Yine, yüklenicinin yaptığı işlerin tamamının hiçbir karşılık ödenmeksizin iş sahibine geçeceği yahut yüklenicinin iş sahibinden hiçbir hak talep edemeyeceğine ilişkin ceza koşulları, ahlaka aykırı oldukları gerekçesiyle Yargıtay tarafından geçersiz kabul edilmektedir[677].

[675] Aynı doğrultuda Karabağ Bulut, s. 195; M.E. Bingöl, s. 133.
[676] Yarg. 15. HD, E. 1999/4655 K. 2000/2324 T. 11.5.2000 (Kazancı).
[677] Örneğin bkz. Yarg. 15. HD, E. 1999/1120 K. 1999/1768 T. 5.5.1999 (Kazancı); Yarg. 15. HD, E. 1997/248 K. 1997/1891 T. 7.4.1997 (Kazancı).

ii. Ahlâka Aykırılık Durumunda Yaptırımın Mahiyeti

Sözleşme cezasının miktarının ahlâka aykırılık teşkil edecek kadar yüksek olmasının yaptırımı, kesin hükümsüzlüktür. Fakat bu kesin hükümsüzlüğün kapsamı ve mahiyeti, tartışma konusudur. Bu çerçevede, sözleşme cezasının ahlaka aykırılık teşkil etmeyecek ölçüde kısmen geçerli kabul edilmesinin mümkün olup olmadığı sorusunun yanıtlanması gerekmektedir.

Öğretinin çoğunluğu, miktarı itibarıyla ahlâka aykırılık teşkil eden bir ceza koşulunun kısmi kesin hükümsüz sayılması, yani bir kısmının geçerli olarak hüküm doğurması gerektiğini savunmaktadır[678]. Bu çerçevede TTK m. 1530'un kıyasen uygulanması önerilmektedir[679]. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir[680]. Ancak yazarlar, varlığını kabul ettikleri kısmi kesin hükümsüzlüğün mahiyeti konusunda ayrışmaktadır.

(a) Kanaatimizce bir sözleşmenin içerdiği münferit anlaşmaların alt anlaşmalara bölünmesinin ve münferit anlaşmaların niceliksel olarak kısmen geçerli kısmen geçersiz sayılmasının mahzuru yoktur[681]. Dolayısıyla bir sözleşmenin niceliksel kısımlarının indirilmesi veya daraltılması suretiyle sözleşmenin geçerli olarak ayakta tutulması mümkündür. Bu çerçevede "düşey kısmi kesin hükümsüzlük" söz konusu olacak; ceza koşulu ahlâka aykırılık teşkil etmeyecek bir miktar itibarıyla geçerli olarak hüküm doğurmaya devam edecektir[682].

(b) Diğer yazarların esas aldığı anlayış uyarınca bir sözleşme, yalnızca içerdiği münferit anlaşmalara bölünebilir; bunun ötesinde münferit anlaşmaların konu aldığı edimlerin niceliksel olarak bölünebilmesi mümkün değildir. Kısmi

---

[678] İstŞ TBK 2,3-Erdem, m. 182 para. 52; Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1634; Eren, Borçlar Genel, para. 3711; Furrer/Müller-Chen/Çetiner, para. 1637; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1033; Çınar, s. 105. Miktarı ahlâka aykırılık teşkil eden ceza koşulunun tamamen geçersiz olacağı; TTK m. 1530/I hükmünün kıyasen uygulanması yoluyla dahi indirilemeyeceği yönünde aksi görüş için bkz. Tamer, s. 759.

[679] Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1634; Çınar, s. 105; Kırkbeşoğlu, Hükümsüzlük, s. 310.

[680] Yargıtay kararlarında tacirin ekonomik mahvına sebep olacak olması nedeniyle ahlâka aykırı nitelik taşıyan ceza koşulunun "tamamen veya kısmen iptalinin" mümkün olduğundan bahsedilmektedir. Örneğin bkz. Yarg. HGK, E. 1970/1053 K. 1974/222 T. 20.3.1974 (Kazancı); Yarg. HGK, E. 2017/19-922 K. 2019/706 T. 18.6.2019 (Kazancı); Yarg. 15. HD, E. 2007/3434 K. 2008/4508 T. 4.7.2008 (Kazancı); Yarg. 15. HD, E. 2002/1188 K. 2002/1472 T. 28.3.2002 (Kazancı). Aslında Yargıtay'ın kullandığı "iptal edilebilirlik" terimi isabetsizdir. Bunun yerine "kesin hükümsüzlük" teriminin kullanılması ve ahlâka aykırı nitelik taşıyan ceza koşulunun tamamen veya kısmen kesin hükümsüz olacağının ifade edilmesi gerekmektedir.

[681] Kırkbeşoğlu, Hükümsüzlük, s. 119.

[682] Furrer/Müller-Chen/Çetiner, para. 1637.

hükümsüzlük de sözleşmeyi oluşturan bu anlaşmalardan biri veya birkaçının bütünü bakımından söz konusu olabilir; münferit anlaşmalar niceliksel olarak kısmen geçerli kısmen geçersiz sayılamaz[683]. Bu çerçevede ceza koşulunun ahlâka aykırılık teşkil eden ve etmeyen kısım olarak bölünmesi mümkün olmaz. Yine de TTK m. 1530/I'in kıyasen uygulanması ve sözleşme cezasının bu suretle indirilmesi mümkün kabul edilmektedir[684].

Bunun dışında başka görüşler de mevcuttur. Örneğin *Arkan*, TBK m. 27/II veya TTK m. 1530'dan istifade edilmesi yerine, TBK m. 182/III'ün kıyasen uygulanmasını önermektedir[685].

[683] Başpınar, s. 62-63; Ateş, s. 282-283. Aynı doğrultuda bkz. Bentele, s. 61-62.
[684] Oğuzman/Öz, Cilt-2, para. 1634; Çınar, s. 105; Ayhan, s. 312.
[685] Arkan, s. 98.

BEŞİNCİ BÖLÜM

İngiliz Hukukunda Ceza Koşulu:

Karşılaştırmalı Hukuk Bize Ceza Koşulu Hakkında Ne Öğretebilir?

İngiliz hukukunun[1] ceza koşuluna yaklaşımının tam olarak anlaşılabilmesi için kurumun tarihi kökenine inilmesi zorunludur. Zira kurumun on üçüncü yüzyıl başlangıcına kadar uzanan kökleri, günümüzde geçerli olan kurallar üzerindeki etkisini hâlâ sürdürmektedir. Bu itibarla bu bölümde ilk olarak İngiliz hukukunda ceza koşulunun tarihi kökeni incelenecektir **(I)**. Ardından ceza koşulu kavramının modern İngiliz sözleşme hukukundaki yeri daha yakından ele alınacaktır. Bu bağlamda öncelikle 1914 tarihli *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage & Motor Co. Ltd.*[2] kararına değinilmesi gerekmektedir. Modern İngiliz sözleşme hukukunun ceza koşuluna ilişkin yaklaşımı, ilk olarak bu kararda net biçimde ortaya koyulmuştur. O dönem itibariyle nihai temyiz mercii olan Lordlar Kamarası[3] *(House of Lords)*, söz konusu karar ile ceza koşulu kavramını götürü tazminat anlaşmasından ayırt etmiş ve ceza koşulunun geçerli olarak hüküm ifade etme kabiliyetini büyük ölçüde sınırlamıştır. Karardaki yaklaşım, pek çok açıdan eleştiriye uğramış; ancak yüz yılı aşkın bir süre boyunca içtihat olarak geçerliliğini koruyarak uygulamaya yön vermiştir. Bu itibarla *Dunlop* kararının incelenmesi elzemdir **(II)**. Nihayet nihai temyiz mercii olma görevini Lordlar Kamarası'ndan devralmış olan Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi[4] *(Supreme Court of United Kingdom)* 2015 tarihli *Cavendish Square BV v. Makdessi* ve *ParkingEye Ltd v. Beavis*[5] kararıyla bu yaklaşımı güncellemiştir. Oldukça taze olan bu karar, İngiliz hukukunun ceza koşuluna ilişkin geleceğini belirlemiştir; bu itibarla kararın başlattığı yeni dönemin incelenmesi yerinde olacaktır **(III)**.

---

[11] İngiliz hukuku ile Birleşik Krallık hukuku farklı kavramlardır. İngiliz hukuku olarak, İngiltere ile Galler'i kapsayan tek hukuk sistemi kastedilmektedir.

[2] *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage & Motor Co. Ltd.*, [1915] A.C. 79.

[3] Esasen Lordlar Kamarası, Birleşik Krallık parlamentosunu oluşturan iki yapıdan biridir. Bikameralist bir anayasal sisteme sahip olan Birleşik Krallık'ta parlamento, Avam Kamarası *(House of Commons)* ve Lordlar Kamarası *(House of Lords)* olmak üzere iki yapıdan müteşekkildir. Bununla birlikte Lordlar Kamarası, yasama organı olmasının yanı sıra uzun bir süre boyunca yargı organı olarak da faaliyet göstermiştir. Yargısal yetkilerinin en önemlisi, pek çok uyuşmazlık bakımından en yüksek mahkeme olmasından ileri gelir. Lordlar Kamarasının bu yargısal yetkileri günümüzde Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'ne *(Supreme Court of the United Kingdom)* devredilmiştir.

[4] 2005 tarihli Anayasal Reform Kanunu *(The Constitutional Reform Act 2005)* uyarınca 1 Ekim 2009'da kurulan Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi, Lordlar Kamarası'nın yargısal yetkilerini üstlenmiştir. Mahkeme bu çerçevede özel hukuk davaları bakımından Birleşik Krallık'taki nihai temyiz mercii olarak görev yapmaktadır.

[5] *Cavendish Square Holding BV v. Makdessi* ile *ParkingEye Ltd. v. Beavis,* [2016] A.C. 1172.

Tüm bu inceleme yapılırken, İngiliz hukuku ile İsviçre-Türk hukuku arasında bazı bağlantılar kurulmaya çalışılacak; İngiliz hukuku ile İsviçre-Türk hukukunun birbirlerine sunabilecekleri somut katkılar üzerinde durulacaktır. Yeri geldikçe yaptığımız bu değerlendirmeler, son kısımda bir araya getirilecektir **(IV)**.

I. İngiliz Hukukunun Ceza Koşuluna Yaklaşımının Tarihi Kökeni

Ceza koşulu kavramının tarihi kökeninin incelenmesi, salt akademik merakı gidermenin ötesinde modern İngiliz yaklaşımını anlamak bakımından da zorunludur[6]. Kavramın kökleri, günümüzde geçerli olan kurallar üzerindeki etkisini halen sürdürmektedir. Öyle ki Yüksek Mahkeme'nin ceza koşulu bakımından kilometre taşı niteliğindeki 2015 tarihli *Cavendish/ParkingEye* kararında bu köklere ilişkin referanslara önemli bir yer ayrılmıştır. Özellikle kararın *Lord Neuberger* ile *Lord Sumption* tarafından kaleme alınmış olan ve *Lord Carnwath'ın* da katıldığı bölümünde, tarihi gerekçelendirmenin ağırlığı hissedilmektedir[7]. İngiliz hukukunun içtihat hukuku özellikleri gösterdiği düşünülecek olursa bu durum daha da anlam kazanacaktır.

A. İlk Dönem Sözleşme Cezası Örnekleri

İngiliz hukukunda ceza koşulu kavramının tarihi kökeni on üçüncü yüzyıl kadar geriye dayandırılmaktadır. Henüz on üçüncü yüzyılın başındayken akdedilen kimi sözleşmelerde, sözleşmenin ihlal edilmesi durumuna ilişkin olarak sabit para cezaları öngören kayıtlara rastlamak mümkündür[8]. Esasen bu dönemdeki ceza koşulu uygulamasının kaynağının Roma hukuku olduğu düşünülmektedir[9]. Bilindiği üzere Roma hukukunda yaygın bir ceza koşulu uygulaması mevcuttur. Borçluyu ifaya zorlamak ve ihlal durumunda zararın hesaplanmasına ilişkin zorlukları aşmak üzere, ceza koşulundan istifade edilmiştir[10]. İşte Roma hukuku on birinci yüzyılın sonlarına

---

[6] Aynı yönde bkz. Edelman, McGregor on Damages, para. 16-002.

[7] *Cavendish Square Holding BV v. Makdessi* ile *ParkingEye Ltd. v. Beavis*, [2016] A.C. 1172, para. 6-11.

[8] Pollock/Maitland, s. 233-234; Joseph Biancalana, "The Development of the Penal Bond with Conditional Defeasance", Journal of Legal History C. 26 (2005), s. 103 vd., s. 103; Joseph Biancalana, "Contractual Penalties in the King's Court 1260-1360), The Cambridge Law Journal C. 64 (2005), s. 212 vd., s. 212-213. Sözleşme örnekleri için bkz. Biancalana, Penal Bond with Conditional Defeasance, s. 104 dn. 7-10; Biancalana, Contractual Penalties, s. 213-214 dn. 2-11.

[9] William H. Loyd, "Penalties and Forfeitures: Before Peachy v. The Duke of Somerset", Harvard Law Review C. 29 (1915), s. 117 vd., s. 117; Biancalana, Penal Bond with Conditional Defeasance, s. 106; Biancalana, Contractual Penalties, s. 215-216; Halson, para. 1.08.

[10] Bkz. *"Birinci Bölüm / III. / A. Roma Hukukunda Ceza Koşulu".*

doğru Avrupa'da kendisine yönelen yoğun ilgi ile birlikte adeta yeniden doğunca, ceza koşulu uygulaması da bu ilgiden nasibini almış ve Kıta Avrupası ile İngiltere'ye yayılmıştır[11]. *Biancalana,* Roma hukukundaki ceza koşulu uygulamasının İngiltere'ye yayılması sürecinde üç farklı kanalın birlikte etkili olduğu ve aslında Kıta Avrupası'nın köprü vazifesi gördüğü düşüncesindedir[12]. Öncelikle Roma hukukunun İngiltere'deki hukuk eğitimi üzerinde sahip olduğu yoğun etki, hukuk uygulamasını da şekillendirmiştir[13]. Örneğin on üçüncü yüzyılda yaşamış ünlü hukukçu *Bracton*, İngiliz hukukuna yön vermiş olan *De Legibus et Consuetudinibus Angliae* adlı eserinde zararın hesaplanmasına ilişkin sorunların üstesinden gelmeye yönelik olarak sözleşmeye ceza kayıtları eklenmesini tavsiye etmiş ve bu tavsiyesini *Institutiones*'e dayandırmıştır[14]. Roma hukukunun bu konudaki uygulamasını İngiltere'ye taşıyan ikinci kanal, kilise mahkemeleridir. İngiliz kilise mahkemeleri, aktif ilişki içerisinde oldukları Kıta Avrupası kilise mahkemelerinin etkisi altında kalarak bu konudaki gelişmelere ivme kazandırmıştır[15]. Üçüncü olarak İngiltere ile Kıta Avrupası arasındaki ticaret ilişkisi de bu konuda önemli bir rol oynamıştır. Özellikle İtalyan tacirlerin alışkın oldukları bu ticareti kolaylaştırıcı yöntem, İngiliz uygulamasını da etkilemiştir[16]. Sonuç olarak ortaya çıkan tabloda Roma hukukunun İngiliz hukuku üzerindeki etkisi o kadar yoğundur ki, İngiliz yargıçlar ceza kayıtları uygulaması konusundaki kuralları büyük ölçüde Roma hukukunu esas almak suretiyle geliştirmişlerdir[17].

Görüldüğü üzere başlangıçta mevcut olan yegâne sözleşme cezası yöntemi, sözleşmeye eklenen ceza kayıtlarıdır. Bu ceza kayıtları, günümüzde İsviçre-Türk hukukunda kullanılan Roma hukuku kökenli gerçek ceza koşulları ile önemli bir benzerlik göstermektedir. Ancak on üçüncü yüzyılın ortalarında İngiliz hukukunda farklı sözleşme cezası yöntemleri ortaya çıkmıştır[18]. Bunlar arasında en kritik olanı,

[11] Biancalana, Contractual Penalties, s. 216.
[12] Joseph Biancalana, "Monetary Penalty Causes in Thirteenth-Century England", Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis C. 73 (2005), s. 231 vd., s. 249-253.
[13] Biancalana, Monetary Penalty Clauses, s. 249-250.
[14] Henry de Bracton (George E. Woodbine (ed.)/Samuel E. Thorne (çev.)), On the Laws and Customs of England (De Legibus et Consuetudinibus Angliae), Harvard University Press 1968, C. 2, s. 285 (Çevrimiçi Erişim: http://amesfoundation.law.harvard.edu/Bracton/).
[15] Biancalana, Monetary Penalty Clauses, s. 250-252.
[16] Biancalana, Monetary Penalty Clauses, s. 252-253.
[17] Bu konuda bkz. Biancalana, Contractual Penalties, s. 232-241.
[18] Biancalana, Contractual Penalties, s. 214. Bu yöntemler arasında borçlunun cezayı mahkeme nezdinde kayıt altına alınan bir borç beyanı ile tanıması *(penalty cognizance)*, borçlunun alacaklıya verdiği bir bonoya ek olarak bononun geçerliliğinin bağlı olduğu sözleşmeyi kayıt altına alan özel bir belge olan *indenture* düzenlenmesi *(bond with separate indenture of defeasance)*, borçlunun

konumuz bakımından da özel bir önem arz eden ve aşağıda detaylı olarak incelenecek olan geçersizleşme koşullu ceza bonosudur *(penal bond with conditional defeasance).*

Mahkemelerin sözleşme cezalarına karşı bu dönemde benimsedikleri tutum konusunda en azından 1350'li yıllara kadar net bir tablo mevcut değildir. *Palmer* büyük veba salgını dönemindeki İngiliz hukukunu konu alan eserinde, 1350'li yıllardan evvel mahkemelerin sözleşme cezalarının ifasına hükmedilmesi konusunda çekingen bir tavır sergilediklerini belirtmektedir. Zira bu dönemde faiz *(usury)* konusunda kapsamlı sınırlamalar mevcuttur ve sözleşme cezalarının faize ilişkin bu sınırlamalara takılıp takılmayacağı mahkemeler nezdinde şüphe uyandırmıştır. Ancak yazara göre, 1352 tarihli bir karar ile birlikte bu tavır değişmiş ve mahkemeler sözleşme cezalarının ifasına hükmedilmesi konusunda çok daha sert kararlar vermeye başlamıştır[19]. Buna karşılık *Biancalana,* çeşitli kararları örnek göstermek suretiyle yapmış olduğu değerlendirmede mahkemelerin sözleşme cezalarının ifasına hükmedilmesi konusunda 1350'li yıllardan evvel de herhangi bir zorluk çıkarmadığını savunmaktadır. Mahkemeler, neredeyse en başından beri bu cezalar konusunda oldukça liberal bir tavır sergilemişlerdir[20]. Bu iki hukuk tarihçisinden hangisinin görüşü kabul edilirse edilsin her halükarda kesin olan nokta, 1350'li yıllardan itibaren sözleşme cezalarının yaygın olarak mahkemeler eliyle uygulandığıdır. Geçersizleşme koşullu ceza bonoları da bu durumdan nasibini almış; mahkemeler bonolarda yer alan cezaların ödenmesine yönelik pek çok karar vermiştir.

B. Geçersizleşme Koşullu Ceza Bonoları

İlk örneği on dördüncü yüzyılın ortalarında görülen geçersizleşme koşullu ceza bonoları, uygulamada bir süre boyunca diğer yöntemlerle birlikte varlığını

---

düzenlediği bononun yediemine verilmesi *(bond put in escrow)* sayılabilir. Söz konusu yöntemler hakkında bkz. Biancalana, Penal Bond with Conditional Defeasance, s. 106 vd.

[19] Robert C. Palmer, English Law in the Age of the Black Death, 1348-1381 - A Transformation of Governance and Law, University of North Carolina Press, 1993, s. 77-82. *Palmer*'ın bahsettiği söz konusu karar için bkz. *Executor of John son of John Moigne of Hessle v. Robert Haunsard knight* (1352), CP40/369, m. 62; Y.B. Mich. 26 Edw. 3, f. 17 pl. 9 (1352). Benzer şekilde mahkemelerin erken dönemlerde ceza bonolarındaki miktarların ödetilmesi konusunda çekingenlik gösterdikleri yönünde; bkz. Loyd, s. 119-120; Baker, s. 325.

[20] Biancalana, Contractual Penalties, s. 230. Bu konuda detaylı bir inceleme için bkz. Biancalana, Contractual Penalties, s. 221-231.

sürdürmüştür[21]. Ancak on beşinci yüzyılın ikinci yarısına gelindiğinde bu bonolar uygulamaya tamamen hâkim olmuştur[22]. Öyle ki söz konusu bonolar, *assumpsit* davasının İngiliz sözleşme hukukunun dinamosu hâline geldiği on yedinci yüzyıla kadar taahhütlerin ifasını sağlamak üzere kullanılan temel hukuki kurumdur. Dolayısıyla orta çağ sözleşme hukukunun merkez kavramı olma görevini üstlenmiş; aynı zamanda ceza koşulu konusundaki modern kuralların oluşumunda da önemli bir rol oynamıştır[23]. Bu itibarla geçersizleşme koşullu ceza bonolarının daha yakından incelenmesi gerekmektedir.

Genel olarak bono *(bond)*, borçlu tarafından alacaklıya bir miktar paranın ödenmesi borcunu kayıt altına alan ve mühürlenmiş olmak suretiyle özel şekil şartını sağlayan yazılı bir belgedir. Çoğu zaman Latince olarak kaleme alınan bu belge, borçlunun ve alacaklının kim olduğunu belirtmenin yanı sıra ödeme yeri ve ödeme zamanını da gösterir[24]. Ceza bonosu *(penal bond),* başka bir taahhüdün yerine getirilmemesi durumunda borçlu tarafından alacaklıya bir miktar paranın ödenmesi borcunu kayıt altına alan bir bono türüdür. Ceza bonosunun, bağlantılı olduğu taahhüdün niteliğine göre özel isimler ile anılması mümkündür. Taahhüt bir miktar paranın ödenmesi ise para bonosu *(money bond)*; taraflar arasında mevcut bir anlaşma uyarınca para borcu dışındaki bir edimin yerine getirilmesi ise ifa bonosu *(performance bond)* söz konusu olacaktır[25].

Ceza bonosunun en önemli görünüm biçimi, geçersizleşme koşullu ceza bonolarıdır *(penal bond with conditional defeasance)*. Öyle ki ceza bonosu terimi, çoğu zaman doğrudan doğruya geçersizleşme koşulu içeren ceza bonolarını ifade etmek üzere kullanılmaktadır[26]. Bu çalışmada da günümüzdeki kuralları şekillendirmek konusunda önemli bir rol oynamamış diğer ceza bonosu türleri (örneğin bonodaki borcun doğumu bakımından geciktirici koşul içeren ceza

[21] *Biancalana,* bulduğu en eski tarihli geçersizleşme koşullu ceza bonosunun 1348 tarihli olduğunu belirtmektedir; bkz. Biancalana, Penal Bond with Conditional Defeasance, s. 112. *Palmer*'ın ilk örnek olarak atıf yaptığı bonolar, 1357 ve 1359 tarihlerini taşımaktadır; bkz. R.C. Palmer, English Law, s. 85.

[22] Biancalana, Penal Bond with Conditional Defeasance, s. 114.

[23] "Orta çağ sözleşme hukuku" *(medieval contract law)* terimi, İngiliz sözleşme hukukunun *writ of assumpsit* etrafında şekillenmeye başladığı zamana kadar olan dönemi ifade etmek üzere *Simpson* tarafından kullanılmaktadır; bkz. Simpson, s. 4. Benzer bir tercih için bkz. Stoljar, s. 4.

[24] Baker, s. 323.

[25] Para bonosu *(money bond)* terimi için bkz. Simpson, s. 90; ifa bonosu *(performance bond)* terimi için bkz. R.C. Palmer, English Law, s. 62.

[26] Örneğin bkz. Edelman, McGregor on Damages, para. 16-003.

bonoları[27]) inceleme alanı dışında bırakılmış olup, yalnızca geçersizleşme koşullu ceza bonosuna odaklanılmıştır.

Geçersizleşme koşullu bir ceza bonosunun ön yüzünde borçlunun alacaklıya bir miktar para ödemekle borçlu olduğu hususu kayıt altına alınır; buna karşılık bononun arka yüzü, söz konusu para ödeme borcunun taraflar arasındaki temel ilişki ifa edildiği takdirde geçersiz hale geleceği koşulunu içerir[28]. Böyle bir bononun temel ilişkinin bir miktar paranın ödenmesini konu aldığı durum bakımından nasıl işlediği, (A)'nın (B)'ye 100 £ ödünç verdiği ihtimal üzerinden açıklanabilir. Bu durumda (B), (A)'ya bir bono verecektir. Bononun ön yüzünde (B)'nin (A)'ya belirli bir tarihte 200 £ ödeme borcu altında olduğu kayıt altına alınacak; bononun arka yüzünde ise (B)'nin (A)'ya bu tarihten evvel 100 £ ödemesi durumunda bononun geçersiz hale geleceği belirtilecektir[29]. Aynı şekilde temel ilişkinin para dışındaki bir verme veya yapma taahhüdünü konu aldığı haller bakımından da böyle bir bono düzenlenmesi mümkündür. Örneğin (A)'nın (B)'ye bir araziyi sattığını varsayalım. Bu durumda tarafların her biri karşı tarafa bir bono verecektir. (A), (B)'ye verdiği bono ile belirli bir miktar para ödeme borcu altına girecek; ayrıca bononun arka yüzünde yer alan bir koşul ile belirli bir tarihe kadar arazinin (B)'ye devredilmesi durumunda bononun geçersiz olacağı belirtilecektir. Buna karşılık (B) de (A)'ya bono ile satış bedelinin iki katı kadar bedel ödeme borcu altına girecek, belirli bir tarihe kadar satış bedelinin (A)'ya ödenmesi durumunda bononun geçersiz olacağı bir koşul olarak belirtilecektir[30]. Özellikle daha karmaşık temel ilişkiler bakımından özel bir belge türü olan *indenture* yardımıyla gelişmiş bir yöntemin benimsenmesi de mümkündür. Şöyle ki taraflar arasındaki temel ilişki yazılı hale getirilmek ve mühürlenmek suretiyle bir kağıt üzerine iki defa yazılacak; *indenture* olarak nitelendirilen bu belge ikiye bölünmek suretiyle tarafların her birine bir parçası verilecektir. Ardından taraflar bu belge ile aynı tarihi taşıyan ve belgeye atıf yaparak bu taahhütlerin ifa edilmesi durumunda geçersizleşme koşulu içeren ceza bonoları düzenleyerek birbirlerine vereceklerdir[31]. Burada örnekleri görüldüğü üzere, özellikle

[27] Bu bonoların varlığı hakkında bkz. Simpson, s. 94.
[28] Halson, para. 1.05.
[29] Örnek için bkz. Simpson, s. 90.
[30] Örnek için bkz. Simpson, s. 90-91.
[31] Simpson, s. 91.

temel ilişkinin bir miktar paranın ödenmesini konu aldığı hâller bakımından bonodaki ceza, genellikle temel ilişkideki miktarın iki katı olarak belirlenir[32].

Aslında sözleşmede yer verilen ceza kaydı ile geçersizleşme koşulu içeren ceza bonosunun her ikisi de aynı sonucu elde etmeye yöneliktir. Amaç borçluyu, taraflar arasındaki temel ilişkiye konu davranışın ifa edilmesi konusunda zorlamaktır. Ancak iki yöntemin bu sonuca varmak için takip ettikleri yol, birbirlerinden çok farklıdır. Ceza kaydı içeren bir sözleşmede tarafların ifa edilmesini arzu ettikleri temel ilişkiye konu davranış, asıl borç olarak düzenlenmiştir. Ceza, bu asıl borç ifa edilmediği takdirde devreye girecek olan tali bir borç niteliği taşımaktadır. Oysa bir ceza bonosunda asıl borç olarak ceza düzenlenmiştir; tarafların ifa edilmesini arzu ettikleri temel ilişkiye konu davranış, ifa edilmesi hâlinde asli borcu geçersizleştirecek bir koşul olarak öngörülmüştür[33]. Tarafların ifa edilmesini arzu ettikleri temel ilişkiye konu davranış, bonoda bir "borç" olarak üstlenilmiş değildir[34]. Sonuç olarak böyle bir ceza bonosunun düzenlenmiş olmasına rağmen borçlunun temel ilişkiye konu davranışı yerine getirmediği durumda alacaklı, temel ilişkiye konu davranış konusunda herhangi bir talep ileri süremez. Alacaklının yegâne imkanı, bonoda bir borç olarak üstlenilmiş olan cezanın kendisine ödenmesi talebiyle *action of debt sur obligation* olarak isimlendirilen davayı açmaktır. Temel ilişkiye konu davranışın yerine getirilmesi, bono alacaklısının kendisine yönelteceği davada bono borçlusunun savunma olarak sunabileceği bir olgudan ibarettir. Bu itibarla ceza kayıtları ile Roma hukukundaki gerçek ceza koşulları arasında, geçersizleşme koşullu ceza bonoları ile gerçek olmayan ceza koşulları arasında bir paralellik kurmak mümkündür.

Görüldüğü üzere ceza bonosu temel ilişkide yer alan davranışın yerine getirilmesini sağlamak üzere oldukça dolaylı bir yöntem kullanmaktadır. *Simpson,* bu işleyiş biçimini "tepetaklak" *(topsy-turvy)* olarak nitelendirmiş[35]; zaman içerisinde söz konusu tabir literatürde yaygın bir kullanıma kavuşmuştur[36]. Doğrudan doğruya bir sözleşmede ceza koşuluna yer vermek mümkünken, uygulamanın neden böyle tepetaklak bir işleyişe evrildiğini anlamak oldukça güçtür. Nitekim *Biancalana* da bu

[32] Milsom, s. 251 dn. 2; R.C. Palmer, English Law, s. 63; Baker, s. 324.
[33] R.C. Palmer, English Law, s. 62.
[34] Simpson, s. 112; Halson, para. 1.05.
[35] Simpson, s. 112.
[36] Biancalana, Penal Bond with Conditional Defeasance, s. 103; Halson, para. 1.05,

gelişimin sebeplerini sorgulamış; ancak hukuki açıdan bu durumu izah edebilecek tatminkâr bir sonuca ulaşamamıştır. Taraflar sözleşme cezası yöntemlerinden biri konusunda tercih yaparken büyük ihtimalle müzakere gücü daha fazla olan tarafın alışkın olduğu sözleşme cezası yöntemini seçmiştir. Durum böyle iken uygulamanın yavaş da olsa geçersizleşme koşullu ceza bonosu lehine gelişmesi, ancak alışkanlık ve âdetlerin yansıması olarak açıklanabilir[37].

Sebebi her ne olursa olsun, on beşinci yüzyılın ikinci yarısına gelindiğinde geçersizleşme koşullu ceza bonolarının uygulamaya tamamen hâkim olduğu aşikârdır[38]. Bu bonoların orta çağ sözleşme hukukunda işgal ettiği yeri daha iyi anlayabilmek için, o dönemin sözleşme hukukuna kısaca göz atılması yerinde olur.

Bu dönemde *common law* sistemi, tıpkı Roma hukukundaki gibi bir davalar sistemi olarak kurgulanmıştır. Bir kişinin dava hakkının olabilmesi için iddia ve talebinin önceden tanımlanmış olan *writ*'lerden birinin kapsamına girmesi ve *writ*'in ilgili merciden belirli bir bedel karşılığında temin edilmesi gerekmektedir[39]. Orta çağ sözleşme hukukundaki *writ*'ler doğrultusunda, *covenant* davası ve *debt* davası olmak üzere iki önemli davanın açılabilmesi mümkündür[40]. Günümüzde alışkın olduğumuz tabirler çerçevesinde düşünülecek ve genel hatlarıyla bir tablo çizilecek olursa *covenant* davası sözleşmedeki taahhüde uygun davranılması talebini; *debt* ise belirli miktardaki bir borcun ödenmesi talebini içerir[41].

(1) *Covenant* davası ile davacı, davalının sözleşmedeki taahhüdüne uygun davranmasını talep eder[42]. Davacının bu davaya başvurabilmesi için taraflar arasında bir *"covenant"* akdedilmiş olması, yani tarafların karşılıklı taahhütlerinden ibaret sözleşmenin yazılı hale getirilip mühürlenmesi suretiyle özel şekil şartına riayet eder

[37] Biancalana, Penal Bond with Conditional Defeasance, s. 117.
[38] Biancalana, Penal Bond with Conditional Defeasance, s. 114.
[39] Detaylı bilgi için Baker, s. 53 vd.
[40] Bunun dışında *detinue* davası gibi başka bazı davaların da orta çağ sözleşme hukukunun bir parçası olarak değerlendirilmesi mümkündür. Ancak bu davaların çalışmamız bakımından özel bir önemi bulunmadığı için inceleme alanının dışında bırakılmıştır. Keza kökeni itibarıyla haksız fiil hukukuna dayanan, ancak on altıncı yüzyılda sözleşme hukukunda uygulanmaya başlayıp on yedinci yüzyılda sözleşme hukukunun en temel davası haline gelen *assumpsit* davasının çıkış noktası da orta çağ hukukuna dayanmaktadır.
[41] *Covenant* davası hakkında genel olarak bkz. Pollock/Maitland, s. 225 vd.; W. T. Barbour, The History of Contract in Early English Equity, Oxford University Press 1914, s. 17 vd.; Simpson, s. 10 vd.; Baker, s. 318 vd.; Stoljar, s. 4 vd. *Debt* davası hakkında genel olarak bkz. Pollock/Maitland, s. 212 vd.; Barbour, s. 25 vd.; Simpson, s. 53 vd.; Baker, s. 321 vd.; Stoljar, s. 7 vd. Bu davalar arasındaki ilişki için bkz. Simpson, s. 70-73.
[42] Simpson, s. 9; Baker, s. 318; Stoljar, s. 5.

hâle getirilmiş bir belgenin mevcut olması gerekmektedir[43]. Dava neticesinde mahkemenin davacıya sunabileceği hukuki çare, kural olarak taahhüdün yerine getirilmemesinden ötürü doğan zararın tazmininden ibarettir. Her ne kadar dava konusu "davalının taahhüdüne uygun davranması" talebi ise de bu dönem itibariyle aynen ifa bir hukuki çare olarak gelişmemiştir[44]. **(2)** Diğer dava olan *debt* davası ile davacı, davalının kendisine borçlanmış olduğu ancak haksız yere vermekten kaçınarak alıkoyduğu belirli bir miktar parayı veya cins borcu teşkil eden eşyayı kendisine vermesini talep eder[45]. Davacı zaten kendisine ait olanın davalı tarafından alıkonulduğunu iddia ederek kendisine verilmesini istemektedir[46]. Bu davanın *debt sur contract* ve *debt sur obligation* olmak üzere iki türü bulunmaktadır. **(a)** *Debt sur contract* davasının açılabilmesi bakımından tarafların iradesinin özel şekil şartına riayet eden herhangi bir belgeye yansımış olmasına gerek yoktur[47]. Bu davanın özünde bir *"contract"* bulunur. Bu dönemdeki *contract* kavramı, Roma hukukundaki *consensus* ve *res*'ten müteşekkil *contractus* kavramına yani ayni sözleşmeye benzer[48]. Buna göre örneğin davacı ile davalı arasında belirli bir miktar para karşılığında bir duvarın boyanması konusunda sözlü bir irade uyuşması mevcut olmuş ve davacı taahhüt ettiği gibi duvarı boyamışsa, elinde özel şekil şartı taşıyan herhangi bir belge olmasa bile davalıdan kendisine borçlanmış olduğu parayı ödemesini bu dava ile talep edebilir. Ancak böyle bir belgenin sunulmadığı durumda davalının savunma imkânları oldukça geniş olacaktır[49]. Davalının davacının talebini bertaraf etme konusunda sahip olduğu bu geniş imkânlar, söz konusu davanın uygulamada önem kazanmamasına sebep olmuştur[50]. **(b)** Bu davanın diğer türü

[43] Bu zorunluluk başta mevcut olmayıp sonradan gelişmiştir. Bu konuda bkz. Barbour, s. 18-19; Simpson, s. 10-13; Baker, s. 318-320; Stoljar, s. 5-6.

[44] Barbour, s. 19; Stoljar, s. 5. Bu konudaki gelişim süreci hakkında bkz. Simpson, s. 13-15.

[45] Baker, s. 321.

[46] Pollock/Maitland, s. 213-214; Barbour, s. 26. Davanın içerdiği talebin "ayni" bir nitelik taşıyıp taşımadığı konusunda bkz. Simpson, s. 75-80.

[47] Baker, s. 322.

[48] Görüldüğü üzere günümüz İngiliz hukukunda taraf iradelerinin uyuşmasıyla vücut bulan rızai sözleşmeleri tanımlamak üzere kullanılan *contract* (sözleşme) ifadesi, orta çağ hukukunda bambaşka bir anlamda kullanılmaktadır. Buna paralel olarak aynı tezatın Roma hukuku ile günümüz Kıta Avrupası bakımından da gözlemlenmesi mümkündür. İngiliz sözleşme hukukunda orta çağ döneminde kullanılan terimler ve *contract* (sözleşme) ifadesinin günümüzdeki anlamına kavuşma süreci hakkında bkz. Baker, s. 317-318.

[49] Davalının öncelikle *wager of law* yoluna başvurması mümkündür. Bu çerçevede davalı, davacının iddialarının doğru olmadığı konusunda yemin eder. Buna ek olarak davalının mahkemeye getirmiş olduğu belirli sayıda kişi de davalının sözlerine inandıkları konusunda yemin eder. Eğer tüm yeminler olması gerektiği gibi tamamlanırsa dava, davalı lehine sonuçlanır. Ayrıca belirli bir tarihten sonra özellikle yemine destek olacak kişileri bulmak konusunda zorluk yaşayan davalının jüri yargılamasına başvurması da mümkün hâle gelmiştir. Baker, s. 322-323.

[50] Pollock / Maitland, s. 224.

konumuz açısından özel önem taşıyan *debt sur obligation*'dır. Davanın özünde bir "*obligation"*, yani borçlu tarafından alacaklıya bir miktar paranın ödenmesi borcunu kayıt altına alan ve mühürlenmiş olmak suretiyle özel şekil şartını sağlayan yazılı bir belge bulunur. Bu belgenin *"bond"* yani bono olarak da anılması mümkündür[51]. Dava neticesinde mahkeme bono ile üstlenilmiş para borcunun davacıya ödenmesine hükmeder.

Görüldüğü üzere *debt sur contract*, şekle bağlı bir belgeye dayanmaması itibariyle diğer iki dava türünden ayrılır. Böyle bir belge alma imkânına sahip olan alacaklı, *debt sur contract* davasında borçlunun sahip olduğu geniş savunma imkânlarını bertaraf etmek isteyecek ve söz konusu belgeyi alarak diğer dava türlerine yönelecektir. Bu davanın uygulama alanı, şekle bağlı bir belgenin bulunmadığı durumlarla sınırlı kalmıştır. Asıl ilginç olan, *covenant* davası ile *debt sur obligation* davalarından hangisinin uygulama alanının daha geniş olduğudur. Bu noktada alacaklılar yani potansiyel davacılar bakımından hangi davanın daha çekici olduğu önem kazanır. Orta çağ sözleşme hukukunun ortaya koymuş olduğu tabloya göre, *covenant* davasının uygulama alanı son derece sınırlı kalmış; buna karşılık *debt sur obligation* davası yaygın uygulamasıyla dönemin hukukunu şekillendiren dava olmuştur[52]. Öyle ki *Tudor* dönemi itibarıyla, yani on beşinci yüzyılın ikinci yarısı itibarıyla tutulan mahkeme kayıtları neredeyse tamamen bu dava türünün örneklerinden oluşmaktadır.

İşte geçersizleşme koşullu ceza bonoları bu noktada devreye girmektedir. Taraflar sözleşmesel ilişkilerini bir sözleşme ile kayıt altına alarak olası bir uyuşmazlık durumunda *covenant* davasına başvurmak yerine, temel ilişkiden bağımsız olan bir geçersizleşme koşullu ceza bonosu düzenlemek suretiyle olası bir uyuşmazlık durumunda *debt sur obligation* davasına başvurmayı tercih etmişlerdir. Sonuç olarak bu bonolar, *assumpsit* davası on yedinci yüzyılda sözleşme hukukunun merkez kavramı hâline gelene kadar taahhütlerin ifasını sağlamak üzere kullanılan

[51] Simpson, s. 88; Baker, s. 323.

[52] Simpson, s. 117; Milsom, s. 251-252; Plucknett, s. 634; Stoljar, s. 6. Günümüzde alışkın olduğumuz tabirler çerçevesinde düşünülecek olursa *covenant* davası sözleşmedeki taahhüde uygun davranılması talebini; *debt sur obligation* ise bonodaki para borcunun ödenmesi talebini içerir. Sezgisel olarak düşünüldüğünde, tarafların temel ilişkilerini doğrudan doğruya bir *covenant* ile kayıt altına almaları daha basit ve pratik görünmektedir. Bu doğrultuda sözleşme hukukunun *covenant* davası çerçevesinde şekillenmesi beklenir. Ancak tam aksine sözleşme hukuku *debt sur obligation* davası çerçevesinde şekillenmiştir. Bu tercihin olası sebepleri hakkında bkz. Milsom, s. 252-253.

temel hukuki kurum olmuştur[53]. Öyle ki *Ibbetson* bu bonoları, önemli sözleşmelerin akdedilmesi konusunda başvurulan esas yöntem olarak tanıtmaktadır[54]. Ceza bonosunun ticari hayatta üstlenmiş olduğu rol, pek çok yazar tarafından vurgulanmıştır[55]. Sonuç olarak *debt sur obligation* davası ve ceza bonolarının birlikte işlev kazanan popülerliği, *Tudor* döneminden neredeyse on dokuzuncu yüzyıla kadar yaklaşık üç yüzyıl boyunca sürmüştür[56]. Bu konuda Roma hukuku ve erken dönem İngiliz hukukunun arz ettiği benzerlik, dikkat çekicidir[57]. Her iki hukuk sistemi de, davalar sisteminin aksayan yönlerini telafi etmek üzere sözleşme cezasından yoğun olarak istifade etmiştir. İngiliz Orta Çağ hukukundaki ceza bonoları, tıpkı Roma hukukundaki *stipulatio poenae* gibi taahhütlerin yerine getirilmesini sağlamak üzere başvurulan temel hukuki kurum olmuş ve borçlar hukukunun itici gücü olarak kullanılmıştır. Bu birbirlerinden farklı bağlamların her ikisinde de ceza koşulunun bu denli yaygın bir uygulamaya sahip olmasının sebebi, söz konusu hukuk düzenlerinde aynen ifa talebinin her tür taahhüde ilişkin olarak genel kabul görmüş olmamasından ileri gelmektedir.

Borçlunun temel ilişkiye konu davranışı yerine getirmemesi üzerine geçersizleşme koşullu ceza bonosuna başvurmak isteyen alacaklının yapması gereken, bir *debt sur obligation* davası açmak suretiyle bonodaki borcun ifa edilmesini talep etmekten ibarettir. Koşulda belirtilen temel ilişkiye konu davranışın yerine getirilmemiş olduğunu, yani senedin hala geçerli olduğunu iddia etmesine gerek yoktur[58]. Borçlunun böyle bir davadaki hareket alanı, oldukça sınırlıdır.

Borçlu öncelikle, geçerliliği bir koşula bağlı olsun veya olmasın ***her tür bono*** bakımından ileri sürülmesi mümkün olan iki tür savunmadan birine dayanabilir. **1)** *Bono ile borçlanılan borcun zaten ifa edilmiş olduğu savunması:* Borçlunun, bono ile

[53] Orta çağ sözleşme hukukunun temel sözleşmesel ilişkiden bağımsız bir bonoyu esas alan *debt sur obligation* davasının çevresinde şekillenmiş olması, bu dönemdeki hukukun karakteristik özelliklerini de belirlemiştir. Bu davalarda yalnız bono dikkate alınmakta; temel ilişkiye ilişkin iddia ve savunmaların kural olarak hiçbir önemi bulunmamaktadır. Başka bir deyişle temel ilişki bonoların gerisinde kaybolmaktadır. Durum böyle olunca sözleşme hukukunun gelişiminde rol oynayacak tartışmalar mahkeme nezdinde gündeme gelmemiştir. Sonuç olarak *assumpsit* davası önem kazanıncaya kadar sözleşme hukuku kurumları konusunda kayda değer gelişmeler yaşanmamıştır (Baker, s. 324). Sözleşme hukuku, *common law*'un geç gelişim gösteren alanlarından biri olmuştur.

[54] David Ibbetson, A Historical Introduction to the Law of Obligations, Oxford University Press 1999, s. 30.

[55] Milsom, s. 251; R.C. Palmer, English Law, s. 63.

[56] Baker, s. 324.

[57] Zimmermann, Roman Foundations, s. 99; Atamer, Ceza Koşulu, s. 95.

[58] Stoljar, s. 9.

üstlenmiş olduğu borcu ifa ettiğini ileri sürmek suretiyle alacaklının talebini bertaraf etmesi mümkündür. Ancak *common law*, hukukumuzdaki "senede karşı senetle ispat" zorunluluğunu anımsatan bir kural barındırmaktadır. Özel şekil şartını sağlayan bir bonodaki borcu sona erdirecek veya değiştirecek herhangi bir hususun yine bu şekil şartını sağlayan bir senet dışındaki herhangi bir vasıtayla iddia edilebilmesi mümkün değildir[59]. Borçlunun bonodaki borcu ifa etmiş olduğuna yönelik savunması, ancak yazılı ve mühürlü olmak suretiyle özel şekil şartını sağlayan bir makbuz sunması hâlinde dikkate alınır[60]. Dolayısıyla bono ile üstlenmiş olduğu borcu ifa eden borçlu, ileride aynı borcu tekrar ödemek zorunda kalmamak için ya senedin imha edilmesini sağlamalı ya da ifayı ispat eden bir belge olarak alacaklıdan şekle tâbi bir makbuz almalıdır[61]. **2)** *Senedin sahte veya geçersiz olduğu savunması:* Borçlunun bir diğer imkânı, bononun sahte olduğunu ileri sürmektir. Aynı şekilde bononun borçlunun henüz ergin olmaması gibi belirli sebeplerden ötürü geçersiz olduğunu ileri sürmek de mümkündür[62]. Bu savunma bakımından senet zorunluluğu mevcut değildir[63].

Bunlara ek olarak dava konusu ***bononun geçerliliğinin bir koşula bağlı olduğu*** durumda yukarıdakilere ek olarak iki temel savunma imkânı daha mevcut olur. **1)** *Koşulun hâlihazırda yerine getirilmiş olması sebebiyle bononun geçersiz olduğu savunması:* Borçlu, temel ilişkiye konu davranışı yerine getirmek suretiyle ceza bonosundaki koşulu sağlamış ve böylelikle bonoyu geçersiz hâle getirmiş olabilir. Bu durum, alacaklının ifa talebinin bertaraf edilmesi amacıyla ileri sürülebilecek savunmalardan biridir. Bu savunmanın ileri sürülebilmesi bakımından borçlunun şekil şartına tâbi herhangi bir belge sunmasına gerek yoktur[64]. Başka bir deyişle borçlu temel ilişkiye konu davranışı yerine getirdiğini kayıt altına alan

[59] Simpson, s. 96; Baker, s. 324.
[60] Halson, para. 1.14.
[61] Simpson, s. 100. *Common law*'un bu konudaki şekilciliğinin en belirgin olduğu örneklerden biri *Glaston v. Abbot of Crowland* kararıdır. Davalı borçlu, davacının elindeki bononun kendi bonosu olduğunu kabul etmiştir. Ancak bonodaki borcu daha evvel ödediğini ve makbuz almak yerine senedi geri alıp sakladığını; davalının güç kullanmak suretiyle bonoyu kendisinden çaldığını belirten bir savunma yapmıştır. Mahkeme yine de bonodaki bedelin ödenmesi gerektiğine karar vermiştir. *Glaston v. Abbot of Crowland* (1330), Eyre of Northamptonshire, Selden Soc. Vol. 98, p. 665. Karar için bkz. John Baker, Baker and Milsom Sources of English Legal History: Private Law to 1750, Oxford University Press 2010, s. 330. Benzer bir başka karar için bkz. *Donne v. Cornwall* (1486), Y.B. Pas. 1 Hen. VII, fo. 14v, pl. 2 (C.P.). Karar için bkz. Baker, Baker/Milsom, s. 283 vd.
[62] R.C. Palmer, English Law, s. 70; Baker, s. 324.
[63] Simpson, s. 98-99.
[64] Simpson, s. 101; Baker, s. 324; Edith G. Henderson, "Relief From Bonds in the English Chancery: Mid-Sixteenth Century", The American Journal of Legal History C. 18 S. 4 (1974), s. 298 vd., s. 300; Halson, para. 1.14.

herhangi bir belgeye sahip olmasa dahi, koşulun sağlandığını ve bononun geçersiz hâle geldiğini iddia edebilir. Görüldüğü üzere bono ile borçlanılan borcun ifa edildiği savunması ve koşulda yer verilen temel ilişkideki taahhüdün yerine getirildiği savunması bu konuda birbirlerinden farklılaşmaktadır. Örneğin (A)'nın (B)'ye 100 £ ödünç verdiği; buna karşılık (B)'nin de (A)'ya bir bono verdiği ihtimali ele alalım. Bu durumda bononun ön yüzünde (B)'nin (A)'ya belirli bir tarihte 200 £ ödeme borcu altında olduğu kayıt altına alınacak; bononun arka yüzünde ise (B)'nin (A)'ya 100 £ ödemesi durumunda bononun geçersiz hale geleceği belirtilecektir. İşte böyle bir bonoya istinaden açılacak davada (B), belirtilen tarihten evvel 100 £ ödeme koşulunu yerine getirdiğini ve ceza bonosunun geçersiz hâle geldiğini herhangi bir makbuza sahip olmasa dahi ileri sürebilir. Koşulun yerine getirilip getirilmediği konusundaki belirleyici kararı jüri verecektir[65]. Oysa (B) belirtilen tarihe kadar gerçekten de 100 £ ödeme koşulunu yerine getiremediğini ancak daha sonra 200 £ ödemek suretiyle ceza bonosunu ifa ettiğini ileri sürmek istiyorsa, savunmasının dikkate alınabilmesi bakımından özel şekle tâbi bir makbuz sunması gerekmektedir.

2) *Koşulun belirtilen yer ve zamanda yerine getirilmek istendiği, ancak alacaklı sebebiyle yerine getirilemediği savunması:* Borçlunun temel ilişkideki taahhüdü bonoda belirtilen yer ve zamanda yerine getirmek konusunda gerekli adımları attığı fakat alacaklının kabulden kaçınmak suretiyle bunu engellediği durumda da borçlu bonodaki cezayı ödemekten kaçınabilecektir[66]. Şüphesiz bu durumun da bir savunma olarak ileri sürülmesi bakımından şekle tâbi herhangi bir belge aranmayacaktır.

[65] Bu noktada, orta çağ yargılama hukukunda günümüz hukukundaki gibi bir ispat yükünün *(burden of proof)* bulunmadığı hatırlatılmalıdır. Asıl belirleyici olan, iddia yüküdür *(burden of pleading)*. Tarafların iddia yükünü yerine getirmeleri bakımından, jüriyi ikna edecek herhangi bir delil sunmalarına gerek yoktur. Jürinin tarafların sunduğu delilleri değerlendirmeye alması mümkündür; fakat taraflar herhangi bir delil sunmuş olmasa bile jüri konu hakkındaki kendi bilgisine dayanmak suretiyle sonuca varacaktır. Zira bu dönemde jüri üyeleri uyuşmazlık konusu olay hakkında bizzat bilgi sahibi olan veya bilgi edinebilecek kişilerden seçilmekte, bu kişiler konuya ilişkin bildiklerine dair tanıklık yaparak kendi bilgileri dahilinde bir karara varmaktadır. Sonuç olarak, davacının elinde bulundurduğu bonoya dayanarak ödeme talebinde bulunduğu durumda, koşulun yerine geldiğini ve bononun geçersizleştiğini iddia yükü davalıdadır. Kimi durumlarda davalının iddiada bulunabilmesi ve iddia yükünü yerine getirmesi bakımından şekle tâbi bir belgenin varlığı aranır; oysa bonodaki koşulun yerine geldiğine ilişkin bir iddia bakımından böyle bir belgeye gerek yoktur. Dolayısıyla davalının yalnızca sözlü olarak koşulun yerine geldiğini iddia etmesi yeterlidir. Bu noktadan sonra jürinin davalı lehine karar vermesi, davalının iddiası kendi bilgisi ile örtüşüyorsa mümkündür. Bu konuda bkz. Simpson, s. 101-102.

[66] Henderson, s. 300; Halson, para. 1.14.

Borçludan kaynaklanmayan mücbir sebep gibi durumlar da bu çerçevede değerlendirilebilir[67].

Borçlunun bunlar dışında herhangi bir gerekçeyle ödeme yapmaktan kaçınması mümkün değildir. Özellikle temel ilişkiden kaynaklanan savunmaların bu konuda hiçbir önemi bulunmamaktadır. Örneğin temel ilişki konusunda borçlunun aldatılmış olması, bononun ödenmesi talebine etki etmez[68].

C. *Equity*'nin Borçlulara Sunduğu Cezadan Kurtulma İmkânı ve Bu İmkânın Genişlemesi

Ceza bonolarının *common law* mahkemeleri nezdinde kavuştuğu yaygın uygulama, adil olmayan çeşitli sonuçlara yol açmıştır. En önemli sorun, mahkemenin bonodaki koşulun yerine gelip gelmediği konusunda oldukça sert bir inceleme yapmasından ileri gelmektedir. Koşulun yerine geldiğinin ve bononun geçersiz hâle geldiğinin kabul edilebilmesi için borçlunun koşulda belirtilen davranışı harfiyen sıkı sıkıya yerine getirmiş olması aranır[69]. Bunun sonucu olarak, temel ilişkiye konu davranışı yerine getirmek konusunda geç kalan borçlu daha sonra bu davranışı yerine getirmeyi teklif etse dahi cezayı ödemekten kurtulamamaktadır[70]. Yukarıda örnek gösterilen durumda (B), ödeme tarihini bir gün ile bile olsa kaçırdığı takdirde 200 £

[67] John Baker, The Oxford History of the Laws of England Volume VI 1483-1558, Oxford University Press 2003, s. 826-828.

[68] R.C. Palmer, English Law, s. 71; Henderson, s. 300; Halson, para. 1.14.

[69] Simpson, s. 102. Mahkemelerin bonodaki koşullara sıkı sıkıya bağlılığı neticesinde ortaya çıkan uygulamanın toplum nezdinde nasıl dehşet yarattığı, *William Shakespeare*'in o dönemde kaleme almış olduğu Venedik Taciri *(Merchant of Venice)* eseri üzerinden gözlemlenebilir (Loyd, s. 122-123; Halson, para. 1.13). Eserde Antonio, Bassanio'ya yardım etmek üzere Yahudi tefeci Shylock'tan bir miktar para ödünç alır. Shylock bu borca karşılık Antonio'dan kendisine bir senet vermesini ister. Senet Shylock'a Antonio'nun vücudundan bir libre ağırlığındaki istediği parçayı kesip alabilme hakkı vermekte olup, ödünç alınan paranın zamanında ödenmesi koşulunda geçersizleşecektir. Antonio borcu zamanında ödeyemez; işte bunun üzerine Venedik Dükü huzurunda görülen dava, adeta *common law* mahkemelerinin ceza bonosu konusundaki katı uygulamalarının parodisi mahiyetindedir. Bassanio, alınan borcun iki katını ödemeyi teklif ederek Antonio'yu kurtarmaya çalışır; ama Shylock senetteki koşulun harfiyen uygulanması ve bir librelik parçanın Antonio'nun kalbinin olduğu yerden çıkarılarak kendisine verilmesi konusunda ısrar eder. Bunun üzerine aslında kendisi de Antonio'yu kurtarmak isteyen Venedik Dükü'nün eli kolu bağlanır. Bu noktada bir hukukçu kılığında ortaya çıkan Portia, açmazı ancak yine senedin kendisini ileri sürmek suretiyle çözer. Portia'nın da belirttiği üzere, senet Shylock'a yalnızca bir librelik vücut parçası alma hakkı vermekte; fakat kan akıtma hakkı tanımamaktadır. Shylock vücut parçasını almak üzere Antonio'nun kanını akıtacak olursa, hakkı olmaksızın bir Hristiyanın kanını akıttığı için cezalandırılabilecektir. Bunu duyan Shylock, senet konusundaki ısrarından vazgeçer. Eserin yer yer antisemitizme vardığı için eleştirilen Yahudi tiplemesi bir kenara koyulacak olursa dönemin hukukunun algılanış biçimine ilişkin verdiği ipuçları son derece ilgi çekicidir. Venedik Taciri ve hukuk arasındaki ilişkiye dair kaleme alınmış zengin literatürden bir örnek için bkz. Tim Stretton, "Contract, Debt Litigation and Shakespeare's the Merchant of Venice", Adelaide Law Review C. 31 (2010) s. 111 vd.

[70] R.C. Palmer, English Law, s. 87; Henderson, s. 301.

ceza ödemek zorunda kalacaktır. Daha sonra 100 £'u faiz ve diğer masraflar ile birlikte ödemeyi teklif etmiş olsa dahi cezayı ödemekten kurtulması mümkün olmaz. Dahası ödemeyi yapamamasının kendi özel durumundan kaynaklanan haklı sebepleri olsa bile bu durum değişmeyecektir. Bonodaki ceza miktarının temel ilişkiye konu davranışın genellikle iki katı olarak belirlendiği düşünülecek olursa, borçlunun içine düştüğü zor durum daha iyi anlaşılır[71]. Bu noktada *common law* mahkemelerinin uygulamalarının yol açtığı adil olmayan sonuçlara karşı bir çare geliştirmek üzere *equity law* devreye girmiştir.

Bu bağlamda yapılan açıklamaların daha net biçimde anlaşılabilmesi için öncelikle İngiliz hukukundaki *common law* ve *equity law* ayrımına kısaca değinilmesi yerinde olacaktır. Esasen *common law* kavramının farklı anlamlarda kullanılması mümkündür. Geniş anlamıyla *common law*, içtihat hukuku özelliği gösteren İngiltere ve ABD gibi hukuk sistemlerini çatısı altında toplayan bir hukuk geleneğini ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Bu anlamıyla *common law*'un karşıtı, *civil law* kavramıdır. Çalışmamızda *common law* kavramının bu anlamını yansıtmak üzere, Anglo-Amerikan hukuk sistemi ifadesi tercih edilmiştir. Diğer yandan dar anlamıyla *common law,* bu hukuk geleneğine mensup bir hukuk sisteminin (örneğin İngiliz hukuk sisteminin) belirli bir bölümünü ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Bu anlamıyla *common law*'un karşıtı, *equity law* kavramıdır[72]. İngiliz hukuku, on beşinci yüzyıldan itibaren *common law* ve *equity law*'dan müteşekkil ikili bir hukuk düzeni görünümü sergilemiştir. *Common law*, İngiliz hukukunun çekirdeğini oluşturmuş; *equity law* ise bu çekirdekteki kuralların hakkaniyete uygun bir şekilde uygulanabilmesi için tamamlayıcı rol üstlenmiştir. *Common law,* 1066 yılındaki Norman istilasının ardından güçlenmeye başlayan merkezi yönetime paralel olarak faaliyete geçen krallık mahkemeleri *Court of King's Bench*, *Court of Common Pleas* ve *Exchequer* eliyle gelişen hukuktur. O dönemde hâlâ yerel teamüllere dayalı olarak faaliyet göstermekte olan yerel mahkemelerden farklı olarak krallık mahkemeleri, içtihatları vasıtasıyla tüm krallık bakımından "ortak *(common)* olan hukuku" ortaya koymuştur[73]. Ancak şekilci bir düşünce yapısının hâkim olduğu *common law* sisteminin, adaleti sağlamak bakımından tek başına yeterli olmadığı zaman içerisinde anlaşılmıştır. *Writ* sisteminin katılığı, ispat kurallarının sertliği ve jüri yargılamasının

[71] Milsom, s. 251 dn. 2; R.C. Palmer, English Law, s. 63; Baker, s. 324.
[72] Bu konuda bkz. Durgun Arslan, s. 10 dn. 25.
[73] Krallık mahkemelerinin yapısı ve tarihi gelişimi hakkında bkz. Baker, s. 37 vd.

belirsizlikleri de sistemin işleyişi bakımından bazı sıkıntılar doğurmuştur. Ayrıca zaman ilerleyip içtihat hukukunun ürettiği kurallar belirgin hale geldikçe muhafazakâr bir tutum benimsenmiştir. Hâkimler mevcut kurallara sıkı sıkıya bağlı kalmış ve ferdi davalara ilişkin istisnalar yaratmaktan kaçınmıştır. *Common law*'un bu açmazları, *Court of Chancery* eliyle gelişen *equity law* vasıtasıyla çözülmüştür. *Court of Chancery*'nin başında günümüzdeki adalet bakanı makamına karşılık geldiği söylenebilecek *Chancellor* bulunmaktadır. *Equity law*'un temel düsturu hakkaniyettir. Böylelikle şekilcilikten uzak, krallık mahkemelerine kıyasla daha ucuz ve hızlı bir hukuki mekanizma devreye sokulmuştur[74].

İşte *equity*, pek çok hukuki kavramda olduğu gibi ceza bonoları konusunda da hakkaniyete aykırı sonuçlara karşı bir çare sunmak üzere on altıncı yüzyıl civarında devreye girmiştir. *Equity*'nin bu konuda benimsediği yaklaşımın kökenini anlayabilmek bakımından, VIII. Henry döneminde 1525-1529 tarihleri arasında *Chancellor* olarak görev yapmış Sir Thomas More'un sözleri çarpıcı bir örnek sunmaktadır. Şöyle ki More, *common law* mahkemelerinde görev yapan yargıçları *Chancellor* sıfatına istinaden bir araya toplamış ve onlardan ceza bonosundaki ödeme tarihini kaçırmış olan ancak daha sonra ana para, faiz ve masrafların tamamını ödeyen bir borçluyu ceza ödemekle yükümlü tutmamalarını istemiştir. Ancak yargıçlar mevcut içtihatla bağlı olmaları sebebiyle böyle bir şey yapmalarının mümkün olmadığını belirtmişlerdir. Bunun üzerine More, *"Tanrı şahidi olsun ki",* bunu *common law* mahkemesi kararının uygulamasını durduracak bir emir *(injunction)* vasıtasıyla bizzat kendisinin sağlayacağını dile getirmiştir[75]. Ancak ceza bonolarının borçlularını alacaklılara karşı koruyacak böyle genel bir çarenin sunulması More'un bu sözlerine rağmen uzun zaman almış ve aşağıda incelenecek pek çok gelişmeden sonra mümkün olmuştur.

[74] *Court of Chancery* ve *Equity* hakkında bkz. Baker, s. 97 vd. İngiliz hukukunun bu ikili yapısı, bu mahkemelerin tümünü *Supreme Court of Judicature* çatısı altında toplayan 1873 ve 1875 tarihli *Judicature Acts* vasıtasıyla en azından görünüşte ortadan kaldırılmıştır. Nitekim günümüzde de bu mahkemeler aynı çatı altındaki varlıklarını *Supreme Court of England and Wales* bünyesinde sürdürmektedir. Ancak buna rağmen sistem içerisinde *common law* ve *equity law*'un bağımsız karakterlerini korudukları konusunda ileri sürülen görüşler mevcuttur. Bu konudaki tartışma hakkında bkz. Robert Pearce / John Stevens, The Law of Trusts and Equitable Obligations, Oxford University Press 2006, s. 11 vd.

[75] Thomas More'un bu sözleri, Lord Mansfield tarafından bir kararda aktarılmıştır; bkz. *Wyllie v. Wilkes,* 99 E.R. 331 (1780), s. 333.

Chancery Mahkemesi'ndeki kayıtlar, sistematik olarak ancak 1543 veya 1544 yılında tutulmaya başlanmıştır[76]. Dolayısıyla bu tarihten evvel söz konusu mahkemenin bu konuda sergilemiş olduğu tutumun net olarak ortaya koyulması oldukça zordur. Yine de hukuk tarihçileri *Turner* ve *Simpson*, mahkemenin borçluları çeşitli durumlarda bonoları ödemekten kurtardığını gösteren bazı örneklere henüz on beşinci yüzyıldayken rastlandığını belirtmektedir[77]. Keza *Baker*, 1494 tarihinde verilmiş olan bir karardan bahsetmekte ve alacaklının uğradığı zarardan daha fazlasını almasına imkân tanıyacak bir cezanın uygulanmasının mahkeme eliyle engellendiğini ifade etmektedir[78]. Fakat bu erken örneklere rağmen, *Chancery* Mahkemesi'nin borçluyu bonodaki cezayı ödemekten kurtarma konusunda belirgin bir müdahalesinin bulunduğunu gösteren tutarlı kayıtlara Kraliçe I. Mary ve Kraliçe I. Elizabeth dönemlerinden evvel rastlamak mümkün değildir[79]. Dolayısıyla bu erken dönem bir yana bırakılırsa, mahkemenin on altıncı yüzyılın ortası itibariyle böyle bir uygulamaya sahip olduğu her halükârda kesin olarak anlaşılmaktadır[80]. *Chancery* Mahkemesi'nin kayıtları üzerinde detaylı bir inceleme yapmış olan *Henderson*, 1544-1568 arasında bu konuya ilişkin olarak kayıtlara geçmiş olan otuz dört dava bulunduğunu belirtmektedir[81]. Öyle ki, borçluyu ceza bonolarını ödemekten kurtarma uygulaması on altıncı yüzyılın sonunda belirli özellikleri taşıyan davalar açısından adeta rutinleşmiştir[82].

Bu rutin uygulama çerçevesinde dikkat edilmesi gereken nokta, mahkemenin borçluya bir çare sunmak için temel ilişkiye konu davranış ile bonodaki ceza arasında mevcut bir orantısızlıktan fazlasını aramış olmasıdır. Mahkemenin bu dönemdeki bakış açısına göre, bonoda belirlenen borcun ceza niteliği taşıması ve bu itibarla taraflar arasında eşitsiz bir mübadele ilişkisi yaratması müdahale için başlı başına yeterli değildir. Somut olayın koşulları neticesinde, bunun ötesinde bir hakkaniyete aykırılık meydana gelmiş olmalıdır[83]. Bu tespitin bir örneğini *Chamberlyn v. Iseham* kararında görmek mümkündür. Karara konu olan olayda

[76] Henderson, s. 298.
[77] R. W. Turner, The Equity of Redemption: Its Nature, History and Connection with Equitable Estates Generally, Cambridge University Press 1931, s. 24; Simpson, s. 118.
[78] Baker, Oxford History of the Laws, s. 823. Karar için bkz. *Sir William Capell's Case* (1494), Port 13.
[79] Turner, s. 24; Simpson, s. 118.
[80] Henderson, s. 298; Halson, para. 1.16.
[81] Henderson, s. 299. Bu dönemde borçluya cezadan kurtulma imkânı tanınan örnek davalar için bkz. Henderson, s. 302-304.
[82] Henderson, s. 299; Halson, para. 1.16.
[83] Simpson, s. 119; Henderson, s. 299; Muir, s. 504-505; Halson, para. 1.16.

borçlu alacaklıya, temel ilişkideki 20 marklık (yaklaşık 13 £) taahhüdüne istinaden 400 £'luk bir ceza bonosu vermiştir. Ancak ilgili günde Kral'ın hizmetinde olması sebebiyle bononun ödeme tarihini kaçırmış ve bonodaki cezayı ödemek zorunda kalmıştır. Görüldüğü üzere, temel ilişkiye konu davranış ile bonodaki ceza arasında aşırı bir orantısızlık mevcuttur; *Chancery* Mahkemesi de vermiş olduğu karar ile borçluyu cezayı ödemekten kurtarmıştır. Ancak mahkeme gerekçe olarak, bu orantısızlıktan ziyade; borçlunun Kral'ın hizmetinde olması sebebiyle ödeme tarihini kaçırmış olmasına ve alacaklıya iletilmek üzere temel ilişkiye konu davranış olan 20 markı mahkemeye hâlihazırda ödemiş olmasına dayanmıştır[84]. Keza on altıncı yüzyıl sonundaki *Chancery* mahkemesi uygulamasını kayıt altına almak üzere 1601 yılında kaleme alınmış olan bir eserden de bu husus anlaşılmaktadır. Buna göre mahkeme, borcunu gününde ödemek üzere ödeme yerine gitmekte olan fakat parası yolda çalınan veya başka bir talihsizlik sebebiyle ödeme yerine zamanında ulaşamayan borçluyu ödeme gününü takiben kısa zaman içerisinde borcunu ödemesi koşuluyla koruyacaktır. Bu ve benzer durumlarda alacaklı, temel ilişkiye konu davranışın ifası ve zararına istinaden makul miktardaki tazminatın ödenmesiyle yetinmelidir[85].

Görüldüğü üzere bu dönemde, somut olayın koşulları özel bir hakkaniyete aykırılık durumu yaratmadığı müddetçe borçlunun ceza bonolarına karşı genel bir hukuki çare vasıtasıyla korunması henüz söz konusu değildir. Ancak on altıncı yüzyıl sonlarından itibaren *equity*'nin ceza bonosu borçlularına karşı sunmuş olduğu bu çarenin kapsamı genişlemiştir[86]. Bonoda belirlenen borcun ceza niteliği taşıması ve taraflar arasında eşitsiz bir mübadele ilişkisi yaratması başlı başına yeterli kabul edilmiş; bunun ötesinde ayrıca bir hakkaniyete aykırılık aranmamıştır. Bu doğrultuda bir para bonosunun (para borcuna karşılık verilen ceza bonosunun) borçlusunun, ödeme tarihini kaçırmış olsa bile ana para, faiz ve masrafları ödemek koşuluyla bonodaki cezadan kurtulması kural olarak mümkün hâle gelmiştir. Aynı şekilde bir ifa bonosunun (taraflar arasında mevcut bir anlaşma uyarınca para borcu dışındaki bir edimin yerine getirilmesine karşılık verilen ceza bonosunun) ödeme tarihini kaçıran borçlu da temel ilişkiye konu davranışı yerine getirmemesinden kaynaklanan

[84] *Chamberlyn v. Iseham* (1557).

[85] George Cary (out of the labours of William Lambarde (Sir)): Reports, or Causes in Chancery, Stevens and Sons, London 1872 (Çevrimiçi Erişim: https://catalog.hathitrust.org/Record/009709638). s. 1-2.

[86] Simpson, s. 119; Muir, s. 505; Halson, para. 1.16. Bu genişleme süreci hakkında bkz. Loyd, s. 119-120.

zararı telafi etmek ve masrafları ödemek koşuluyla kural olarak bonodaki cezadan kurtulabilecektir[87]. Ana kural, ceza bonosunun borçlusuna cezadan kurtulma imkânı sunulmasıdır; bu kurtuluş imkânı somut olayın koşulları ışığında hakkaniyete aykırılık teşkil edecekse ancak o zaman borçlu istisna olarak cezayı ödemekle yükümlü tutulacaktır[88]. Lord Nottingham'ın *Chancellor* olduğu 1675 yılı itibarıyla *equity* hukukunda hâkim olan maksimleri derleyen Francis'in belirlediği on dört maksimden on ikincisi bu ana kurala ilişkindir: Telafinin mümkün olduğu durumda cezaya başvurulması hakkaniyete aykırıdır[89]. Anlaşıldığı üzere *equity*'nin bu konudaki müdahalesi, alacaklının gecikme sebebiyle uğradığı zararın telafi edilmesinin mümkün olduğu durumda borçluya bunu aşan bir ceza ödetilmesinin hakkaniyete aykırı olduğu düşüncesine dayanmaktadır[90].

Bu düşüncenin pratik sonucunu, *Tall v. Ryland*[91] kararında gözlemlemek mümkündür. Karara konu olan olayda komşu iki balık satıcısından biri diğerine medeni bir şekilde davranma ve komşusunun mallarını kötülememe koşuluyla 20 £'luk bir ceza bonosu vermiştir. Ancak bir süre sonra potansiyel bir müşteriye komşusunun balıklarının kötü koktuğunu söyleyerek temel ilişkiye konu davranışı yerine getirmemiştir. Bunun üzerine bono alacaklısı, komşusu balıkçıyı 20 £'u ödemesi için dava etmiş; komşu balıkçı ise *equity*'ye başvurarak kendisine kurtuluş imkânı sunulmasını talep etmiştir. Mahkeme, bonodaki koşulun dostluğun ve komşuluğun korunması menfaatine yönelik olduğunu ve bu menfaatin ihlali durumunda uğranacak zararı hesaplamanın mümkün olmadığını tespit etmiştir. Temel ilişkiye konu davranışın yerine getirilmemesi üzerine uğranan zararı hesaplamak mümkün olmadığı için tarafların belirlemiş olduğu ceza miktarına hükmedilmesinin uygun olduğuna karar vermiş; borçluya herhangi bir kurtuluş imkânı sunmamıştır. Ancak bonodaki miktar çok daha fazla, örneğin 100 £ olmuş olsaydı farklı bir değerlendirme yapmak gerekeceğini de belirtmiştir[92]. Bu karar, ileride çok ciddi tartışmalara yol açacak olan ceza kaydı ile götürü tazminat kaydı ayrımının henüz bu dönemde filizlendiğini göstermesi itibarıyla ayrıca dikkate

[87] Simpson, s. 120.

.

[88] Turner, s. 26-27.

[89] Richard Francis (William Waller Hening (ed.)): Maxims of Equity, Richmond, Shepard and Pollard, printers, 1823. (Çevrimiçi Erişim: https://catalog.hathitrust.org/Record/010450039), s. 52 vd.

[90] Simpson, s. 120-121.

[91] *Tall v. Ryland*, 22 E.R. 753 (1670).

[92] *Tall v. Ryland*, 22 E.R. 753 (1670).

değerdir. Haklı olarak *Loyd,* söz konusu kararı sözleşme cezası ile götürü tazminat kavramları arasındaki ayrımın mahkemenin düşünme biçimine yön verdiği erken örneklerden biri olarak nitelendirmektedir[93].

D. *Equity*'nin Çözümünün *Common Law* Çerçevesinde Benimsenerek Genelleşmesi

Equity'nin ceza bonoları konusunda geliştirdiği bu borçluyu koruyucu tavır, zaman içerisinde *common law*'u da etkilemiştir. Aslında *equity* hukukunun kaynağı olan *Chancery* Mahkemesi ile *common law* hukukunun kaynağı olan krallık mahkemeleri arasında öteden beri bir çekişme mevcut olmuştur. Her iki kanat da hukuk sistemi içindeki etkinliği ve önemini diğeri aleyhine arttırma mücadelesi içindedir. Bu mücadele kimi zaman *common law* mahkemelerinin *equity*'nin aksi yöndeki çözümlerine rağmen kendi pozisyonunu ısrarla koruması ile sonuçlanmıştır. Böyle durumlarda *common law*, kendi kurallarını katı bir biçimde uygulamaya devam etmiş; *equity* bu kuralların hakkaniyete aykırı sonuçlar ürettiği ölçüde taraflara ferdi davalarda çeşitli çareler sunarak belirli bir esneklik alanı yaratmıştır. Ancak ceza bonoları konusunda farklı bir durum söz konusu olmuştur. *Common law, equity* hukukundaki gelişmelere karşı kayıtsız kalmamış; sözleşme cezalarının uygulanması konusunda önceden benimsediği tavizsiz yaklaşımı değiştirmiştir. Zira bu dönemde *common law* mahkemelerinin aksi yönde bir tutum benimsemesi ve sözleşme cezalarının sert bir biçimde uygulanması konusunda ısrarcı olması, sistemdeki etkinlik ve önemlerinin ciddi şekilde aşınması sonucunu doğuracaktır[94]. Şöyle ki *Chancery* Mahkemesi borçluya kurtulma imkânı sunmak konusunda bizzat cezanın varlığından öte özel bir hakkaniyete aykırılık aramadığı için, ceza ödemek zorunda kalan borçlular her daim *equity*'ye başvuracak ve *common law* mahkemelerinin kararları sürekli olarak bertaraf edilmiş olacaktır[95]. Sonuç olarak *common law*, kapsamı tartışmalı olmakla birlikte *equity*'ye paralel olarak ceza

[93] Loyd, s. 128.
[94] Halson, para. 1.18 dn. 106.
[95] *Common law* mahkemelerinin *equity* ilkelerine karşı kayıtsız kalamaması, mahkemeler arasındaki çekişmenin *common law* mahkemeleri aleyhine sonuçlanmış olmasının bir sonucudur. *Common law* ve *equity* mahkemeleri arasındaki uygulama farklılıkları, kaçınılmaz olarak sistem içerisinde bir gerginliğe yol açıyordu. Bu durum, *The Earl of Oxford's Case* ((1615) 1 Reports in Chancery 1) ile birlikte zirveye ulaşmıştı. *Court of King's Bench* ve *Court of Chancery*'nin konuya ilişkin farklı kararlara varması üzerine sorun nihai olarak Kral Birinci James tarafından çözüldü: Kral, common law ve equity ilkelerinin birbirleriyle çatışması durumunda, eqity ilkelerinin öncelikle uygulanacağına karar verdi. Dava hakkında bkz. David Ibbetson, "The Earl of Oxford's Case (1615)", Charles Mitchell/Paul Mitchell, Landmark Cases in Equity, 2012, s. 1 vd.

bonolarının borçlularını koruyucu bir tavır benimsemiştir. Şöyle ki, *common law* mahkemelerinin ifa bonoları (taraflar arasında mevcut bir anlaşma uyarınca para borcu dışındaki bir edimin yerine getirilmesine karşılık verilen ceza bonoları) konusundaki tutumu net değildir[96]. Ancak para bonolarına (para borcuna karşılık verilen ceza bonolarına) ilişkin olarak 1670'lerin ortalarından itibaren *equity* ilkelerinin uygulandığı şüphesizdir[97]. *Common law* mahkemeleri, para bonosunun ödenmesini talep eden alacaklıyı ceza yerine ana para, faiz ve masraflardan oluşan tutarı kabul etmeye zorlamak üzere bir yöntem geliştirmiştir. Buna göre alacaklı ana para, faiz ve masraflardan oluşan tutarı kabul etmediği müddetçe, borçluya taraflar arasında bir uzlaşmaya varılmasını sağlamak üzere daimi bir süre *(imparlance)* verilmekte; böylelikle dava süreci durdurulmaktadır[98]. Bu durum karşısında alacaklı cezanın ödenmesi konusundaki ısrarından vazgeçmek zorunda kalmaktadır.

Equity etkisiyle *common law*'da da kendisine yer bulan bu ceza bonosu karşıtı tavır, 1696 ve 1705 tarihli iki kanun vasıtasıyla perçinlenmiştir[99]. Söz konusu kanunlar *equity* ile *common law*'da bu tarihe kadar ortaya koyulmuş olan içtihadı düzenli hâle getirmiş olmaları itibarıyla önem taşımaktadır. 1696 tarihli ilk kanun[100], ifa bonolarına ilişkindir. Alacaklının temel ilişkiye konu davranışın yerine getirilmediği iddiasıyla bonodaki cezanın ödenmesini talep ettiği durumda öncelikle jüri devreye girecek ve alacaklının bu ihlal neticesinde uğramış olduğu zarara istinaden bir tazminat belirleyecektir. Dava sonucunda mahkeme bonoda kararlaştırılmış cezanın tamamının ödenmesine hükmedecek; ancak borçlu jürinin belirlemiş olduğu tazminatı ve masrafları ödemek suretiyle mahkeme kararının icrasına karşı koyabilecektir[101]. Bunu takiben birkaç yıl sonra çıkan 1705 tarihli ikinci kanun[102], özel olarak para bonolarına ilişkin düzenlemeler içermektedir.

---

[96] *Simpson, common law* mahkemelerinin ifa bonoları konusunda *equity* ilkelerini uyguladığını iddia eden yazarları ve onların bu konuda dayandıkları kayıtları ikna edici bulmamaktadır; bkz. Simpson, s. 122.

[97] Turner, s. 33; Simpson, s. 122; Halson, para. 1.18.

[98] D. E. C. Yale, Lord Nottingham's 'Manual of Chancery Practice' and 'Prolegomena of Chancery and Equity', Cambridge University Press, 1965, s. 203; Simpson, s. 122; Halson, para. 1.18.

[99] Simpson, s. 122; Baker, s. 325; Halson, para. 1.18. Kanunların uygulandığı örnek kararlar için bkz. Loyd, s. 126 dn. 40.

[100] Kanun metni için bkz. An Act for the Better Preventing Frivolous and Vexatious Suit 1696, 8 & 9 Will. 3 c. 11, *in* The Statutes of Realm, Vol. 7, (Repr. 1963), London, s. 201. Söz konusu kanuni düzenleme 1957 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır.

[101] Simpson, s. 122; Halson, para. 1.18.

[102] Kanun metni için bkz. An Act for the Amendment of the Law and the Better Advancement of Justice 1705, 4 & 5 Anne c. 3, *in* The Statutes of Realm, Vol. 8, (Repr. 1963), London, s. 458. Söz konusu kanuni düzenleme 1948 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır.

Alacaklının temel ilişkiye konu paranın ödenmediği iddiasıyla bonodaki cezanın ödenmesini talep ettiği durumda borçlu, ana para, faiz ve masraflardan oluşan tutarı alacaklıya iletilmek üzere mahkemeye ödediği takdirde sorumluluktan kurtulacaktır[103]. Bazı mahkeme kararlarında belirtilmiş olduğu üzere bu kanunlar, ceza bonolarının ötesinde sözleşmede yer alan ceza kayıtları bakımından da uygulama alanı bulacaktır[104].

Bu gelişmeler neticesinde ceza bonosunun alacaklının zararını telafi etmenin ötesinde herhangi bir işlevi kalmamıştır. Alacaklının böyle bir bono vasıtasıyla uğradığı zararı aşacak bir ödemeye hak kazanması mümkün değildir. Ancak ceza bonosu, uygulamadaki yerini bu tarihten sonra dahi neredeyse on dokuzuncu yüzyıla kadar korumuştur; zira söz konusu bononun alacaklı nazarında sağladığı bazı avantajlar varlığını sürdürmüştür. Öncelikle mahkemelerin ifa bonosuna ilişkin olarak bonodaki cezanın tamamının ödenmesine hükmediyor olması, borçlunun borcun tahsili sürecinde maruz kalabileceği zarar ve yapmak zorunda kalabileceği masraflara karşılık teminat işlevi görmektedir. Ayrıca bonolar zamanaşımı konusunda da alacaklıya elverişli bir konum sağlamaktadır[105]. Ancak bu gibi avantajların zaman içerisinde ortadan kalkması ile birlikte ceza bonoları popülaritesini kaybetmiştir[106]. Sonuç olarak hâkim sözleşme cezası uygulaması, ceza bonosu formundan günümüzdeki modern ceza koşulu formuna doğru evrilmiştir[107]. Modern uygulama çerçevesinde, temel ilişkiye konuda davranış asıl borç olarak düzenlenmektedir; ceza, bu taahhüdün ihlal edilmesi durumunda devreye girecek bir tâli borçtur.

Bu modern ceza koşulu formunun, ceza bonolarının ortaya çıkmasından evvel on üçüncü yüzyılda uygulamayı domine etmiş olan ceza kayıtları ile taşıdığı benzerlik oldukça şaşırtıcıdır. Sözleşme cezası uygulaması, yüzyıllar sonra şekli olarak yeniden aynı noktaya dönmüştür. Fakat on üçüncü yüzyılda sözleşmesel cezalara karşı son derece liberal bir tutum sergileyen mahkemelerin konuya bakış açısı aradan geçen zaman içerisinde ciddi şekilde değişmiştir. Ceza bonosu

[103] Simpson, s. 122; Halson, para. 1.18.
[104] Edelman, McGregor on Damages, para. 16-006. Örnek kararlar için bkz. *Betts v. Burch*, 157 E.R. 938 (1859), s. 940; *Wall v. Rederiaktiebolaget Luggude*, [1915] 3 K.B. 66, s. 72.
[105] Baker, s. 325.
[106] Baker, s. 325. Bununla birlikte günümüzde dahi nadiren bu tür bonolara rastlamak mümkündür; bkz. Simpson, s. 124-125.
[107] Edelman, McGregor on Damages, para. 16-005; Halson, para. 1.20.

konusunda gelişen miras, süreç içerisinde başka bir sözleşme cezası uygulaması örneği olan ceza kayıtlarına karşı tavır üzerinde de etkili olmuştur. Borçluyu ceza bonosunu ödemekten kurtarmak üzere sunulan çarenin sözleşmelerde yer alan alelade ceza kayıtlarına da yayıldığını gösteren erken örneklerden biri 1613 tarihli *Sir Baptist Hicks v. Goates* kararıdır[108]. Dava, bir arazinin satışını konu almaktadır. Taraflar arasındaki anlaşma uyarınca arazinin gerçek yüz ölçümünün sözleşmede belirtilen yüz ölçümünden daha az çıkması durumunda satıcı, her bir akre (arazi ölçü birimi) için alıcıya belirli bir miktar para ödemekle yükümlü olacaktır. Somut olayda alıcı arazinin gerçek yüz ölçümünün sözleşmede belirtilen yüz ölçümünden eksik olduğunu tespit etmiş ve kendisine buna karşılık gelen miktarın kendisine ödenmesini talep etmiştir. Mahkeme, her bir eksik akre başına belirli bir miktar para ödenmesi yükümlülüğünü ceza olarak nitelendirmiş ve borçluyu bu yükümlülükten kurtarmıştır. Bunun yerine jüriye alıcının uğradığı zarara istinaden hakkaniyetin gerektirdiği ölçüde bir tazminat belirlemesi talimatı vermiştir[109]. Sonuç olarak bu mirası devralmış olan modern dönem hukuku, sözleşme cezalarına ilişkin olarak sert bir tavır benimsemiş; ceza kayıtlarına geçit vermemiştir.

E. On Dokuzuncu Yüzyılda Sözleşme Özgürlüğü Kavramının Yükselişi Karşısında Ceza Kayıtları

On dokuzuncu yüzyıl başına gelindiğinde mevcut olan tabloya göre, borçlunun ceza koşulu içeren bir sözleşmeyi ihlal etmesi durumunda alacaklının iki yoldan birini tercih etmesi mümkündür. Alacaklı dilerse *debt* davası açmak suretiyle sözleşmede belirlenmiş olan cezanın kendisine ödenmesini talep edebilir. Ancak alacaklının bu yolu tercih etmesi durumunda sözleşme cezası konusunda mevcut sınırlamalar devreye girecek; dava sonucunda tahsil edilebilecek miktar, uğranan zarar ile sınırlı olacaktır. Diğer yandan alacaklının bu dönem itibariyle artık gelişmiş olan *assumpsit* davasına başvurmak suretiyle doğrudan doğruya uğradığı zararın tazminini talep etmesi de mümkündür. Bu durumda davacının zararı tespit edilecek ve bu zararı telafi edecek bir tazminata hükmedilecektir[110]. Sonuç olarak her iki durumda da alacaklının uğramış olduğu zarar, tahsil edilebilecek miktarın üst sınırını

[108] Halson, para. 1.17. Karar için bkz. *Sir Baptist Hicks v. Goates,* 79 E.R. 334 (1613).
[109] *Sir Baptiste Hixt's Case,* 2 Rolle Abr. 703 (Trial pl. 9)
[110] Edelman, McGregor on Damages, para. 16-005; Halson, para. 1.20. Bu konuda bkz. *Lowe v. Peers,* 98 E.R. 160 (1768); *Astley v. Weldon,* 126 E.R. 1318 (1801).

teşkil etmektedir. Alacaklıya sözleşmedeki ceza koşuluna dayalı olarak uğradığı zararın ötesinde zenginleştirici bir miktarın ödenmesi söz konusu olmayacaktır.

Sözleşme cezalarından kurtulma konusunda sağlanan bu çarenin yerleşik hale gelmesi, on dokuzuncu yüzyıl mahkemelerini önemli bir sorunla karşı karşıya bırakmıştır. Söz konusu uygulama, sözleşme taraflarının ihlal durumundaki hak ve borçları düzenlemek konusunda sahip oldukları sözleşme özgürlüğünü ciddi şekilde sınırlamaktadır[111]. Aslında bu sınırlamanın, tarafların müzakere güçleri arasında çoğu zaman dengesizlik bulunduğu ve sözleşmede yer alan ceza koşulunun bu dengesizliğin bir yansıması olduğu fikri temel alınarak gerekçelendirilmesi mümkündür. Böyle bir durumda ceza kayıtlarının mahkemelerce geçerli kabul edilmesi, taraflardan birinin diğeri üzerindeki tahakkümünün devlet eliyle uygulamaya koyulması anlamına gelecektir[112]. Fakat diğer yandan sözleşme özgürlüğüne ket vuran bu paternalist sınırlama, liberal fikir akımlarının eleştiri oklarına maruz kalmıştır. Buna göre, taraflar sözleşme ile düzenlemiş oldukları konu hakkında mahkemeden çok daha fazla bilgi sahibidir; kendi iyilikleri için en doğru kararı yine kendileri verecektir. Durum böyleyken mahkemenin tarafların açık iradelerini bertaraf etmesi ve kendi iradesine öncelik vermesinin mantık çerçevesinde açıklanması mümkün değildir[113].

On dokuzuncu yüzyılda sözleşme hukuku dönemin yoğun serbest piyasa akımının etkisi altında olup; sözleşme özgürlüğü ilkesine verilen önem zirveye ulaşmıştır[114]. Hukuk çevrelerinde bu iki görüşten ikincisinin ağırlıkta olduğu rahatlıkla söylenebilir. Sözleşme özgürlüğü kavramı klasik liberalizmin bakış açısıyla ele alınmakta ve zayıf bireyi koruma amacı güden görüşlerden nasibini almamış haliyle kutsanmaktadır[115]. Bu durum, dönemin mahkemelerini bir anlamda köşeye sıkıştırmıştır. Mahkemeler bir yandan klasik liberal anlamıyla sözleşme özgürlüğü ilkesini benimsemiş ve tarafların özgürce kararlaştırdıkları sözleşme hükümlerini uygulama amacına bağlanmışlardır; ancak diğer yandan yüzlerce yıllık

[111] Loyd, s. 128-129; Atiyah, s. 414; Halson, para. 1.21.
[112] Görüş için bkz. Loyd, s. 129.
[113] Görüş için bkz. Loyd, s. 129.
[114] Sözleşme özgürlüğü ilkesinin on dokuzuncu yüzyıldaki yükselişini inceleyen köşe taşı niteliğinde bir çalışma için bkz. P. S. Atiyah, The Rise and Fall of Freedom of Contract. Serbest piyasa yaklaşımının sözleşme hukukunda hakim ilkeler üzerindeki etkisi hakkında kısa bir özet için bkz. Atiyah, s. 402-404. Bu konuda ayrıca bkz. Durgun Arslan, s. 19 dn. 32.
[115] Sözleşme özgürlüğü ilkesinin taraflar arasındaki güç dengesizliğini gözetecek biçimde daha sınırlı bir kavram olarak ele alınması için yirminci yüzyıla kadar beklemek gerekecektir. Bu konuda bkz. P. S. Atiyah, The Rise and Fall of Freedom of Contract.

içtihadı yadsımaları mümkün olmadığı için tarafların kararlaştırmış oldukları ceza koşullarını uygulamayı reddetmeleri gerekmiştir.

Sonuç olarak sözleşme özgürlüğü ilkesi, sözleşme cezalarına karşı sağlanan çarenin modern hukuka giden yolunun şekillendirilmesinde önemli bir rol oynamıştır. Mahkemeler bu çarenin sınırlarını zorlamaktan kaçınmışlar; hatta yer yer çarenin uygulama alanını sınırlamaya gayret etmişlerdir[116]. Bu konudaki gelişmeleri, birbiriyle bağlantılı iki akım çerçevesinde ele almak mümkündür.

(1) Sözleşme cezası doktrininin uygulama alanının sınırlanması konusundaki akımlardan ilki, para borçları ile diğer borçlar arasında bir ayrım yapılmasıdır. Borçluya yalnızca para borçlarının ihlaline bağlı olarak öngörülen yükümlülükler bakımından cezadan kurtulma imkânı tanınmış; bunun dışında kalan borçların ihlaline bağlı olarak öngörülen yükümlülükler mahkeme eliyle uygulanmıştır[117].

Bu akım, *Court of Chancery*'nin 1811 tarihli *Hill v. Barclay*[118] kararına bağlı olarak şekillenmiştir. Karar, kiracının sözleşme uyarınca üstlenmiş olduğu kiralananı onarım borcunu ifa etmediği durumda kiraya verene kiralananı tahliye etme hakkı tanıyan bir kira sözleşmesini konu almaktadır. Somut olayda kiracı kiralananı onarmamış, kiraya veren de sözleşmedeki ilgili hükme dayanmak suretiyle kiralananın tahliyesini talep etmiştir. Esasen *equity* hukuku uyarınca, kiracının belirli bir miktar para ödeme borcunu ihlal ettiği ve özellikle kira bedelini ödemediği durumda kiraya verene kiralananı tahliye etme hakkı tanıyan hükümler ceza koşulu olarak nitelendirilir. *Common law* mahkemelerinin bu sözleşme hükümlerine dayanarak kiralananın tahliyesi yönünde vermiş oldukları kararların icrası, *equity* tarafından durdurulur ve kiracıya bu cezadan kurtulma imkânı tanınır. Ancak *Hill v. Barclay* kararında mahkeme, söz konusu cezadan kurtulma imkânının para borcu dışında kalan kiralananı onarma borcu gibi diğer borçların ihlali durumunda öngörülen tahliyelere genişletilmesinin mümkün olmadığı yönünde karar vermiştir[119]. Böylelikle bu özel durum bakımından para borçları ile diğer borçlar birbirinden ayrılmış ve *equity*'nin yalnızca para borçlarının ihlal edilmesi durumu için öngörülen tahliyeler bakımından müdahalede bulunabileceği kabul edilmiştir.

[116] Atiyah, s. 414-415; Halson, para. 1.21-1.22.
[117] Halson, para. 1.22.
[118] *Hill v. Barclay,* 34 E.R. 238 (1811).
[119] *Hill v. Barclay,* 34 E.R. 238 (1811).

Kararı veren *Lord Eldon,* sözleşmede öngörülen düzenlemelerin bertaraf edilmesinin tarafların sözleşme serbestisine ilişkin özgürlüklerini ellerinden aldığı konusuna özel olarak vurgu yapmıştır.

(2) Sözleşme cezası doktrininin uygulama alanının sınırlanması konusundaki asıl mesele, ceza koşulu ile götürü tazminat anlaşması arasındaki ayrımın sınırlarının belirlenmesi meselesidir. Yukarıda da açıklandığı üzere sözleşmeyi ihlal eden tarafın karşı tarafa belirli bir edimde bulunması yükümlülüğünü düzenleyen bir sözleşme hükmünün ceza koşulu olarak nitelendirilmesi, hükmün geçersiz kabul edilerek taraf iradelerinin bertaraf edilmesi sonucunu doğurur. Buna karşılık hükmün götürü tazminat anlaşması olarak nitelendirilmesi taraf iradelerinin mahkeme eliyle tezahür etmesine imkân tanıyacaktır. Bu anlamda götürü tazminat kavramı, mahkemelere içine düştükleri açmazdan bir çıkış yolu sağlamış; ceza koşulu kavramının sınırları götürü tazminat anlaşması lehine daraltılmıştır.

On dokuzuncu yüzyılda bu konuda yaşanan gelişmelerin arkasındaki motivasyonu anlamak bakımından *Wallis v. Smith*[120] kararı incelenebilir. Dava konusu sözleşmedeki bir hüküm uyarınca davalı taraf, sözleşmeyi esaslı olarak ihlal ettiği için davacıya 5.000 £ ödemek zorunda kalmıştır. Mahkeme, oldukça karmaşık olan bu sözleşme hükmünün geçerliliğini değerlendirebilmek maksadıyla hükmün ceza koşulu ve götürü tazminat anlaşması ayrımı bakımından niteliğini tartışmıştır. Bu çerçevede on dokuzuncu yüzyıl boyunca ceza koşulu ve götürü tazminat anlaşması ayrımına ilişkin olarak verilmiş olan kararlar değerlendirilmiştir. Karardaki tartışmaya bakıldığında, mahkemenin ceza koşulu kavramının sınırlarının genişletilmesine karşı olduğu net bir biçimde anlaşılmaktadır. Zira mahkeme, yetişkin insanların bilinçli olarak kaleme almış oldukları sözleşmelerin tarafların iradeleri doğrultusunda uygulanması gerektiğine olan inancını vurgulamıştır. Kanunla bu konuda herhangi bir istisna getirilmiş olmadıkça mahkemelerin taraf iradelerinin önüne geçmek suretiyle sözleşmeye herhangi bir müdahalede bulunmaktan kaçınmaları doğru olur[121]. Nitekim mahkeme tartışma neticesinde sözleşmedeki hükmün götürü tazminat anlaşması olduğu sonucuna varmış ve davalının davacıya 5.000 £ ödemesine karar vermiştir.

[120] *Wallis v. Smith,* (1882) 21 Ch. D. 243.
[121] *Wallis v. Smith,* (1882) 21 Ch. D. 243, s. 266-267.

Esasen sözleşme cezalarına karşı bir çare sunma uygulaması çerçevesinde öteden beri ceza koşulu ile götürü tazminat anlaşması arasında bir ayrım yapmak zorunda kalınmıştır. Henüz 1670 yılında verilmiş olan ve komşu iki balık satıcısının kavgasını konu alan yukarıda bahsedilmiş *Tall v. Ryland*[122] kararında bu ayrımın köklerini görmek mümkündür. Başlangıçta oldukça basit temeller üzerine kurulan bu ayrımın, taraflar arasındaki sözleşmelerin zamanla giriftleşmesi karşısında daha incelikli bir hâl alması gerekmiştir. Fakat mahkemelerin özellikle on dokuzuncu yüzyıldaki çabaları sonucunda ortaya çıkan tablo tatmin edici olmaktan son derece uzaktır. Ceza koşulu ve götürü tazminat anlaşması ayrımı, İngiliz hukukunun en karmaşık meselelerinden birine dönüşmüş; adeta içinden çıkılmaz bir hâl almıştır. Bu durumun temel sebebi, ayrımın şekillendirilmesindeki temel motivasyonun arkasında yatan çelişkidir. Şöyle ki mahkemelerin temel motivasyonu, klasik liberal anlamıyla sözleşme serbestisi ilkesi ile sözleşme cezalarının geçersiz kabul edilmesi doktrinini bağdaştırmaktır. Aynı çatı altında barınması mümkün olmayan bu farklı kutupları bağdaştırma çabasının doğasında yatan çelişki, kaçınılmaz olarak kararlara da tezahür etmiştir. Bahsettiğimiz durumun somutlaştırılması bakımından, on dokuzuncu yüzyılda mahkemelerin ceza koşulu ile götürü tazminat ayrımına bakış açısını ortaya koyan bazı kararlara kısaca göz atılması yerinde olur.

On dokuzuncu yüzyıldaki ceza koşulu ile götürü tazminat anlaşması ayrımı konusundaki kararların temeli, 1801 tarihli *Astley v. Weldon*[123] kararına dayandırılmaktadır[124]. Kararda *Lord Eldon*, sözleşme serbestisini kısıtlayan mevcut içtihat hakkındaki hoşnutsuzluğunu dile getirmiş ve sözleşme cezası doktrininin oluşmasına sebep olan kararların matemini tutmaktan başka bir çare olmadığını belirtmiştir[125]. Doktrini yine de uygulamış ve somut olayda sözleşmede yer alan hükmün ceza koşulu olduğunun şüphesiz olması sebebiyle borçluya bu cezayı ödemekten kurtulma imkânı tanımıştır. Ancak geçmişteki bazı kararlarda kimi sözleşme hükümlerinin sırf öngördükleri miktarların yüksekliği sebebiyle sözleşme cezası olarak nitelendirilmiş olmasını yanlış bulduğunu belirtmekten de geri durmamıştır. Aslında *Lord Eldon*'ın işaret etmiş olduğu asıl sorun, ceza bonoları konusundaki uygulamanın modern ceza koşulu formuna genişletilmiş olmasıdır. *Lord Eldon*, modern ceza koşulu formuna sözleşmenin bir parçası olması sebebiyle

[122] *Tall v. Ryland*, 22 E.R. 753 (1670).
[123] *Astley v. Weldon,* 126 E.R. 1318 (1801).
[124] *Wallis v. Smith,* (1882) 21 Ch. D. 243, s. 256; Edelman, McGregor on Damages, para. 16-005.
[125] *Astley v. Weldon,* 126 E.R. 1318 (1801), s. 1321.

belirli bir kutsallık atfetmektedir. Tarafların sözleşme bedeli olarak ödenecek miktarı istedikleri kadar yüksek belirlemeleri mümkündür. Madem öyle taraflar, sözleşmenin ihlal edilmesi durumunda ödenecek meblağı da istedikleri kadar yüksek belirleyebilmelidir. Sözleşmenin ihlal edilmesi durumunda ödenmesi kararlaştırılan meblağın aşırı olarak etiketlenerek ceza koşulu kategorisi kapsamında bertaraf edilmesi uygun değildir. Bu itibarla karar, götürü tazminat kavramını sözleşme cezası doktrinine karşı bir panzehir olarak sunmuş ve uzun vadede bu doktrinin zayıflamasına hizmet etmiştir.

Mahkemeler, sözleşmeyi ihlal eden tarafın karşı tarafa belirli bir edimde bulunmasını öngören bir hükmü ceza koşulu ve götürü tazminat anlaşması olarak nitelendirirken esas olarak tarafların sözleşmede kullandıkları terimleri dikkate almıştır[126]. Tarafların sözleşmede ceza koşulu olarak nitelendirdikleri hüküm mahkeme tarafından da ceza koşulu olarak kabul edilmiştir; aynı durum götürü tazminat anlaşması bakımından da geçerlidir. *Halson,* mahkemelerin bu dönemde sözleşmedeki terimlere bu denli bağlılık göstermelerinin sebebinin içinde bulundukları açmaz olduğunu belirtmektedir. Mahkemeler sözleşmede yer alan bir hükmü uygulamayı reddetme kararlarını yine sözleşmeye dayandırdıkları takdirde taraf iradelerine verdikleri önemi ortaya koyacaklarını düşünmüşlerdir. Böylelikle mahkeme kararları dönemin sözleşme serbestisini önceleyen ruhuna en azından bir nebze yaklaşmış olacaktır[127].

Bu yaklaşımın örneklerini pek çok kararda görmek mümkündür. Örneğin *Smith v. Dickenson*[128] kararına konu olan sözleşme çerçevesinde davalı, davacının kendisine vermiş olduğu bilgileri kendi yararına kullanmamayı aksi durumda 1000 £ "ceza" ödeme koşuluna bağlı olarak kabul etmiştir. Ancak daha sonra söz konusu bilgileri kendi adına bir patent almak üzere kullanmıştır. Mahkeme, tarafların 1000 £'luk ödemeyi ifade etmek üzere bizzat sözleşmede ceza terimini kullanmış olmalarını esas almak suretiyle hükmü ceza kaydı olarak nitelendirmiş ve uygulamamıştır. Sonuç olarak jüri, uğradığı zarara istinaden davacıya tazminat olarak 300 £ ödenmesini uygun bulmuştur. Keza *Reilly v. Jones*[129] kararına konu olan sözleşmede taraflar, herhangi birinin sözleşmeyi ihlal etmesi durumunda

[126] Edelman, McGregor on Damages, para. 16-007; Halson, para. 1.25.
[127] Halson, para. 1.25.
[128] *Smith v. Dickenson,* 127 E.R. 339 (1804).
[129] *Reilly v. Jones,* 130 E.R. 122 (1823).

"götürü tazminat" olarak 500 £ ödemesini kararlaştırmışlardır. Mahkeme, yine tarafların sözleşmede kullandıkları terimi esas almış ve 500 £ ödeme anlaşmasının götürü tazminat anlaşması olduğu sonucuna varmıştır. Bilhassa Yargıç Burrough, sözleşmede götürü tazminat terimi kullanılmasına rağmen hükmün ceza koşulu olarak nitelendirildiği hiçbir karar bulunmadığını belirtmiş; aksi yöndeki bir kararın taraf iradelerine aykırılık sonucuna yol açacağını ifade etmiştir[130].

Zamanla sözleşmede kullanılan terimlere aldırmaksızın tarafların gerçek iradelerine öncelik vermiş olan bazı kararlara rastlamak da mümkün hâle gelmiştir. *Kemble v. Farren*[131] kararı bu konudaki önemli örneklerden biridir. Karar, bir tiyatro işletmesi ile aktör arasındaki uyuşmazlığı konu almaktadır. Taraflar davalı aktörün dört sezon boyunca davacı tiyatro işletmesinde çalışması hususunda anlaşmış; ancak davalı aktör henüz ikinci sezonda çalışmayı bırakmıştır. Bunun üzerine davacı tiyatro işletmesi, taraflar arasındaki sözleşmede yer alan ve taraflardan birinin sözleşmedeki herhangi bir yükümlülüğü ihlal etmesi durumunda 1000 £ ödemekle yükümlü olacağını öngören hüküm çerçevesinde kendisine ödeme yapılmasını talep etmiştir. Sözleşmedeki hükmün özelliği, bu ödemenin "götürü tazminat" niteliği taşıdığını açıkça belirtmekle yetinmeyip; "ceza" niteliği taşımadığını da ayrıca ifade etmiş olmasıdır. Ancak mahkeme kendini sözleşmedeki bu terimler ile bağlı görmemiş ve sözleşmedeki hükmün götürü tazminat anlaşması olarak gösterilmek istense dahi ceza koşulu olduğu sonucuna varmıştır. Zira söz konusu ödeme, her biri farklı önemde olan ve farklı zararlara yol açacak pek çok hükmün tümünü aynı potada toplamış olması itibarıyla tazminatın götürü olarak hesaplanması amacına yönelmiş olamaz[132]. Aynı yaklaşımı *Sparrow v. Paris*[133] kararında görmek de mümkündür; sözleşmede "ceza" olduğu belirtilen bir hüküm, mahkemece götürü tazminat anlaşması olarak kabul edilmiştir.

Yine de mahkemelerin bu dönemde bir sözleşme hükmünü nitelendirirken sözleşmede kullanılan terimi tamamen göz ardı etmek gibi bir çaresi bulunmamaktadır. Zira bu dönemde ceza koşulu ve götürü tazminat anlaşması ayrımı henüz netleşmemiştir. Bu ayrıma ilişkin olarak verilmiş mevcut mahkeme kararlarının birbirleriyle bağdaştırılması ve konuya ilişkin genel ilkelerin kristalize

[130] *Reilly v. Jones,* 130 E.R. 122 (1823), s. 123.
[131] *Kemble v. Farren,* 130 E.R. 1234 (1829).
[132] *Kemble v. Farren,* 130 E.R. 1234 (1829), s. 1237.
[133] *Sparrow v. Paris,* 158 E.R. 608 (1862).

olması mümkün değildir. Ceza koşulu ve götürü tazminat anlaşması ayrımı konusunda içtihatta mevcut olan çelişkilerin bir örneği, İstinaf Mahkemesi'nin *Re Newman*[134] ve *Wallis v. Smith*[135] kararları karşılaştırmalı olarak incelendiğinde rahatlıkla görülecektir[136]. Hâl böyle iken mahkemeler kısmen dahi olsa sözleşmede kullanılan terimleri nitelendirmede dikkate almak durumunda kalmaktadır.

Sonuç olarak on dokuzuncu yüzyıl kararları ceza koşulu ve götürü tazminat anlaşması ayrımını netleştirmeyi başaramamıştır[137]. İçtihat, genel ilkeler doğrultusunda uzlaştırılması mümkün olmayan ve ancak bazı somut olay tipleri konusunda yol gösterebilen tutarsız bir kararlar yumağı hâlini almıştır[138]. Örneğin hizmet sözleşmelerinin herhangi bir şekilde ihlal edilmesi durumunda belirli bir miktar para ödenmesini öngören torba hükümler genellikle ceza koşulu olarak nitelendirilecektir[139]. Buna karşılık bir işletmenin satışını konu alan sözleşmelerde satıcının alıcıyla rekabet etmeme yasağını ihlal etmesi durumunda belirli bir miktar para ödemesini öngören hükümler genellikle götürü tazminat anlaşması kapsamında değerlendirilir[140].

II. *Dunlop* Kararı Işığında Ceza Kayıtlarına İlişkin Yirminci Yüzyıl Uygulaması

Yukarıda işaret edildiği üzere, yirminci yüzyıl başına gelindiğinde ceza koşulu ve götürü tazminat anlaşmasının ayrımı konusunda başvurulabilecek net kıstaslar mevcut değildir. Bu belirsizliğin uygulama bakımından ciddi sorunlar yarattığı şüphesizdir. Sözleşme akdetme sürecinde olan taraflar, anlaşmalarının olası bir uyuşmazlık durumunda mahkeme nazarında hüküm ifade edip etmeyeceği konusunda tereddüde düşmekte; sürece ilişkin rizikoları gereği gibi değerlendirememektedir. Keza mahkemeler de çözmek durumunda oldukları uyuşmazlıklara uygulamaları gereken hukuk kurallarını tespit ederken birbirleriyle çelişen kararlar arasında bocalamaktadır.

---

[134] *Re Newman,* Ex p. Capper (1876) 4 Ch.D. 724.
[135] *Wallis v. Smith,* (1882) 21 Ch. D. 243.
[136] Örnek için bkz. *Willson v. Love,* [1896] 1 Q.B. 626, s. 632-633; Edelman, McGregor on Damages, para. 16-007.
[137] Muir, s. 510.
[138] Edelman, McGregor on Damages, para. 16-007.
[139] Edelman, McGregor on Damages, para. 16- 063. Örneğin bkz. *Astley v. Weldon,* 126 E.R. 1318 (1801); *Kemble v. Farren,* 130 E.R. 1234 (1829).
[140] Edelman, McGregor on Damages, para. 16-083. Örneğin bkz. Crisdee v. Bolton (1827) C. & P. 240; Price v. Green (1847) 16 M. & W. 346.

Bu belirsizlik, 1914 tarihinde o dönem itibarıyla nihai temyiz mercii olan Lordlar Kamarasının vermiş olduğu *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v. New Garage & Motor Co Ltd*[141] kararı ile bir ölçüde giderilmiştir. Söz konusu kararı kaleme alan yargıçlardan *Lord Dunedin*'in ceza ve götürü tazminat kayıtları ayrımına ilişkin olarak ortaya koymuş olduğu kurallar, bu konuda önemli bir adım teşkil etmiştir. "*Dunedin* Kuralları" yirminci yüzyıl uygulamasını şekillendirmiş ve bu döneme adeta damgasını vurmuştur. Karardaki yaklaşım, nihai temyiz mercii olma görevini Lordlar Kamarasından devralmış olan Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi tarafından ancak aradan yüz yılı aşkın süre geçtikten sonra 2015 tarihinde *Cavendish Square BV v. Makdessi* ve *ParkingEye Ltd v. Beavis*[142] kararıyla güncellenmiştir. Nitekim hukuk çevrelerinde büyük yankı uyandıran 2015 tarihli bu kararda, Lord Dunedin'in ortaya koymuş olduğu kuralların yüz yılı aşkın süre boyunca adeta kanun konumuna *(the status of a quasi-statutory code)* eriştiği belirtilmiştir[143]. *Dunlop* kararına atıf yapılan ve bir sözleşme hükmünün nitelendirilmesi aşamasında bu kararda formüle edilen testin uygulandığı onlarca karar, bu tespitin haklılığını ortaya koymaktadır[144].

Sonuç olarak *Dunlop* kararı, öncelikle yirminci yüzyıl hukukunu şekillendirmiş olması sebebiyle tarihsel bir değer taşımaktadır. Ancak bunun ötesinde karar, *Cavendish/ParkingEye* sonrasındaki güncel dönemde dahi önemini kısmen korumaktadır. Şöyle ki, öncelikle *Cavendish/ParkingEye* kararı *Dunlop* kararını geçersiz kılmamış *(overrule)*; dikkate almak suretiyle güncellemiştir *(consider)*[145]. Bu açıdan karardaki esasların bir kısmı, *Cavendish/ParkingEye* tarafından güncellenmediği ölçüde uygulama bakımından hâlâ değer taşımaktadır[146]. Ayrıca, *Cavendish/ParkingEye* kararında mahkemenin üç üyesinin görüşü, ceza ve götürü tazminat kayıtları ayrımına ilişkin *Dunlop'taki* testin standart sözleşmelerdeki basit hükümlerin nitelendirilmesi bakımından hâlâ yeterli olduğu; *Cavendish/ParkingEye*'daki yeni testin ancak daha karmaşık durumları çözüme

[141] *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage & Motor Co. Ltd.*, [1915] A.C. 79. Karara ilişkin Türkçe değerlendirmeler için bkz. Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 137 vd.; Atamer, Ceza Koşulu, s. 97-98.

[142] *Cavendish Square Holding BV v. Makdessi* ile *ParkingEye Ltd. v. Beavis,* [2016] A.C. 1172.

[143] *Cavendish Square Holding BV v. Makdessi* ile *ParkingEye Ltd. v. Beavis,* [2016] A.C. 1172, para. 22.

[144] Kararın konuya ilişkin ana hukuk kaynağı *(leading authority)* teşkil ettiği yönünde bkz. *Lansat Shipping Co Ltd v. Glencore Grain BV (The Paragon)* [2009] EWHC 551. Kararın *locus classicus* teşkil ettiği yönünde bkz. *Edgeworth Capital (Luxembourg) Sarl v. Ramblas Investments* BV [2015] EWHC 150.

[145] Halson, para. 1.27.

[146] Halson, para. 1.27.

kavuşturmak için uygulanacağı yönünde yorumlanmaktadır. Bu bakımdan *Dunlop* testinin belirli sözleşmeler bakımından doğrudan doğruya uygulanabilirliğini devam ettirdiği iddia edilmektedir[147].

Lord Dunedin'in meşhur kurallarının detaylı olarak incelenmesinden evvel, *Dunlop* kararına konu olan somut uyuşmazlığın ve bu uyuşmazlığın nasıl çözüldüğünün incelenmesi yerinde olur. Davacı Dunlop Pneumatic Tyre Company, otomobil aksamı üretmekte ve bu aksamın nihai tüketiciye ulaştırılması konusunda büyük ölçüde başkaca tacirlerden istifade etmektedir. Kurulmuş olan satış organizasyonu çerçevesinde Dunlop, ürettiği ürünleri tacirlere satmaktadır. Tacirler, kendileri satış yaparken Dunlop'un belirlemiş olduğu güncel fiyat listesine uymak; ayrıca başka tacirlere satış yaptıkları takdirde bu tacirleri de söz konusu fiyat listesine uymakla yükümlü tutmak zorundadır.

Somut olayda davacı Dunlop, dava dışı bir şirkete otomobil aksamı satmış; bu şirket de ürünlerin bir kısmını davalı New Garage and Motor Company'ye satmıştır. Dava dışı şirketin girişimi neticesinde, davacı ile davalı arasında davacının satış sistemine uyumu konu alan bir sözleşme akdedilmiştir. Sözleşme uyarınca davalı, ürünler üzerindeki işaretlere herhangi bir müdahalede bulunmamayı, davacının güncel fiyat listesinde belirtilenden daha düşük bir fiyat karşılığında satış yapmamayı, davacının satış yapılmasını istemediği kişilere satış yapmamayı, davacının onayı olmadan ürünleri sergilememeyi ve ithal etmemeyi taahhüt etmiştir. Ayrıca bu sözleşmeyi ihlal etmek suretiyle sattığı her bir ürün başına da 5 £ ödemeyi kabul etmiştir; bu 5 £'luk tutarın sözleşme cezası olmayıp götürü tazminat niteliği taşıdığı sözleşmede açık olarak belirtilmiştir. Davalı listede belirtilenden daha düşük bir fiyat karşılığında satış yapınca davacı, satılan ürün başına kendisine 5 £ ödenmesini talep etmiştir. Sözleşmedeki 5 £ ödeme yükümlülüğünün niteliği taraflar arasında ihtilaflı hale gelmiş; uyuşmazlık mahkemeye intikal etmiştir.

Lordlar Kamarası, sözleşmedeki hükmün ceza koşulu değil götürü tazminat anlaşması olduğu ve dolayısıyla hüküm ifade ettiği sonucuna varmıştır. Davacı açısından ürünlerinin tüm ülkede mümkün olduğunca fazla satış noktasında satılıyor olması büyük önem taşımaktadır. Oysa sistemin bir noktasında fiyat listesinden daha ucuza satış yapılması suretiyle fiyat kırılması, Dunlop'un diğer acentelerinin satış

[147] Halson, para. 1.27.

yapamaması ve kendilerini korumak için başka şirketlere yönelmesi sonucunu doğurmakta; bu da satış organizasyonunu bozmaktadır. Dolayısıyla fiyat listesinden daha ucuza yapılan tek bir satış neticesinde davacının uğrayacağı zararın tespiti ve ispatı son derece güçtür. Hâl böyle iken tarafların ihlal durumunda ödenmek üzere bir meblağ üzerinde anlaşmaları, bu meblağın aşırı olmaması kaydıyla makul karşılanmalıdır. Somut olayda da parça başına belirlenmiş olan 5 £ gerçekçi bir zarar tahmini olarak görülebilir. Aşırı olmayan bu miktarın ceza olarak değil; gerçekçi bir götürü tazminat düzenlemesi olarak kabul edilmesi gerekir. Mahkemenin kararının temel olarak, aşağıda incelenecek (4)(d)'deki kurala dayandığı söylenebilir.

Lord Dunedin, bir sözleşme hükmünün ceza koşulu veya götürü tazminat anlaşması olarak nitelendirilmesi bakımından başvurulacak kriterleri şu şekilde formüle etmiştir[148]:

(1) *Tarafların sözleşmede kullanmış oldukları "ceza" ve "götürü tazminat" terimleri, hükmün nitelendirilmesi konusunda nihai belirleyici olamaz. Taraflar hangi terimi kullanmış olurlarsa olsunlar, hükmün gerçek niteliğini mahkeme tespit edecektir.*

Lord Dunedin, başta *Kemble v. Farren* olmak üzere bu dönemde verilmiş pek çok kararla[149] uyum içerisinde olan bu tespiti yapmak suretiyle on dokuzuncu yüzyılın başında mevcut olan şekilci yaklaşımın artık kesin olarak geride bırakıldığını ortaya koymuştur. Bu kriter, bir sözleşme hükmünün nitelendirilmesinde esas olanın tarafların gerçek iradeleri olduğuna ilişkin genel kuralın bir yansımasıdır[150].

(2) *Sözleşme cezasının özü, ihlalde bulunacak taraf üzerinde baskı kurmak amacıyla (in terrorem) düzenlenen bir yükümlülüktür. Götürü tazminatın özü ise peşinen yapılan gerçekçi bir zarar tahminidir.*

Söz konusu kriter, ceza koşulu ve götürü tazminat anlaşması ayrımının özünü oluşturmaktadır; diğer kriterler aslında bu kriteri desteklemek üzere kaleme alınmışlardır. *Lord Dunedin* bu kriterin formüle edilmesinde, geçmişte verilmiş olan bazı kararlardan istifade etmiştir.

---

[148] *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage & Motor Co. Ltd.*, [1915] A.C. 79, s. 86-88.
[149] *Kemble v. Farren.*
[150] Halson, para. 1.30.

Sözleşme cezası ve götürü tazminat kavramlarına ilişkin bu tanımlar incelendiğinde, sözleşme cezası tanımının götürü tazminat tanımına kıyasla oldukça işlevsiz kaldığı görülmektedir. Salt manevi bir unsura odaklanmış olan sözleşme cezası tanımı, gerçekte bir ceza koşulunu tespit etmek konusunda yetersiz kalmaktadır[151]. Bu sebeple zaman içerisinde ceza koşulu ve götürü tazminat anlaşması ayrımının odak noktası, götürü tazminat anlaşması haline gelmiştir. Taraflardan birini sözleşmeyi ihlal etmesi durumunda belirli bir miktar para ödemekle yükümlü tutan bir hükmün niteliğini tespit ederken bu hükmün götürü tazminat anlaşması tanımı içinde kalıp kalmadığı değerlendirilmiştir. Gerçekçi bir zarar tahminini barındıran hükümler götürü tazminat anlaşması olarak; gerçekçi bir zarar tahminini aşması itibarıyla götürü tazminat anlaşması tanımının dışına çıkan hükümler ise ceza koşulu olarak nitelendirilmiştir. Böylelikle ceza koşulu uygulamada, "götürü tazminat anlaşması olmayan kayıt" olarak olumsuz açıdan ele alınmıştır. Öğretide yapılan tanımlarda bu durumun yansımasını görmek mümkündür[152].

(3) *Bir hükmün ceza koşulu mu yoksa götürü tazminat anlaşması mı teşkil ettiği hususu, bir yorum meselesidir. Bu yorumun, sözleşmedeki hükümler ve sözleşmenin yapıldığı andaki koşullar esas alınmak suretiyle her bir sözleşme özelinde ayrıca yapılması gerekir. İhlalin gerçekleştiği andaki koşullar, yorum faaliyetinde dikkate alınmamalıdır[153].*

Bu ilkeye göre, ihlal durumunda ödenmesi kararlaştırılan meblağın gerçekçi bir zarar tahminini yansıtıp yansıtmadığı sözleşmenin kurulduğu andaki koşulların esas alınması suretiyle değerlendirilmelidir. Sözleşmenin kurulduğu andaki koşullara göre gerçekçi bir zarar tahmini teşkil eden meblağ, götürü tazminat olarak nitelendirilecektir. Alacaklının somut olayda ihlale bağlı olarak ortaya çıkan zararının, bu konuda belirleyici bir etkisi bulunmamaktadır[154].

(4) *Bu yorum faaliyetinde çeşitli testlerden faydalanılması ve bunlar doğrultusunda sonuca varılması mümkündür:*

---

[151] Eleştiriler için bkz. Halson, para. 1.28. Bridge v. Campbell Discount Co Ltd [1962] AC 600, at 622.
[152] Örneğin bkz. Burrows, Remedies, s. 441; Chen-Wishart, s. 564.
[153] Public Works Comr v Hills [1906] AC 368, s. 375-376. Ayrıca Webster v Bosanquet [1912] AC 394.
[154] Halson, para. 1.31.

(a) *İhlal durumunda ödenmesi öngörülen meblağ, ihlal neticesinde meydana geldiği ispat edilebilecek en yüksek zarara kıyasla miktar olarak aşırı ve fahiş (extravagant and unconscionable) ise sözleşmedeki hüküm ceza olarak nitelendirilecektir.*

Sözleşmeyi ihlal eden borçlunun bir miktar para ödemesini öngören bir hükmün "gerçekçi bir zarar tahmini" olup olmadığı değerlendirilirken, bir kıyaslama yapılması gerekmektedir. Bu kıyaslama için terazinin bir kefesine, borçlunun ihlale bağlı olarak sözleşme uyarınca ödemekle yükümlü olacağı meblağ koyulur. Buna karşılık diğer kefede alacaklının ihlale bağlı zararı yer alacaktır. Hükümde öngörülen meblağ, alacaklının ihlale bağlı zararının miktarına kıyasla aşırı ve fahiş ise bunun gerçekçi bir zarar tahmini olmadığı sonucuna varılması gerekir. Dolayısıyla hüküm götürü tazminat kaydı olarak değil, ceza koşulu olarak nitelendirilecektir. Bu husus daha evvel *Public Works Comr v Hills* kararında da belirtilmiştir[155]. Hükmün ceza kaydı olarak nitelendirilmesi için kefeler arasındaki herhangi bir dengesizlik yeterli olmaz; Lord Dunedin'in kullanmış olduğu "aşırı ve fahiş" ifadesi bu hususa vurgu yapmaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere kıyaslama, borçlunun ihlale bağlı olarak sözleşme uyarınca ödemekle yükümlü olacağı meblağ ile alacaklının ihlale bağlı zararı arasında yapılmalıdır. Bununla birlikte bu kritere ilişkin olarak sıklıkla verilen bir örnek, bu hususu gözden kaçırmış gözükmektedir. Şöyle ki, *Earl of Halsbury* tarafından 1904 tarihli bir kararda verilen ve zamanla klasikleşen örnekte 50 £ karşılığında inşa edileceği taahhüt edilen bir evin inşaatının zamanında tamamlanamaması durumunda 1.000.000 £ ödeneceğini öngören bir hükümden bahsedilmektedir. Kararlaştırılan meblağın aşırılığının apaçık ortada olması nedeniyle sözleşme cezası olarak nitelendirilmesi gerektiği belirtilmiştir[156]. Pek çok yerde atıf yapılan bu örneği[157], *Halson* haklı olarak eleştirmektedir[158]. Zira örnek, alacaklının ihlale bağlı zararı yerine sözleşmedeki fiyatı yani alacaklının karşı edimini kıyaslamaya dahil etmektedir. Gerçekten de çoğu zaman alacaklının karşı edimi ile alacaklının ihlale bağlı zararı arasında yakın bir ilişki bulunur. Sözleşmede

[155] Public Works Comr v Hills [1906] AC 368
[156] Örnek için bkz. *Clydebank Engineering and Shipbuilding Company, Limited and Others v. Don Jose Ramos Yzquierdo Y Castaneda and Others,* [1905] A.C. 6, s. 10.
[157] Chen-Wishart, s. 565. Benzer bir örnek için bkz. Burrows, Remedies, s. 442.
[158] Halson, para. 1.32.

bir evin inşası için kararlaştırılan bedel 50 £ iken iş sahibinin olası bir ihlal durumunda uğrayabileceği zararın normal şartlarda bundan çok da fazla olmaması beklenir. Ancak kimi istisnai durumlarda alacaklının ihlal neticesinde uğrayabileceği zarar ile karşı edimi arasında bir uçurum olması mümkündür. Örneğin *Photo Production Ltd v. Securicor Transport Ltd* davasına konu olan olayda, davalı güvenlik şirketi haftalık yaklaşık 8 £ karşılığında güvenlik hizmeti sağlamayı taahhüt etmiş; ancak güvenlik personelinden birinin davranışı toplam 615.000 £ zarara sebep olmuştur[159]. Böyle bir olay bağlamında alacaklının ihlale bağlı zararı yerine sözleşmede uyarınca ödemesi gereken bedelin esas alınması hatalı sonuçlara yol açabilecektir.

Bu noktada en çok tereddüt doğuran husus "alacaklının ihlale bağlı zararı" olarak dikkate alınması gereken zararın çerçevesinin çizilmesidir. Bu çerçevenin çizilmesi son derece mühimdir; zira kıyaslamada esas alınan zarar miktarı ne kadar yüksek olursa sözleşmedeki hükmün götürü tazminat ile sözleşme cezası ayrımında götürü tazminat tarafına düşme ihtimali o kadar artacaktır. Bu noktada özellikle iki sorunun cevaplanması gerekmektedir. **i)** Alacaklının ihlale bağlı zararı olarak dikkate alınacak zararın, ispat edilebilirlik bakımından tazmini talep edilebilir nitelik taşıması zorunlu mudur? **ii)** Alacaklının ihlale bağlı zararı olarak dikkate alınacak zararın, öngörülebilirlik, zararı azaltma külfeti, birlikte kusur gibi hususlar bakımından tazmini talep edilebilir nitelik taşıması zorunlu mudur?

(i) *Lord Dunedin* kıyaslamada esas alınması gereken zararın, "ihlal neticesinde meydana geldiği ispat edilebilecek en yüksek zarar" *(greatest loss that could conceivably be proved to have followed from the breach)* olduğunu kararda belirtmiştir. Ancak bu sözlerde geçen "ispat edilebilme" ifadesinin oldukça dikkatli biçimde anlamlandırılması gerekmektedir. Tarafların götürü tazminat anlaşması yapmalarının sebebi çoğu zaman, olası bir ihlal durumunda alacaklının uğrayacağı zararı gerekli ispat ölçüsünde ispatlayamayacak ve dolayısıyla tazminat talebine konu edemeyecek olmasıdır. Hâl böyle iken kıyaslamaya yalnızca alacaklının gerekli ispat ölçüsünde ispatlayabileceği ve tazminat talebine konu edebileceği zararı esas almak, sözleşme cezası doktrininin uygulama alanını genişletecektir. Zira aslında alacaklının ihlal neticesinde uğrayabileceği zarardan daha azı kıyaslamaya esas alınmış olacak; bu da sözleşmeyi ihlal eden borçlunun bir miktar para ödemesini

[159] *Photo Production Ltd v. Securicor Transport Ltd,* [1980] A.C. 827.

öngören hükmün gerçekçi bir zarar tahmini olmadığı sonucuna varılmasına neden olabilecektir. Bu sebeple miktarının tespit edilmesi güçlük arz ettiği için ispat edilebilirlik bakımından sorun yaratan zararların da alacaklının ihlale bağlı zararı olarak dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir[160].

(ii) İngiliz hukukunda alacaklının, uğradığı zararın tam tazminine hak kazanması çeşitli sebeplerle mümkün olmayabilir. Zarar hesaplandıktan sonra, öngörülebilirlik *(remoteness)*, zararı azaltma külfeti *(mitigation)*, birlikte kusur *(contributory negligence)* gibi hususlar dikkate alınmak suretiyle alacaklının hak kazanacağı tazminat belirlenecektir. Bu değerlendirme neticesinde alacaklı lehine uğramış olduğu zarardan daha az miktarda bir tazminata hükmedilmesi mümkündür. Bu itibarla alacaklının uğramış olduğu zararın tamamının mı yoksa yalnızca tazminine hak kazanabileceği kadarının mı kıyaslamada esas alınacağı sorunu doğmaktadır. İngiltere ve Galler Hukuk Komisyonu raporunda, götürü tazminat anlaşmasındaki gerçekçi zarar tahmininin mahkemeden tazmini talep edilebilir nitelik taşıyan zarara ilişkin olması gerektiği belirtilmiş; böylelikle öngörülebilirlik, zararı azaltma külfeti, birlikte kusur gibi hususların tümünün dikkate alınması yönünde görüş bildirilmiştir[161]. Bununla birlikte öğretide bu konuda genel bir yargıya varmanın yanlış olduğu, her bir tazminatı sınırlayıcı sebep bakımından ayrı bir değerlendirme yapılması gerektiği ifade edilmiştir[162]. Öncelikle öngörülebilirlik sınırlamasının bu konuda dikkate alınmaması yerinde olacaktır. İhlal üzerine ödenecek miktarın, öngörülebilir olsun olmasın alacaklının uğrayabileceği her tür zararla kıyaslanarak gerçekçi bir zarar tahmini olup olmadığı değerlendirilmelidir[163]. *Robophone Facilities Ltd v. Blank* kararı da bu tespiti desteklemektedir[164]. Diğer yandan zararı azaltma külfeti ve birlikte kusur konularında bir yargıya varmak bu denli kolay değildir. Yine de tarafların henüz sözleşmeyi akdederken olası bir ihlal durumunda alacaklının zararı azaltma konusunda karşısına çıkabilecek fırsatları veya ne ölçüde birlikte kusurlu olacağını dikkate alarak bir zarar tahmininde bulunması pek mümkün görünmemektedir. Durum böyleyken, tarafların belirlediği miktarın gerçekçi bir zarar tahmini olup olmadığını bu sınırlamaları dikkate almaksızın

[160] Burrows, Remedies, s. 446.
[161] *Law Commission For England And Wales,* "Penalty Clauses and Forfeiture of Monies Paid", Working Paper No 61, 1975, para. 44.
[162] Burrows, Remedies, s. 446-447; Chen-Wishart, s. 565.
[163] Burrows, Remedies, s. 446; Chen-Wishart, s. 565.
[164] S. 1447-1448

değerlendirmek daha yerinde olur. Sonuç olarak mühim olan, alacaklının ihlal neticesinde maruz kalabileceği zararın tamamıdır; bunun ne kadarının tazmininin talep edebileceğinin önemi yoktur[165]. ,

(b) *Ödenmesi öngörülen meblağ, bir para borcunun ihlal edilmesi durumuna ilişkin olarak öngörülmüş ise ve miktar olarak para borcunun kendisinden daha fazla ise sözleşmedeki hüküm ceza koşulu olarak nitelendirilecektir.*

Bu kriterin kaynağı, İngiliz hukuk tarihinin bir parçasını teşkil eden ceza bonosu uygulamasıdır[166]. Bir para borcunun zamanında ödenmemesi üzerine alacaklının uğrayabileceği zarar faiz ile zaten giderilmekte olduğu için, bundan öte para borcunu aşan bir tutarın gerçekçi bir zarar öngörüsü olarak değerlendirilmesi mümkün değildir[167].

Bununla birlikte bu husus, son dönemde pek çok eleştiriye maruz kalmaktadır. Şöyle ki alacaklının tahsil edeceği tutar ile kendi borçlarını ifa etmeye yönelik davranışlarda bulunacağı durumda söz konusu para borcunun ödenmemesi üzerine uğrayacağı zarar, pekâlâ bu para borcunun kendisinden daha fazla olabilir. Dolayısıyla para borcu miktarını aşan bir tutarın gerçekçi bir zarar tahmini olarak kabul edilmesi mümkün olmalıdır[168]. Nitekim para borcunu ödememenin faizi aşan bir tazminat sorumluluğu doğurmayacağına yönelik genel ilke, 2008 tarihli *Sempra Metals v Inland Revenue Commissioners* kararı ile değişmiştir. Bundan böyle para borcunu ödemeyen borçluyu, tazminat ödemekle yükümlü tutmak mümkündür. Bu doğrultuda, söz konusu kuralın güncel gelişmeler ile uyumlu olarak ele alınması gerekmektedir[169].

(c) *Sözleşmedeki hüküm, bazıları ciddi diğerleri ise önemsiz zarara yol açacak olan çeşitli ihlallerden birinin veya birkaçının meydana gelmesi durumuna ilişkin olarak tek bir maktu meblağın ödenmesini öngörmüş ise karine olarak cezadır. Bununla birlikte, her karinede olduğu gibi bu durumun da aksinin söz konusu olması ve sözleşmedeki hükmün götürü tazminat olarak nitelendirilmesi mümkündür.*

[165] Burrows, Remedies, s. 446-447. Zararı azaltma külfetinin dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. Chen-Wishart, s. 565.
[166] Furmston, Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract, s. 784; Halson para. 1.28 dn. 178.
[167] Furmston, Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract, s. 784.
[168] Burrows, Remedies, s. 442.
[169] Halson, para. 1.33; Edelman, McGregor on Damages, para. 16-043.

Farklı zararlar doğurmaya elverişli ihlallerin aynı torba hükümde toplanmış ve bu ihlallerden hangisi gerçekleşirse gerçekleşsin borçlunun aynı meblağı ödeyeceğinin kararlaştırılmış olması, karine olarak bir ceza koşulunun varlığını ortaya koyar. Bu karine, iki durumda bertaraf edilecektir[170]. İlk olarak söz konusu ihlallerden doğabilecek zararların tahmin edilmesi mümkün olmadığı için hangi ihlalin diğerinden daha fazla veya az zarara yol açabileceği tahmin edilemiyorsa, götürü tazminatın varlığı kabul edilmelidir[171]. İkinci olarak, kararlaştırılan meblağ ihlallerden doğacak olası zararların ortalamasına tekabül ediyorsa yine götürü tazminatın varlığını kabul etmek uygun olur[172].

Bununla birlikte *Edelman*, farklı zararlar doğurmaya elverişli ihlalleri aynı torba hükümde toplayan ve bu ihlallerden hangisi gerçekleşirse gerçekleşsin borçlunun aynı meblağı ödeyeceğinin kararlaştırıldığı sözleşmelerin nitelendirmesine ilişkin olarak önemli bir tespit yapmaktadır. Mahkemeler, böyle bir meblağın gerçekçi bir zarar tahminini aşıp aşmadığını, sözleşmenin konu aldığı ihlallerin en az zarara yol açacak olanını esas alarak değerlendirmektedir. Meblağ, bu ihlalin yol açacağı zararın gerçekçi tazminini aşıyorsa, ceza koşulu nitelendirmesi yapılmaktadır. Yazar bu tespitini, *Dunlop* kararı ile *Ford Motor Co v. Armstrong* kararlarını kıyaslayarak desteklemektir[173]. Şöyle ki bu kararlara konu olan olayların her ikisinde de davalı borçlular, davacının güncel fiyat listesinde belirtilenden daha düşük bir fiyat karşılığında satış yapmamayı, davacının satış yapılmasını istemediği kişilere satış yapmamayı, davacının onayı olmadan ürünleri sergilememeyi taahhüt etmişlerdir. *Dunlop* kararına konu olan olayda ilk iki taahhütten herhangi birinin ihlali durumunda, *Ford Motor Co v. Armstrong* kararına konu olan olayda ise ihlali en az zarara yol açacak taahhüt olan üçüncü taahhüt de dahil olmak üzere üç taahhütten herhangi birinin ihlali durumunda tek bir maktu meblağın ödeneceği kararlaştırılmıştır. Nitekim somut olayların her ikisinde de davalı borçlular, ilk taahhütlerine aykırı davranmış ve davacının güncel fiyat listesinde belirtilenden daha düşük bir fiyat karşılığında satış yapmışlardır. Görüldüğü üzere iki olay arasındaki belirleyici fark, tarafların anlaşmasının, ihlali minimal zarara yol açacak üçüncü taahhüdü kapsayıp kapsamamasıdır. Nitekim *Dunlop* davasını karara bağlayan

[170] Edelman, McGregor on Damages, para. 16-056.
[171] Bkz. *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage & Motor Co. Ltd.*, [1915] A.C. 79, s. 95-96.
[172] Bkz. *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage & Motor Co. Ltd.*, [1915] A.C. 79, s. 99.
[173] Edelman, McGregor on Damages, para. 16-048.

mahkeme, götürü tazminatın varlığına hükmederken; *Ford Motor Co v. Armstrong* davasını karara bağlayan mahkeme, ceza koşulu nitelendirmesi yapmıştır.

(d) *İhlalin zarar miktarını kesin olarak tahmin etmeyi neredeyse imkânsız kılacak mahiyette olması, ödenmesi öngörülen bedelin gerçekçi bir zarar tahmini olmasının önünde engel teşkil etmez. Aksine asıl böyle bir durumda tarafların gerçekçi bir zarar tazmini üzerinde anlaşmaları muhtemeldir.*

III. *Cavendish/ParkingEye* Kararı Sonrasında İngiliz Hukukunun Ceza Koşuluna Güncel Yaklaşımı

Ceza koşulları konusundaki uygulama, *Dunlop* kararından sonra *Lord Dunedin*'in gösterdiği doğrultuda ilerlemiştir. Ancak henüz kaleme alındığı dönemde dahi belirlilik ihtiyacını karşılayıp karşılamadığı tereddütlü olan bu yaklaşım, zamanın getirdiği yeni sorunlara cevap verme kaygısıyla eklenen yamalarla birlikte daha da içinden çıkılması güç bir görünüme kavuşmuştur. Sözleşme cezası doktrini, tarafların ihlale bağlı hak ve borçları düzenlemek konusunda sahip oldukları sözleşme serbestisini kısıtlaması itibarıyla ciddi eleştirilere maruz kalmıştır. Öyle ki ceza koşulu konusu, İngiliz hukukunda revizyon tartışmalarının en yoğun olduğu alanlar arasında her daim ön sıralarda olmuştur. Kimileri sözleşme cezalarının hüküm ifade etmemesine ilişkin kuralın tamamen kaldırılmasını savunmuş[174]; kimileri ise bu kuralın kendi içinde daha tutarlı ve günümüzdeki sözleşme hukuku ilkeleri ile daha uyumlu olacak şekilde revize edilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir[175]. Bu hararetli tartışmalar çerçevesinde üzerinde uzlaşıldığı söylenebilecek yegâne husus, öyle ya da böyle bir değişikliğin gerekli olduğudur. Ancak nihai temyiz mercii olma görevini 2009 yılına kadar sürdüren Lordlar Kamarası ve bu tarihten sonra söz konusu görevi devralan Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi, tüm bu tartışmalara rağmen kuralın yerindeliğini yeniden ele almaktan uzun bir süre boyunca kaçınmıştır. Kuralın yerindeliğinin nihai temyiz mercii tarafından yeniden ele alınması için, *Dunlop* kararından sonra yaklaşık yüz yıl

[174] Sarah Worthington, "Common Law Values: The Role of Party Autonomy in Private Law", in Andrew Robertson / Michael Tilbury (eds.), The Common Law of Obligations: Divergence and Unity, Hart Publishing Oxford 2016, s. 301 vd.; Janet O'Sullivan, "Lost on Penalties", Cambridge Law Journal C. 73 (2014), s. 480 vd.; Edwin Peel, "The Rule Against Penalties", Law Quarterly Review S. 129(Apr) (2013), s. 152 vd.; Edwin Peel, "Unjustified penalties or an unjustified rule against penalties?", Law Quarterly Review S. 130(Jul) (2014), s. 365 vd.

[175] *English Law Commission*, Penalty Clauses and Forfeiture of Monies Paid, No. 61, 1975; *Scottish Law Commission*, Report on Penalty Clauses, No. 171, 1999.

beklemek gerekmiştir. Nihayet Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi, *Cavendish Square Holding BV v. Makdessi* ve *ParkingEye Ltd v. Beavis* davalarına ilişkin temyiz izni taleplerini kabul etmiş ve adeta ateşten gömleği giymeye karar vermiştir[176,177].

Aslında bu iki davanın konu aldıkları hukuki ilişkilerin bağlamları birbirlerinden çok farklı özellikler göstermektedir[178]. İlk dava toplam değeri 150 milyon dolara yaklaşan ticari bir ilişkiye odaklanmaktadır; buna karşılık ikinci davanın konusu oldukça düşük değerli bir tüketici sözleşmesidir. *Lord Mance,* bu iki davanın finansal spektrumun birbirine zıt uçlarında yer aldığını haklı olarak vurgulamıştır[179]. Ancak bu zıtlık bir kenara bırakılacak olursa, her iki davanın çözümü de özünde sözleşme cezası doktrini meselesine dayanmaktadır. Nitekim Yüksek Mahkeme, bu davalara ilişkin temyiz taleplerini birleştirerek incelemiş ve böylelikle oldukça kapsayıcı bir karar kaleme alma imkânına sahip olmuştur[180].

Cavendish davasının konusu bir hisse devir sözleşmesidir. Davalı Makdessi kurucusu olduğu ve Orta Doğu'nun en büyük reklam ve pazarlama şirketi hâline gelmiş olan şirketin hâkim hissesini, davacı Cavendish'e satmıştır. Dava konusu hisse devir sözleşmesi, altı aya yayılan ve her iki tarafın da alanında uzman avukatlardan danışmanlık hizmeti aldığı kapsamlı bir müzakere sürecinin sonunda akdedilmiştir. Sözleşme uyarınca davacı/alıcının, toplamı şirketin dönem içerisindeki performansına göre 147,5 milyon USD'ye ulaşabilecek bir tutarı taksitlere bölünmüş olarak ödemesi kararlaştırılmıştır. Bu bedelin belirlenmesinde, şirketin sahip olduğu peştemaliyenin arz ettiği değer etkili olmuştur. Aslında şirketin satılan hisselere karşılık gelen net varlık değeri yaklaşık 33 milyon USD iken peştemaliye değeri

[176] Önceki kanun yollarını tüketmiş olan ve davalarını Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesine taşımak isteyen taraflara doğrudan bir temyiz hakkı tanınmamıştır. Temyiz talebinin bu mahkeme nezdinde incelenmesi, ilgili kanun uyarınca izne tâbidir (*Constitutional Reform Act 2005,* S. 40(6)). Mahkeme, kamu için önem taşıyan hukuki konuları içeren davalar bakımından bu izni verecek ve temyiz talebini inceleyecektir. Bir davanın Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesine nasıl taşınacağı konusunda bizzat mahkeme tarafından hazırlanmış detaylı bir kılavuz için bkz. Registry of The Supreme Court of the United Kingdom, "A Guide to Bringing a Case to The Supreme Court", Çevrimiçi Erişim: https://www.supremecourt.uk/docs/a-guide-to-bringing-a-case-to-the-supreme-court.pdf, Son Erişim Tarihi: 01.09.2019.

[177] Karara ilişkin Türkçe değerlendirmeler için bkz. Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 140 vd.; Atamer, Ceza Koşulu, s. 98-100.

[178] Halson, para. 2.01.

[179] *Cavendish Square Holding BV v. Makdessi* ile *ParkingEye Ltd. v. Beavis,* [2016] A.C. 1172, para. 116.

[180] Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesinin temyiz taleplerini birleştirerek inceleyebileceği konusunda bkz. *The Supreme Court Rules 2009,* Rule 32.

sebebiyle çok daha yüksek bir satış bedeli belirlenmiştir. Dolayısıyla bu peştemaliyenin satış sonrasında da korunabilmesi için davalı/satıcı aleyhine rekabet yasağı hükmü düzenlenmiş ve söz konusu hükmün ihlaline ciddi yaptırımlar bağlanmıştır. Davalı/satıcının rekabet yasağını ihlal etmesi durumunda, sözleşmenin 5.1 ve 5.6 numaralı hükümleri devreye girecektir. Sözleşmenin 5.1 numaralı hükmü uyarınca, davacı/alıcı satış bedelinin henüz ödenmemiş taksitlerini ödemekten kurtulacaktır. Sözleşmenin 5.6 numaralı hükmü uyarınca ise davacı/alıcı, davalı/satıcının şirketteki geriye kalan %21,5 oranındaki hissesini peştemaliye değeri dikkate alınmaksızın belirlenen düşük bir bedel karşılığında alış opsiyonuna sahip olacaktır. Somut olayda davalı/satıcı rekabet yasağı hükümlerini ihlal etmiştir. Bunun üzerine davacı/alıcı sözleşmenin ilgili hükümlerini devreye sokmuş; mahkemeden henüz ödenmemiş taksitleri ödemek zorunda olmadığının ve davalı/alıcının şirkette kalan hisselerini kendisine satmak zorunda olduğunun tespit edilmesini talep etmiştir. Somut olayda uyuşmazlık konusu olan husus, sözleşmedeki 5.1 ve 5.6 numaralı hükümlerin sözleşme cezası doktrini sebebiyle geçerli olarak hüküm ifade edip etmeyeceğidir[181].

ParkingEye davasının konusu, bir aracın otoparkta izin verilen süreden daha fazla kalmış olmasıdır. Davalı Beavis, aracını bir alışveriş merkezinin davacı ParkingEye tarafından işletilmekte olan otoparkına park etmiştir. Otoparkın pek çok noktasında asılı olan uyarılarda, izin verilen azami park süresinin iki saat olduğu ve bu süre boyunca parkın ücretsiz olduğu; ancak izin verilen sürenin aşılması durumunda 85 £ ödenmesi gerektiği belirtilmiştir. Davalı, otoparkta 2 saat 56 dakika kalmış; bunun üzerine davacı davalıya dört hafta içerisinde 85 £ ödemesi gerektiğine ilişkin bir ihtar göndermiştir. İhtarda ayrıca ödemenin iki hafta içinde yapılması durumunda bu tutarın 50 £'a indirileceği de belirtilmiştir. Davalı herhangi bir ödeme yapmamış; davacı da bu tutarın davalıdan tahsil edilmesi talebiyle mahkemeye başvurmak durumunda kalmıştır. Somut olayda uyuşmazlık konusu husus, otoparkta izin verilen süreden daha fazla kalınması durumunda devreye girecek 85 £ ödenmesine ilişkin düzenlemenin sözleşme cezası doktrini sebebiyle geçerli olarak hüküm ifade edip etmeyeceğidir[182].

[181] Dava konusu somut olay hakkında bkz. *Cavendish Square Holding BV v. Makdessi* ile *ParkingEye Ltd. v. Beavis,* [2016] A.C. 1172, para. 44 vd.

[182] Dava konusu somut olay hakkında bkz. *Cavendish Square Holding BV v. Makdessi* ile *ParkingEye Ltd. v. Beavis,* [2016] A.C. 1172, para. 89 vd. Aslında *ParkingEye* davasına konu olan otoparkta

Yüksek Mahkemenin bu dava neticesinde vardığı sonuçlar kısaca şu şekilde özetlenebilir:

(1) Sözleşme cezası doktrininin tamamen ortadan kaldırılması veya uygulama alanının ticari ilişkileri dışarıda bırakacak şekilde sınırlanması yönündeki talepler reddedilmiştir. Bu kararın gerekçesi olarak, sözleşme cezası doktrininin İngiliz hukukunun eskiye dayanan bir ilkesi olması ve yasal düzenlemeye konu olmamış alanlarda taraflardan birini diğerinin tahakkümüne karşı koruma rolü üstlenmesi gösterilmiştir

(2) Yüksek Mahkeme, sözleşme cezası doktrininin uygulama alanını "tetikleyici olgu" bakımından netleştirmiştir. Sözleşme cezası doktrininin, herhangi bir borcun ihlali teşkil etmeyen olguların gerçekleşmesi neticesinde ifa edilmesi öngörülen edimler bakımından uygulanmayacağı önceki kararlarla uyumlu olarak teyit edilmiştir. Böylelikle doktrinin uygulama alanının genişletilmesi reddedilmiştir. Bir edimin sözleşme cezası doktrininin nitelik testine tâbi olması için, borçlunun bir borcu ihlal etmesi durumunda bu edimi ifa edeceğinin öngörülmüş olması; yani tali olarak düzenlenmiş olması gerekir. Bunun dışında kalan edimler bu nitelik testine hiç tâbi tutulmaksızın geçerli olarak hüküm ifade edecektir. Zira bu edimler asli nitelik taşımakta olup, mahkemenin tarafların asli edimlerinin oluşturduğu karşılıklılık ilişkisine müdahale etmesi mümkün değildir. Bu konu aşağıda *"Tetikleyici Olgu Bakımından Ön Değerlendirme: Asli Yükümlülük İhlali"* başlığı altında detaylı olarak incelenecektir[183].

(3) Buna ek olarak Yüksek Mahkemenin sözleşme cezası doktrininin uygulama alanını konu bakımından da netleştirdiği söylenebilir. Sözleşme cezası doktrini, bir borcun ihlal edilmesi durumunda borçlunun bir miktar para ödemesini öngören hükümlerin yanı sıra; borçluya bir olumsuzluk yükleyen diğer hükümler bakımından da uygulanacaktır. Özellikle borçlunun normal şartlarda hak kazanacağı

---

asılı uyarılar, *common law*'un bir parçasını teşkil eden sözleşme cezası doktrini ışığında incelenmenin yanı sıra; tüketiciyi haksız şartlara karşı korumaya yönelik kanuni bir düzenleme olan *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999* uyarınca da denetime tâbi tutulmuştur. Yedi yargıçtan altısı, söz konusu uyarıların tüketiciyi koruma mevzuatı uyarınca haksız şart teşkil etmediğine karar vermiştir. Buna karşılık *Lord Toulson*, kararın bu bölümüne muhalif kalmış ve uyarıların haksız şart teşkil etmesi sebebiyle geçerli olarak hüküm ifade etmeyeceğini belirtmiştir. *Lold Toulson*'un tüketiciyi koruma mevzuatına ilişkin incelemesi için bkz. *Cavendish Square Holding BV v. Makdessi* ile *ParkingEye Ltd. v. Beavis,* [2016] A.C. 1172, para. 299 vd.

[183] *"Beşinci Bölüm / III. / A. / 1. Tetikleyici Olgu Bakımından Ön Değerlendirme: Asli Yükümlülük İhlali"*.

ödemelerden yoksun bırakılmasını veya borçlunun bir eşyanın mülkiyetini devretmesini öngören hükümler sözleşme cezası doktrini doğrultusunda nitelik testine tâbi tutulacak ve geçerli olarak hüküm ifade edip etmeyecekleri incelenecektir. Bu konu aşağıda *"Konu Bakımından Ön Değerlendirme: Bir Miktar Paranın Ödenmesi Borcu veya Borçlu Nezdinde Olumsuzluk Yaratan Başkaca Durumlar"* başlığı altında detaylı olarak ele alınacaktır[184].

(4) En önemlisi Yüksek Mahkeme, *Dunlop* kararında formülleştirilmiş olan nitelik testini revize etmiş ve daha pragmatik hale getirmiştir. Yeni teste göre alacaklının asli yükümlülüğün ifası konusunda sahip olduğu meşru menfaate kıyasla borçluya aşırı bir olumsuzluk yükleyen tali yükümlülük, sözleşme cezası olarak nitelendirilecek ve hüküm ifade etmeyecektir. Görüldüğü üzere, *Dunlop*'ta belirtilenden daha farklı ve esnek bir kural söz konusudur; borçluya yüklenmiş yükümlülüğün "zararın gerçekçi bir tahmini olmaması" veya "caydırıcı olma amacı taşıması", sözleşme cezası olarak nitelendirileceği anlamına gelmez. Bir yükümlülük gerçekçi bir zarar tahmini olmasa ve caydırıcı olma amacı taşısa dahi, alacaklının ifa konusundaki meşru menfaatini korumayı amaçlıyor ve borçluya bu amaca kıyasla aşırı olmayacak bir olumsuzluk yüklüyorsa geçerli olarak hüküm ifade edecektir[185]. Bu noktada Yüksek Mahkeme çok çarpıcı bir değişikliğe imza atmış; ancak bu değişikliğin önemini vurgulamaktan nedense kaçınmıştır. Yeni test ile taraflara tanımış olduğu hareket alanının sınırları son derece geniştir. Öyle ki pek çok yazar sözleşme cezası doktrininin sınırlarının, doktrin tamamen ortadan kaldırılmaksızın esnetilebileceği son noktaya kadar esnetildiği görüşündedir[186]. Ayrıca benzer müzakere gücüne sahip olan ve hukuki danışmanlık hizmeti almış olan tarafların müzakere ederek akdettikleri bir sözleşmeye kural olarak müdahale edilmemesi gerektiği Yüksek Mahkeme tarafından vurgulanmıştır. Böyle bir sözleşmede ihlalin sonuçlarının düzenlendiği hükümlerin geçerli kabul edilmesi yönünde güçlü bir karine mevcut olacaktır. Uygulanan yeni test ve bu bağlamda kendisine yer bulan

---

[184] " *Beşinci Bölüm / III. / A. / 2. Konu Bakımından Ön Değerlendirme: Bir Miktar Paranın Ödenmesi Borcu veya Borçlu Nezdinde Olumsuzluk Yaratan Başkaca Durumlar".*

[185] Chen-Wishart, s. 565.

[186] Sarah Worthington, "Penalty Clauses", in Graham Virgo / Sarah Worthington (ed.), Commercial Remedies: Resolving Controversies, Cambridge University Press 2017, s. 366 vd., s. 369. Karar neticesinde sözleşme cezası doktrininin pratikte büyük ölçüde etkisiz kaldığı yönünde bkz. Carmine Conte, "The Penalty Rule Revisited", Law Quarterly Review S. 132 (2016), s. 382 vd., s. 382. Kararın sözleşme cezası doktrinini *de jure* olarak ayakta tutmakla birlikte *de facto* olarak ortadan kaldırdığı yönünde bkz. William Day, "A Pyrrhic Victory for the Doctrine Against Penalties: Makdessi v Cavendish Square Holding BV", Journal of Business Law (2016), s. 115 vd., s. 115.

güçlü götürü tazminat karinesi, aşağıda *"Sözleşme Cezası Doktrininin Nitelik Testi Işığında Götürü Tazminat ile Sözleşme Cezası Ayrımı"* başlığı altında detaylı olarak incelenecektir[187].

Bu noktada İngiliz hukukunun sözleşme cezalarına güncel yaklaşımının daha yakından incelenmesi uygun olur. Bu inceleme özellikle *Cavendish/ParkingEye* kararına yoğunlaşacaktır; bu karar, İngiliz hukukunda sözleşme cezaları konusunda yeni bir dönem başlatmıştır. Ancak bu karardan önce verilmiş olan başkaca kararlardan da yer yer istifade edilmesi zorunludur. Zira söz konusu kararlar, *Cavendish/ParkingEye* ile çelişmedikleri ve onu tamamladıkları ölçüde referans noktası olmaya devam edeceklerdir.

İngiliz hukukunun sözleşme cezaları konusundaki güncel yaklaşımının anlaşılabilmesi, üç adımlı bir incelemeyi zorunlu kılar. **(a)** İlk olarak bir ön değerlendirme yapılmalı ve ilgili sözleşme hükmünün sözleşme ceza doktrini uyarınca nitelik testine tâbi tutulup tutulmayacağı belirlenmelidir. Bazı sözleşme hükümleri, sözleşme cezası doktrininin uygulama alanına girmemekte; dolayısıyla bu doktrinin nitelik testine hiç tâbi tutulmaksızın geçerli olarak hüküm ifade etmektedir. Buna karşılık ön değerlendirmeye takılan ve sözleşme cezası doktrininin uygulama alanına girdiği tespit edilen hükümler bakımından ikinci adımda bir nitelik testi yapmak gerekecektir. **(b)** Sözleşme cezası doktrininin uygulama alanına giren hükümler, ikinci adım olarak bir nitelik testine tâbi tutulmalıdır. Bu test bağlamında götürü tazminat anlaşmaları ile ceza koşulları birbirinden ayırt edilir. **(c)** Son olarak, bu test neticesinde belli olan nitelendirmenin sonuçlarının ele alınması gerekir. Temel olarak ceza koşulu niteliği taşıdığı tespit edilen sözleşme kayıtları, hüküm ifade etmeyecek; götürü tazminat anlaşması niteliği taşıdığı tespit edilen sözleşme hükümleri ise mahkeme eliyle uygulanma kabiliyetini haiz olacaktır. Bununla birlikte bazı özel durumlarda farklı değerlendirmeler yapılması gerekebilir.

A. Ön Değerlendirme: İlgili Hüküm Sözleşme Cezası Doktrininin Nitelik Testine Tâbi Tutulacak mı?

Bir sözleşme hükmünün sözleşme cezası doktrininin kapsamına girip girmediğini iki açıdan ele almak gerekmektedir. **(i)** Birincisi, ilgili hükümde

[187] *"Beşinci Bölüm / III. / B. Sözleşme Cezası Doktrininin Nitelik Testi Işığında Götürü Tazminat ile Sözleşme Cezası Ayrımı"*

düzenlenen yükümlülüğün hangi tetikleyici olgu neticesinde doğduğu incelenmelidir. **(ii)** İkinci olarak, ilgili hükümde düzenlenen yükümlülüğün konusunun ne olduğu değerlendirilmelidir[188].

1. Tetikleyici Olgu Bakımından Ön Değerlendirme: Asli Yükümlülük İhlali

1. Sözleşme cezası doktrini, borç ihlali teşkil etmeyen olguların gerçekleşmesi neticesinde doğacak yükümlülükler bakımından uygulama alanı bulmaz[189]. Bir yükümlülüğün sözleşme cezası doktrininin nitelik testine tâbi olması için, borçlunun bu yükümlülüğü alacaklıya karşı olan başka bir borcunu ihlal etmesi durumunda ifa edeceğinin öngörülmüş olması gerekir. Görüldüğü üzere söz konusu kural, asli edim yükümlülüğü *(primary obligation)* ile tali edim yükümlülüğü *(secondary obligation)* ayrımı üzerine kurulmuştur. Nitelik testi, ancak bir borçlunun asli edim yükümlülüğünü ihlal etmesi durumunda doğacağı öngörülen tali borçlar bakımından uygulama alanı bulacaktır.

Sözleşme cezası doktrinine ilişkin bu kuralın bir uygulamasını, henüz 1961 tarihinde verilmiş olan *Alder v. Moore*[190] kararında görmek mümkündür. Karar, davacı sigortacıların kalıcı sakatlığa bağlı olarak profesyonel futbolu bırakan davalı futbolcuya yaptığı ödemeyi konu almaktadır. Ödeme yapılırken futbolcu ile sigortacılar arasında akdedilen sözleşme uyarınca futbolcu, profesyonel olarak yeniden futbol oynamaya başladığı takdirde kendisine yapılan ödemeyi sigortacılara iade edecektir. Bir süre sonra futbolcu profesyonel kariyerine geri dönmüştür. Bunun üzerine sigortacılar ödemenin iadesini talep etmiş; futbolcu ise iadeyi öngören sözleşme hükmünün bir ceza koşulu olduğunu iddia ederek iadeden kaçınmıştır. Mahkeme davacı sigortacılar lehine karar vermiştir. İade yükümlülüğünü doğuracak olan davalı futbolcunun yeniden profesyonel olarak futbol oynamaya başlaması

---

[188] Conte, Penalty Rule, s. 383.

[189] Andrew Summers, "Unresolved Issues in the Law on Penalty", Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly 2017/1(Jan), s. 95 vd., s. 97; Downes, s. 255; Furmston, Cheshire, Fifoot and Furmston's Contract Law, s. 788; Chen-Wishart, s. 567; Ewan McKendrick, Contract Law: Text, Cases, and Materials, Oxford University Press 2016, s. 912; Edelman, McGregor on Damages, para. 16-014 ve 16-017 vd.; Michael Furmston, "Recent Developments about Penalties", National Law School of India Review C. 28 (2016), s. 18 vd., s. 24; Worthington, Penalty Clauses, s. 374; Carmine Conte, "Deposit Clauses", Graham Virgo / Sarah Worthington (ed.), Commercial Remedies - Resolving Controversies, Cambridge University Press 2017, s. 390 vd., s. 395; Jonathan Morgan, "The Penalty Clause Doctrine: Unlovable but Untouchable" Cambridge Law Journal C. 75 S. 1 (2016), s. 11 vd., s. 13; Conte, Penalty Rule, s. 383; Day, s. 118; Halson, para. 2.10;

[190] *Alder v. Moore,* [1961] 2 Q.B. 57. Aslında bu tarihten daha evvel verilmiş olan 1939 tarihli bir kararda da bu kuralın varsayılması suretiyle sonuca ulaşıldığını görmek mümkündür; bkz. *Moss Empires Ltd v. Olympia (Liverpool) Ltd,* [1939] AC 544, s. 551 ve 558.

olgusu, sözleşmede bir borç ihlali olarak düzenlenmemiştir. Zira sözleşmede davalı futbolcunun yeniden profesyonel olarak futbol oynamasını yasaklayan herhangi bir yükümlülük bulunmamaktadır. Bu durumda sözleşme cezası doktrini hiç devreye girmeyecektir. Sözleşmedeki düzenleme, götürü tazminat ve ceza koşulu ayrımına ilişkin nitelik testine tâbi olmaksızın geçerli olarak hüküm ifade edecektir[191].

Aynı kuralın uygulandığı ve borç ihlali teşkil etmeyen olguların gerçekleşmesi neticesinde doğacak yükümlülükler bakımından sözleşme cezası doktrininin uygulanmayacağı sonucuna varılan başkaca kararlar da mevcuttur[192]. Yüksek Mahkeme, *Cavendish/ParkingEye* kararında mevcut kuralın yerindeliğini yeniden değerlendirmiş ve teyit etmiştir. Yüksek Mahkemenin bu konudaki gerekçesi, sözleşme serbestisi temelinde açıklanabilir. Yüksek Mahkeme, borç ihlali teşkil etmeyen olguların gerçekleşmesi neticesinde doğacak yükümlülüklerin asli nitelik taşıdığını ve mahkemenin tarafların asli yükümlülüklerinin oluşturduğu karşılıklılık ilişkisine müdahale etmesinin *common law* uyarınca kural olarak mümkün olmadığını belirtmiştir. Sözleşme serbestisi ilkesi, tarafların sinallagma ilişkisi bağlamında asli yükümlülükler ile kurmuş oldukları denge söz konusu olduğunda daha da güçlü şekilde korunmaktadır.

Ancak *Cavendish/ParkingEye* kararının asıl önemi, mevcut kuralı teyit etmiş olmanın ötesindedir. Yüksek Mahkeme, kuralın uygulanma biçimine ilişkin önemli bir yenilik getirmiştir; kuralın üzerine inşa edildiği asli ve tali edim yükümlülüğü ayrımının şekil yerine esasa odaklanan bir bakış açısıyla ele alınması gerektiğini ortaya koymuştur[193]. Zira şekli bir temele dayanarak ele alınan asli ve tali edim yükümlülüğü ayrımı, sözleşme cezası doktrininin çevresinden dolanmaya imkân tanıyan açık bir kapı bırakmaktadır[194]. Taraflar yükümlülüğü doğurmasını istedikleri olguyu borç ihlali olarak düzenlememek suretiyle sözleşme cezası doktrininin

[191] *Alder v. Moore,* [1961] 2 Q.B. 57, s. 64-65. *Lord Devlin* ise taraflar arasındaki sözleşmeyi daha şekilci bir bakış açısıyla yorumlamış ve sözleşmede futbolcunun yeniden profesyonel olarak futbol oynamasını yasaklayan bir yükümlülük bulunduğu sonucuna vararak sözleşme cezası doktrinini uygulamıştır. Sonuç olarak, karara muhalif kalmıştır; bkz. *Alder v. Moore,* [1961] 2 Q.B. 57, s. 69.

[192] Örneğin bkz. *M&J Polymers Ltd v. Imerys Minerals Ltd*, [2008] 1 C.L.C. 276; *Euro London Appointments Agency Ltd v. Claessens International Ltd*, [2006] EWCA Civ 385; *Imam-Sadeque v Bluebay Asset Management (Services) Ltd,* [2012] EWHC 3511 (QB); *Berg v. Blackburn Rovers Football Club & Athletic Plc,* [2013] 4 WLUK 683.

[193] Worthington, Penalty Clauses, s. 375; Summers, s. 98; Edelman, McGregor on Damages, para. 16-014; Conte, Penalty Rule, s. 384; Day, s. 122.

[194] Bu imkânın varlığını teyit eden gözlemler için bkz. Peel, Rule Against Penalties, s. 154; Peel, Unjustified Penalties, s. 368; Chen-Wishart, s. 568; Day, s. 118; Furmston, Recent Developments, s. 34; Halson, para. 2.10.

uygulanmasını bertaraf edebilmektedir. Böylelikle normal şartlarda ceza koşulu olarak nitelendirilebilecek sözleşme düzenlemelerinin hiçbir engele takılmaksızın hüküm ifade etmesi sağlanmaktadır.

Ayrımın şekli bir temele dayanarak ele alınmasının yol açabileceği tutarsız sonuçları, *ParkingEye* davasını İstinaf Mahkemesinde inceleyen *Lord Moore-Bick*'in uyuşmazlığı uyarlayarak vermiş olduğu teorik örnek üzerinde gözlemlemek mümkündür[195]. Örnek, iki durumun karşılaştırılmasını konu almaktadır.

> *Birinci durum:* (A), aracını (B)'nin otoparkına herhangi bir bedel ödemeksizin park etmiş; ancak iki saat içerisinde otoparktan ayrılmayı taahhüt etmiştir. (A) iki saat içerisinde otoparktan ayrılmaz ve sözleşmeyi ihlal ederse B'ye 85 £ ödeyecektir.
>
> *İkinci durum:* (A), aracını (B)'nin otoparkına park etmiştir. Taraflar arasındaki anlaşma uyarınca (A)'nın iki imkânı vardır. (A) dilerse iki saat içerisinde otoparktan ayrılacak ve herhangi bir bedel ödemeyecek dilerse otoparkta iki saatten daha uzun süre kalacak ve (B)'ye 85 £ ödeyecektir.

(A)'nın üstlenmiş olduğu yükümlülükler arasında işlevsel açıdan hiçbir fark bulunmamaktadır. Her iki durumda da iki saat içerisinde otoparktan ayrılırsa herhangi bir bedel ödemeyecek; otoparkta iki saatten daha uzun süre kalırsa 85 £ ödeyecektir. Ancak işlevsel açıdan hiçbir fark içermeyen bu durumların sözleşme cezası doktrini tarafından ele alınma biçimi, şekli bir asli ve tali edim yükümlülüğü ayrımı esas alınırsa oldukça farklı olacaktır. İlk durumdaki 85 £ ödeme yükümlülüğü, otoparktan iki saat içinde ayrılmaya ilişkin asli yükümlülüğün ihlal edilmesi koşulunda devreye girecek bir tali yükümlülüktür. Bu bakımdan sözleşme cezası doktrini uygulanacak ve sözleşmedeki düzenlemenin hüküm ifade edip etmeyeceği nitelik testine bakılarak tespit edilecektir. Oysa ikinci durumdaki 85 £ ödeme yükümlülüğü, sözleşmede bulunan asli yükümlülüklerden biridir. Tali yükümlülük olmaması itibarıyla sözleşme cezası doktrinine hiç başvurulmayacaktır.

Pratikte de taraflar asli ve tali edim yükümlülüğü ayrımından istifade ederek sözleşme cezası doktrininin çevresinden dolanabilmektedir. Bu şekilde kaleme alınmış olan ve amacına ulaşan sözleşme örneklerini *Office of Fair Trading v. Abbey*

[195] Aynı örnek için bkz. Day, s. 119; Halson, para. 2.54-2.56.

National plc kararında görmek mümkündür. Karara konu olan dava, banka müşterilerinin limitlerini izinsiz olarak aşmaları durumunda bankaların tahsil ettiği bedelleri konu almaktadır. Davaya bakan ilk derece mahkemesi, söz konusu limit aşım ücretlerine ilişkin olarak sözleşme cezası doktrininin uygulama alanı bulmayacağı sonucuna varmıştır. Zira limit aşım ücreti ödeme yükümlülüğünü tetikleyen olgu bir sözleşme ihlali değildir; banka müşteriler ile akdetmiş olduğu sözleşmelerde limit aşımını bir sözleşme ihlali olarak tanımlamaktan özellikle kaçınmıştır[196]. Davanın gelişimi doğrultusunda üst derece mahkemeleri de konuyu sözleşme cezası doktrini bakımından incelememiş ve tüketiciyi korumaya yönelik kanuni düzenleme ışığında denetime tâbi tutmuştur. Nihai olarak davayı gören Yüksek Mahkeme, limit aşım ücretlerini bankanın sunmuş olduğu hizmet karşılığında tahsil ettiği bedelin bir parçası olarak kabul etmiş ve bu ücretlerin öngörüldüğü sözleşme hükümlerinin haksız şart olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığı sonucuna ulaşmıştır[197].

Yüksek Mahkemenin *Cavendish/ParkingEye* kararında bu gibi durumlara karşılık geliştirdiği çare, asli ve tali edim yükümlülüğü ayrımını yaparken şekilden ziyade esasa odaklanmaktır. Bu değişiklik, iki farklı sonuca yol açabilir. Öncelikle sözleşmede şeklen asli edim yükümlülüğü olarak düzenlenmiş yükümlülüklerin, mahkemece esasa bakılarak tali edim yükümlülüğü olarak sınıflandırılması mümkündür. Böylelikle tarafların sözleşme cezası doktrininin çevresinden dolanmaları engellenebilecektir[198]. Diğer yandan şeklen tali edim yükümlülüğü olan yükümlülüklerin de esas bakımından asli edim yükümlülüğü olarak sınıflandırılması ve normalde nitelik testine tâbi tutulacakken sözleşme cezası doktrininin uygulama alanının dışına çıkarılması mümkündür[199].

Teorik olarak bakıldığında bu uygulama, daha tutarlı ve makul sonuçlara yol açacakmış gibi görünmektedir[200]. Ancak asli ve tali edim yükümlülüğü ayrımında şekil yerine esasa odaklanmanın işleri daha da fazla karıştıracağı haklı olarak

[196] *Office of Fair Trading v Abbey National Plc and 7 Others,* [2008] C.T.L.C. 1.
[197] *Office of Fair Trading v Abbey National plc and others,* [2010] 1 A.C. 696.
[198] Worthington, Penalty Clauses, s. 375; Conte, Penalty Rule, s. 384.
[199] Worthington, Penalty Clauses, s. 375.
[200] *Conte*, şeklen asli yükümlülük görünümü verilerek gizlenmiş olan tali yükümlülüklerin böylelikle sözleşme cezası doktrinine tâbi tutulacak olmasını olumlu bir gelişme olarak yorumlamaktadır; bkz. Conte, Penalty Rule, s. 386.

vurgulanmaktadır[201]. Öncelikle bu çerçevede olağan bir yorum faaliyetinin mi yoksa olağan bir yorumun ötesine geçecek bir yaklaşımın mı kastedildiği şüphelidir. Olağan bir yorum faaliyeti çerçevesinde yalnızca muğlak olan hükümler esasları ve sözleşmenin bütünü dikkate alınmak suretiyle anlamlandırılır; muğlak olmayan hükümler ise herhangi bir anlamlandırma faaliyetine tâbi tutulmaksızın oldukları gibi uygulanır. Kastedilen böyle bir faaliyet ise hiçbir muğlaklık içermeksizin açıkça asli veya tali edim yükümlülüğü olarak düzenlenmiş bir yükümlülüğün, mahkemece esasa bakılarak aksi yönde sınıflandırılması mümkün olmayacaktır. Aksi yönde bir sınıflandırma, ancak olağan bir yorum faaliyetinin ötesine geçen bir müdahalede bulunulması durumunda mümkündür. Yüksek Mahkemenin tam olarak hangi yaklaşımı benimsendiği ise *Cavendish/ParkingEye* kararındaki ifadeler ışığında anlaşılamamaktadır[202]. İkinci olarak şekil yerine esasa odaklanılması, tali yükümlülük *(secondary obligation)* ile koşula bağlı asli yükümlülük *(conditional primary obligation)* kavramları arasındaki ince ayrımı daha da geçirgen hâle getirecek ve sözleşme cezası doktrininin uygulama alanını iyice bulanıklaştıracaktır. Bir asli borcun ifa edilmemesi koşuluyla ifa edileceği öngörülen bir yükümlülüğü ele alalım. Bu yükümlülüğün, esas bakımından tali bir yükümlülük mü (yani asli borcun ihlal edilmesi durumuna ilişkin olarak tarafların kararlaştırdığı bir hukuki çare mi) yoksa koşula bağlı asli bir yükümlülük mü (yani ifası asli borcun ifa edilmemesi koşuluna bağlı olmakla birlikte kendisi de asli olan alternatif bir yükümlülük mü) olduğunu kesin olarak tespit etmeye imkân tanıyacak herhangi bir test mevcut değildir[203].

Nitekim bir borcun esas olarak asli nitelikte mi tali nitelikte mi olduğunu tespit etmenin ne denli zor olduğunu bizzat *Cavendish* kararında görmek mümkündür. Kararı veren yedi yüksek yargıç, davacı Cavendish ile davalı Makdessi

[201] Worthington, Penalty Clauses, s. 375.
[202] Bu konuda bkz. Summers, s. 98-101.
[203] Summers, s. 101-106; Worthington, Penalty Clauses, s. 375-376; Conte, Penalty Rule, s. 386. *Worthington* tüm bu karmaşanın sebebinin asli ve tali yükümlülük ayrımının ele alındığı perspektifin yanlış olmasından kaynaklandığını savunmaktadır. Yazara göre Yüksek Mahkemenin bir kısmını asli bir kısmını tali olarak nitelendirmek suretiyle birbirinden ayırt etmeye çalıştığı bu yükümlülüklerin tümü, gerçekte asli niteliktedir. Eğer doktrin varlığını sürdürecekse tutarlı bir uygulama elde etmenin yegane yolu, sözleşme cezası doktrininin bu yükümlülüklerin tamamı bakımından uygulanmasıdır. Bu konuda bkz. Worthington, Penalty Clauses, s. 376-378. *Conte* de Yüksek Mahkemenin birbirinden ayırt etmeye çalıştığı yükümlülüklerin tümünün gerçekte asli nitelikte olduğunu belirtmektedir. Ancak bunların tümüne sözleşme cezası doktrininin uygulanmasını doğru bulmamakta; mevcut ayrımın yerine asli edim yükümlülüğü ve yan edim yükümlülüğü ayrımını *(original primary obligations and collateral primary obligations)* esas alan farklı bir yöntem önermektedir. Bu konuda bkz. Conte, Penalty Rule, s. 386.

arasındaki sözleşmenin 5.1 numaralı hükmünde düzenlenen yükümlülüğün niteliği konusunda anlaşmaya varmayı başaramamıştır. Hatırlanacağı üzere davacı Cavendish, davalı Makdessi'nin rekabet yasağı yükümlülüğünü ihlal etmesi durumunda sözleşmenin 5.1 numaralı hükmü uyarınca satış bedelinin henüz ödenmemiş taksitlerini ödemekten kurtulmaktadır. *Lord Neuberger* ve *Lord Sumption, Lord Carnwath*'ın da katılımıyla, bu hükmün hisselerin satış bedelinin belirlenmesine ilişkin bir fiyat ayarlama klozu olduğu ve taraflar arasındaki asli borçları tespit ettiği görüşündedir. Bu itibarla asli nitelik taşıdığına karar verdikleri yükümlülüğü, sözleşme cezası doktrinine tâbi tutmamışlardır[204]. Buna karşılık diğer yargıçlar, rekabet etmeme yasağının ihlal edilmesi durumunda mevcut olacak hukuki çareleri konu aldığını belirttikleri hükümdeki yükümlülüğün tali nitelik taşıdığı sonucuna varmış ve sözleşme cezası doktrinini uygulamışlardır[205]. Burada da bir örneği görüldüğü üzere, borçlunun ifa etmesi gereken edimin veya alacaklının ifa etmesi gereken karşı edimin kapsamının sözleşmenin ihlal edilmesi durumunda değişeceğini öngören hükümlerin nitelendirilmesi özellikle sorun arz edecektir[206].

Sonuç olarak şekilden ziyade esasa odaklanılsa bile asli ve tali edim yükümlülüğü ayrımı üzerine inşa edilecek herhangi bir kuralın sağlam bir temele sahip olmadığı ortadadır. Yine de Yüksek Mahkeme, sözleşme cezası doktrininin uygulama alanını yalnızca asli bir yükümlülüğün ihlal edilmesi durumunda doğacağı öngörülen tali yükümlülükler ile sınırlı tutmuş; zaten eleştirilere maruz kalan bu doktrinin sınırlarını daha da genişletmekten kaçınmıştır. *Cavendish/ParkingEye* sonrası kararlarda da bu kural uygulanmaya devam etmektedir[207]. Buna karşılık *common law* geleneğinin önemli parçalarından birini teşkil eden Avustralya hukukunda yakın dönemde tam ters yöne doğru bir adım atılmış; bu ayrım ortadan kaldırılarak sözleşme cezası doktrininin uygulama alanı genişletilmiştir.

2. Avustralya Yüksek Mahkemesi *(High Court of Australia),* 2012 tarihli kararı *Andrews v. Australia and New Zealand Banking Group*[208] ile borç ihlali teşkil etmeyen olguların gerçekleşmesi neticesinde doğacak yükümlülükler bakımından da

[204] *Cavendish Square Holding BV v. Makdessi* ile *ParkingEye Ltd. v. Beavis,* [2016] A.C. 1172, para. 74.
[205] *Cavendish Square Holding BV v. Makdessi* ile *ParkingEye Ltd. v. Beavis,* [2016] A.C. 1172, para. 280, 291, 292.
[206] Bu konuda bkz. Summers, s. 102-105.
[207] Bkz. *Richard v. IP Solutions Group Ltd,* [2016] EWHC 1835; *Hayfin Opal Luxco 3 SARL v. Windermere VII CMBS Plc,* [2016] EWHC 782.
[208] *Andrews v. Australia and New Zealand Banking Group Ltd,* [2012] HCA 30.

sözleşme cezası doktrininin uygulanabileceği sonucuna varmıştır. Aslında bu karardan evvel Avustralya hukukunda da İngiliz hukukundaki kural benimsenmekteydi. Bir yükümlülüğün sözleşme cezası teşkil etme potansiyelini taşıması ve nitelik testine tâbi tutulması için bir asli borcun ihlali durumunda doğacağının öngörülmüş olması aranmaktaydı[209]. Ancak sözleşme cezası doktrini bakımından dönüm noktası teşkil eden *Andrews v. Australia and New Zealand Banking Group* kararı neticesinde Avustralya hukuku İngiliz hukukundan ayrılarak kendi yolunu çizmiş oldu[210]. Söz konusu karar, tıpkı hemen yukarıda incelenmiş olan *Office of Fair Trading v. Abbey National plc*[211] kararına konu olan olaydaki gibi bankaların müşterilerinden tahsil ettiği limit aşım ücreti gibi bedellere ilişkindir. Avustralya Yüksek Mahkemesi, sözleşme ile müşterilere limitlerini aşmamak konusunda herhangi bir yükümlülük yüklenmemiş olmasının ve dolayısıyla ücreti tetikleyen olgunun sözleşme ihlali teşkil etmemesinin önemli olmadığı sonucuna varmıştır. Sonuç olarak İngiliz mahkemelerinin aksine sözleşme cezası doktrininin uygulanmasının mümkün olduğuna karar vermiştir.

Burada özellikle ilgi çekici olan husus, kararda varılan sonucun hukuk tarihini temel alan bir bakış açısı çerçevesinde gerekçelendirilmiş olmasıdır. Karar, sözleşme cezası borçlularına bu cezadan kurtulmak konusunda tanınan hukuki çarenin İngiliz hukukundaki tarihi gelişimine odaklanmaktadır. Kararda benimsenmiş olan tarihi analize göre *equity* hukuku, bu hukuki çarenin uygulama alanını asli bir borcun ihlal edilmesi durumunda ifa edilmesi öngörülen tali borçlar

[209] Örnek kararlar için bkz. *IAC (Leasing) Ltd v. Humphrey,* [1972] HCA 1; *O'Dea v. Allstates Leasing System (WA) Pty Ltd,* [1983] HCA 3; *AMEV-UDC Finance Ltd v. Austin,* [1986] HCA 63; *Interstar Wholesale Finance Pty Ltd v. Integral Home Loans Pty Ltd,* [2008] NSWCA 310.

[210] *Andrews v. Australia and New Zealand Banking Group Ltd,* [2012] HCA 30. Avustralya Yüksek Mahkemesi, yine bir bankanın müşterilerinden tahsil ettikleri ücretler ile ilgili vermiş olduğu ve nitelik testini revize ettiği bir başka kararda da ihlal konusundaki bu yaklaşımını devam ettirmiştir; bkz. *Paciocco v. Australia and New Zealand Banking Group Ltd,* [2016] HCA 28. *Andrews* kararı hakkında kısa bir inceleme için bkz. Peel, Rule Against Penalties. *Andrews* ile *Paciocco* kararları sonrasında Avustralya hukuku uyarınca sözleşme cezası doktrini hakkında detaylı bilgi için bkz. John W. Carter / Wayne Courtney / Elisabeth Peden / Andrew Stewart / Gregory J. Tolhurst: "Contractual Penalties: Resurrecting the Equitable Jurisdiction", Journal of Contract Law C. 30 (2013), s. 99 vd.; Anthony Gray, "Contractual Penalties in Australian Law After Andrews: An Opportunity Missed", Deakin Law Review C. 18 (2013), s. 1 vd.; Jessica Palmer, "Implications of the New Rule against Penalties", Victoria University Wellington Law Review C. 47 (2016), s. 305 vd.; Sarah Worthington, "The Death Of Penalties in Two Legal Cultures?", The UK Supreme Court Yearbook C. 7 (2016), s. 129 vd.; John Eldridge, "The New Law of Penalties: Mapping the Terrain", Journal of Business Law C. 8 (2018), s. 637 vd. Güncel İngiliz ve Avustralya hukuklarının sözleşme cezası doktrinine yaklaşımlarının kapsamlı bir karşılaştırması için özellikle bkz. Nicholas A. Tiverios, "A restatement of relief against contractual penalties (II): A framework for applying the Australian and English approaches", Journal of Equity C. 11 (2017), s. 185 vd.

[211] *Office of Fair Trading v Abbey National plc and others,* [2010] 1 A.C. 696.

ile sınırlı tutmamıştır[212]. Herhangi bir borcun ihlali teşkil etmeyen olguların gerçekleşmesi durumunda ifa edilmesi öngörülen borçlar bakımından da *equity*'nin bu hukuki çareyi tanıdığını görmek mümkündür. Bu noktada *equity*'nin bu hukuki çare konusunda sahip olduğu tarihi bakış açısının günümüzde hâlâ uygulama alanı bulup bulmayacağı sorunu gündeme gelmektedir. Zira bilindiği üzere 1873 tarihli *Judicature Act* ile *common law* ve *equity* mahkemelerinin tümü aynı çatı altında toplanmış ve İngiliz hukukunun ikili yapısı en azından şekli olarak ortadan kaldırılmıştır. Avustralya Yüksek Mahkemesinin benimsediği görüşe göre, *equity*'nin tanımış olduğu bu hukuki çare zaman içerisinde *common law*'un *assumpsit* davasının içerisinde eriyerek yok olmamış; tam aksine bağımsız olarak varlığını günümüze kadar sürdürmüştür[213]. Dolayısıyla günümüzde sözleşme cezası doktrininin *equity*'nin geniş perspektifiyle ele alınması gerekmektedir. Buna göre herhangi bir borcun ihlali teşkil etmeyen olguların gerçekleşmesi durumunda ifa edilmesi öngörülen yükümlülüklerden kurtulma imkânı tanınması mümkün görünmektedir. Bu anlamda Avustralya Yüksek Mahkemesinin İngiliz hukukunun tarihi köklerine bizzat İngiliz mahkemelerinden bile daha fazla bağlı olma iddiası taşıdığı söylenebilir.

Aslında Avustralya ve İngiliz yüksek mahkemelerinin bu konuda benimsemiş oldukları farklı tavırlar, özellikle tarihi gelişim sürecini farklı yorumlamalarından kaynaklanmaktadır[214]. Avustralya Yüksek Mahkemesinin dönüm noktası niteliğindeki bu kararı, kararın verilmesinden yalnızca birkaç yıl sonra Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi tarafından *Cavendish/ParkingEye*'ta incelenmiş ve isabetsiz bulunmuştur[215]. *Lord Neuberger* ile *Lord Sumption, Lord Carnwath*'ın da katılımıyla, öncelikle *equity* bağlamında gelişen hukuki çarenin kapsamının Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin iddia ettiği gibi geniş olmadığını belirtmişlerdir. Bu hukuki çare, doğrudan sözleşmesel borçlarla ilgili olup ancak bir borcun ihlal edilmesine bağlı yükümlülükler bakımından tanınmaktadır. İkinci olarak *equity*'nin *common law*'dan ayrı ve daha geniş bir hukuki çare sunduğu kabul edilse bile, 1873

[212] *Andrews v. Australia and New Zealand Banking Group Ltd,* [2012] HCA 30, para. 33 vd.
[213] *Andrews v. Australia and New Zealand Banking Group Ltd,* [2012] HCA 30, para. 51 vd.
[214] Halson, para. 2.21; Day, s. 119-120. Diğer sebepler hakkında bkz. Day, s. 120-122.
[215] Conte, Penalty Rule, s. 383-384; Day, s. 119-120; Morgan, s. 13. Buna karşılık *Summers*, Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'nin asli yükümlülük ile tali yükümlülükleri birbirinden ayırt etmek üzere *Cavendish/ParkingEye* kararında esas aldığı kriterin, sonuç olarak İngiliz ve Avustralya uygulamalarını birbirine benzettiği görüşündedir. Dolayısıyla yazar, iki hukuk sistemi arasında ilk bakışta düşünüldüğü kadar fark olmadığını savunmaktadır; Summers, s. 102. Aynı yönde bkz. Worthington, Death of Penalties, s. 141.

tarihli *Judicature Act* ile İngiliz hukukunun ikili yapısı ortadan kaldırıldıktan sonra bu çareden geriye hiçbir iz kalmadığı yargıçlar tarafından ifade edilmiştir[216]. Sözleşme cezası doktrini, köken itibariyle *equity* hukukuna dayanmasına rağmen; modern İngiliz hukuku bağlamında *common law*'un bir parçası olarak kabul edilmektedir[217]. Bu yorum farklılıkları, sözleşme cezaları konusundaki tarihi gelişimin günümüz uygulaması bakımından ne denli önemli olduğunu net biçimde ortaya koymaktadır[218]. Her hâlükârda kesin olan nokta, sözleşmeyi kaleme alırken maharet ve kurnazlık göstermek suretiyle sözleşme cezası doktrininin çevresinden dolanmanın Avustralya hukukunda çok daha zor olduğudur. Nitekim Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi, tüm önlemlerine rağmen bırakmış olduğu açık kapının ve maharetli ellerin bu kapıyı açarak hukuku dolanma imkanına sahip olduğunun farkındadır. *Cavendish / ParkingEye* kararında böyle bir imkânın varlığı açıkça kabul edilmiştir.

3. Aslında tüm bu tartışma, ceza koşullarının topyekûn geçersiz kabul edilmesinin günümüzdeki sözleşme serbestisi anlayışıyla bağdaşmamasına; fakat sözleşme cezası doktrininin tarihsel önemi nedeniyle hukuk sisteminden atılamamasına dayanmaktadır. Hâl böyleyken İngiliz mahkemeleri, sözleşme cezası doktrininin uygulama alanını çeşitli yönlerden sınırlayarak; en azından sözleşmelerin bir kısmını yargısal denetimden kaçırmaya çalışmaktadır[219].

Kanaatimizce bu durum, sözleşme cezası doktrininin aksayan yönünü net bir şekilde ortaya koymaktadır. Buradaki yargısal denetimin gereğinden fazla sert olması, yargısal denetimin hiç yapılamamasına neden olmaktadır. Esasen sözleşme cezaları üzerinde belirli bir yargısal denetim uygulanması, son derece önemli bir ihtiyaca hizmet eder. Yukarıda Türk-İsviçre hukukunda sözleşme cezasının indirilmesi bahsinde işaret edildiği üzere, sözleşme serbestisi ilkesinin temelinde yatan varsayım, gerçek hayatta sorunsuz olarak işlemekten bir hayli uzaktır. Sözleşme cezası üzerinde yargısal bir denetim gerçekleştirilmesi, ekonomik ve sosyal açıdan daha güçlü olan tarafın faydasının diğer tarafın aleyhine olacak şekilde maksimize edilmesini önlemek açısından yerindedir. Fakat özellikle *Dunlop*

[216] *Cavendish Square Holding BV v. Makdessi* ile *ParkingEye Ltd. v. Beavis,* [2016] A.C. 1172, para. 42. Bu tespite ilişkin eleştiriler için bkz. Day, s. 120-121.
[217] Furmston, Recent Developments, s. 31.
[218] Halson, para. 1.03.
[219] Sözleşme cezası doktrininin uygulama alanını sınırlama ihtiyacının, sözleşme serbestisine atfedilen yüksek önemden kaynaklandığı yönünde bkz. Halson, para. 2.11.

kararıyla şekillendirilmiş ve *Cavendish/ParkingEye* ile törpülenmemiş hâliyle sözleşme cezası doktrini, öngördüğü topyekûn geçersizlik yaptırımı sebebiyle kantarın topuzunu kaçırmıştır. Sözleşme cezası doktrininin öngördüğü bu gereğinden ağır yaptırım karşısında mahkemeler, doktrininin uygulama alanını daraltma eğilimindedir. Böyle olunca aslında borçluyu ceza koşulları karşısında korumayı amaçlayan doktrin, kimi zaman hiç devreye girememekte; amacını yerine getirememektedir. Bunun yerine İsviçre-Türk hukukundaki gibi aşırı sözleşme cezasının indirilmesine yönelik bir anlayış benimsenmesi, çok daha etkin bir yargısal denetim mekanizmasına zemin hazırlar. Böyle esnek bir yargısal denetim mekanizması çerçevesinde, ceza koşuluna ilişkin hükümlerin uygulama alanının ihtiyaç duyulduğu ölçüde genişletilmesinden imtina edilmesine gerek kalmaz. Nitekim İsviçre-Türk hukukunda, bir borç olarak taahhüt edilmiş olmayan davranışların gerçekleştirilmesi durumunda ifa edilmesi öngörülen ceza mahiyetindeki edimler bakımından duyulan yargısal denetim ihtiyacının, ceza koşuluna ilişkin hükümlerin gerçek olmayan ceza koşulu bağlamında kıyasen uygulanması suretiyle çözülmesi önerilmektedir.

Bu tespitimizi yukarıda değindiğimiz *Alder v. Moore*[220] kararı üzerinden örnekleyelim. Karara konu olan olayda futbolcunun kendisine sigorta tarafından ödenmiş parayı iade etme yükümlülüğünü tetikleyecek olgu, yeniden profesyonel olarak futbol oynamaya başlamasıdır. Fakat sözleşmede davalı futbolcunun yeniden profesyonel olarak futbol oynamasını yasaklayan herhangi bir yükümlülük bulunmamaktadır. Buradan hareketle mahkeme, sözleşme cezası doktrinini hiç uygulamamış; tarafların anlaşması üzerinde herhangi bir yargısal denetim icra etmemiştir. Oysa aynı olay İsviçre-Türk hukukuna tâbi olsaydı, tarafların anlaşması "gerçek olmayan ceza koşulu" olarak nitelendirilebilecekti. İsviçre-Türk hukukunda, taraflardan birinin aslında yapmasına hukuken engel bulunmayan bir davranışı gerçekleştirdiği takdirde ceza mahiyetinde bir edimi karşı tarafa ifa etmesi konusunda tarafların anlaşmaları, gerçek olmayan ceza koşulu kavramı kapsamında değerlendirilir[221]. Söz konusu anlaşmanın işlevsel anlamda ceza koşulu ile önemli bir benzerlik göstermesi sebebiyle, kanundaki ceza koşuluna ilişkin hükümler bu anlaşmaya da kıyasen uygulanabilecektir. En önemlisi hâkim, aşırı gördüğü gerçek olmayan sözleşme cezasını TBK m. 182/III'ü kıyasen uygulayarak

[220] *Alder v. Moore,* [1961] 2 Q.B. 57.
[221] Gerçek olmayan ceza koşulu konusunda bkz. *"Üçüncü Bölüm / V. Gerçek Olmayan Ceza Koşulu"*.

indirebilecektir[222]. Görüldüğü üzere ceza koşullarına ilişkin olarak İsviçre-Türk hukukunda yerleşmiş denetim mekanizması, İngiliz hukukundakine kıyasla daha tutarlı ve kapsayıcı bir çözüm sunmaktadır.

4. Bu konudaki değerlendirmemizi sona erdirmeden evvel, borç ihlali teşkil etmeyen olguların gerçekleşmesi neticesinde doğacak yükümlülükler bakımından sözleşme cezası doktrininin uygulama alanı bulmayacağı yönündeki İngiliz hukuku kuralının bazı detaylarını daha yakından inceleyelim:

(a) Sözleşme cezası doktrininin uygulama alanı bulması için, asli yükümlülüğün tarafları ile bu yükümlülüğün ihlali durumunda ifa edilmesi öngörülen tali yükümlülüğün taraflarının aynı olması gerekmektedir. Başka bir deyişle, yalnızca bir asli borcun ihlal edilmesi neticesinde bu asli borcun borçlusu tarafından yine bu asli borcun alacaklısına ifa edilmesi öngörülen tali yükümlülükler sözleşme cezası doktrininin uygulama alanına girer[223]. Bu tespitin, iki önemli sonucu mevcuttur.

(i) Ceza koşulunun kararlaştırıldığı sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişilerin üstlenmiş olduğu bir yükümlülüğün ihlal edilmesi durumunda ifa edilmesi öngörülen yükümlülükler sözleşme cezası doktrininin uygulama alanı dışında kalır[224]. Yani asli yükümlülüğün alacaklısı ile sözleşme cezası olarak nitelendirilecek tali yükümlülüğün alacaklısı, örtüşmelidir. Bu doğrultuda kefalet ve benzeri ilişkilerde sözleşme cezası tartışmasına girilmesi mümkün değildir.

(ii) Ceza koşulunun kararlaştırıldığı sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişilere karşı olan yükümlülüklerin ihlal edilmesi durumunda ifa edilmesi öngörülen yükümlülükler, sözleşme cezası doktrininin uygulama alanı dışında kalır. Yani asli yükümlülüğün borçlusu ile sözleşme cezası olarak nitelendirilecek tali yükümlülüğün borçlusu, örtüşmelidir. Asli yükümlülüğün borçlusu ile tali yükümlülüğün borçlusu örtüşmüyorsa, tali yükümlülüğün herhangi bir teste tâbi tutulmaksızın geçerli olarak

[222] BK OR-Becker, Art. 163 para. 26; Bentele, s. 134; Koller, Konventionalstrafe, para. 55; Couchepin, Clause pénale, para. 1082; Furrer/Müller-Chen/Çetiner, para. 1621; Tunçomağ, s. 143-144; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 336-337; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 233. Alman hukuku açısından aynı yönde bkz. MüKoBGB/Gottwald, § 343 para. 28. TBK m. 182/III'ün gerçek olmayan ceza koşuluna herhangi bir kıyasa gerek olmaksızın doğrudan uygulanması gerektiği; ancak bu görüşün benimsenmemesi durumunda en azından *prateter legem* bir boşluğun varlığından hareketle ilgili hükmün kıyasen uygulanması gerektiği yönünde bkz. Mabillard, s. 553-554..

[223] Halson, para. 2.23.

[224] Halson, para. 2.23.

hüküm ifade edeceği kabul edilir[225]. Bu gibi durumlar, özellikle proje finansmanının üçüncü kişilerce sağlandığı kompleks ticari ilişkiler bakımından söz konusu olabilir. *Export Credits Guarantee Department v. Universal Oil Products Co*[226] kararına konu olan olay bunun bir örneğini teşkil etmektedir. Bir petrol rafinerisinin inşaatını konu alan proje çerçevesinde yüklenici şirket ile iş sahibi şirketler arasında bir inşaat sözleşmesi akdedilmiştir. Projenin finansmanını sağlamak üzere iş sahibi şirketler borç senetleri ihraç etmiş; bankalar da gerekli finansmanı iş sahibi şirketlere aktarmıştır. Diğer yandan finansman sağlayan bankalar ile garantör finansman kuruluşu arasında akdedilen sözleşme uyarınca garantör finansman kuruluşu, iş sahibi şirketlerin borç senetlerini zamanında ödememesi durumunda bankalara bizzat ödemede bulunmayı taahhüt etmiştir. Garantör finansman kuruluşu ise kendi ticari rizikosunu, yüklenici şirket ile akdettiği sözleşme çerçevesinde dengelemiştir. Bu sözleşme uyarınca yüklenici şirket, bu yapı içerisindeki herhangi bir sözleşmeyi ve özellikle iş sahibi şirketlerle akdetmiş olduğu inşaat sözleşmesini ihlal ettiği takdirde garantör finansman kuruluşunun bankalara ödemiş olduğu tutarı garantör finansman kuruluşuna ödemekle yükümlü olacaktır. Süreç içerisinde yüklenici şirketin inşaat sözleşmesini ihlal etmesi üzerine iş sahibi şirketler borç senetlerini ödememiş, bankalar bu tutarları garantör finansman kuruluşundan tahsil etmiştir. Bunun üzerine garantör finansman kuruluşu, ödemiş olduğu tutarı aralarındaki sözleşme uyarınca yüklenici şirketten talep etmiştir. Ancak yüklenici şirket sözleşme cezası doktrinine sığınarak ödemeyi yapmaktan kaçınmıştır. Davayı gören mahkeme, bu olay bağlamında sözleşme cezası doktrininin uygulama alanı bulmayacağına karar vermiştir. Zira sözleşme cezası olduğu iddia edilen ödeme yükümlülüğünü tetikleyici olgu, bu sözleşmeye taraf olmayan iş sahibi şirketlere karşı başka bir sözleşme çerçevesinde taahhüt edilmiş yükümlülüklerin ihlal edilmesidir. Sözleşme cezası olduğu iddia edilen ödeme yükümlülüğünün alacaklısı garantör finansman şirketi, ihlal edilmesi neticesinde bu ödeme yükümlülüğünü tetikleyen inşaat sözleşmesindeki yükümlülüklerin alacaklısı ise iş sahibi şirketlerdir[227]. Bu durumda

[225] Halson, para. 2.23.
[226] *Export Credits Guarantee Department v Universal Oil Products Co. and Others,* [1983] 1 W.L.R. 399.
[227] *Export Credits Guarantee Department v Universal Oil Products Co. and Others,* [1983] 1 W.L.R. 399, s. 402.

sözleşmedeki düzenleme, sözleşme cezası doktrini hiç gündeme gelmeksizin geçerli olarak hüküm ifade edecektir. Bu yönde verilmiş başkaca kararlar da mevcuttur[228].

İngiliz hukukundaki bu tabloyu, İsviçre-Türk hukukuyla kıyaslayalım. İsviçre-Türk hukuku uyarınca, sözleşme cezasının alacaklısı ve borçlusunun, asıl borcun alacaklısı ve borçlusundan başka kişiler olması mümkün olup olmadığı sorusu, ceza koşulunun işlevlerinin göz önüne alınması suretiyle yanıtlanmaktadır[229]. Asıl borcun borçlusu ile sözleşme cezasının borçlusunun aynı kişi olması, sözleşme cezasının henüz muaccel olmadığı dönem bakımından zorunludur. Asıl borcun ihlal edilmesi durumunda bu borcun borçlusundan başka bir kişinin ceza mahiyetinde bir edim ifa edeceğine ilişkin anlaşmalar, ceza koşulu olarak nitelendirilemez[230]. Yani yukarıda *(i)* bölümündeki ifade edilen tespit, İsviçre-Türk hukuku bakımından da geçerlidir. Fakat İsviçre-Türk hukuku uyarınca, asıl borcun alacaklısı ile sözleşme cezasının alacaklısının aynı kişi olmasını zorunlu değildir. Sözleşme cezasının alacaklısının, asıl borcun alacaklısından başka üçüncü bir kişi olması mümkündür[231]. Bu açıdan yukarıda *(ii)* bölümündeki ifade edilen tespitin, İsviçre-Türk hukuku bakımından geçerli olmadığı söylenebilir.

Bu durum, İngiliz mahkemelerinin sözleşme serbestisine yapılan katı müdahaleyi engellemek amacıyla sözleşme cezası doktrininin uygulama alanını daraltma çabalarının bir diğer sonucunu teşkil etmektedir. Bu itibarla İsviçre-Türk hukukunun borçlulara sunduğu koruma, daha kapsamlıdır. *Export Credits Guarantee Department v. Universal Oil Products Co* kararına konu olan olay İsviçre-Türk hukukuna tâbi olmuş olsaydı, yüklenici şirketin garantör finansman kuruluşuna karşı olan ödeme yükümlülüğünün sözleşme cezası olarak nitelendirilmesi ve TBK m. 179 vd. hükümlerin uygulanması mümkün olurdu. Zira mühim olan inşaata ilişkin asıl borç ile sözleşme cezası teşkil eden para borcunun borçlusunun aynı kişi olmasıdır. Olayda da bu koşul yerine gelmiştir; yüklenici şirket, hem inşaata ilişkin asıl borcun

[228] Başka bir proje finansmanı örneği için bkz. *Edgeworth Capital (Luxembourg) Sarl v Ramblas Investments BV,* [2015] EWHC 150 (Comm). Aile hukuku bağlantılı bir örnek için bkz. *In re B (Children) (Removal from Jurisdiction: Enforcement of Contact Order),* [2016] 1 W.L.R. 2326.

[229] Bu konudaki detaylı incelememiz için bkz. *"İkinci Bölüm / I. / C. / 2. Taraflar".*

[230] BK OR-Becker, Art. 160 para. 40; Secrétan, s. 74; Bentele, s. 130-131; Erdem, Clause pénale, s. 11; Gümüş, Borçlar Genel, s. 1015; Bilge, Cezai Şart, s. 56; Tunçomağ, s. 63; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 131; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 170.

[231] BK OR-Becker, Art. 160 para. 7; CR CO I-Mooser, Art. 160 para. 5; OFK OR-Wuffli, Art. 160 para. 8; CHK OR-Pellanda Katja, Art. 160 para. 14; Secrétan, s. 75; Bentele, s. 36-37; Koller, Konventionalstrafe, para. 70; Santoro, s. 5; Erdem, Clause pénale, s. 11; Foëx, s. 417; Arsebük, s. 991; Bilge, Cezai Şart, s. 94; Berki, s. 289; Tunçomağ, s. 62; Yağcıoğlu, Ceza Koşulu, s. 167.

hem sözleşme cezası teşkil eden para borcunun borçlusudur. Bu borçların alacaklıları olaydaki gibi farklı kişiler olsa dahi, ceza koşulunun varlığından bahsedilebilir.

(b) Sözleşme cezası doktrini, borçlunun ihlali sebebiyle alacaklının sözleşmeyi sona erdirdiği durumda borçlunun ifa etmesi öngörülen yükümlülükler bakımından da uygulanacaktır. Yükümlülüğün borçlunun ihlaline ek olarak alacaklının sözleşmeyi sona erdirmesi gibi başka bir olgu neticesinde tetikleniyor olması, sözleşme cezası doktrininin uygulama alanı bulmasını engellemez[232].

Bu kuralın nasıl işlediğini mülkiyeti devralınmak istenen malın bedelinin bir kısmının peşin, kalanının ise belirli bir kiralama süresi boyunca kira bedelleri olarak zaman içerisinde ödendiği sözleşmeler *(hire purchase agreement)* bağlamında gözlemlemek mümkündür[233]. Bu sözleşmelerde, kiracının kira bedellerini ödemede temerrüde düşmesi durumunda kiraya verene sözleşmeyi sona erdirme hakkı tanınır. Kiraya veren bu sona erdirme hakkını kullandığı takdirde kiracının, eşyayı iade etmesi ve sözleşmede kararlaştırılmış olan bir miktar bedeli ödemesi öngörülür. Böyle bir ödeme yükümlülüğünün sözleşme cezası doktrinine tâbi olup olmadığı mahkemeler tarafından incelenmiştir. Bazı kararlarda, yükümlülüğü tetikleyici olgunun alacaklının sözleşmeyi sona erdirme hakkını kullanması olduğu belirtilmiş ve ilgili hüküm nitelik testine hiç tâbi tutulmaksızın geçerli kabul edilmiştir[234]. Ancak bu yaklaşım kısa sürede terk edilmiştir. Art arda hem İstinaf Mahkemesi hem de Lordlar Kamarası tarafından verilmiş olan kararlarda borçlunun ihlaline bağlı olarak alacaklının sözleşmeyi sona erdirmesi neticesinde tetiklenen yükümlülük, nitelik testine tâbi tutulmuştur[235].

2. Konu Bakımından Ön Değerlendirme: Bir Miktar Paranın Ödenmesi Borcu veya Borçlu Nezdinde Olumsuzluk Yaratan Başkaca Durumlar

Sözleşmeyi ihlal eden borçlunun ifa etmesi öngörülen tali yükümlülüğün konusu, çoğu zaman alacaklı tarafa bir miktar para ödemek olacaktır[236]. Örneğin *Dunlop* kararına konu olan sözleşme uyarınca, davalı şirketin sözleşmeyi ihlal etmek

[232] Halson, para. 2.27.
[233] Bu konuda bkz. Edelman, McGregor on Damages, para. 16-066 vd.
[234] *Elsey v. Hyde* (Yayımlanmamıştır. *Re Apex Supply Co* ([1942] Ch 108) ve *Cooden Engineering Co v. Stanford* ([1953] 1 Q.B. 86) kararlarında yapılan atıflarda görmek mümkündür); *Re Apex Supply Co*, [1942] Ch 108.
[235] *Cooden Engineering Co v. Stanford*, [1953] 1 Q.B. 86; *Bridge v. Campbell Discount Co Ltd*, [1962] A.C. 600.
[236] McKendrick, Contract Law, s. 912; Conte, Penalty Rule, s. 384; Day, s. 122.

suretiyle sattığı her bir ürün başına davacı şirkete 5 £ ödemesi kararlaştırılmıştır. Keza *ParkingEye* kararına konu olan sözleşme, otoparkta ücretsiz olarak kalınabilecek iki saatlik süreyi aşan davalının davacı şirkete 85 £ ödemesini öngörmektedir. Bunun gibi borçlu tarafından alacaklıya bir miktar paranın ödenmesinin kararlaştırıldığı klasik durumlar bakımından sözleşme cezası doktrininin uygulama alanı bulacağı şüphesizdir. Ancak taraflar arasındaki anlaşmada sözleşmeyi ihlal eden borçlunun bir miktar para ödemekten başka bir olumsuzluğa katlanmasının kararlaştırılması da pekâlâ mümkündür. *Cavendish* kararına konu olan sözleşme, bunun bir örneğini teşkil etmektedir. Satıcının rekabet etmeme yasağını ihlal etmesi durumunda alıcı, satış bedelinin henüz ödenmemiş taksitlerini ödemekten kurtulacak (sözleşmenin 5.1 numaralı hükmü) ve satıcının şirketteki geriye kalan hisselerini gerçek ederinden düşük bir bedel karşılığında satın alma opsiyonuna sahip olacaktır (sözleşmenin 5.6 numaralı hükmü). Bu gibi durumlarda ilgili sözleşme hükümlerinin sözleşme cezası doktrinine tâbi olup olmayacağının ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

Tarafların borçlunun katlanmasını kararlaştırabilecekleri bir miktar para ödeme dışındaki olumsuzlukları, üç kategori çerçevesinde incelemek mümkündür. Aşağıda ilk olarak borçlunun para dışında kalan malvarlığı değerleri üzerindeki haklarını alacaklıya devretmesi durumu ele alınacaktır **(1)**. Ardından borçlunun sözleşmeyi ihlal etmeseydi kazanacağı menfaatlere ilişkin alacak hakkını kaybetmesinden bahsedilecektir **(2)**. Son olarak borçlunun kapora *(deposit)* olarak alacaklıya yapmış olduğu ödemenin iadesinden yoksun kalması değerlendirilecektir **(3)**.

a. Borçlunun Para Dışında Kalan Malvarlığı Değerleri Üzerindeki Hakları Ve Özellikle Mülkiyeti Alacaklıya Devretmesi

Sözleşmeyi ihlal eden borçlunun ifa etmesi öngörülen tali yükümlülüğün konusu, borçlu tarafından alacaklıya para dışında kalan malvarlığı değerleri üzerindeki hakların devredilmesi olabilir. *Cavendish* kararına konu olan sözleşmenin 5.6 numaralı hükmü, bu ihtimale bir örnek teşkil etmektedir. Bu hüküm bağlamında rekabet etmeme yasağını ihlal eden satıcının, şirkette kalan diğer hisselerini de gerçek ederinden düşük bir bedel karşılığında alıcıya devretmesi öngörülmüştür.

Bir ayni hakkın ve özellikle mülkiyetin devredilmesi söz konusu ise sözleşme cezası doktrininin uygulanacağı konusunda herhangi bir şüphe yoktur[237]. Bu kural konusunda İngiliz hukukundaki en önemli otorite, *Jobson v. Johnson*[238] kararıdır[239]. Karar, bir futbol kulübünün hisselerinin devrini öngören bir sözleşmeyi konu almaktadır. Taraflar arasındaki sözleşme uyarınca hisselerin alıcısı satış bedelini taksitler halinde ödeyecek ve taksitleri ödemediği takdirde hisseleri gerçek değerinden çok daha düşük bir bedel karşılığında tekrar satıcıya devretmek zorunda kalacaktır. Somut olayda alıcı gerçekten de taksitleri ödeyememiş; bunun üzerine alıcının hisseleri satıcıya devretmek konusundaki yükümlülüğünün sözleşme cezası olup olmadığı sorunu gündeme gelmiştir. Mahkeme, bir eşyanın mülkiyetinin devri ile bir miktar para ödenmesi arasında sözleşme cezası doktrininin uygulanması bakımından kural olarak herhangi bir fark olmadığı sonucuna varmıştır. Alacaklı tarafın bu devre karşılık bir miktar ödeme yapması da durumu değiştirmeyecektir[240]. Nitekim somut olayın koşulları çerçevesinde hisseleri devir yükümlülüğünü nitelik testine tâbi tutan mahkeme, belirlenen bedelin hisselerin gerçek değerinden çok daha düşük olmasından hareketle bir sözleşme cezasının söz konusu olduğu sonucuna varmıştır[241]. Yüksek Mahkeme, bu konuyu *Cavendish* davası vesilesiyle değerlendirmiş ve aynı doğrultuda karar vermiştir. Satıcının rekabet etmeme yasağını ihlal etmesi durumunda alıcıya satıcının şirketteki geriye kalan hisselerini gerçek

[237] Conte, Deposit Clauses, s. 391; Chen-Wishart, s. 567; McKendrick, Contract Law, s. 912; Edelman, McGregor on Damages, para. 16-014 ve 16-020; Furmston, Recent Developments, s. 30; Worthington, Penalty Clauses, s. 384; Day, s. 122; Summers, s. 106.

[238] *Jobson v. Johnson*, [1989] 1 W.L.R. 1026.

[239] Conte, Deposit Clauses, s. 391; Halson, para. 2.70.

[240] *Jobson v. Johnson*, [1989] 1 W.L.R. 1026, s. 1034-1035 ve 1042.

[241] Kararda ilgili hükmün ceza koşulu olduğu tespit edilmiş; satıcının bu hükmün uygulanması ve hisselerin kendisine sözleşmede belirlenmiş olan düşük bedel karşılığında devredilmesi talebi reddedilmiştir. Buna bağlı olarak satıcının satış bedelini ödemeyen alıcı karşısında hangi hukuki çareye başvurabileceği sorunu doğmuştur. Mahkeme bu noktada tartışmalı bir karara imza atmış ve satıcıya seçim imkânı tanıyan karmaşık bir hukuki çare sunmuştur. Satıcı dilerse hisselerin mahkeme eliyle satılmasını tercih edecektir; bu yolla satıcıya satış bedelinin ödenmemiş olan kısmı faiziyle birlikte ödenecek, artan kısım olursa alıcıya iade edilecektir. Satının ikinci imkânı ise sözleşmenin ceza koşulu olduğu kabul edilen hükmünün uygulanması yoluyla hisselerin kendisine devredilmesini sağlamaktır; ancak bunun için hisselerin güncel değerini esas alan bir hesaplama yapılması ve hisselerin değerinin alıcının borçlu olduğu miktardan daha fazla olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Mahkemenin satıcıya sunmuş olduğu bu hukuki çare, ciddi eleştirilere maruz kalmıştır. Zira ceza koşulu olduğu tespit edilen sözleşme düzenlemesinin İngiliz hukuku uyarınca hüküm ifade etmemesi gerekir; oysa mahkeme satıcıya sunmuş olduğu hukuki çare çerçevesinde bu düzenlemenin belirli bir koşula bağlı olarak hüküm ifade edebileceği sonucuna varmıştır. Mahkemenin hukuki açıdan sıkıntılar içeren bu kararı verirken adalet fikrini ön plana aldığı anlaşılmaktadır. Gerçekten de bu gibi adaleti ön plana alan karmaşık yapıdaki hukuki çarelerin, *equity* hukukunun bir parçası olan *equitable relief from forfeiture* bağlamında tanınması mümkündür. Oysa somut olayda bu hukuki kurumun uygulanabilmesi, davanın esasından kaynaklanmayan başka bir sebeple (alıcının dava sürecindeki bir mahkeme emrine uymamış olması sebebiyle) mümkün değildir.

ederinden düşük bir bedel karşılığında satın alma opsiyonu tanıyan düzenleme, sözleşme cezası doktrinine tâbi tutulmuştur.

Ayni haklara ilişkin bu durum bir yana *Conte,* sözleşmeyi ihlal eden tarafın çeşitli nisbi hakları karşı tarafa devretmesini öngören sözleşme hükümlerinin de sözleşme cezası doktrinine tâbi olması gerektiği görüşündedir[242]. Sözleşme cezasının klasik görünümü olduğu belirtilen bir miktar paranın ödenmesi yükümlülüğünün günümüzde çoğu zaman bankalar yoluyla kaydi paranın transferi vasıtasıyla ifa edildiği düşünülecek olursa[243], *Conte*'nin bu görüşü mantıklıdır.

Aşağıdaki diğer iki kategori bakımından incelenecek olan *equitable relief* sorunu, bu kategori bakımından bulunmamaktadır. Zira söz konusu yükümlülük ihlal zamanında henüz ifa edilmemiş durumdadır[244].

b. Borçlunun Sözleşmeyi İhlal Etmeseydi Kazanacağı Menfaatlere İlişkin Alacak Hakkını Kaybetmesi

Borçlunun sözleşmeyi ihlal etmesi durumunda karşı edime ilişkin alacak hakkını kaybedeceğinin öngörülmesi mümkündür. Bu bağlamda borçlu, kazanması beklenen menfaatten yoksun kalmış olur. Sözleşmeyi ihlal etmiş olmasaydı kendisine ödenecek para ödenmez veya devredilecek başkaca haklar devredilmez. *Cavendish* kararına konu olan sözleşmenin 5.1 numaralı hükmü, bu ihtimale ilişkin bir örnek teşkil etmektedir. Hükümde rekabet etmeme yasağını ihlal eden satıcıya satış bedelinin henüz ödenmemiş olan taksitlerinin ödenmeyeceği öngörülmüştür.

(i) Sözleşmeyi ihlal eden borçlunun bir miktar **paranın ödenmesinden yoksun kalacağını** öngören hükümler sözleşme cezası doktrinine tâbidir[245]. Bu kural, *Gilbert-Ash (Northern) Ltd v. Modern Engineering (Bristol) Ltd*[246] kararı tarafından ortaya koyulmuştur. Karar, bir yüklenici ile alt yüklenici arasında yapılmış olan inşaat sözleşmesini konu almaktadır. Sözleşmede, alt yüklenicinin kendisine yüklenmiş olan borçları ihlal etmesi durumunda yüklenicinin yapacağı ödemeleri

[242] Conte, Deposit Clauses, s. 392.
[243] Conte, Deposit Clauses, s. 392.
[244] Halson, para. 2.69.
[245] Chen-Wishart, s. 567; Conte, Deposit Clauses, s. 393; Summers, s. 98.
[246] *Gilbert Ash (Northern) Ltd v Modern Engineering (Bristol) Ltd,* [1974] A.C. 689. Daha erken bazı örnekler için bkz. *In re Dagenham (Thames) Dock Company,* (1872-73) L.R. 8 Ch. App. 1022; *Kilmer v. British Columbia Orchard Lands Ltd,* [1913] A.C. 319; *Commissioner of Public Works v. Hills,* [1906] A.C. 368.

yapmaktan geçici veya daimi olarak kaçınabileceği öngörülmüştür. Lordlar Kamarası kararını, bu düzenlemenin sözleşme cezası doktrininin uygulama alanında kaldığı esasına dayanarak vermiştir[247]. Ancak taraflar arasındaki uyuşmazlıkta ön plana çıkan hukuki tartışma bu hususta olmadığı için kararda konuya ilişkin detaylı açıklamalar bulmak mümkün değildir. Yine de aynı yaklaşımın sonraki kararlarda devam ettirildiğini söylemek mümkündür. İstinaf Mahkemesinin bir kararında, ihlalin sonucu olarak bir miktar para ödenmesinin kararlaştırılması ile karşı edim olan bedele ilişkin alacak hakkının kaybedileceğinin kararlaştırılması arasında sözleşme cezası doktrininin uygulanması bakımından herhangi bir fark olmadığı *obiter dicta* olarak belirtmiştir[248].

Yüksek Mahkeme konuyu *Cavendish* davası vesilesiyle derinlemesine değerlendirmiştir. Satıcının rekabet etmeme yasağını ihlal etmesi durumunda alıcının satış bedelinin henüz ödenmemiş taksitlerini ödemekten kurtulacağını öngören düzenleme, sonuç olarak sözleşme cezası doktrinine tâbi tutulmuştur. Ancak varılan sonuç bu olmakla birlikte, yargıçların bu konuda tam bir fikir birliği içerisinde bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Zira sözleşmeyi ihlal eden borçlunun bir miktar paranın ödenmesinden yoksun kalacağını öngören hükümler, sözleşme cezası doktrininin yanı sıra *equitable relief against forfeiture* doktrininin de uygulama alanına girebilmektedir. Sözleşme cezası doktrini ile *equitable relief against forfeiture* arasındaki ilişki, yargıçların görüşlerinin birbirlerinden ayrışmasına sebep olmuştur[249].

Lord Mance ve *Lord Hodge*'in başını çektiği çoğunluğu oluşturan yargıçlar, sözleşmeyi ihlal eden borçlunun bir miktar paranın ödenmesinden yoksun kalacağını öngören hükümlerin sözleşme cezası doktrinine tâbi olacağı konusunda son derece nettir. Bu yargıçlara göre bir davada sözleşme cezası doktrini ile *relief against forfeiture* doktrininin birlikte uygulama alanı bulmasının önünde herhangi bir engel

[247] Özellikle bkz. *Gilbert Ash (Northern) Ltd v Modern Engineering (Bristol) Ltd,* [1974] A.C. 689, s. 723.

[248] *Firma C-Trade SA v Newcastle Protection and Indemnity Association (The Fanti),* [1989] 1 Lloyd's Rep. 239.

[249] *Equitable relief against forfeiture*, mahkemenin kişiyi bir malvarlığı değerinin kaybından kurtarmak konusunda sahip olduğu *equity* hukuku kaynaklı bir müdahale yetkisidir. Bu müdahale yetkisi, örneğin taşınmaz satış bedeline ilişkin taksitlerinden birini ödemeyen alıcının hem satın aldığı taşınmaz hem de hâlihazırda ödemiş olduğu satış bedeli üzerindel, hakkını kaybetmesini engellemek üzere kullanılmaktadır. Kendisine *relief against forfeiture* tanınan alıcı, (a) ifa konusunda hazır ve istekliyse, ek sürede ifada bulunarak taşınmaz üzerindeki hakkını korur; (b) ifada bulunması söz konusu değilse, o ana kadar yapmış olduğu ödemenin en azından bir kısmını geri alabilir.

yoktur. Bu iki doktrinin her birinin kendine özgü koşulları ve sonuçları olup; birinin uygulanması diğerinin uygulanmasını dışlamaz. İki doktrinin birlikte uygulama alanı bulabileceği bir davada, öncelikle sözleşme cezası doktrini uyarınca nitelik testi tatbik edilmelidir. Böylelikle sözleşmedeki ilgili düzenlemenin geçerli olarak hüküm ifade edip etmeyeceği tespit edilir. Düzenleme geçerli olarak hüküm ifade etmeyecek ise zaten sorun ortadan kalkacak ve *relief against forfeiture* doktrinini uygulamaya gerek olmayacaktır. İlgili düzenlemenin geçerli olarak hüküm ifade edeceği sonucuna varılırsa, ikinci adım olarak borçluya *relief against forfeiture* doktrini uyarınca bir imkân tanınıp tanınmayacağı incelenmelidir.

Buna karşılık *Lord Neuberger* ve *Lord Sumption* borçlunun sözleşmeyi ihlal etmesi durumunda bir miktar paranın ödenmesinden yoksun kalacağı düzenlemesini içeren hükümlerin sözleşme cezası doktrinine tâbi olup olmayacağı konusunda tereddütlü olduklarını belirtmişlerdir. Bu tereddüdün kaynağı, bu gibi hükümlerin sözleşme cezasından ziyade *forfeiture* teşkil edeceği düşüncesidir. Yine de yargıçlar, ilgili hükmün sözleşme cezası doktrini çerçevesinde incelenmesi gerektiğini *"herhangi bir karara varmaksızın varsaymış"* ve buna göre bir değerlendirme yapmışlardır.

(ii) Yukarıda sözleşmeyi ihlal eden borçlunun bir miktar paranın ödenmesinden yoksun kalacağını öngören düzenlemelerin geçerli olarak hüküm ifade edip etmeyeceğinin nitelik testinin uygulanması suretiyle tespit edileceği gösterilmiştir. Buna paralel olarak, sözleşmeyi ihlal eden borçlunun **bir miktar paranın ödenmesi dışındaki bir karşı edime ilişkin alacak hakkını kaybetmesinin** de sözleşme cezası doktrinine tâbi olup olmadığı sorusu gündeme gelmektedir. Bu bağlamda özellikle, sözleşmeyi ihlal eden borçlunun bir eşyanın mülkiyetinin kendisine devredilmesi konusundaki alacak hakkını kaybetmesi durumu ele alınır. Şöyle ki, sözleşmede alacaklının karşı edim olarak bir eşyanın mülkiyetini borçluya devretmesi öngörülmüş; ancak borçlunun sözleşmeyi ihlal etmesi durumunda bu eşyanın mülkiyetinin borçluya devredilmeyip alacaklıda kalacağı kararlaştırılmıştır. Bu durumda sözleşme cezası doktrininin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda farklı görüşler mevcuttur.

Cavendish/ParkingEye kararında *Lord Mance*'in kaleme aldığı bölümü analiz eden *Summers,* sözleşme cezası doktrininin böyle bir ihtimalde hiç devreye

girmeyeceği görüşündedir[250]. Bu görüşün temeli, her ikisi de hisse devir sözleşmelerini konu alan *Jobson v. Johnson*[251] kararı ile *Else (1982) v. Parkland Holdings*[252] kararlarında varılan farklı sonuçlara dayandırılmaktadır. Yukarıda bahsedilmiş *Jobson v. Johnson* kararına konu olan olayda alıcı, sözleşmeyi hisseler kendisine devredildikten sonra ihlal etmiş ve ilgili hüküm uyarınca hisseleri tekrar alıcıya devretmek zorunda bırakılmıştır. Mahkeme, burada sözleşme cezası doktrinini uygulamıştır. *Else (1982) v. Parkland Holdings* kararına konu olan olayda ise satıcı, sözleşmeyi henüz hisseler kendisine devredilmeden önce ihlal etmiş; bunun üzerine alıcı, sözleşmeyi sona erdirme hakkını kullanmış ve zaten hiçbir zaman satıcıya devredilmemiş olan hisseleri ilgili hüküm uyarınca kendi uhdesinde tutmuştur. Mahkeme, burada sözleşme cezası doktrininin uygulama alanı bulmayacağına karar vermiştir. Buradan hareketle, sözleşmeyi ihlal eden borçlunun bir eşyanın kendisine devredilmesine ilişkin hakkını kaybettiği durumda sözleşme cezası doktrininin uygulanmayacağı savunulmaktadır. Kanaatimizce *Else (1982) v. Parkland Holdings* kararı, bu görüşü desteklememektedir. Karara konu olan sözleşme hükmü, tarafların böyle bir hüküm hiç mevcut olmasaydı sahip olacağı haklarda herhangi bir değişiklik yaratmamaktadır. Böyle bir hüküm hiç mevcut olmasaydı da alacaklı borçlunun ihlali üzerine sözleşmeyi sona erdirebilecek ve sona erdirme sonrasında sözleşmesel yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınabilecektir. Dolayısıyla ilgili hükmün borçlu açısından yarattığı herhangi bir "olumsuzluk" mevcut değildir. Hükmün sözleşme cezası doktrinine tâbi tutulmamış olmasının sebebi budur. Buna karşılık borçlunun ihlalinin alacaklıya sözleşmeyi sona erdirme hakkı tanımadığı durumlarda alacaklıya eşyanın mülkiyetini devretmekten kaçınma hakkı tanınması, borçlu nezdinde bir olumsuzluk yarattığı için pekâlâ sözleşme cezası doktrinine tâbi olabilir[253]. Nitekim *Conte*, bu gibi hükümlerin de nitelik testine tâbi olduğunu savunmaktadır[254].

[250] Summers, s. 106-107.
[251] *Jobson v. Johnson*, [1989] 1 W.L.R. 1026.
[252] *Else (1982) v. Parkland Holdings*, [1993] 5 WLUK 60.
[253] Bu konuda bkz. Summers, s. 108.
[254] Conte, Deposit Clauses, s. 394.

c. Borçlunun Kapora Olarak Alacaklıya Yapmış Olduğu Ödemenin İadesinden Yoksun Kalması

1. Borçlunun henüz sözleşmenin kurulduğu aşamada alacaklıya bir miktar para ödemesinin kararlaştırılması pekâlâ mümkündür. Böyle bir ödemenin akıbeti, borçlunun sözleşmeyi ihlal ettiği ve alacaklının sözleşmeyi sona erdirmesine sebep olduğu ihtimalde sorunlu hâle gelecektir. Zira alacaklı taraf söz konusu ödemeyi iade etmediği ve uhdesinde tuttuğu takdirde borçlu taraf, sözleşmeyi ihlal etmesi yüzünden bir olumsuzluğa maruz kalmış olur. Bu durum da sözleşme cezası doktrininin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda tereddüt yaratacaktır.

Alacaklının söz konusu ödemeyi borçluya iade etmekle yükümlü olup olmadığını iki adımlı bir değerlendirme çerçevesinde tespit etmek gerekmektedir[255]. Öncelikle bu ödemeyi öngören sözleşmedeki düzenleme nitelendirilmeli ve bir kapora *(deposit)* hükmü[256] teşkil edip etmediği belirlenmelidir. Ardından bu düzenlemenin geçerli olarak hüküm ifade edip etmeyeceğini ayrıca değerlendirmek gerekecektir.

(a) Henüz sözleşmenin kurulduğu aşamada borçlu tarafından alacaklıya yapılan ödemeler, kapora *(deposit)* yahut kısmi ödeme *(part-payment)* teşkil edebilir[257]. İngiliz hukukunda borçlunun ihlali üzerine sözleşmeyi sona erdiren alacaklı kaporayı iade etmekle yükümlü olmaz; para alacaklı uhdesinde kalır[258]. Buna karşılık kısmi ödeme niteliği taşıyan ödemeler, sözleşmenin sona erdirildiği durumda alacaklı tarafından borçluya iade edilmelidir[259]. Bir ödemenin kapora mı

---

[255] Conte, Deposit Clauses, s. 397.

[256] İngiliz hukukundaki *deposit* kurumuna İsviçre-Türk hukukunda en çok benzeyen kurum, bağlanma parasıdır. Bununla birlikte iki kurum arasında çok önemli bir fark mevcuttur. TBK m. 177/II'de düzenlendiği hâliyle bağlanma parası, ifa menfaatinin telafisine yönelik tazminat alacağına mahsup edilir. Bağlanma parasının alacaklı tarafından mahsup edilemeyen kısmı ise borçluya iade edilmelidir. Savunduğumuz görüş çerçevesinde alacaklının bağlanma parasını kendi uhdesinde tutabilmesi için, bunun ayrıca kararlaştırılmış olması gerekmektedir. Bu konu hakkında bkz. *"Üçüncü Bölüm / II. Bağlanma Parası"*. Oysa İngiliz hukukundaki *deposit*, bir sona erme hâlinde iade edilmeyeceği açıkça düzenlenmiş olmasa dahi, iade edilmez. Borçlunun kapora hükmü çerçevesinde örtülü olarak sebepsiz zenginleşme temelli olası hakkından feragat etmiş olduğu varsayılır (Conte, Deposit Clauses, s. 396 dn. 20). Bkz. *Howe v. Smith,* (1884) 27 Ch. D. 89, s. 101; *Hall v Burnell,* [1911] 2 Ch. 551, s. 553-554. Durum böyleyken *deposit* kavramı için bağlanma parası ifadesini kullanmak, bu farklılığın görmezden gelinmesine neden olacak ve kavram karmaşasına yol açacaktır. Bu sebeple *deposit* kavramını karşılamak üzere, hukuki anlam ile yüklü bağlanma parası ifadesi yerine, teknik bir hukuki terim olmayan kapora ifadesini kullanmayı tercih ettik.

[257] Chen-Wishart, s. 569.

[258] Bu konuda bkz. *Howe v. Smith,* (1884) 27 Ch. D. 89.

[259] Bu konuda bkz. *Dies v. British and International Mining and Finance Co,* [1939] 1 K.B. 724.

yoksa kısmi ödeme mi teşkil ettiği, sözleşmenin yorumlanması yoluyla belirlenecektir[260].

Anlaşılacağı üzere kısmi ödemenin söz konusu olduğu durumda sözleşme cezası doktrini tartışmasına girmeye zaten hiç gerek yoktur. Sözleşmeyi sona erdiren alacaklı, almış olduğu ödemeyi borçluya iade etmekle yükümlüdür. Sadece ilgili koşullar yerine geldiği takdirde ihlal neticesinde uğradığı zararı bu miktardan mahsup edebilecektir. Borçlu sözleşmenin kurulduğu aşamada yapmış olduğu bu ödemenin iadesini sebepsiz zenginleşmeye dayanarak talep edebilir. Oysa bir kaporanın söz konusu olduğu ihtimalde, borçlu yapmış olduğu ödemeyi geri alamayacak ve bir olumsuzluğa maruz kalacaktır. Borçlunun sebepsiz zenginleşmeye dayalı talebi, tarafların kapora konusundaki anlaşması tarafından bertaraf edilmiş olur. Kimi zaman sözleşmedeki kapora hükmü, bu ödemenin olası bir sona erme hâlinde iade edilmeyeceğini açıkça düzenler. Ancak böyle açık bir düzenleme bulunmasa dahi, borçlunun kapora hükmü çerçevesinde örtülü olarak sebepsiz zenginleşme temelli olası hakkından feragat etmiş olduğu varsayılır[261]. Bu durumda sözleşmedeki kapora hükmünün geçerli biçimde hüküm ifade edip etmeyeceği sorunu doğacaktır. Bu sorunun ikinci adımda değerlendirilmesi gerekir.

(b) Sözleşme cezasının klasik görünümü, sözleşmeyi ihlal eden borçlunun alacaklıya bir miktar para ödemesidir. Bu klasik görünüm ile kapora arasında yakın bir bağlantı bulunmaktadır. Elde edilen sonuç açısından düşünülecek olursa, arada bir fark yoktur. Her iki durumda da borçlu tarafından ödenmiş olan bir miktar para alacaklının uhdesinde kalmaktadır. Bu iki durumu birbirinden ayıran, paranın ilk durumda ihlalden sonra; ikinci durumda ise henüz ortada hiçbir ihlal yokken ödenmesidir. Bu yakın bağlantı, sözleşme cezası doktrininin kapora bakımından da uygulanıp uygulanmayacağı sorusunu gündeme getirmektedir.

Öğretideki hâkim görüş ve yerleşik uygulama uyarınca, kapora hükümleri sözleşme cezası doktrinine tâbidir[262]. Bu konudaki temel otorite, Jamaika mahkemelerinden Danışma Meclisine *(Privy Council)* intikal eden bir uyuşmazlığı

[260] Furmston, Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract, s. 791; Chen-Wishart, s. 569. Bu yönde bkz. *Mayson v. Clouet,* [1924] A.C. 980, s. 985. Bu yorum faaliyetinde dikkate alınabilecek unsurlar bakımından bkz. Conte, Deposit Clauses, s. 404.

[261] Conte, Deposit Clauses, s. 396 dn. 20. Bkz *Howe v. Smith,* (1884) 27 Ch. D. 89, s. 101; *Hall v Burnell,* [1911] 2 Ch. 551, s. 553-554.

[262] Chen-Wishart, s. 569; Worthington, Penalty Clauses, s. 384; Summers, s. 107.

konu alan *Workers Trust & Merchant Bank Ltd v. Dojap Investments Ltd*[263] kararıdır. Karar bir taşınmazın açık arttırma yoluyla satışını konu almaktadır. Alıcı kapora olarak satış bedelinin %25'ini ödemiş; ancak geriye kalan satış bedelini sözleşmede öngörüldüğünün aksine on dört gün içerisinde ödememiştir. Bunun üzerine satıcı sözleşmeyi sona erdirmiş; alıcının ödemiş olduğu kaporayı iade etmekten de kaçınmıştır. Danışma Meclisi, satıcı tarafından alıcıya ödenmiş olan bedelin sözleşme sona erdirilse dahi iade edilmeyeceğini öngören hükmü sözleşme cezası doktrinine tâbi tutmuştur. Yapılan değerlendirmede arazi satışlarında teamüle uygun olarak satış bedelinin %10'unu aşmayacak şekilde belirlenen kapora ödemelerinin makul olarak kabul edileceği ve geçerli olarak hüküm ifade edeceği belirtilmiştir[264]. Bunu aşan kapora düzenlemelerinin geçerli kabul edilebilmesi için ise kapora alacaklısının bu miktarı haklı gösterecek özel sebeplerin bulunduğunu ispatlaması gerekmektedir[265]. Somut olayda böyle bir özel sebep bulunamamıştır. Bu itibarla sözleşmedeki düzenlemenin "gerçek bir kapora" değil ceza koşulu olduğu sonucuna ulaşılmış ve geçersiz kabul edilmiştir. Alıcının satış bedelinin %10'unu aşan kısmını uğramış olduğu zararı mahsup etmek suretiyle satıcıya iade etmesine karar verilmiştir[266].

Kaporaların sözleşme cezası doktrinine tâbi oldukları konusundaki yaklaşım sonraki kararlarda da devam ettirilmiştir[267]. Nitekim *Cavendish / ParkingEye* kararında da kapora düzenlemelerinin geçerli olarak hüküm ifade etmelerinin sözleşme cezası doktrini tarafından engellenebileceği teyit edilmiştir[268].

Görüldüğü üzere kapora düzenlemeleri klasik yaklaşım uyarınca sözleşme cezası doktrinine tâbi tutulmakta ve makul olmadıkları takdirde ceza koşulu olarak nitelendirilerek mahkeme müdahalesine maruz kalmaktadır. Buna karşılık *Conte* klasik yaklaşımı yanlış bir hukuki analize dayandığı gerekçesiyle sert bir biçimde eleştirmektedir. Yazarın kapora kurumu ile sözleşme cezası doktrini arasındaki ilişkiyi ele aldığı makalesine göre, kapora düzenlemelerinin geçerli olarak hüküm ifade edip etmeyecekleri konusunda sözleşme cezası doktrinine başvurulabilmesi

[263] *Workers Trust & Merchant Bank Ltd v. Dojap Investments Ltd,* [1993] A.C. 573.
[264] *Workers Trust & Merchant Bank Ltd v. Dojap Investments Ltd,* [1993] A.C. 573, s. 578.
[265] *Workers Trust & Merchant Bank Ltd v. Dojap Investments Ltd,* [1993] A.C. 573, s. 580.
[266] *Workers Trust & Merchant Bank Ltd v. Dojap Investments Ltd,* [1993] A.C. 573, s. 582.
[267] Örneğin bkz. *Barnard v. Zarbafi*, [2010] EWHC 3256 (Ch).
[268] *Cavendish Square Holding BV v. Makdessi* ile *ParkingEye Ltd. v. Beavis*, [2016] A.C. 1172, para. 16, 238, 291, 292.

mümkün değildir[269]. Zira kapora düzenlemeleri, sözleşme cezası doktrininin uygulama alanı bulup bulmayacağını tespit etmek üzere yapılan ön değerlendirmeyi geçemez. Bu ön değerlendirme, ilgili düzenlemenin borçluyu bir olumsuzluğa maruz bırakıp bırakmadığını ve bu olumsuzluğun borçlunun sözleşmeyi ihlal etmesi üzerine devreye girip girmediğini inceler. Kapora düzenlemeleri, bu iki unsuru birbiriyle bağlantılı olarak aynı anda sağlayamamaktadır. *İlk olarak* borçlunun bir olumsuzluğa maruz kaldığı anda henüz ortada ihlal yoktur. Aslında kapora hükmü gerçekten de borçluyu bir olumsuzluğa maruz bırakmakta, borçlu kapora olarak belirlenen miktarı alacaklıya ödemek zorunda kalmaktadır. Ancak bu olumsuzluğu tetikleyen olgu borçlunun sözleşmeyi ihlal etmiş olması değildir; bu aşamada ortada henüz ihlal bulunmamaktadır[270]. *İkinci olarak* borçlu sözleşmeyi ihlal ettiği vakitte herhangi bir olumsuzluğa maruz kalmamaktadır. Şöyle ki tarafların kapora hükmü üzerinde anlaşması ile birlikte borçlu ödemenin iadesi konusundaki sebepsiz zenginleşmeye dayalı talebinden feragat etmiş olur. Sözleşmenin ihlal edildiği ve sona erdirildiği aşamada borçlunun artık iadeye yönelik hiçbir hakkı bulunmamaktadır. Dolayısıyla sözleşmenin ihlal edilmiş olması, borçlunun sahip olduğu bir hakkı kaybetmesine neden olmamakta; borçlu nezdinde herhangi bir olumsuzluğa yol açmamaktadır[271]. *Conte*'nin yapmış olduğu bu analiz, ilgi uyandırıcı olmakla birlikte; öğretide ve uygulamada kabul görmemiştir[272]. Hâkim anlayış meseleyi, kanaatimizce isabetli olarak, zamansal kesitlere bölmeksizin bütüncül bir bakış açısıyla ele almaktadır.

2. Burada yapmış olduğumuz açıklamalar, İngiliz hukuku ile İsviçre-Türk hukukunun bazı konularda pratik açıdan aslında nasıl da yakınsadığını gözler önüne seren örneklerden biridir.

Borçlunun sözleşmenin kurulduğu aşamada alacaklıya ödemiş olduğu para, kimi zaman yalnızca kısmi ifa işlevi üstlenmiştir. Dolayısıyla alacaklı, bu ödemeyi, asıl alacağa veya ifa menfaatinin telafisine yönelik tazminat alacağına mahsup

[269] Bkz. Conte, Deposit Clauses, s. 307 vd.; Conte, Penalty Rule, s. 386.
[270] Conte, Deposit Clauses, s. 400-401.
[271] Conte, Deposit Clauses, s. 401-406.
[272] *Conte*, bu bakış açısının Avustralya'da hâkim olduğunu belirtmiş ve bu iddiasını desteklemek üzere Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin bir kararını örnek göstermiştir. Conte, Deposit Clauses, s. 400. Karar için bkz. *Federal Commissioner of Taxation v. Reliance Carpet Co Pty Ltd,* [2008] HCA 22. Ancak söz konusu kararın mevcut İngiliz uygulamasından ayrıldığını söylemek özellikle kararda referans gösterilen İngiliz kararları göz önüne alındığında pek mümkün görünmemektedir. Bkz. *Federal Commissioner of Taxation v. Reliance Carpet Co Pty Ltd,* [2008] HCA 22, para. 26 dn. 23'te referans gösterilen kararlar. Yine de başka bir Avustralya mahkemesi kararında *Conte*'nin analizini destekleyen ifadeler bulmak mümkündür. *Havyn Pty Ltd v. Webster,* [2005] NSWCA 182, para. 134.

edebilir. Ancak ödemenin alacaklı tarafından mahsup edilemeyen kısmı, borçluya iade edilmelidir; alacaklı tarafından alıkoyulamaz. Bu bağlamda, bir *arrha confirmatoria* söz konusudur. *Arrha confirmatoria* kavramının Türk hukukundaki yansıması, bağlanma parası (sözleşme cezası niteliği eklenmemiş yalın hâliyle); İngiliz hukukundaki yansıması ise kısmi ödemedir *(part-payment). Arrha confirmatoria* bakımından, ceza koşuluna ilişkin hükümlerin uygulanmasına gerek yoktur. Çalışmamızda da salt bağlanma parası teşkil eden edimlerin, TBK m. 182/III uyarınca indirime tâbi olmadığı savunulmuştur. Zira salt bağlanma parası teşkil eden bir edimin indirilmesini gerektiren herhangi bir ihtiyaç bulunmamaktadır. En nihayetinde bağlanma parası ya bir alacağa mahsup ya da iade edilecektir. Keza İngiliz hukukunda da aynı düşünceyle, kapora teşkil etmeyip kısmi ödeme niteliği taşıyan ödemelerin sözleşme cezası doktrinine hiç tâbi tutulmaması kabul edilmiştir.

Öte yandan kimi zaman alacaklının, sözleşmenin kurulduğu aşamada borçlu tarafından kendisine ödenmiş parayı herhangi bir tazminat alacağına mahsup etmeksizin alıkoyması mümkündür. Bu çerçevede, bir *arrha poenalis* mevcut olur. *Arrha poenalis* kavramının Türk hukukundaki yansıması, tarafların anlaşmasıyla sözleşme cezası niteliği kazandırılmış bağlanma parası; İngiliz hukukundaki yansıması ise kaporadır *(deposit)*. Ceza koşuluna ilişkin hükümlerin, bu tür bir anlaşma bakımından devreye girmesi gerekmektedir. Çalışmamızda da hem bağlanma parası hem sözleşme cezası niteliği taşıyan bir edim bakımından TBK m. 182/III'te düzenlenmiş indirim hükmünün pekâlâ uygulama alanı bulabileceği savunulmuştur. Aynı yaklaşımın İngiliz hukukunda da benimsenmiş ve kaporalar sözleşme cezası doktrinine tâbi tutulmuştur.

B. Sözleşme Cezası Doktrininin Nitelik Testi Işığında Götürü Tazminat ile Sözleşme Cezası Ayrımı

Ön değerlendirme neticesinde sözleşme cezası doktrininin uygulama alanı kapsamında kaldığı tespit edilen sözleşme hükümleri, ikinci adım olarak bir nitelik testine tâbi tutulacaktır. Bu test bağlamında götürü tazminat anlaşmaları ile ceza koşulları birbirinden ayırt edilecek ve ilgili sözleşme hükmünün geçerli olarak hüküm ifade edip etmeyeceği anlaşılacaktır. *Cavendish/ParkingEye* kararının getirdiği en önemli değişiklik bu alandadır, nitelik testi revize edilmiş ve çok daha liberal hale getirilmiştir. Aslında Yüksek Mahkeme, nitelik testi konusundaki

yerleşik otorite olan *Dunlop* kararını geçersiz kılmaktan *(overrule)* en azından kağıt üzerinde kaçınmıştır. Bunun yerine kararı dikkate almak suretiyle güncellemiştir *(consider)*[273]. Ancak yeni test yakından incelendiğinde, değişikliğin bu itidalli tavrın oldukça ötesinde bir çarpıcılığa sahip olduğu anlaşılmaktadır. Taraflara sınırları eskiye kıyasla çok daha geniş bir hareket alanı tanınmıştır. Öyle ki pek çok yazar sözleşme cezası doktrininin sınırlarının, doktrin tamamen ortadan kaldırılmaksızın esnetilebileceği son noktaya kadar esnetildiği görüşündedir[274].

Nitelik testinin bu denli esnetilmiş olması, *Cavendish/ParkingEye* kararına gelinceye kadar yaşanan gelişmelerin zorunlu bir sonucudur. Yirminci yüzyıl boyunca yargıçlar *Dunlop* kararındaki nitelik testini sözleşme serbestisi ilkesinin baskısı altında uygulamaya çalışmak zorunda kalmışlardır[275]. Bu doğrultuda mahkemeler sözleşme hükümlerini ceza koşulu olarak nitelendirmekten ve sözleşmelere müdahale etmekten mümkün olduğu ölçüde kaçınmışlardır. Özellikle ticari sözleşmeler bağlamında paternalizmden uzak durmak ve taraf otonomilerine öncelik vermek için ek bir çaba sarf edilmiştir. *Watford Electronics Ltd v. Sanderson* kararı, bu tercihin gerekçesini şu şekilde ortaya koymaktadır: *"Eşit müzakere gücüne sahip olan önemli şirketleri temsil eden tecrübeli iş insanları, bir sözleşmenin müzakeresi esnasında bilgi sahibi oldukları hususların tamamını dikkate alır ve ona göre karar verirler. Bu kişiler, akdetmiş oldukları sözleşmenin ticari açıdan adil olup olmadığını genel olarak ve her bir hüküm özelinde en iyi takdir edebilecek kişilerdir. Dolayısıyla sözleşmedeki hükümlerin makul olup olmadığı konusunda da en iyi kararı bu kişilerin verecekleri kabul edilmelidir. Bu iş insanlarının şirketlerini adil olmadığını veya makul olmayan hükümler içerdiğini düşündükleri bir sözleşme ile bağlayacağı varsayılamaz. Hâl böyleyken mahkeme, taraflardan birinin diğerinden haksız olarak istifade ettiği veya bir sözleşme hükmünün doğru anlaşılmadığını veya*

[273] Daha evvel belirtildiği üzere *Dunlop* kararı, Lord Dunedin'in kaleme aldığı bölüm ile özdeşleşmiştir. Lord Dunedin'in ortaya koyduğu kurallar yaklaşık yüz yıl boyunca adeta kanun *(quasi-statutory)* gibi muamele görmüştür. Oysa kararın başta Lord Atkinson olmak üzere başka yargıçlar tarafından kaleme alınmış olan ve nihai olarak Lord Dunedin'le aynı sonuca varmakla birlikte farklı gerekçelendirmeler içeren bölümleri de bulunmaktadır. *Worthington,* Cavendish/ParkingEye kararının arka planında, Lord Dunedin yerine Lord Atkinson'ın görüşlerinin etkisinin hissedildiğini savunmaktadır. Bkz. Worthington, Death of Penalties, s. 139.

[274] Worthington, Penalty Clauses, s. 369. Karar neticesinde sözleşme cezası doktrininin pratikte büyük ölçüde etkisiz kaldığı yönünde bkz. Conte, Penalty Rule, s. 382. Kararın sözleşme cezası doktrinini *de jure* olarak ayakta tutmakla birlikte *de facto* olarak ortadan kaldırdığı yönünde bkz. Day, s. 115.

[275] Halson, para. 2.39.

dikkate alınmadığını düşündürecek kadar gayrımakul nitelik taşıdığı bir durum bulunmadıkça müdahale etmemelidir."[276]

Mahkemelerin söz konusu tercihi, ticari uyuşmazlıklar bağlamında vermiş oldukları kararlarda ortaya çıkan iki eğilimde net bir şekilde gözlemlenebilir[277]. *İlk olarak* mahkemeler, "gerçekçi bir zarar tahmini" olduğu kabul edilebilecek aralık konusunda daha esnek bir tutum benimsemiştir. Borçlunun ihlal neticesinde ödeyeceği meblağı belirleyen tarafların, alacaklının ihlal neticesinde uğrayabileceği zararı aşmış olması mümkündür. Taraflara bu konuda geniş bir sapma payı *(generous margin)* bırakılmıştır. Sözleşmedeki meblağın, bazı olasılıklar çerçevesinde alacaklının uğrayacağı zarar miktarını aşıyor olması ceza koşulu nitelendirmesi için başlı başına yeterli görülmemiştir[278]. *İkincisi* bununla bağlantılı olarak mahkemeler, *Dunlop* kararındaki ikili kategorizasyonun yarattığı kalıplar içinde sıkışmayı reddetmişlerdir. *Dunlop* uyarınca bir sözleşme hükmü bakımından iki ihtimal söz konusudur: Sözleşme hükmü ya gerçekçi bir zarar tahmini teşkil eder ve götürü tazminat niteliği taşır ya da gerçekçi bir zarar tahmini teşkil etmediği için borçlu üzerinde baskı kurar ve sözleşme cezası niteliği taşır. Başka bir deyişle bir sözleşme hükmü gerçekçi bir zarar tahmini teşkil etmiyor ve götürü tazminat kategorisine dâhil edilemiyorsa, doğrudan doğruya ikinci kategori olan sözleşme cezası kategorisine sokulacaktır. Oysa mahkemeler zaman içerisinde yeni bir yaklaşım geliştirmiş ve ara bir kategori üretmişlerdir. Gerçekçi bir zarar tahmini teşkil etmeyen ancak ticari açısından haklı görülebilecek *(commercially justified)* hükümler bu ara kategori çerçevesinde değerlendirilecek ve geçerli olarak hüküm ifade edecektir[279].

---

[276] *Watford Electronics Ltd v. Sanderson,* (2001) 3 T.C.L.R. 14, s. 328.

[277] Tespit için bkz. Halson, para. 2.39.

[278] O'Sullivan, s. 483; Halson, para. 2.39. Örnek kararlar için bkz. *Philips Hong Kong Ltd v. Attorney General of Hong Kong,* (1993) 9 Const. L.J. 202, özellikle s. 210; *United International Pictures v Cine Bes Filmcilik ve Yapimcilik AS,* [2004] 1 C.L.C. 401, özellikle s. 410; *Murray v. Leisureplay Plc*, [2005] EWCA Civ 963, özellikle para. 43.

[279] Peel, Unjustified Penalties, s. 366-367; McKendrick, Contract Law, s. 909. Örnek karar için bkz. *Lordsvale Finance Plc v Bank of Zambia,* [1996] Q.B. 752, özellikle s. 763-764 (Bu kararda. Aynı yönde bkz. *United International Pictures v Cine Bes Filmcilik ve Yapimcilik AS,* [2004] 1 C.L.C. 401, özellikle s. 410; *Murray v. Leisureplay Plc*, [2005] EWCA Civ 963, özellikle para. 54. Aslında *Cavendish* davasını gören İstinaf Mahkemesi de bu yeni yaklaşımı uygulamıştır. Öncelikle hisse devir sözleşmesindeki hükümlerin gerçekçi bir zarar tahminini yansıtıp yansıtmadıklarına bakılmış; yansıtmadıkları görüldükten sonra bu hükümlerin ticari açıdan haklı görülmelerinin mümkün olup olmadığı incelenmiştir. Sonuç olarak hükümlerin gerçekçi bir zarar tahminini yansıtmadıkları ve ticari açıdan haklı görülmelerinin de mümkün olmadığı sonucuna varıldığı için, sözleşmedeki hükümler ceza koşulu olarak nitelendirilmiştir (*Makdessi v Cavendish Square Holdings BV,* [2013] 2 C.L.C. 968). Karar hakkında bir eleştiri için bkz. O'Sullivan.

Tüm bu gelişmelerin olgunlaştığı *Cavendish/ParkingEye* kararındaki yeni test, kararı kaleme alan yargıçlar tarafından farklı biçimlerde ifade edilmiştir[280]. Ancak farklı ifade tarzlarına rağmen yargıçların ortak bir noktada buluştukları söylenebilir. Yeni teste göre alacaklının asli yükümlülüğün ifası konusunda sahip olduğu meşru menfaate kıyasla borçluya aşırı bir olumsuzluk yükleyen tali yükümlülük, sözleşme cezası olarak nitelendirilecek ve hüküm ifade etmeyecektir[281]. Görüldüğü üzere, *Dunlop*'takinden çok daha esnek ve liberal bir kural söz konusudur; borçluya yüklenmiş yükümlülüğün "zararın gerçekçi bir tahminini yansıtmaması" veya "caydırıcı olma amacı taşıması", sözleşme cezası olarak nitelendirileceği anlamına gelmez. Bir yükümlülük gerçekçi bir zarar tahminini yansıtmasa ve caydırıcı olma amacı taşısa dahi, alacaklının ifa konusundaki meşru menfaatini korumayı amaçlıyor ve borçluya bu amaca kıyasla aşırı olmayacak bir olumsuzluk yüklüyorsa geçerli olarak hüküm ifade edecektir[282]. Bu liberal bakış açısı neticesinde taraflara sözleşmesel menfaatlerini korumak konusunda çok daha geniş bir özgürlük alanı bırakılmıştır[283].

Aslında bu değişimin özünde, bir paradigma kayması bulunmaktadır. Önceki kural çerçevesinde alacaklının menfaati yalnızca telafi edici tazminata tekabül ettiği ölçüde meşru olarak kabul edilmekte ve korunmaktaydı. Alacaklının bunun ötesinde borçluyu ifada bulunmaya zorlamak konusunda herhangi bir meşru menfaati bulunmadığı düşünülmekteydi. Oysa yeni kural, alacaklının bizzat ifanın gerçekleşmesine yönelik menfaatinin bazı durumlarda korunmaya değer olabileceğini kabul etmekte ve alacaklıyı telafi edici tazminatla yetinmek zorunda bırakmamaktadır. Tarafların borçluyu ifada bulunmak konusunda teşvik edecek ve

[280] *Lord Neuberger* ile *Lord Sumption* tarafından kaleme alınan ve *Lord Carnwath* ile *Lord Clarke*'ın da hemfikir olduğu test uyarınca "ilgili hükmün taraflardan birine, diğerinin asli bir yükümlülüğün ifa edilmesi konusunda sahip olduğu meşru menfaate kıyasla tamamen orantısız bir olumsuzluk yükleyen tali bir yükümlülük olup olmadığı" incelenir (*Cavendish Square Holding BV v. Makdessi* ile *ParkingEye Ltd. v. Beavis*, [2016] A.C. 1172, para. 32). *Lord Mance* tarafından kaleme alınan test uyarınca, "öncelikle hükmün meşru bir ticari menfaate hizmet edip etmediği ve böyle bir menfaatin mevcut olduğu varsayımında ilgili hükmün somut olayın koşulları çerçevesinde abartılı, aşırı veya fahiş olup olmadığı" değerlendirilir (*Cavendish Square Holding BV v. Makdessi* ile *ParkingEye Ltd. v. Beavis*, [2016] A.C. 1172, para. 152). *Lord Hodge* tarafından kaleme alınan ve *Lord Toulson*'ın da hemfikir olduğu test uyarınca "sözleşmenin ihlal edilmesinin sonucu olarak kararlaştırılan hukuki çarenin diğer tarafın sözleşmenin ifa edilmesi konusunda sahip olduğu menfaat göz önüne alındığında aşırı veya fahiş olup olmadığı" incelenir (*Cavendish Square Holding BV v. Makdessi* ile *ParkingEye Ltd. v. Beavis*, [2016] A.C. 1172, para. 255).

[281] Solène Rowan, "The "Legitimate Interest in Performance" in the Law on Penalties", Cambridge Law Journal C. 78 (2019), s. 148 vd., s. 148.

[282] Worthington, Penalty Clauses, s. 379-380; Morgan, s. 12.

[283] Rowan, Legitimate Interest in Performance, s. 152.

ihlalden caydıracak bir hukuki çare konusunda anlaşması, geçerli olarak hüküm ifade etmektedir[284]. Bu paradigma kayması, İngiliz sözleşme hukukundaki güncel bir eğilimin uzantısı olarak okunabilir. Tarafların bir sözleşme akdederken çok çeşitli amaçlar gözetmiş olabileceği ve telafi edici tazminatın bu amaçlara erişilmesi için her durumda yeterli olmayabileceği, İngiliz sözleşme hukukunda son dönemde değişik bağlamlarda kabul edilmiştir. Bu doğrultuda zarar kavramının sınırları genişletilerek telafi menfaatine yönelik koruma takviye edilmiş; daha da önemlisi doğrudan ifa menfaatini daha yaygın olarak korumaya yönelik adımlar atılmıştır[285].

Bu noktada *Dunlop* kararındaki testin güncel uygulama bakımından yeri ve önemi konusuna ayrıca değinmek gerekmektedir. Şöyle ki kararda ifade edilmiş olan ve literatürde de yankı bulmuş olan bir görüşe göre *Dunlop* kararında formüle edilmiş olan test, alacaklının meşru menfaatinin zararının telafisi ile sınırlı olduğu durumlar bakımından hâlâ güncelliğini korumaktadır. *Dunlop*'ta alacaklının meşru menfaatinin ihlal neticesinde uğramış olduğu zararın telafisinden ibaret olabileceği varsayılmış ve bu hâllere özgü bir test geliştirilmiştir. *Cavendish/ParkingEye* kararı ise alacaklının meşru menfaatinin telafinin ötesine geçebilme ihtimalinin varlığını kabul etmiş ve geliştirmiş olduğu yeni test ile bu ihtimale yönelik bir esneklik sağlamıştır. Dolayısıyla *Cavendish/ParkingEye* kararı ile *Dunlop*'un tamamen bertaraf edildiği söylenemez. *Dunlop* uyarınca gerçekçi götürü tazminat olarak nitelendirilen yükümlülüklerin tümü, *Cavendish/ParkingEye* uyarınca da götürü tazminat olarak nitelendirilecektir[286]. *Cavendish/ParkingEye* kararında, götürü tazminat kavramının sınırları genişletilmiş; *Dunlop* uyarınca sözleşme cezası olarak nitelendirilecek bazı yükümlülüklerin götürü tazminat olarak nitelendirilmesine kapı açılmıştır.

Buna göre: **(1)** Somut olayda alacaklının ifa konusunda telafinin ötesine geçen meşru bir menfaati bulunmadığı kanaatine varılırsa, *Dunlop* kararındaki nitelik testinin uygulanması çoğu zaman yeterli olacaktır. Bu teste göre sözleşmeyi ihlal eden borçlunun katlanması öngörülen yükümlülüğün götürü tazminat olarak nitelendirilerek geçerli biçimde hüküm ifade etmesi için, gerçekçi bir zarar tahmini teşkil ediyor olması ve borçluyu ihlalden caydırma amacı taşımaması gerekmektedir. Gerçekçi bir zarar tahmini teşkil etmeyen düzenlemeler, ceza kaydı olarak

[284] Worthington, Penalty Clauses, s. 380.
[285] Rowan, Legitimate Interest in Performance, s. 153.
[286] Edelman, McGregor on Damages, para. 16-041 ve 16-061.

nitelendirilecektir. **(2)** Somut olayda alacaklının ifa konusunda telafinin ötesine geçen meşru bir menfaati bulunduğu kanaatine varılırsa, *Cavendish/ParkingEye* kararında formüle edilmiş olan yeni testin uygulanması gerekecektir. Buna göre alacaklının asli yükümlülüğün ifası konusunda sahip olduğu meşru menfaate kıyasla borçluya aşırı bir olumsuzluk yükleyen tali yükümlülük, sözleşme cezası olarak nitelendirilecek ve hüküm ifade etmeyecektir.

Cavendish/ParkingEye kararındaki nitelik testi, iki unsurdan oluşmaktadır. İlk olarak, alacaklı tarafın asli borcun ifası konusunda meşru bir menfaatinin bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir. İkinci olarak, alacaklının bu meşru menfaati ile borçluya yüklenen tali yükümlülüğün orantılı olmadığı değerlendirilmelidir[287]. Aşağıda sırasıyla bu iki unsur incelenecektir **(1 ve 2)**. Ardından tarafların özellikleri ve sözleşmenin akdedildiği koşullara göre söz konusu olacak götürü tazminat karinesi üzerinde durulacaktır **(3).** Akabinde bu değerlendirmenin hangi andaki koşulların esas alınması suretiyle yapılacağından bahsedilecektir **(4)**. Son olarak bu konudaki ispat yükünü hangi tarafın taşıyacağına dair bir inceleme yapılacaktır **(5)**.

Tüm bu incelemeye başlamadan evvel, tarafların sözleşmedeki hükmü nitelendirmek üzere kullandıkları terimin nitelik testindeki öneminin iyiden iyiye kaybolduğu vurgulanmalıdır. Mahkeme, tarafların kullandıkları terim ne olursa olsun aradaki ilişkinin esasını inceleyecek ve nitelendirmeyi bizzat kendisi yapacaktır. Sözleşmede kullanılan terimin üstlenebileceği en önemli rol, mahkemenin zaten bizzat yapmış olduğu nitelendirme ile aynı doğrultuda olduğu hâllerde kararı destekleyici bir unsur olmaktan ibarettir[288].

1. Alacaklının İfa Konusunda Meşru Menfaati

Cavendish/ParkingEye kararında ortaya koyulmuş olan nitelik testinin merkezinde, alacaklının asli borcun ifası konusunda sahip olduğu meşru menfaat kavramı bulunmaktadır. Ancak bu önemli kavram kararda tanımlanmış değildir. Mahkeme, yol gösterici olarak kavrama ilişkin bazı genel tespitler sunmakla yetinmiştir[289]. Bu genel tespitlere göre, alacaklının sözleşmeyi ifa etmeyen borçluyu

[287] Chen-Wishart, s. 565; Conte, Penalty Rule, s. 385; Morgan, s. 12.
[288] Halson, para. 2.62.
[289] Rowan, Legitimate Interest in Performance, s. 149.

cezalandırmak konusunda meşru bir menfaati olamaz[290]; pek çok durumda alacaklının meşru menfaatini tatmin için ihlal neticesinde uğradığı zararın telafisi yeterli olacaktır[291]; bazı durumlarda tazminat alacaklının meşru menfaatini tatmin etmek için yeterli olmayabilir ve alacaklının asli borcun ifası konusunda meşru bir menfaati mevcut olabilir[292]; alacaklının uğramış olduğu zararın telafisinin ötesine geçen meşru bir menfaati bulunduğu takdirde, zarar ile bağlantılı olmayan ve borçluyu ihlalden caydırmayı amaçlayan yükümlülükler yükleyen hükümler haklı görülebilir[293].

Bu tespitlerden anlaşıldığına göre, alacaklının meşru menfaatinin mahiyeti ve kapsamı somut olayın şartlarına göre değişkenlik gösterir. Her somut olay özelinde ayrı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir[294]. Bu değerlendirmeyi yaparken, İngiliz sözleşme hukukunun borcun ihlal edilmesi durumunda alacaklıya tanıdığı asıl hukuki çarenin tazminat olduğu unutulmamalıdır. Bu çerçevede korunan asıl menfaat, alacaklının telafi menfaatidir. Doğrudan veya dolaylı olarak ifa menfaatini korumaya yönelmiş olan hukuki çarelere ancak özel durumların mevcut olduğu hâllerde başvurmak mümkündür. Dolayısıyla borçlunun sözleşmeyi ihlal ettiği çoğu durumda alacaklının meşru menfaati, ihlal neticesinde uğramış olduğu zararın tazminat yoluyla telafi edilmesinden ibarettir. Alacaklının zararının telafisinin ötesinde borçluyu ifada bulunmaya zorlamak konusunda herhangi bir meşru menfaati bulunmamaktadır. Gerçekçi bir zarar tahmini olmanın ötesine geçen yükümlülükler, ceza kaydı olarak nitelendirilerek geçersiz kabul edilir[295]. Ancak bazı durumlarda zararın telafi edilmesinin alacaklının meşru menfaatini karşılamak konusunda yetersiz kalması mümkündür. Bu gibi durumlarda alacaklının borçluyu ihlalden caydırmak ve ifaya zorlamak konusunda meşru bir menfaati bulunduğu kabul edilecektir. Böylelikle gerçekçi zarar tahmininin ötesine geçen bazı yükümlülüklerin de nitelik testini geçip geçerli olarak hüküm ifade etmesi mümkün hâle gelir[296].

---

[290] *Cavendish Square Holding BV v. Makdessi* ile *ParkingEye Ltd. v. Beavis*, [2016] A.C. 1172, para. 32.
[291] *Cavendish Square Holding BV v. Makdessi* ile *ParkingEye Ltd. v. Beavis*, [2016] A.C. 1172, para. 32.
[292] *Cavendish Square Holding BV v. Makdessi* ile *ParkingEye Ltd. v. Beavis*, [2016] A.C. 1172, para. 28-32, 99, 152, 255.
[293] *Cavendish Square Holding BV v. Makdessi* ile *ParkingEye Ltd. v. Beavis*, [2016] A.C. 1172, para. 28-32, 99, 152, 255.
[294] Rowan, Legitimate Interest in Performance, s. 151.
[295] Rowan, Legitimate Interest in Performance, s. 151-152.
[296] Rowan, Legitimate Interest in Performance, s. 152-153.

Bazı yazarlar, mahkemelerin bu yeni bakış açısının, ihlal durumunda ifası kararlaştırılan yükümlülüklerin neredeyse tümünü geçerli olarak uygulanmasına yol açacağını belirtmişlerdir[297]. Hatta Day, sözleşme cezası doktrininin de facto olarak ortadan kaldırıldığını ifade etmiştir[298]. Zira pek çok durumda bir borcun ifasını sağlamak, borç konusu edimin piyasa değerini edinmekten çok daha önemlidir. Ancak alacaklının meşru menfaati kavramının kapsamı, sözleşmeyi ihlal eden borçlunun cezalandırılmasını içerecek şekilde genişletilemez. Borçluyu cezalandırmaya yönelik tali yükümlülüklerin geçerli olarak hüküm ifade etmesi mümkün değildir[299].

Yüksek Mahkemenin *Cavendish* ve *ParkingEye* davalarına özgü olarak yapmış olduğu değerlendirme, böyle bir meşru menfaatin hangi durumlarda mevcut olabileceğine dair örnek sunmaktadır. Mahkeme, her iki davada da alacaklıların asli yükümlülüğün ifası konusunda telafi edici tazminat yoluyla tatmin edilemeyecek meşru menfaatleri bulunduğuna hükmetmiştir. *Cavendish* davasına konu olan hisse devir sözleşmesi çerçevesinde alıcının, satıcının sözleşmedeki rekabet etmeme yasağına uygun davranması konusunda meşru bir menfaati bulunmaktadır. Zira şirketin satış anındaki değerini koruyabilmesi, satıcının rekabet etmeme yasağına uygun davranmasına bağlıdır. Satıcının şirket hisseleri için ödeyeceği bedel, peştemaliyenin dikkate alınması nedeniyle net varlık değerinin çok daha üzerinde olacak şekilde belirlenmiştir. Şirketin kurucusu olarak tüm müşteriler ile iyi ilişkilere sahip olan satıcının şirketle rekabet içine girmesi, bu peştemaliyenin erimesine yol açacak ve şirketin değerini ciddi şekilde düşürecektir. Bu sebeplerle satıcının şirket ile rekabete girmemesi kritik önem taşımakta olup, alıcının bu borcun ifasını sağlamak ve satıcıyı ihlalden caydırmak konusunda meşru menfaati bulunmaktadır[300]. Diğer yandan *ParkingEye* davasına konu olan olay çerçevesinde otopark işletmecisinin, otoparkı kullanan kişilerin iki saat içerisinde otoparktan ayrılması konusunda meşru bir menfaati bulunmaktadır. Otopark işletmecisinin iş modeli, kullanıcı devrinin hızlı olmasına ve otoparkın mümkün olduğunca fazla sayıda kişi tarafından verimli kullanımına yöneliktir. Böylelikle mülk sahibi alışveriş

[297] Conte, Penalty Rule, s. 385-386.
[298] Day, s. 115.
[299] *Summers,* yeni test ile "borçluyu ihlalden caydırarak asli borcun ifasını sağlama menfaati" ile "sözleşmeyi ihlal eden borçludan zararı aşan bir tazminat alarak kâr elde etme menfaati" arasında bir sınır çizilmek istendiğini belirtmektedir. Ancak bu sınırın çizilmesinin özellikle ticari uyuşmazlıklar bakımından sorun yaratabileceği görüşündedir. Bkz. Summers, s. 114-115.
[300] Somut olay hakkında bkz. s. 480.

merkezini ziyaret eden müşteriler otoparkta yer bulabilecek ve otopark işletmecisi mülk sahibine karşı olan yükümlülüklerini yerine getirmiş olacaktır. Dolayısıyla otopark işletmecisinin, otoparkı kullanan kişileri otoparkta iki saatten fazla kalmaktan caydırmak konusundaki menfaati meşru olup, korunmayı hak etmektedir[301]

Görüldüğü üzere *Cavendish/ParkingEye* kararı, ifa konusundaki meşru menfaat kavramı hakkında bazı genel tespitlerde bulunmuş ve iki somut örnek sunmuştur. Ancak bunlar, ilgili kavramın içini tam anlamıyla doldurabilmek ve herhangi bir somut olayda böyle bir menfaatin bulunup bulunmadığını değerlendirebilmek bakımından yeterli değildir. *Rowan,* bu eksikliğin üstesinden gelmek üzere sözleşme hukukunda sunulan hukuki çarelerin geneline bakarak bazı ipuçları bulmaya çalışmıştır[302]. Zira alacaklının meşru bir menfaate sahip olup olmadığı konusu, *Lord Neuberger* ve *Lord Sumption*'ın da belirtmiş olduğu üzere başka bağlamlarda da gündeme gelmektedir[303]:

(a) Öncelikle ifa konusunda meşru menfaat, borçlunun ihlaline rağmen alacaklının sözleşmeyi ayakta tutma hakkı *(right to affirm repudiatory breach)* bulunup bulunmadığı konusunda belirleyici olarak başvurulan bir kavramdır. Şöyle ki borçlunun ihlaline bağlı olarak alacaklının sözleşmeyi sona erdirme ve tazminat talep etme hakkına kavuştuğu durumda, alacaklıya sözleşmeyi sona erdirip erdirmemek konusunda bir seçim hakkı tanınmıştır. Alacaklı mevcut duruma rağmen kendisi için daha avantajlı olduğunu düşünerek sözleşmeyi ayakta tutmakta ısrar edebilir. Böylelikle kendi yükümlülüklerini ifa edecek ve borçludan yükümlülüklerini ifa etmesini talep edebilecektir. Ancak alacaklının bu konudaki seçim hakkı iki açıdan sınırlanmıştır. Sözleşmeyi ayakta tutmak isteyen alacaklının ilk olarak, kendi yükümlülüklerini karşı tarafın katılımı olmaksızın gerçekleştirebilmesi gerekmektedir. Konumuz açısından önem taşıyan sınırlama ikincisidir; alacaklının sözleşmeyi ayakta tutabilmesi için sözleşmenin ifası konusunda ısrar etmekte meşru bir menfaatinin bulunması gereklidir[304].

[301] Somut olay hakkında bkz. s. 481.
[302] Rowan, Legitimate Interest in Performance, s. 154-164.
[303] *Cavendish Square Holding BV v. Makdessi* ile *ParkingEye Ltd. v. Beavis*, [2016] A.C. 1172, para. 29-30.
[304] Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. Qiao Liu, "The White & Carter Principle: A Restatement", The Modern Law Review C. 74 S. 2 (2011), s. 171 vd.; Durgun Arslan, s. 53 vd. Böyle bir durumun

Ancak *Rowan* yapmış olduğu detaylı inceleme neticesinde, bu bağlamdaki meşru menfaat kavramının konumuz olan meşru menfaat kavramı ile oldukça sınırlı bir benzerlik sergilediği ve yol gösterici bir kılavuz teşkil etmesinin pek mümkün olmadığı sonucuna ulaşmıştır[305]. Zira borçlunun ihlaline rağmen alacaklının sözleşmeyi ayakta tutma hakkı bağlamında incelenen meşru menfaat, *alacaklının kendi borcunu ifa etmekteki* menfaatidir. Oysa sözleşme cezası doktrini uyarınca uygulanan nitelik testi bağlamında alacaklının, *borçlunun borcunu ifa etmesi* konusunda meşru bir menfaati bulunup bulunmadığı incelenir[306]. Bu iki menfaat arasında ciddi bir farklılık vardır. Şöyle ki, alacaklının kendi borcunu ifa etmekteki menfaati, borçlunun borcunu ifa etmesi konusundaki menfaatine kıyasla çok daha fazla korunur[307]. Alacaklının kendi borcunu ifa etmekte meşru menfaatinin bulunması kural, bulunmaması istisnadır[308]. Oysa diğer yandan alacaklının nitelik testi bağlamında incelenen meşru menfaati bakımından tam tersi bir durum söz konusudur. Alacaklının meşru menfaati kural olarak, ihlal neticesinde uğramış olduğu zararın tazminat yoluyla telafi edilmesinden ibarettir; telafinin ötesinde ifa konusunda bir menfaatinin bulunması istisnaen gündeme gelir.

(2) Meşru menfaat kavramı, alacaklının bir hukuki çare olarak borçludan borcun aynen ifasını *(specific performance)* talep etmesi konusunda da gündeme gelir. Bilindiği üzere alacaklının ifa menfaati, telafi menfaatine kıyasla ikincillik arz eder. Borçlunun sözleşmeyi ihlal etmesi durumunda kural olarak alacaklı ancak zararının tazminat yoluyla telafi edilmesini talep edebilecektir; borcun aynen ifasının

---

uygulamada nasıl karşımıza çıkabileceği, konu hakkındaki referans noktası olan *White & Carter (Councils) Ltd v. McGregor* ([1962] A.C. 413) kararına konu olan uyuşmazlıkta görülebilir. Taraflar arasındaki anlaşma uyarınca davacılar, davalı oto servisinin reklamını şehre yerleştirdikleri çöp kutuları üzerinde üç yıl süresince yapmayı taahhüt etmişlerdir. Buna karşılık davalı oto servisi davacılara haftada bir ödeme yapacaktır. Ayrıca sözleşme bir muacceliyet kaydı içermektedir; davalı oto servisi ödemelerde dört hafta geriye düştüğü takdirde üç yıllık sözleşme bedelinin tamamı muaccel olacaktır. Davalı oto servisi henüz sözleşmenin akdedildiği gün, sözleşmeyi sona erdirmek istediğini ve kendi üstüne düşen yükümlülükleri yerine getirmeyeceğini davacılara bildirir. Ancak davacılar buna rağmen sözleşmeyi ifa etmekte ısrar eder ve davalı oto servisinin reklamını yapmaya başlar. Davalı oto servisinin ödemeleri yapmaması üzerine de muacceliyet kaydından istifade etmek suretiyle üç yıllık sözleşme bedelinin tamamını talep eder. Lordlar Kamarası oy çokluğuyla davacının sözleşmeyi ayakta tutmakta ve davalı oto servisinin sözleşme bedelini ödemesini talep etmekte haklı olduğuna karar vermiştir. Zira davacıların kendi yükümlülüklerini davalı oto servisinin katılımı olmaksızın gerçekleştirebilmesi mümkündür ve sözleşmenin ifası konusunda ısrar etmekte meşru bir menfaatleri bulunmaktadır.

[305] Rowan, Legitimate Interest in Performance, s. 157-159.

[306] Rowan, Legitimate Interest in Performance, s. 157.

[307] Rowan, Legitimate Interest in Performance, s. 158.

[308] Alacaklının kendi borcunu ifa etmekte meşru menfaatinin bulunmadığına hükmedilebilmesi için, alacaklının sözleşmeyi ayakta tutmaktaki ısrarının tamamen mantık dışı olması *(beyond all reason, wholly unreasonable or perverse)* gerekmektedir; bkz. *Isabella Shipowner SA v. Shagang Shipping Co Ltd (The Aquafaith),* [2012] 1 C.L.C. 899.

talep edilebilmesi bazı koşulların varlığına bağlıdır[309]. Bu çerçevede özellikle tazminatın alacaklının menfaatini korumak bakımından yeterli bir hukuki çare teşkil edip etmediği incelenir. Alacaklı borçludan elde edeceği tazminat ile ifa konusu edimi piyasadan tedarik edebilecekse, tazminatın yeterli bir hukuki çare teşkil ettiği sonucuna varılır ve aynen ifa yolu kapanır. Ancak arazi satışı gibi edimin kendine özgü nitelikleri sebebiyle piyasadan ikame edilemeyeceği hallerde, tazminat yeterli bir hukuki çare olmayacak ve alacaklının borcun aynen ifasını talep edebilmesi gündeme gelecektir[310].

Aynen ifa ve nitelik testi bağlamlarındaki meşru menfaat kavramları özünde aynı noktaya temas etmektedir. Şöyle ki, aslında her iki durumda da alacaklının menfaatinin standart hukuki çare olan telafi edici tazminat vasıtasıyla tatmin edilmesinin mümkün olup olmadığı incelenir. Eğer alacaklının bu şekilde tatmin edilmesi mümkün değilse ifa konusunda telafinin ötesine geçen bir menfaati bulunduğu kabul edilecek ve daha istisnai olan radikal bir adımın atılması gündeme gelecektir. Böylelikle alacaklı lehine aynen ifaya hükmedilmesine veya gerçekçi bir zarar tahmini teşkil etmeyen yükümlülüklerin geçerli olarak hüküm ifade etmesine kapı açılmış olacaktır[311].

Bu noktadan hareket eden yazarlar, aynen ifaya hükmedilebilecek durumlar ile gerçekçi bir zarar tahmininin ötesine geçen yükümlülüklerin nitelik testi uyarınca geçerli olarak hüküm ifade edebileceği durumlar arasında bir paralellik kurma girişiminde bulunmuşlardır. Ticari sözleşmelerde piyasadan ikame mal veya hizmet tedarik etmenin kolaylığı sebebiyle aynen ifaya oldukça nadir olarak hükmedildiği

[309] Furmston, Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract, s. 742; Chen-Wishart, s. 546; Rowan, Remedies, s. 25; Başoğlu, Aynen İfa, s. 5; Durgun Arslan, s. 318.

[310] Furmston, Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract, s. 796; Chen-Wishart, s. 547-548. Aynen ifaya başvuru imkânının sınırlarının geneline ilişkin detaylı bir inceleme için bkz. Chen-Wishart, s. 546 vd.; Rowan, Remedies, s. 20 vd.; Durgun Arslan, s. 367 vd. Aynen ifa konusundaki referans karar, bir kira sözleşmesinin aynen ifasının talep edilip edilemeyeceğine ilişkin olan *Co-operative Insurance Society Ltd v. Argyll Stores (Holdings) Ltd* ([1998] A.C. 1) kararıdır. Karar, bir alışveriş merkezinde süpermarket işletmekte olan kiracı şirketin kira sözleşmesinin sona ermesine henüz yaklaşık yirmi yıl olmasına rağmen kiralananı tahliye etme arzusunu konu almaktadır. Kiracı, alışveriş merkezindeki çapa kiracı vasfını taşımaktadır; yani diğer kiracıları ve müşterileri alışveriş merkezine çeken cazibe unsurudur. Bu sebeple kiracı şirket, kira sözleşmesi süresi boyunca süpermarketi işletmeye devam edeceğini taahhüt etmiştir. Ancak zarar etmesi sebebiyle taahhüdüne rağmen kiralananı tahliye etmek istemiştir. Buna karşılık alışveriş merkezinin sahibi olan kiraya veren şirket, kiracı şirketin tazminat ödeyerek dahi olsa kiralananı tahliye etmesine karşı çıkmış; kiracı şirketin geriye kalan süre boyunca süpermarketi işletmeye devam ederek sözleşmeyi aynen ifa etmesini talep etmiştir. Lordlar Kamarası, somut olay çerçevesinde kiraya veren şirketin sözleşmenin aynen ifa edilmesi konusunda meşru bir menfaati bulunmadığı sonucuna ulaşmış ve aynen ifa talebi reddedilmiştir.

[311] Rowan, Legitimate Interest in Performance, s. 160.

düşünülecek olursa, nitelik testinde alacaklının telafinin ötesine geçen meşru bir menfaati bulunduğu sonucuna da kolay kolay varılamaması gerekir. Keza arazi satışı gibi edimin kendine özgü nitelikleri bulunan hallerde aynen ifaya hükmedilmesi imkânının genişliği, bu tür sözleşmelerdeki gerçekçi bir zarar tahmininin ötesine geçen hükümlerin götürü tazminat kaydı olarak nitelendirilmesi ihtimalinin de yüksek olduğunu gösterir[312].

Bununla birlikte iki bağlam arasında kurulabilecek paralellik ileri bir noktaya taşınmamalıdır. Bu hukuki çarelerin doğasından kaynaklanan farklılıklar, şüphesiz ilgili meşru menfaat kavramlarında da farklılaşmaya yol açacaktır. Borçlunun borcu aynen ifa etmesine hükmedilmesi, borçlunun gerçekçi bir zarar tahmininin ötesine geçen bir miktarı tazminat olarak ödemesine hükmedilmesinden daha keskin ve sert bir hukuki önlemdir. Zira aynen ifa, aralarındaki ipler kopmuş olan tarafları ifa sebebiyle bir ilişki içerisinde bulunmaya zorlar. Bu durum, çeşitli endişelerin gündeme gelmesine sebep olur. Örneğin borçlunun şahsen ifa etmesi gereken iş görme sözleşmeleri bağlamında aynen ifa, temel özgürlüklerin ihlaline yol açacağı için uygulama alanı bulmaz. Aynı şekilde taraflardan kişisel ilişki içerisine girmelerinin beklenemeyeceği çeşitli durumlarda, böyle bir ilişkiyi gerektirecek iş görme sözleşmelerinin aynen ifasına hükmedilmez[313]. Yine borçlunun karara uyup uymadığının devamlı mahkeme tarafından denetlenmesini gerektiren durumlarda da aynen ifaya hükmetmekten kaçınılır[314]. Aynen ifa çerçevesinde gündeme gelen bu gibi endişelerin, gerçekçi bir zarar tahminini aşan bir miktarın tazminat olarak ödenmesi konusunda dikkate alınmasına hiç gerek olmayacaktır[315]. Standart hukuki çare olan telafi edici tazminatın ötesine geçmek, aynen ifa bağlamında daha zor; nitelik testi bağlamında daha kolaydır. Bu sebeple sözleşme cezası doktrinindeki nitelik testi bağlamında alacaklının ifa konusunda meşru menfaati bulunup bulunmadığı belirlenirken alacaklı lehine daha esnek bir tavır benimsenmesi söz konusu olabilecektir.

[312] Rowan, Legitimate Interest in Performance, s. 160.
[313] Chen-Wishart, s. 551; Durgun Arslan, s. 389 vd. Örneğin bkz. *De Francesco v. Barnum,* (1890) 45 Ch. D. 430; *R. v. Incorporated Froebel Educational Institute Ex p. L,* [1999] 1 WLUK 449.
[314] Chen-Wishart, s. 554; Durgun Arslan, s. 411 vd. Örneğin bkz. *Flint v. Brandon,* 32 E.R. 314 (1803); *Ryan v Mutual Tontine Westminster Chambers Association,* [1893] 1 Ch. 116.
[315] Rowan, Legitimate Interest in Performance, s. 161.

(3) Meşru menfaat kavramının gündeme geldiği bir diğer alan, iade edici tazminat *(restitutionary damages)* meselesidir[316]. Alacaklı iade edici tazminat vasıtasıyla, borçlunun sözleşmeyi ihlal etmek suretiyle elde ettiği faydanın kendisine tazminat olarak ödenmesini talep edebilecektir. İade edici tazminat son derece istisnai bir hukuki çaredir. Alacaklının bu hukuki çareye başvurabilmesi, ancak diğer tüm hukuki çarelerin yetersiz kaldığı durumda mümkündür. Ayrıca alacaklının bu hukuki çareye başvurabilmesi için, borçlunun fayda elde ettiği faaliyette bulunmasını engellemekte ve onu bu faydadan yoksun bırakmakta meşru bir menfaatinin bulunması aranmıştır.

[316] *Restitutionary damages* kavramını ifade etmek üzere kullanılacak terimin seçilmesi konusunda iki ana sorun mevcuttur. 1) Öncelikle, bu hukuki çarenin tazminat (*damages*) olarak isimlendirilip isimlendirilemeyeceği konusunda İngiliz hukukçular arasında görüş birliği bulunmamaktadır. Dolayısıyla terimin orijinali net değildir. Bazı yazarlar *restitutionary damages* ifadesini tercih ederken, bazılarının bu ifadeyi kullanmaktan kaçındıkları ya da kullanmakla birlikte eleştirdikleri görülmüştür. Şöyle ki burada söz konusu olan hukuki çare, alacaklının uğramış olduğu zararı telafi etme amacı taşımamaktadır. Bu bakımdan bir görüş, söz konusu hukuki çarenin dar ve teknik anlamda tazminat olmadığını belirtmiş ve terimdeki tazminat ifadesini eleştirmiştir. Zira dar ve teknik anlamda tazminat, yalnız alacaklının ihlal neticesinde uğradığı zararı dikkate alır; borçlunun bundan elde ettiği menfaati göz ardı eder. Terime bu bakımdan getirilen eleştiriler için bkz. McGregor, para. 12-003. Nitekim *Attorney General v. Blake* kararında çoğunluk görüşünü kaleme alan Lord Nicholls da restitutionary damages terimini talihsiz olarak nitelendirmiş ve kullanmaktan kaçınmıştır. Bunun yerine kararda, haksız olarak elde edilen menfaatin devrine yönelik olarak başka bağlamlarda kullanılan *account of profits* terimi tercih edilmiştir (*Attorney General v. Blake,* [2001] 1 A.C. 268, s. 284). Ancak İngiltere ve Galler Hukuk Komisyonu Raporu, tüm bu eleştirilere rağmen mevcut alternatif terimlerin yerine *restitutionary damages* kavramının kullanılmasını önermiştir (*Law Commission for England and Wales,* "Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages", Part III, para. 1.82-1.84). Zira bazı yazarların belirtmekte olduğu üzere, tazminat teriminin İngiliz hukukundaki anlamı "hukuka aykırı bir eylemde *(wrong)* bulunmanın parasal yaptırımı" olmaktan ibarettir ve tazminat ile telafi edicilik arasındaki bağ nominal tazminat ve cezalandırıcı tazminat gibi kurumlar vasıtasıyla zaten kırılmıştır (Ewan McKendrick, "Breach of Contract, Restitution for Wrongs and Punishment", Andrew Burrows / Edwin Peel (ed.), Commercial Remedies: Current Issues and Problems, Oxford University Press 2003, s. 99). 2) İkinci olarak, *restitutionary damages* teriminin Türkçe karşılığının seçilmesi güçlük arz etmektedir. Zira bu terimin motamot çevirisi iade edici tazminat anlamına gelmekte; "iade" ifadesi de terimin anlamına ilişkin olarak yanlış bir intiba uyandırmaktadır. Şöyle ki aslında bu tazminat, başlangıçta alacaklının malvarlığındayken sonradan borçlunun malvarlığına geçmiş bir malvarlığı değerinin geri verilmesini konu almamaktadır. Tazminatın konusu, borçlunun sözleşmeyi ihlal etmek suretiyle elde etmiş olduğu; yani aslında alacaklının malvarlığında hiçbir zaman bulunmamış olan bir malvarlığı değerinin alacaklıya devredilmesidir. Bu sebeple terimde geçen iade ifadesi bağlamından kopuk olarak düşünüldüğünde yanıltıcı olabilmektedir. Bu ifade, ancak İngiliz iade hukukunun *(law of restitution)* sebepsiz zenginleşmenin ötesine geçen geniş kapsamı düşünülünce anlam kazanmaktadır. Şöyle ki İngiliz iade hukuku, üç temel ilkenin üzerine kurulmuştur: (i) Sebepsiz zenginleşmenin tersine çevrilmesi, (ii) Haksız fiil veya sözleşme ihlali gibi hukuka aykırı bir eylemde *(wrong)* bulunan kişinin bu eyleminden menfaat elde etmesinin önlenmesi, (iii) Saldırıda bulunulan mülkiyet hakkının korunması (Virgo, s. 8). Görüldüğü üzere, sözleşmeyi ihlal ederek bundan menfaat elde eden borçlunun bu menfaati alacaklıya devretmesi fikrini esas alan *restitutionary damages*, bu iade edici ilkelerin ikincisi kapsamında değerlendirilmektedir. Bu noktada terimin özünü Türkçe'de daha iyi karşılayabilecek olan "menfaat devredici tazminat" gibi bir ifade yerine; terimin İngiliz hukukundaki orijinal bağlamını daha iyi yansıtabilecek olan "iade edici tazminat" ifadesine öncelik verilmiştir. Farklı bir yaklaşım için bkz. Baş Süzel, s. 185 vd.

Bu konudaki referans noktası, eski bir casusun gizlilik anlaşmasını ihlal ederek kaleme almış olduğu kitaptan elde ettiği geliri konu alan *Attorney General v. Blake* kararıdır[317]. Karar, 1944-1961 yılları arasında İngiliz Gizli Servisinde istihbarat alanında çalışırken Sovyetler Birliği'ne bilgi sızdırdığı anlaşılan ve bunun üzerine 42 yıllık hapis cezasına çarptırılan; ancak 1966 yılında hapishaneden kaçarak Moskova'ya yerleşen ünlü casus George Blake'i konu almaktadır. Blake, 1989 yılında İngiliz Gizli Servisindeki görevi vasıtasıyla edindiği bilgileri de içeren otobiyografik bir eser kaleme almış ve kitabın İngiltere'de yayımlanması konusunda bir yayımcı ile sözleşme akdetmiştir. Taraflar arasındaki sözleşme uyarınca yayımcı, Blake'e toplam 150.000 £ ödeme yapacaktır. Aslında kitapta kullanılan bilgiler kitabın yayımlandığı 1989 tarihi itibariyle gizlilik niteliğini kaybetmiştir ve bu bilgilerin açıklanması kamu menfaati bakımından sakıncalı olmaktan çıkmıştır. Ancak yine de Baş Savcı, Blake'in kitaptan elde ettiği ve edeceği tüm gelirin tazminat olarak devlete ödenmesi suretiyle menfaatin devrini talep eden bir dava açmıştır[318]. Çeşitli aşamalardan geçen davanın özü, nihayetinde sözleşme ihlaline dayanmaktadır. Zira Blake, İngiliz Gizli Servisinde işe girerken bir gizlilik anlaşması imzalamış ve bu anlaşmada görevi vasıtasıyla öğrendiği hiçbir bilgiyi görevi sona erdikten sonra dahi ifşa etmemeyi taahhüt etmiştir. Davanın özelliği, Blake'in bu kitap vasıtasıyla devleti herhangi bir zarara uğratmış olmaması; ancak kendisinin haksız davranışı sayesinde ciddi bir menfaat elde edecek olmasından ileri gelmektedir. Bu durumda davacının başvurabileceği klasik hukuki çare olan telafi edici tazminat, davacı herhangi bir zarara uğramadığı için anlamlı bir yaptırım teşkil etmeyecektir. Blake aleyhine sembolik bir miktardan ibaret olan telafi edici tazminata hükmedilecek; buna karşılık bağlı olduğu sözleşmeyi ihlal etmek suretiyle elde ettiği 150.000 £ menfaat Blake'in yanına kâr kalacaktır. Nitekim mahkeme bu durumu uygun görmemiş; Blake aleyhine iade edici tazminata karar vermiştir. Kararda, uyuşmazlık konusu olayı adil bir çözüme bağlamak açısından klasik sözleşme ihlali yaptırımları olan tazminat, aynen ifa ve mahkeme emrinin yeterli olmadığı vurgulanmış ve aslında özel hukukta sınırlı bir alanda uygulama alanı bulan menfaat devri yaptırımı sözleşme ihlali alanında da iade edici tazminat kalıbı

[317] *Attorney General v. Blake,* [2001] 1 A.C. 268. Karar hakkında Türkçe bir inceleme için bkz. Baş Süzel, Menfaat Devri, s. 185 vd.

[318] Davanın açılmış olduğu tarih itibariyle yayımcı, Blake'e 60.000 £ ödeme yapmış bulunmaktadır. Bu paranın tahsili mümkün olmadığı için; dava esasen henüz ödenmemiş olan 90.000 £ tutarına ilişkindir. Bkz. *Attorney General v. Blake,* [2001] 1 A.C. 268, s. 284; McKendrick, Breach of Contract, s. 97.

çerçevesinde kabul edilmiştir. Karar yalnızca diğer hukuki çarelerin yeterli gelmediği istisnai durumlarda iade edici tazminata başvurulabileceğini belirtmiş; fakat iade edici tazminata hangi durumda hükmedilebileceği konusunda sabit kurallar getirmekten kaçınmıştır. Bunun yerine mahkemenin somut olayın koşullarını dikkate alması gerektiğini belirtmiştir. Bu kapsamda mahkeme, özellikle sözleşmenin konusunu, ihlal edilen sözleşme hükmünün amacını ve mahkemeden yardım talep edilen durumun koşullarını değerlendirecektir. Bu çerçevede, davacının davalının menfaat elde ettiği faaliyette bulunmasını engellemekte ve onu bu menfaatten yoksun bırakmakta meşru bir menfaatinin bulunup bulunmadığı incelenmelidir[319]. Nitekim mahkeme somut olayda, istihbarat servisinin diğer çalışanlarının benzer ihlallerde bulunmalarına yönelik finansal teşvik sağlanmaması ve tehlikeli operasyonlardaki istihbarat servisi çalışanları arasında mevcut güvenin baltalanmaması bakımından davacının böyle bir yararı olduğuna karar vermiştir[320]. Sonuç olarak, Blake aleyhine iade edici tazminata hükmedilmiştir.

İade edici tazminat ve nitelik testi bağlamlarındaki meşru menfaat kavramları arasında paralellik kurulması mümkündür[321]. Her iki bağlamda da alacaklının borçluyu ihlalden caydırmak konusunda korunmaya değer bir menfaati bulunmaktadır. Ancak standart hukuki çare olan telafi edici tazminat borçluyu ihlalden caydırmak konusunda yeterli güdülemeyi sağlayamayacaktır. Bu sebeple alacaklının standart hukuki çare olan telafi edici tazminatın ötesine geçmesine izin verilmekte ve alacaklı lehine iade edici tazminata hükmedilmesine yahut gerçekçi bir zarar tahmini teşkil etmeyen yükümlülüklerin geçerli olarak hüküm ifade etmesine kapı açılmaktadır[322].

Alacaklının ifa konusundaki meşru menfaati kavramını anlamak üzere sözleşme hukukunda sunulan hukuki çareler ile kurulabilecek paralellikler bunlardan ibarettir. Bu paralellikleri, *Cavendish/ParkingEye* kararının bizzat kendisi ve sözleşme cezası doktrini konusundaki *Cavendish/ParkingEye* sonrası başkaca kararlar ile birlikte değerlendirdiğimizde; genel bir çerçeve çizebilmek mümkün hâle gelir. Buna göre alacaklının ifa konusunda meşru menfaatinin bulunup

[319] *Attorney General v. Blake*, [2001] 1 A.C. 268, s. 285. Bu konuda bir inceleme için bkz. McKendrick, Breach of Contract, s. 102 vd.
[320] *Attorney General v. Blake*, [2001] 1 A.C. 268, s. 287.
[321] Chen-Wishart, s. 566.
[322] Rowan, Legitimate Interest in Performance, s. 163.

bulunmadığını tespit ederken dikkate alınması gereken etmenler olarak aşağıdakiler sıralanabilir.

a. İlgili Yükümlülüğün Önemi Ve Bu Yükümlülüğün İhlal Edilmesinin Doğuracağı Sonuçların Ciddiyeti

Borçlu tarafından ihlal edilmesi engellenmek istenen yükümlülük ne kadar önemli ve bu ihlalin alacaklı açısından sonuçları ne kadar ciddi olursa, alacaklının ifa konusunda telafinin ötesine geçen meşru bir menfaatinin bulunması ihtimali de o kadar artacaktır[323].

Cavendish davasının Yüksek Mahkeme tarafından çözümlenme biçimine bakarak bu tespiti teyit etmek mümkündür. Hatırlanacağı üzere taraflar arasındaki dava konusu olmuş sözleşme hükümlerinin amacı, satıcıyı rekabet etmeme yasağını ihlal etmekten caydırmaktır. Mahkeme, alıcının bu borcun ifası konusunda meşru bir menfaati olduğuna karar vermiştir. Bu karara varırken satıcının rekabet etmeme borcunun sözleşme çerçevesinde son derece önemli olduğunu ve bu borcun ihlal edilmesinin çok ciddi sonuçlara yol açabileceğini vurgulamıştır. Şirketin kurucusu olan satıcının şirketle rekabet içine girmesi, şirket peştemaliyesinin erimesine yol açacak ve şirketin değerini bir hayli düşürecektir.

Cavendish/ParkingEye'ı takip eden dönemde verilmiş olan *Gray v. Braid Group (Holdings)* kararı da yine bu tespiti örneklemektedir. Karar, bir şirkette yönetim kurulu üyesi de olan pay sahibinin rüşvet ile ilgili eylemleri sebebiyle şirketten ayrılmak zorunda bırakılması sürecini konu almaktadır. Şirketin esas sözleşmesinde yer alan bir hüküm uyarınca, görevlerini kötüye kullanmaları veya sürekli düşük performans göstermeleri sebebiyle şirketten ayrılmak zorunda bırakılan çalışanlar veya yönetim kurulu üyeleri şirketteki paylarını nominal değeri karşılığında devretmekle yükümlü tutulmaktadır. İlgili pay sahibi, bu yükümlülüğün sözleşme cezası teşkil ettiğini iddia etmiştir. Ancak mahkeme oy çokluğuyla vermiş olduğu kararında şirketin, pay sahiplerinin çalışan veya yönetim kurulu üyesi görevlerini sadakat ve özen yükümlülüklerine uygun olarak yürütmeleri konusunda meşru bir menfaati bulunduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme bu meşru menfaati, söz konusu yükümlülüğün ihlal edilmesinin şirket nezdinde finansal açıdan ve ticari

[323] Rowan, Legitimate Interest in Performance, s. 164-168.

itibar açısından önemli zararlara yol açabileceğine vurgu yaparak gerekçelendirmiştir[324].

Özellikle alacaklının sözleşme konusu edimi piyasadan tedarik etmesinin mümkün olmadığı durumlarda ifa konusunda meşru bir menfaatinin bulunduğu kabul edilmelidir[325]. Aynen ifa bağlamında verilmiş olan *Sky Petroleum Ltd v. VIP Petroleum Ltd* kararı bu konuda yol göstericidir. Taraflar arasında mevcut petrol tedarik anlaşması, 1970'li yıllardaki petrol krizi sebebiyle uyuşmazlığa sebep olmuştur. Uyuşmazlık çözümleninceye kadar davalı şirket sözleşmenin ifasını askıya almak ve petrol tedarikini durdurmak istemiştir. Buna karşılık davacı şirket, mahkemeden geçici bir hukuki koruma önlemi olarak sözleşmenin aynen ifasına devam edilmesine karar verilmesini talep etmiştir. Mahkeme, piyasadaki petrol arzının son derece sınırlı olduğu bu dönemde davalı şirketin petrol tedarik etme yükümlülüğünü ihlal etmemesinin davacı şirket nezdinde son derece ciddi sonuçlara yol açacağını tespit etmiştir. Davacı şirket başka bir kanaldan petrol tedarik edemeyecek; ticari faaliyetini tamamen durdurmak zorunda kalacaktır. Bu tespitten hareketle davacı şirketin menfaatinin tazminat ile telafi edilmesinin mümkün olmadığı sonucuna ulaşmış ve geçici bir hukuki önlem olarak aynen ifaya hükmetmiştir[326].

b. İhlalin Üçüncü Kişilerin Ve Genel Olarak Kamunun Menfaati Üzerindeki Etkisi

Borçlu tarafından ifa edilmesi istenen yükümlülüğün ihlal edilmesi durumunun üçüncü kişiler üzerinde yaratacağı etki, bu bağlamda dikkate alınabilecek etmenlerden biridir. İhlal alacaklının yerine veya alacaklıya ek olarak üçüncü bir kişinin da zarara uğramasına yol açacaksa, borçluyu ihlalden caydırmak konusunda alacaklının meşru bir menfaati bulunduğu kabul edilebilir[327].

Borçlunun ihlaline rağmen alacaklının sözleşmeyi ayakta tutma hakkı bağlamında verilmiş olan *Anglo-African Shipping Co v. Mortner* kararı bu konuda önemli bir örnek oluşturmaktadır. Davaya taraf olan davacı şirketin iştigal konusu,

[324] *Gray v. Braid Group (Holdings) Ltd,* 2017 S.C. 409.
[325] Chen-Wishart, s. 565.
[326] *Sky Petroleum Ltd v. VIP Petroleum Ltd,* [1974] 1 W.L.R. 576. Aynı doğrultuda başka kararlar için bkz. *Howard E Perry & Co Ltd v British Railways Board,* [1980] 1 W.L.R. 1375; *Thames Valley Power Ltd v Total Gas & Power Ltd,* (2006) 22 Const. L.J. 591.
[327] Chen-Wishart, s. 566; Rowan, Legitimate Interest in Performance, s. 168-170.

yurtdışındaki şirketlerin siparişi üzerine Birleşik Krallık'ta mukim şirketlerden çeşitli malları satın almak ve daha sonra bu malların yurt dışındaki şirketlere ulaştırılması sürecinde ihracat ile nakliye işlerini yönetmektir. Uyuşmazlık konusu olay çerçevesinde davacı şirket ile davalı şirket arasında, üçüncü bir kişiden tedarik edilecek mallara ilişkin olarak böyle bir sözleşme akdedilir. Davacı şirket de üçüncü kişiden ilgili malları satın ve teslim alır. Ancak daha sonra davalı şirket sözleşmeyi sona erdirmek ister ve herhangi bir ödeme yapmayı reddeder. Davacı şirket buna rağmen sözleşmeyi ayakta tutmakta ısrar eder; malları davalı şirkete göndererek kendi üstüne düşen yükümlülükleri yerine getirir. Ardından da davalı şirketin sözleşmede kararlaştırılmış olan bedelin tamamını ödemesini talep eder. Mahkeme, davacı şirketin sözleşmeyi ayakta tutmaktaki ısrarının meşru bir menfaate dayandığı sonucuna vararak davalı şirketin sözleşmede kararlaştırılan bedelin tamamını ödemesine karar verir. Bu değerlendirmede, davacı şirket sözleşmenin sona erdirilmesini kabul etmiş olsa bu durumun tedarikçi üçüncü kişi bakımından da olumsuz sonuçlar meydana getirecek olması dikkate alınmıştır[328].

Keza doğrudan sözleşme cezası doktrinine yönelik *ParkingEye* davasında da ihlalin üçüncü kişilerin menfaati üzerindeki etkisinin dikkate alındığını gözlemlemek mümkündür. Yüksek Mahkeme, otoparkı kullanan kişilerin iki saat içerisinde otoparktan ayrılması konusunda otopark işletmecisinin meşru bir menfaati bulunduğuna karar vermiştir. Bu meşru menfaat değerlendirmesinde, sözleşmeye taraf olmayan otopark malikinden de bahsedilmiştir. Mahkeme, mümkün olduğunca fazla sayıda kişinin otoparkta yer bulabileceği şekilde bir iş modeli geliştirilmiş olmasının otoparkın maliki olan alışveriş merkezi bakımından kritik önem taşıdığını; böylelikle daha fazla müşterinin ve dolayısıyla işletmenin alışveriş merkezine çekildiğini vurgulamıştır.

Wrotham Park Estate Co Ltd v. Parkside Homes davasında reddedilmiş olan aynen ifa talebi de bu konuda örnek teşkil etmektedir. Bir arazinin maliki, arazi üzerindeki sınırlayıcı kayıtları ihlal etmek suretiyle bir konut projesi inşa etmiştir. Bunun üzerine ilgili kişiler sınırlayıcı kayıtlar doğrultusunda konut projesinin yıkılmasına karar verilmesini talep etmiştir. Ancak mahkeme, başka sebeplerin yanı sıra inşa edilmiş yapının pek çok kişinin konut ihtiyacını gideriyor olmasını ve

[328] *Anglo-African Shipping Co v. Mortner,* [1962] 1 Lloyd's Rep. 81.

yıkımın kaynakların israfına yol açacağını da dikkate almak suretiyle bu talebi reddetmiş ve tazminata hükmetmiştir[329].

Aslında *ParkingEye* ve *Wrotham Park* davalarına ilişkin kararlar daha yakından incelendiğinde, mahkemelerin alacaklının sözleşme ilişkisi içerisinde olduğu üçüncü kişilerin de ötesine geçen bir değerlendirme yaptığı görülmektedir. "Üçüncü kişi" kavramı dar anlamıyla ele alınmamakta; kamunun genelinin menfaati de değerlendirmeye katılmaktadır. *ParkingEye*'da potansiyel olarak alışveriş merkezini ziyaret edecek kişilerin otoparkta yer bulabilmesi ve *Wrotham Park*'ta zaten inşa edilmiş bir yapının yıkılarak kaynakların israf edilmemesi kamu menfaati kapsamında görülebilir. Kamu menfaatinin sözleşme hukuku çerçevesinde etmen olarak dikkate alınması, alışkın olunan bir durum değildir. Yine de alacaklının ifa konusunda telafinin ötesine geçen bir menfaatinin bulunup bulunmadığı tespit edilirken ilgili yükümlülüğün ihlal edilmesinin kamu üzerindeki etkisinin de dikkate alındığı kararlardan açıkça anlaşılmaktadır[330].

İade edici tazminat konusundaki referans karar olan *Attorney General v. Blake* kararı, kamu menfaatinin etkisinin en yoğun hissedildiği örneklerden biridir. Karar, eski bir casusun görevi vesilesiyle öğrenmiş olduğu sırları açıkladığı bir kitaptan elde ettiği geliri konu almaktadır. Mahkeme, bu gibi görevleri üstlenmiş kişilerin gizlilik yükümlülüklerini ihlal etmemesi konusunda kamunun genel olarak menfaati bulunduğuna dikkat çekmiştir. Buradan hareketle davacı tarafın söz konusu faaliyeti engellemekte meşru bir menfaatinin bulunduğu sonucuna varmış ve davalı tarafın elde ettiği geliri iade edici tazminat olarak ödemesine karar vermiştir[331].

c. Para İle Ölçülemeyen Menfaatlerin Korunması

Borçlunun ifa etmesi istenen asli yükümlülük ihlâl edildiği takdirde alacaklının para ile ölçülmesi mümkün olmayan menfaatleri zarar görecekse,

---

[329] *Wrotham Park Estate Co Ltd v Parkside Homes Ltd,* [1974] 1 W.L.R. 798. Bu dava neticesinde mahkemenin hükmetmiş olduğu tazminat, özel bir nitelik taşımaktadır. Mahkeme, davalı taraf karşı taraf ile müzakere etmek suretiyle sınırlayıcı kayıtları kaldırtmış olsaydı karşı tarafa ne kadar ödeme yapacağını dikkate almış ve buna göre bir tazminata hükmetmiştir. Literatürde bu tazminatın telafi edici nitelik taşımadığı belirtilmiş ve davanın adıyla *Wrotham Park* tazminatı olarak anılarak iade edici tazminat başlığı altında incelenmiştir. Ancak Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'nin 2018 yılında vermiş olduğu bir karar, bu tabloda önemli değişiklikler yaratmıştır. Karar için bkz. *Morris Garner v. One Step (Support) Ltd*, [2018] 2 W.L.R. 1353.

[330] Rowan, Legitimate Interest in Performance, s. 170-171; Summers, s. 112-113.

[331] *Attorney General v. Blake*, [2001] 1 A.C. 268.

alacaklının ifa konusunda meşru bir menfaati bulunduğunun kabul edilmesi ihtimali artacaktır. Şöyle ki, İngiliz sözleşme hukukunda para ile ölçülemeyen menfaatlerin tazminat yoluyla telafisi oldukça sınırlı hâllerde mümkündür. Bu durumda alacaklının ihlalden sonra tazminat yoluyla tatmin edilmesi mümkün olmadığı için sözleşmede kararlaştırılan tali yükümlülükler ile borçlunun ifada bulunmaya zorlanması daha makul karşılanmaktadır[332].

Attorney General v. Blake kararında para ile ölçülebilir olmayan gizlilik değerinin alacaklıya borçluyu ihlalden caydırmak konusunda meşru bir menfaat tanıdığının kabul edilmesi, bu tespiti örneklemektedir[333].

Sonuç olarak sözleşmede kararlaştırılan tali yükümlülük, sözleşmedeki esaslı yükümlülüklerden birinin ihlaline ilişkin olarak düzenlenmişse, bu ihlalin ciddi sonuçlara yol açması mümkünse, üçüncü kişilerin yahut genel olarak kamusal menfaatin yahut parasal olmayan beklentilerin korunmasına yönelikse götürü tazminat olarak nitelendirilme ihtimali artacaktır. Bu ihtimal, sözleşme taraflarının deneyimli ve bilgili tacirler olduğu ihtimalde özellikle yüksektir[334].

2. Borçluya Yüklenmiş Yükümlülüğün Alacaklının Meşru Menfaatine Kıyasla Aşırılığı

Nitelik testinde ikinci olarak, alacaklının ifa konusunda sahip olduğu meşru menfaat ile borçlunun sözleşmeyi ihlal etmesi neticesinde ifa edilmesi kararlaştırılmış olan yükümlülük kıyaslanır. Borçluya yüklenmiş olan yükümlülüğün alacaklının sahip olduğu meşru menfaate kıyasla aşırı olduğu sonucuna varılırsa, ilgili yükümlülük sözleşme cezası olarak nitelendirilecektir.

Öncelikle *Cavendish/ParkingEye* kararı doğrultusunda yapılacak kıyaslamanın doğası itibariyle ciddi zorluklar içerdiği belirtilmelidir. *Dunlop* kararındaki test, borçlunun sözleşmeyi ihlal etmesi durumunda ifa etmesi öngörülen yükümlülüğün gerçekçi bir zarar tahmini olup olmadığını değerlendirmekteydi. Bu test çerçevesinde referans noktası olarak, sayısal bir karşılığı olan alacaklının uğrayabileceği azami zarar esas alınmaktaydı. Keza sözleşmede borçlunun sözleşmeyi ihlal etmesi durumunda ifa edeceği tali yükümlülük de çoğu zaman bir

[332] Rowan, Legitimate Interest in Performance, s. 171-172.
[333] *Attorney General v. Blake*, [2001] 1 A.C. 268.
[334] Rowan, Legitimate Interest in Performance, s. 150.

miktar paranın ödenmesi olarak belirlendiği için, türdeş değerler birbirleriyle kıyaslanmaktaydı. Oysa *Cavendish/ParkingEye* kararındaki kıyaslamada referans noktası olarak esas alınan alacaklının meşru menfaati kavramı, sayısal olarak herhangi bir karşılığı bulunmayan soyut bir kavramdır. Bu kavramın borçlunun ifa etmesi öngörülmüş olan tali yükümlülük ile kıyaslanması, türdeş olmayan değerlerin birbirleri ile kıyaslanması anlamına gelecektir[335]. Böyle bir kıyaslama çerçevesinde sistematik bir değerlendirme yapılmasının mümkün olmadığı; daha ziyade mahkemeye sınırları şüpheli bir takdir yetkisi bırakıldığı aşikârdır. *Conte*, mevcut liberal eğilim de göz önüne alınacak olursa mahkemenin takdir yetkisini her zaman götürü tazminattan yana kullanacağı ve alacaklının ifa konusunda meşru bir menfaate sahip olduğunun tespit edildiği her durumda sözleşmedeki hükmün geçerli olarak uygulanacağı görüşündedir[336].

Bu kıyaslamanın doğasından kaynaklanan zorluklar bir yana odaklanılması gereken nokta, borçluya yüklenmiş olan yükümlülüğün alacaklının sahip olduğu meşru menfaate kıyasla aşırı olup olmadığıdır. *Cavendish/ParkingEye* kararını kaleme alan yargıçlar, bu aşırılığı ifade etmek üzere farklı terimler kullanmışlardır[337]. Ancak kullanılmış terimlerin tümü özünde eş anlamlı olup; aynı noktaya işaret etmektedir[338]. Borçluya yüklenmiş olan yükümlülüğün, alacaklının meşru menfaatini korumak için gerekli olan sınırı küçük bir miktar aşıyor olması sözleşme cezası yaftası yapıştırılması bakımından yeterli değildir. Ceza kaydı nitelendirilmesinin yapılabilmesi için borçluya yüklenmiş olan yükümlülük ile alacaklının meşru menfaati arasında bunun ötesinde çok daha ciddi bir oransızlık bulunması aranacaktır[339]. Sonuç olarak taraflara bu konuda geniş bir hareket alanı tanındığı söylenebilir. Bu durum, *Cavendish/ParkingEye* kararı öncesinde mevcut olan eğilim ile de uyumludur[340].

---

[335] Worthington, Penalty Clauses, s. 381; Conte, Penalty Rule, s. 387.

[336] Conte, Penalty Rule, s. 387.

[337] *Lord Neuberger* ile *Lord Sumption* tarafından kaleme alınan ve *Lord Carnwath* ile *Lord Clarke*'ın da hemfikir olduğu test uyarınca "tamamen orantısız" *(out of all proportion)*; *Lord Mance* tarafından kaleme alınan test uyarınca, "abartılı, aşırı ve fahiş" *(extravagant, exorbitant or unconscionable)*; *Lord Hodge* tarafından kaleme alınan test uyarınca, "aşırı ve fahiş" *(exorbitant or unconscionable)*. Bkz. *Cavendish Square Holding BV v. Makdessi* ile *ParkingEye Ltd. v. Beavis*, [2016] A.C. 1172, para. 32, 152, 255.

[338] Conte, Penalty Rule, s. 385; Halson, para. 2.48.

[339] Chen-Wishart, s. 566; McKendrick, Contract Law, s. 911.

[340] Halson, para. 2.48. Örneğin bkz. *Philips Hong Kong Ltd v. Attorney General of Hong Kong*, (1993) 9 Const. L.J. 202, özellikle s. 210; *United International Pictures v Cine Bes Filmcilik ve*

Değerlendirme iki değerin kıyaslanmasından ibaret olmalı ve bu anlamda objektif bir temele dayanmalıdır. Sözleşmede borçlu aleyhine kararlaştırılmış tali yükümlülük alacaklının sahip olduğu meşru menfaate kıyasla aşırı ise, borçlunun ödeme gücü ne olursa olsun sözleşme cezası olarak nitelendirilecektir. Borçlunun bu yükümlülüğü ifa etmekte hiçbir sorun yaşamayacak kadar varsıl olması bu sonuçta herhangi bir değişiklik yaratmaz[341].

3. Tarafların Özellikleri ve Sözleşmenin Akdedildiği Koşullar Doğrultusunda Götürü Tazminat Karinesi

Sözleşmeyi ihlal eden borçlunun ifa etmesi öngörülen yükümlülüğün alacaklının sahip olduğu meşru menfaate kıyasla aşırı olup olmadığı konusunda dikkate alınması gereken en önemli etmenlerden biri, sözleşme taraflarının özellikleri ve sözleşmenin akdedildiği koşullardır[342]. Zira benzer müzakere gücüne sahip olan tarafların hukuki danışmanlık hizmeti almak ve müzakere etmek suretiyle akdetmiş oldukları bir sözleşmedeki hükümler, kural olarak sözleşme cezası doktrini tarafından bertaraf edilmeyecek ve geçerli biçimde hüküm ifade edecektir. *Cavendish/ParkingEye* kararı, bu yönde güçlü bir karinenin mevcut olduğunu net bir biçimde ortaya koymuştur[343]. Bu karinenin iki ayağı bulunduğu düşünülebilir. Bir yandan böyle bir durumda alacaklının ifa konusunda telafinin ötesine geçen meşru menfaatinin bulunduğu varsayılır[344]. Diğer yandan geçersizlik yaptırımının söz konusu olması için, ödenmesi kararlaştırılan meblağ ile meşru menfaat arasında çok daha ciddi bir oransızlık aranacaktır[345].

Bu gibi bir durum, özellikle sözleşmeyi akdeden tarafların deneyimli ve bilgili tacirler olduğu ihtimalde gündeme gelecektir. Bu açıdan bakıldığında *Cavendish/ParkingEye* kararı sözleşme cezası doktrini konusunda zaten mevcut olan liberal eğilimi olgunlaştırmıştır[346]. Yukarıda ifade edilmiş olduğu üzere, mahkemeler bu karardan önceki dönemde de sözleşme hükümlerini ceza koşulu olarak nitelendirmekten ve sözleşmelere müdahale etmekten özellikle ticari uyuşmazlıklar

---

Yapimcilik AS, [2004] 1 C.L.C. 401, özellikle s. 410; *Murray v. Leisureplay Plc,* [2005] EWCA Civ 963, özellikle para. 43.

[341] *Hayfin Opal Luxco 3 SARL v Windermere VII CMBS Plc,* [2016] EWHC 782, para. 142.

[342] Rowan, Legitimate Interest in Performance, s. 172-174.

[343] *Cavendish Square Holding BV v. Makdessi* ile *ParkingEye Ltd. v. Beavis,* [2016] A.C. 1172, para. 35 ve 152.

[344] Rowan, para.

[345] Halson, para. 2.51.

[346] Morgan, s. 13; Rowan, Legitimate Interest in Performance, s. 173; Summers, s. 116.

bağlamında mümkün olduğu ölçüde kaçınmışlardır. Zira daha evvel *Watford Electronics Ltd v. Sanderson* kararında vurgulandığı ve *Cavendish/ParkingEye* kararında tekrar edildiği üzere, benzer müzakere gücüne sahip olan tarafların hukuki danışmanlık hizmeti almak ve müzakere etmek suretiyle akdetmiş oldukları bir sözleşmede tarafların menfaatlerinin sınırlarının nasıl ve ne ölçüde korunması gerektiğini en iyi takdir edecek olanlar, bizzat sözleşmenin taraflarıdır[347]. Taraflar bu sınırları pek çok ticari rizikoyu değerlendirerek ve karşılıklı tavizler vererek çizdikten sonra mahkemenin müdahale etmesi, tarafların kurduğu dengeyi bozacaktır.

Kaldı ki ticaret hayatı bakımından belirlilik ihtiyacı, diğer durumlara nazaran daha fazla önem taşır. Yüksek Mahkemenin böyle bir karine tesis etmek vasıtasıyla bu ihtiyaca hizmet ettiği söylenebilir. Yine de literatürde söz konusu karinenin ticaret hayatındaki belirlilik ihtiyacını karşılamak konusunda yetersiz olduğu belirtilmektedir. Karine, bir asli borcun ihlal edilmesi durumunda ifa edilmesi öngörülen yükümlülüklerin hüküm ifade etmemesi ihtimalini tamamen bertaraf etmemekte; yalnızca azaltmaktadır. Bu ihtimalin azaltılmış olsa dahi varlığını sürdürmesi, tarafların uyuşmazlıklarını mahkemeye taşımasına sebep olacak; böylelikle süreci belirsiz hâle getirecek ve uzatacaktır[348].

Bu karinenin nasıl uygulandığını, *Cavendish* davası çerçevesinde gözlemlemek mümkündür. Yüksek Mahkeme dava konusu hisse devir sözleşmesinin, benzer müzakere gücüne sahip, deneyimli ve bilgili tacirler tarafından hukuki danışmanlık hizmeti almak ve karşılıklı müzakere etmek suretiyle akdedildiğini tespit etmiştir. Buradan hareketle, satıcının sözleşmedeki rekabet yasağına uygun davranması konusunda alacaklının meşru menfaati bulunduğuna ve sözleşmede bu borcun ihlal edilmesi durumunda devreye girmesi kararlaştırılan tali yükümlülüğün alacaklının meşru menfaatiyle orantılı olduğuna karar verilmiştir[349]. Keza *Cavendish/ParkingEye* sonrasında verilmiş olan *BHL v. Leumi ABL Ltd* kararında da sözleşme cezası doktrini çerçevesinde tarafların özelliklerinin taşıdığı önemden bahsedildiği görülmektedir. Bir şirket ile banka arasında akdedilmiş olan

[347] *Watford Electronics Ltd v. Sanderson*, (2001) 3 T.C.L.R. 14, s. 328; *Cavendish Square Holding BV v. Makdessi* ile *ParkingEye Ltd. v. Beavis*, [2016] A.C. 1172, para. 35.
[348] Morgan, s. 13.
[349] *Cavendish Square Holding BV v. Makdessi* ile *ParkingEye Ltd. v. Beavis*, [2016] A.C. 1172, para. 82 ve 181.

sözleşmede yer alan ve şirket aleyhine olan yükümlülüğün sözleşme cezası olarak nitelendirilmesi çeşitli nedenlerle reddedilmiş; bankanın düzenlemiş olduğu genel işlem şartları kullanılmış olsa dahi, şirketin banka ile eşit şartlarda bulunan büyük bir ticari kuruluş olduğu vurgulanmıştır[350].

4. Değerlendirmede Hangi Anın Esas Alınacağı

Sözleşmeyi ihlal eden borçlunun ifa etmesi öngörülen yükümlülüğün alacaklının sahip olduğu meşru menfaate kıyasla aşırı olup olmadığı, hangi andaki koşulların esas alındığına göre farklılık gösterebilir. Zira borçluya yüklenmiş tali yükümlülüğün ağırlığı zaman içerisinde değişebileceği gibi; alacaklının ifa konusunda telafinin ötesine geçen meşru bir menfaatinin bulunup bulunmadığı konusunda da farklı zamanlarda farklı sonuçlara varılabilir.

Gray v. Braid Group (Holdings) Ltd[351] kararı, bu konuda ilgi çekici bir örnek teşkil etmektedir. Karar, bir şirkette yönetim kurulu üyesi de olan pay sahibinin rüşvet ile ilgili eylemleri sebebiyle şirketten ayrılmak zorunda bırakılması sürecini konu almaktadır. Şirketin esas sözleşmesinde yer alan bir hüküm uyarınca, görevlerini kötüye kullanmaları veya sürekli düşük performans göstermeleri sebebiyle şirketten ayrılmak zorunda bırakılan çalışanlar veya yönetim kurulu üyeleri şirketteki paylarını nominal değeri karşılığında devretmekle yükümlü tutulmaktadır. İlgili pay sahibi, bu yükümlülüğün sözleşme cezası teşkil ettiğini iddia etmiştir. Pay sahibinin bu iddiası, sözleşmenin yapıldığı andaki koşullar esas alınmak suretiyle değerlendirildiği takdirde kendisine yüklenmiş yükümlülüğün pek de ağır olmadığı söylenebilecektir. Bu tarihte şirket henüz kurulmakta olup payların nominal değeri ile gerçek değeri arasında ciddi bir fark mevcut değildir. Buna karşılık sözleşmenin ihlal edildiği andaki koşullar esas alındığı takdirde, borçluya yüklenmiş yükümlülük olarak çok daha ağır bir yükümlülük değerlendirmeye katılacaktır. Aradan geçen zaman içerisinde şirket değerlenmiş; payların nominal değeri ile gerçek değeri arasında bir uçurum ortaya çıkmıştır. Borçluya yüklenmiş tali yükümlülüğün sözleşme cezası olarak nitelendirme ihtimali, ilk değerlendirmede ikinci değerlendirmeye kıyasla çok daha düşüktür. Görüldüğü üzere nitelik testi çerçevesinde yapılacak değerlendirmede hangi anın esas alınacağı büyük önem arz etmektedir.

[350] *BHL v. Leumi ABL Ltd,* [2017] EWHC 1871, para. 44.
[351] *Gray v. Braid Group (Holdings) Ltd,* 2017 S.C. 409.

Dunlop kararında *Lord Dunedin*, sözleşmede düzenlenmiş olan tali yükümlülüğün gerçekçi bir zarar tahmini teşkil edip etmediği konusundaki değerlendirmenin sözleşmenin akdedildiği andaki koşullar esas alınmak suretiyle yapılması gerektiğini net bir biçimde ortaya koymuştur[352]. Bununla birlikte, sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen olgular nitelik testinin tamamen dışında bırakılmamalıdır. Bu olguların nitelik testi bağlamında nasıl ve ne ölçüde dikkate alınabilecekleri *Philips Hong Kong Ltd v. Attorney-General of Hong Kong* kararında açıklanmıştır. Buna göre sözleşme akdedildikten sonra meydana gelen olgular, tarafların sözleşmenin kurulduğu esnada olası bir ihlalin sonucuna ilişkin olarak sahip oldukları öngörüler hakkında kıymetli bir delil teşkil edebilecektir[353].

Nitelik testinde sözleşmenin akdedildiği anın esas alınması gerektiği daha sonra verilmiş olan pek çok kararda teyit edilmiş; aynı yaklaşım *Cavendish/ParkingEye* kararında da devam ettirilmiştir. Buna göre, sözleşmeyi ihlal eden borçlunun ifa etmesi öngörülen yükümlülüğün alacaklının sahip olduğu meşru menfaate kıyasla aşırı olup olmadığı sözleşmenin akdedildiği andaki koşullar esas alınmak suretiyle değerlendirilecektir[354]. Nitekim hemen yukarıda konunun önemine dair örnek gösterilmiş olan *Gray v. Braid Group (Holdings) Ltd* davası da bu yaklaşıma göre çözümlenmiştir. Çoğunluğu oluşturan iki yargıç, hisselerin nominal değeri ile güncel gerçek değeri arasında uçurum bulunmasına rağmen borçluya yüklenmiş olan yükümlülüğün sözleşmenin yapıldığı andaki koşullar esas alınarak tespit edilmesi gerektiğini belirtmişlerdir. Yapmış oldukları değerlendirmede, sözleşmedeki hükmün ceza koşulu teşkil etmediği sonucuna ulaşmışlardır[355].

Nitelik testinde sözleşmenin kurulduğu an esas alınıyor olmakla birlikte; borçluya *equitable relief from forfeiture* tanınıp tanınmayacağı konusunda yapılacak değerlendirme bakımından durum farklıdır. Bu değerlendirme bakımından hakkaniyet ön plana alınmaktadır; borçluya böyle bir kurtuluş imkânı tanınıp

[352] *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage & Motor Co. Ltd.*, [1915] A.C. 79, s. 86-87.
[353] *Philips Hong Kong Ltd v. Attorney General of Hong Kong*, (1993) 9 Const. L.J. 202, s. 210.
[354] Chen-Wishart, s. 564; Halson, para. 2.45.
[355] *Gray v. Braid Group (Holdings) Ltd*, 2017 S.C. 409, para. 112 ve 125. *Cavendish/ParkingEye* sonrası aynı yönde başka bir karar için bkz. *Hayfin Opal Luxco 3 SARL v Windermere VII CMBS Plc*, [2016] EWHC 782, para. 124.

tanınmayacağı borçlunun bu imkâna başvurduğu andaki koşullar esas alınmak suretiyle değerlendirilecektir[356]

İngiliz hukukunun nitelik testinde esas alınacak an konusunda benimsemiş olduğu yaklaşım, Amerikan hukuku üzerinde de uzun bir süre boyunca etkili olmuştur. Sözleşmeyi ihlal eden borçlunun ifa etmesi öngörülen yükümlülüğün niteliğine ilişkin inceleme, bu süre boyunca sözleşmenin akdedildiği an esas alınmak suretiyle icra edilmiştir[357]. Ancak 1952 yılında yürürlüğe giren ve Amerikan eyaletlerinin her birinin kendine özgü sözleşme hukukunu ticari ilişkileri ilgilendirdiği ölçüde federal düzeyde yeknesaklaştıran *Uniform Commercial Code* bu tabloyu değiştirmiştir. *Uniform Commercial Code* uyarınca sözleşmedeki hükmün ceza kaydı teşkil edip etmediği, sözleşmeyi ihlal eden borçlunun ifa etmesi öngörülen yükümlülüğün alacaklının zararına kıyasla makul olup olmadığına bakılarak tespit edilir[358]. Sözleşmedeki yükümlülük, ne alacaklının uğrayacağı öngörülen zarar *(anticipated loss)* ne de alacaklının gerçekte uğradığı zarara *(actual loss)* kıyasla makul kabul edilebiliyorsa sözleşme cezası olarak nitelendirilmelidir. Görüldüğü üzere modern Amerikan yaklaşımı, bir yandan alacaklının uğrayacağı öngörülen zararı dikkate almak suretiyle sözleşmenin akdedildiği andaki koşulları; diğer yandan alacaklının gerçekte uğradığı zararı dikkate almak suretiyle ihlalin gerçekleştiği andaki koşulları dikkate almaktadır. Bu yaklaşım, Amerikan eyaletlerinde mevcut farklı sözleşme hukuklarındaki genel ilkeleri derleyen *Restatement (Second) of the Law of Contracts*'te de devam ettirilmiştir[359]. Sözleşmedeki hükmü gerçekçi bir zarar tahmini olarak gerekçelendirmek konusunda birbirine alternatifli olarak iki farklı andaki koşulların dikkate alınması, şüphesiz sözleşme hükmünün götürü tazminat kaydı olarak nitelendirilmesi ve geçerli olarak hüküm ifade etmesi ihtimalini arttıracaktır[360].

5. İspat Yükü

Sözleşmede belirtilen yükümlülüğü sözleşme cezası teşkil ettiği gerekçesiyle ifa etmekten kaçınan taraf, bu konudaki ispat yükünü taşıyacaktır. Bu husus, hem

[356] Cadogan Petroleum Holdings Ltd v Global Process Systems
[357] Akkayan Yıldırım, s. 394.
[358] *Uniform Commercial Code*, § 2-718(1).
[359] *Restatement (Second) of the Law of Contracts,* § 356(1)
[360] Halson, para. 2.46; Akkayan Yıldırım, s. 395.

yargı kararlarında hem de öğretide sıklıkla dile getirilmiştir[361]. Bununla birlikte *Furmston*, sözleşmede ilgili yükümlülüğü tanımlamak üzere ceza ifadesinin kullanıldığı durumlarda farklı bir değerlendirme yapılması ve ispat yükünün yer değiştirmesi gerektiği görüşündedir. Yazara göre bu durumda sözleşmedeki yükümlülüğün yerine getirilmesini isteyen taraf, ilgili yükümlülüğün sözleşme cezası teşkil etmeyip götürü tazminat niteliğinde olduğunu ispatlamalıdır[362].

C. Götürü Tazminat veya Sözleşme Cezası Nitelendirmesinin Sonuçları

Bir sözleşme hükmünün götürü tazminat anlaşması veya ceza koşulu olarak nitelendirilmesi, bu hükmün geçerli olarak hüküm ifade edip etmeyeceğini belirleyecektir. Götürü tazminat kayıtları geçerli olarak hüküm ifade ederken, ceza kayıtları bu kabiliyetten yoksundur. Temel durum bu olmakla birlikte, sözleşmeyi ihlal eden borçlunun ödemesi kararlaştırılan miktarın alacaklının ihlal neticesinde uğramış olduğu zarar miktarından az veya çok olması farklı ihtimallerin dikkate alınmasını gerektirebilir.

1. Götürü Tazminat Anlaşması Nitelendirmesinin Sonuçları

Bir sözleşme hükmü götürü tazminat kaydı olarak nitelendirildiği takdirde, geçerli olarak hüküm ifade eder. Borçlunun sözleşmeyi ihlal etmesine bağlı olarak tâbi tutulacağı sorumluluğun kapsamı, bu hüküm uyarınca belirlenir. Borçlu, götürü tazminat olarak kararlaştırılan miktarı alacaklıya ödemekle yükümlü tutulur. Alacaklının gerçekte uğramış olduğu zararın miktarının, borçlunun yükümlülüğü üzerinde herhangi bir etkisi yoktur[363]. Ne borçlu alacaklının gerçekte daha az zarara uğradığını iddia ederek götürü tazminattan daha azını ödemek suretiyle sorumluluktan kurtulabilir; ne de alacaklı gerçekte daha fazla zarara uğradığını iddia ederek borçlunun götürü tazminattan daha fazlasını ödemesini talep edebilir.

---

[361] Edelman, McGregor on Damages, para. 16-032; Worthington, Penalty Clauses, s. 379 dn. 57; Furmston, Cheshire, Fifoot and Furmston's Contract Law, s. 783. *Cavendish Square Holding BV v. Makdessi* ile *ParkingEye Ltd. v. Beavis*, [2016] A.C. 1172, para. 143. Ayrıca bkz. *Robophone Facilities Ltd. v. Blank*, [1966] 1 W.L.R. 1428, s. 1447; *Philips Hong Kong Ltd v. Attorney General of Hong Kong*, (1993) 9 Const. L.J. 202, s. 210; *Murray v. Leisureplay Plc*, [2005] EWCA Civ 963, para. 69; *General Trading Co (Holdings) Ltd v. Richmond Corp Ltd*, [2008] EWHC 1479 (Comm), para. 123.

[362] Furmston, Cheshire, Fifoot and Furmston's Contract Law, s. 783.

[363] Chen-Wishart, s. 564; McKendrick, Contract Law, s. 907.

Bu konuya ilişkin uyuşmazlıklarda, götürü tazminat kaydının kapsamına ve somut olaydaki talebin bu kapsama girip girmediğine dikkat edilmelidir. Sözleşmedeki götürü tazminat kaydının yalnızca belirli ihlaller ve zararlar bakımından uygulanacağının kararlaştırılmış olması mümkündür. Borçlu sözleşmeyi götürü tazminat kaydının kapsamına girmeyecek şekilde ihlal etmişse veya alacaklı götürü tazminat kaydının kapsamına girmeyecek bir zarara uğramışsa, kayıt hiç devreye girmeyecektir. Alacaklı uğramış olduğu zararın tazminini hiç böyle bir götürü tazminat kaydı yokmuşçasına olağan sözleşme hukuku kuralları çerçevesinde talep edebilecektir[364].

Götürü tazminat kayıtlarının kapsamının nasıl belirlendiğine ilişkin örnekleri, yolculuk çarteri sözleşmelerindeki sürastarya paraları *(demurrage)* bağlamında gözlemlemek mümkündür. *Aktieselskabet Reidar v. Arcos Ltd* kararı, böyle bir örnek teşkil etmektedir. Dava konusu çarter sözleşmesi, bu gibi sözleşmelerde sıklıkla rastlanan bir sürastarya parası düzenlemesi içermektedir. Bu düzenleme uyarınca taşıtan, yükleme veya boşaltmanın sözleşmedeki starya süresi içinde bitirilememesi halinde taşıyana sürastarya parası olarak belirlenmiş bedeli ödeyecektir. Somut olayda taşıtan, yüklemeyi sözleşmedeki starya süresi içerisinde bitirememiş ve taşıma kış dönemine sarkmıştır. Kış dönemi taşımalarına ilişkin mevzuat sebebiyle gemide çarter sözleşmesinde kararlaştırılmış olandan çok daha az yük taşınabilmiştir. Bunun sonucu olarak taşıyan da taşınamamış yük farkına karşılık gelen navlun bedelinden yoksun kalmıştır; zira sözleşme uyarınca navlun bedeli taşınan yük miktarına göre belirlenecektir. Taşıyan bu navlun bedeli farkından kaynaklanan zararının tazminini sürastarya parasına ek olarak talep etmiş; bu durum taraflar arasında uyuşmazlığa yol açmıştır. Mahkeme yapmış olduğu değerlendirmede, sürastarya parasının götürü tazminat teşkil ettiğini ortaya koymuştur. Ancak götürü tazminata ilişkin düzenlemenin, taşıyanın uğradığı zararın tümünü kapsamadığını tespit etmiştir. Düzenlemenin kapsamı, yüklemenin zamanında tamamlanmaması neticesinde geminin alıkoyulmasından ötürü uğranan zararla sınırlıdır. Oysa taşıyan bunun ötesinde başkaca bir zarara maruz kalmış olup, bu zararın tazminini olağan

[364] Edelman, McGregor on Damages, para. 16-024; Halson, para. 3.05.

sözleşme hukuku kuralları çerçevesinde götürü tazminata ek olarak ayrıca talep edilebilecektir[365].

Alacaklının gerçekte uğramış olduğu zararın miktarının götürü tazminat olarak kararlaştırılan miktara kıyasla fazla veya az olması beraberinde bazı özel sonuçlar getirebilir. Bu açıdan farklı ihtimallere göre detaylı bir inceleme yapılması yerinde olur.

a. Alacaklının Gerçekte Uğramış Olduğu Zarar Götürü Tazminattan Daha Az İse

Borçlunun sözleşmeyi ihlal etmesi üzerine alacaklının uğramış olduğu zararın götürü tazminattan daha az olması mümkündür. Bu durumda borçlunun yine de sözleşmede kararlaştırılan miktarın tamamını götürü tazminat olarak alacaklıya ödemesi gerekmektedir. Borçlunun daha azını ödemek suretiyle sözleşmesel sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. Görüldüğü üzere, alacaklı lehine bir durum söz konusudur. Zira borçlunun bu miktarı ödemekle yükümlü tutulması için alacaklının gerçekte zarara uğramasına yahut uğramış olduğu zararı ispat etmesine gerek yoktur[366]. Alacaklı uğramış olduğu zararı ispat edemese, hatta gerçekte hiç zarara uğramasa dahi borçlunun götürü tazminatı ifa etmesini talep edebilir. Keza alacaklının zararı azaltma külfetini yerine getirmemiş olması da götürü tazminat miktarının tamamının ödenmesi konusundaki talebini etkilemeyecektir[367].

b. Alacaklının Gerçekte Uğramış Olduğu Zarar Götürü Tazminattan Daha Fazla İse

Borçlunun sözleşmeyi ihlal etmesi üzerine alacaklının uğradığı zararın, götürü tazminattan daha fazla olması mümkündür. Bu durumda borçlunun sözleşmesel sorumluluktan kurtulmak bakımından sözleşmede kararlaştırılan götürü

[365] *Aktieselskabet Reidar v. Arcos Ltd,* [1927] 1 K.B. 352. Aynı doğrultuda bkz. *Total Transport Corp of Panama v Amoco Transport Co (The Altus),* [1985] 1 Lloyd's Rep. 423. Taşıyanın somut olayda uğramış olduğu zararın götürü tazminat kaydı teşkil eden sürastarya parası düzenlemesi kapsamında değerlendirildiği aksi doğrultuda bir örnek için bkz. *Suisse Atlantique Societe d'Armement SA v NV Rotterdamsche Kolen Centrale*, [1967] 1 A.C. 361.

[366] Edelman, McGregor on Damages, para. 16-022.

[367] *Abrahams v. Performing Right Society,* [1995] I.C.R. 1028; *MSC Mediterranean Shipping Co SA v. Cottonex Anstalt,* [2015] 1 C.L.C. 143; Edelman, McGregor on Damages, para. 16-022; Halson, para. 3.09.

tazminatı ödemesi yeterlidir[368]. Alacaklı götürü tazminatın ödenmesine ek olarak aşkın zararının olağan sözleşme hukuku kuralları çerçevesinde tazmin edilmesini talep edemez. Aynı şekilde götürü tazminat kaydı sözleşmede hiç yokmuşçasına zararının tamamının olağan sözleşme hukuku kuralları çerçevesinde tazmin edilmesini talep etmesi de mümkün değildir[369]. Görüldüğü üzere bu ihtimalde borçlu lehine bir durum söz konusu olmaktadır.

Götürü tazminat anlaşmasının varlığı, olağan bir tazminat talebini engellemekle birlikte; aynen ifa talebi bakımından böyle bir engel teşkil etmez. Alacaklı ilgili koşullar mevcut olduğu takdirde dilerse götürü tazminatın ödenmesini dilerse borcun borçlu tarafından aynen ifa edilmesini talep edebilecektir. Ancak alacaklının bu hukuki çarelerin ikisine birden kümülatif olarak başvurması çoğu zaman mümkün olmaz[370]. Hizmet sözleşmesinde yer alan rekabet etmeme yasağına aykırı davranan işçinin götürü tazminat ödedikten sonra borca uygun davranmaya zorlanamayacağı pek çok kararda ifade edilmiştir[371]. Bununla birlikte götürü tazminat anlaşması, borçlunun sözleşmeye aykırı davranışının sonuçlarını kısmen kapsayacak şekilde sınırlandırılmaya müsaitse farklı bir değerlendirme yapılması gerekebilir. Borçlunun bazı sınırlamalara uygun olarak satış yapmayı kabul ettiği ve bu sınırlamalara aykırı olarak sattığı her ürün başına belirli bir miktarda götürü tazminat ödemeyi üstlendiği sözleşmede, götürü tazminat ve aynen ifa birbirlerini dışlamaz. Alacaklı taraf, hâlihazırda satılmış ürünler için götürü tazminat ödenmesini ve borçlunun bundan sonraki aşamada sınırlamalara aykırı olarak satış yapmamaya zorlanmasını talep edebilir[372].

Kimi durumlarda borçlunun sözleşmeyi ihlal etmesi durumunda ödemesi öngörülen meblağın, taraflarca kasıtlı olarak alacaklının gerçekte uğrayabileceği zarardan daha düşük belirlenmiş olması mümkündür. Tarafların bu yönde yapacağı anlaşma, "eksik götürü tazminat" *(underliquidated damages)* kaydı olarak anılmaktadır[373]. Böyle bir sözleşme hükmünün niteliği, özellikle *Dunlop* kararındaki nitelik testi ışığında şüphelidir. Öncelikle tarafların kararlaştırmış oldukları miktar,

[368] Örnek kararlar için bkz. *Diestal v. Stevenson,* [1906] 2 K.B. 345; *Talley v. Wolsey-Neech,* (1979) 38 P. & C.R. 45; *Tullett Prebon Group Limited v. Ghaleb El-Hajjali,* [2008] EWHC 1924 (QB).
[369] Edelman, McGregor on Damages, para. 16-023; Halson, para. 3.05.
[370] Edelman, McGregor on Damages, para. 16-025; Halson, para. 3.07.
[371] Bu yönde kararlar için bkz. *Sainter v. Ferguson,* 41 E.R. 1275 (1849); *Carnes v. Nesbitt,* 158 E.R. 682 (1862); *General Accident Assurance Corp v. Noel,* [1902] 1 K.B. 377.
[372] Karar için bkz. *Imperial Tobacco Co v. Parslay,* [1936] 2 All E.R. 515.
[373] Halson, para. 3.10.

alacaklının uğrayabileceği zarara kıyasla aşırı ve fahiş olmak bir yana; bu zarardan oldukça azdır. Dolayısıyla sözleşmedeki hükmün borçlu bakımından bir ceza koşulu olduğunu iddia etmek mümkün görünmemektedir. Ancak diğer yandan alacaklının uğrayabileceği zarardan kasıtlı olarak daha düşük tutulmuş olan bir miktarın gerçekçi bir zarar tahmini teşkil ettiğini söylemek de mümkün değildir. Dolayısıyla bu hükmün gerçek anlamda bir götürü tazminat kaydı olup olmadığı tereddüt uyandırmaktadır[374]. Ancak mahkemeler bu tereddüdü bertaraf etmiş ve konuya pragmatik bir bakış açısıyla yaklaşmışlardır. Bu gibi hükümler, götürü tazminat kaydıymışçasına geçerli olarak hüküm ifade edeceklerdir.

Mahkemelerin yaklaşımını, Lordlar Kamarası'nın 1932 tarihli bir kararında gözlemlemek mümkündür. Karara konu olan sözleşme, üretim sürecinde buharlaşarak ziyan olan bir kimyasal maddenin geri kazanımını sağlayacak donanımın inşasına ilişkindir. Sözleşmede, teslimatta gecikilen her hafta için yüklenicinin iş sahibine 20 £ ödemesi kararlaştırılmıştır. Oysa teslimattaki gecikmenin iş sahibi nezdinde yol açacağı haftalık zararın 20 £'tan çok daha fazla olduğu her iki tarafın da bilgisi dâhilindedir. Nitekim yüklenicinin inşaatı otuz hafta geç bitirmesi üzerine iş sahibi, 5850 £ zarara uğramıştır. İş sahibi, gerçekçi bir zarar tahmini teşkil etmeyen hükmün ceza kaydı olarak nitelendirilmesi gerektiğini iddia etmiş ve olağan sözleşme hukuku kuralları çerçevesinde zararının tamamının tazmin edilmesini talep etmiştir. Lordlar Kamarası, bu talebi reddetmiştir. Sözleşmedeki kayıt, geçerli olarak hüküm ifade edecektir. Yüklenicinin sorumluluğu, teslimatta geciktiği her hafta için iş sahibine tam olarak 20 £ ödemekten ibarettir. İş sahibinin gerçekte uğradığı zarar 20 £'tan ister az ister çok olsun, sözleşmesel sorumluluk üzerinde herhangi bir etkisi yoktur[375]. Bu yaklaşımın, sonraki bir kararda da devam ettirildiğini görmek mümkündür[376].

Görüldüğü üzere mahkeme bu hükmü, bir yandan götürü tazminat anlaşmasının bir yandan sorumsuzluk anlaşmasının özelliklerini taşıyan melez bir kurum olarak değerlendirmiştir[377]. Burada saf bir götürü tazminat anlaşmasının bulunduğu söylenemez. Zira tarafların iradeleri samimi bir zarar tahmininde

[374] Edelman, McGregor on Damages, para. 16-099.
[375] *Cellulose Acetate Silk Co Ltd v Widnes Foundry (1925) Ltd,* [1933] A.C. 20.
[376] Örneğin bkz. *Suisse Atlantique Societe d'Armement SA v NV Rotterdamsche Kolen Centrale*, [1967] 1 A.C. 361.
[377] Burrows, Remedies, s. 448-449; Halson, para. 3.10.

bulunmaya değil; borçlunun sorumluluğunu sınırlamaya yönelmiştir. Diğer yandan burada saf bir sorumsuzluk anlaşmasının bulunduğu da söylenemez. Saf bir sorumsuzluk anlaşması mevcut olmuş olsaydı, alacaklının tazminat talebinde bulunabilmesi için gerçekten zarara uğramış olması ve bu zararını ispat etmesi gerekirdi. Zira sorumsuzluk kaydı sorumluluğun üst sınırını tespit eder, sorumluluğu götürü olarak belirlemez. Oysa burada alacaklı gerçekte hiç zarara uğramasa veya zarara uğramakla birlikte bunu ispat etmese dahi, sözleşmede belirtilen miktarın kendisine tazminat olarak ödenmesine hak kazanacaktır[378].

2. Ceza Koşulu Nitelendirmesinin Sonuçları

Mahkeme, sözleşmeyi ihlal eden borçlunun ifa etmesi öngörülen tali yükümlülüğü sözleşme cezası olarak nitelendirdiği takdirde tarafların iradesine müdahale etmek durumunda kalır. Teorik olarak bu müdahalenin gerçekleşebileceği iki yol düşünülebilir. İlk olarak ceza koşulunun tamamen geçersiz kabul edilmesi ve hiçbir hüküm ifade etmemesi tercih edilebilir. Bu durumda alacaklı uğramış olduğu zararın tazminini olağan sözleşme hukuku kuralları uyarınca talep edecektir. İkinci olarak ise ceza koşulunun tamamen geçersiz kabul edilmeyip alacaklının ihlal neticesinde uğradığı zararı aşmayacak ölçüde budanarak hüküm ifade etmesi tercih edilebilir. Bu durumda alacaklı sözleşme cezasının ifasını, ihlal neticesinde uğradığı zararı aşmadığını ispatladığı ölçüde talep edebilecektir. İki yol arasındaki fark, çoğunlukla teorik bir meseleden ibarettir. Özellikle sözleşmeyi ihlal eden borçlunun bir miktar para ödemesinin kararlaştırıldığı hâllerde hangi yolun seçildiğinin pratik açıdan herhangi bir önemi yoktur. Ancak *Jobson v. Johnson* davası gibi borçlunun bir miktar para ödemekten başka bir olumsuzluğa katlanmayı taahhüt ettiği hâllerde hangi yolun seçildiği pratikte farklılık yaratabilecektir[379].

Daha evvel incelenmiş olan *Jobson v. Johnson* davası, bir futbol kulübünün hisselerinin devrini öngören bir sözleşmeyi konu almaktadır. Taraflar arasındaki sözleşme uyarınca hisselerin alıcısı satış bedelini ödemediği takdirde hisseleri gerçek değerinden çok daha düşük bir bedel karşılığında tekrar satıcıya devretmek zorunda

[378] Sorumsuzluk anlaşmaları, içinde bulundukları sözleşmenin tacirler arasında olması durumunda *Unfair Contract Terms Act 1977*; tacir ve tüketici arasında olması durumunda ise *Consumer Rights Act 2015* uyarınca geçerlilik denetimine tâbi tutulmaktadır. Eksik götürü tazminat anlaşmalarının kısmen sorumsuzluk anlaşması özelliği taşıması, bu anlaşmaların da aynı denetime tâbi olup olmadığı konusunda şüphe uyandırmaktadır. Bu konuda detaylı bir değerlendirme için bkz. Halson, para. 3.14-3.17.

[379] Edelman, McGregor on Damages, para. 16-026.

kalacaktır. Mahkeme ilgili düzenlemenin ceza koşulu olduğunu tespit etmiş; ancak yine de bu düzenlemeyi geçersiz kabul ederek tamamen bertaraf etmemiştir. Hisselerin değeri satıcının uğradığı zararı aşmamak kaydıyla satıcının, hisselerin kendisine devredilmesini talep edebileceğine karar verilmiştir[380]. Görüldüğü üzere mahkeme, ceza koşulunun alacaklının zararını aşmayacak ölçüde hüküm ifade edebileceği sonucuna varmış; yani yukarıda ifade edilen ikinci yolu tercih etmiştir[381].

Bu yaklaşım, *Cavendish/ParkingEye* kararında Yüksek Mahkemenin eleştirilerine maruz kalmıştır. Yüksek Mahkemeye göre ceza kaydı olarak nitelendirilen bir sözleşme düzenlemesinin kısmen dahi olsa geçerli kabul edilme ve hüküm ifade etme imkânı bulunmamaktadır. Bu kayıtlar tamamen geçersizdir ve hiçbir hüküm ifade etmez[382]. Aynı kabul, literatürde de uzun süredir mevcuttur. Alacaklının uğramış olduğu zararın tazminini, sözleşmede hiçbir tali yükümlülük düzenlenmemiş gibi olağan sözleşme hukuku kuralları uyarınca talep etmesi gerekmektedir[383]. Sonuç olarak İngiliz hukukunda yukarıda ifade edilen birinci yolun tercih edildiği, en azından *Cavendish/ParkingEye* kararından sonra tartışmasız olarak söylenebilir[384].

Söz konusu tespit alacaklının ihlal neticesinde uğradığı zararın, sözleşme cezası olarak nitelendirilen yükümlülükten daha fazla olduğu ihtimalde ilginç bir soruyu gündeme getirecektir. Örneğin borçlunun sözleşmeyi ihlal etmesi üzerine

---

[380] *Jobson v. Johnson,* [1989] 1 W.L.R. 1026.

[381] Tony Downes, "Rethinking Penalty Clauses", Peter Birks (ed.), Wrongs and Remedies in the Twenty-First Century, Oxford University Press 1996, s. 253.

[382] Kararda, ceza kayıtlarının hiçbir şekilde geçerli olarak hüküm ifade edemeyeceğini belirtmek üzere *"unenforceability"* kavramının yanı sıra; *"voidness/invalidity"* kavramından da istifade edilmiştir. Aslında teknik olarak farklı anlamlara gelen bu kavramların birlikte kullanılmış olmaları, karışıklık yaratmaya müsait gibi görünebilir. İskoçya Hukuk Komisyonu da bu konuya dikkate çekmiştir. *Scottish Law Commission,* Report on Penalty Clauses, No. 171, 1999, para. 20.33. Ancak kanaatimizce *Cavendish/ParkingEye* kararında *Jobson v. Johnson* kararına yöneltilmiş olan sert eleştiriler, Yüksek Mahkemenin tavrını net bir şekilde göstermektedir.

[383] Pek çok yazar *Cavendish/ParkingEye* kararı öncesi ve sonrası ayrımı yapmaksızın bu tespiti kabul etmektedir. Örneğin bkz. Burrows, Remedies, s. 441; Chen-Wishart, s. 564; McKendrick, Contract Law, s. 907. *Worthington,* bir sözleşme hükmünün ceza kaydı olarak nitelendirmesinin sonuçlarının *Cavendish/ParkingEye* kararı ile değiştiği; önceki yaklaşımın *Jobson v. Johnson* kararındaki gibi olduğu görüşündedir. Bkz. Worthington, Penalty Clauses, s. 387. *Summers,* ceza kaydı nitelendirmesinin sonuçlarına ilişkin olarak önceki dönemde çelişkili kararlar bulunduğunu ve net bir kuralın mevcut olmadığını; durumun *Cavendish/ParkingEye* kararı ile netleştiğini belirtmektedir. Bkz. Summers, s. 117-118.

[384] Avustralya hukukunda ise *Andrews v. Australia and New Zealand Banking Group Ltd* ([2012] HCA 30) ve Paciocco kararlarıyla birlikte, farklı bir yaklaşım benimsenmiştir. Eğer ilgili hüküm *common law* uyarınca sözleşme cezası teşkil ediyorsa tamamen geçersiz kabul edilir. Buna karşılık ilgili hüküm *common law*'un yanı sıra varlığını sürdüren *equity* uyarınca sözleşme cezası olarak nitelendirilirse, alacaklının uğradığı zararı aşmadığı ölçüde hüküm ifade edecektir. Bu konuda bkz. Carter / Courtney / Peden / Stewart / Tolhurst, s. 114-117; Worthington, Death of Penalties, s. 150.

alacaklının 150 £ zarara uğradığını; sözleşmede ihlal üzerine ödenmesi öngörülen 100 £'un ise sözleşme cezası teşkil ettiğini varsayalım. Böyle bir durumda alacaklı tarafın sözleşmedeki düzenlemeyi ceza koşulu olduğunu iddia etmek suretiyle bertaraf etmesi ve gerçekte uğramış olduğu zararın tamamının tazminini olağan sözleşme hukuku kuralları uyarınca talep etmesi mümkün müdür?

Aslında alacaklı gerçekte daha fazla zarara uğramışken sözleşmedeki yükümlülüğün sözleşme cezası olarak nitelendirilmesi pek sık karşılaşılan bir durum değildir. Sezgisel olarak düşünüldüğünde, alacaklının uğradığı zararı aşmayan yükümlülüklerin ceza olarak nitelendirilmesi mümkün gözükmemektedir. Ancak İngiliz hukuku uyarınca nitelik testi, sözleşmenin kurulduğu andaki koşulların esas alınması suretiyle gerçekleştirilir. Sözleşmenin kurulduğu andaki koşullara göre alacaklının meşru sözleşmesel menfaatine kıyasla aşırı olan bir yükümlülük, sonradan gelişen olaylar neticesinde alacaklının uğradığı zararı karşılamak konusunda yetersiz kalabilir[385]. Özellikle borçlunun ihlal edebileceği farklı yükümlülüklere ilişkin olarak torba bir düzenlemenin kaleme alındığı ve tek bir miktarın ödenmesinin kararlaştırıldığı hâllerde, böyle bir durum söz konusu olabilir. İhlal edilebilecek önemsiz yükümlülüklerden biri ile olan ilişkisi bakımından aşırı olduğu tespit edilen ve sözleşme cezası olarak nitelendirilen yükümlülük, gerçekte çok daha önemli bir yükümlülüğün ihlal edilmesi sebebiyle alacaklının uğradığı zararı telafi edemeyecektir[386].

Böyle bir durumda alacaklı taraf sözleşmedeki düzenlemeyi ceza kaydı olduğunu iddia etmek suretiyle bertaraf etmeye ve zararının tamamını tazmin etmeye çalışacaktır. Ancak alacaklının böyle bir imkâna sahip olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Yargı kararlarında pozitif hukuk olarak ifade edilen kurallar bakımından bir netlik bulunmadığı gibi; öğretide de farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Tarafların kararlaştırdıkları cezanın alacaklının tazminat talebi bakımından bir üst sınır teşkil etmediği ve alacaklının böyle bir ceza koşulu yokmuşçasına olağan sözleşme hukuku kuralları çerçevesinde zararının tamamının tazminini talep edebileceği, çarter partileri konu alan eski tarihli bazı yargı kararlarında belirtilmiştir[387]. Bu konuda özellikle yine bir çarter partiyi konu alan *Wall v. Rederi*

[385] Halson, para. 3.25.
[386] Burrows, Remedies, s. 447; Edelman, McGregor on Damages, para. ??.
[387] *Winter v. Trimmer,* 96 E.R. 225 (1762); *Harrison v Wright,* 104 E.R. 402 (1811).

AB Luggude kararı referans gösterilmektedir. Sözleşmede ceza olarak kararlaştırılan miktar 1.125 £ olmasına rağmen mahkeme, alacaklının talebi doğrultusunda uğramış olduğu 3.000 £'luk zararın tamamının tazminine karar vermiştir[388]. Tüm bu kararları değerlendiren *Edelman,* alacaklının uğramış olduğu zararın tamamının tazminini sözleşme cezası ile sınırlı olmaksızın talep edebileceğini savunmaktadır[389].

Buna karşılık bazı yazarlar, yukarıda belirtilen kararların bir hukuk kuralının varlığının kabulü için yeterli otoriteyi sağladığı konusunda şüphelidir. Bu kararlarda ya sözleşmedeki hüküm hatalı olarak ceza kaydı olarak değerlendirilmiş ve yanlış bir temelden hareket edilmiştir ya da konu derinlemesine tartışılmamıştır[390]. Kaldı ki bu kararlar, alt derece mahkemeleri tarafından verilmiştir. İstinaf Mahkemesi ve Lordlar Kamarasının kararlarına bakıldığında mahkemelerin farklı bir duruş sergiledikleri görülmektedir. *Cellulose Acetate Silk Co Ltd v. Widnes Foundry Ltd* kararında Lordlar Kamarası, bu soruya değinmiştir. Ancak herhangi bir yanıt vermekten bilinçli olarak kaçınarak konuyu tartışmaya açık bırakmıştır[391]. Keza *Robophone Facilities Ltd v Blank* kararında İstinaf Mahkemesi, yine bu sorudan bahsetmiş; ancak bu konuya dair mahkeme kararlarında farklı yönde görüşlerin ileri sürüldüğünü ve net bir kuralın bulunduğunu söylemenin mümkün olmadığını belirtmekle yetinmiştir[392]. Gerçekten de eski tarihli bazı mahkeme kararlarında, alacaklının sözleşmede belirlenmiş olan cezayı aşacak bir tazminat talebinde bulunamayacağı belirtilmiştir[393].

İçtihatta herhangi bir açık kuralın bulunmadığı görüşünde olan *Burrows,* konuyu olması gereken hukuk açısından ele almış ve alacaklının sözleşme cezasını aşacak şekilde zararının tazminini talep etmesine izin verilmemesi gerektiğini savunmuştur. Yazara göre sözleşme cezası doktrini, sözleşme serbestisi ilkesinden ayrılmayı gerektiren istisnai bir hukuki kurumdur ve bu hukuki kurumun varlık amacı borçlu aleyhine mevcut adaletsizliği ortadan kaldırmaktır. Somut olayda

[388] *Wall v. Rederi AB Luggude,* [1915] 3 K.B. 66. Yakın tarihli bir kararda da

[389] Edelman, McGregor on Damages, para. 16-027. Ayrıca oldukça yakın tarihli bir kararda mahkeme, sözleşmedeki düzenlemeyi götürü tazminat olarak nitelendirmiş ve uyuşmazlığı buna göre çözmüş olmasına rağmen; sözleşme cezasının alacaklının tazminat talebini sınırlamayacağını *obiter dicta* olarak ifade etmiştir. Bkz. *Steria Ltd v. Sigma Wireless Communications Ltd,* [2007] 11 WLUK 393.

[390] Burrows, Remedies, s. 447; Halson, para. 3.27.

[391] *Cellulose Acetate Silk Co Ltd v. Widnes Foundry Ltd,* [1933] A.C. 20, s. 26.

[392] *Robophone Facilities Ltd v. Blank,* [1966] 1 W.L.R. 1428, s. 1446.

[393] Bkz. *Wilbeam v. Ashton,* 170 E.R. 883 (1807), s. 78; *Lord Elphinstone v. Monkland Iron & Coal Co Ltd,* (1886) 11 App. Cas. 332, s. 346.

borçlu aleyhine adaletsizlik yaratan herhangi bir durum söz konusu değilse bu istisnai hukuki kurumu devreye sokmaya ve sözleşme serbestisi ilkesinden ayrılmaya hiç gerek olmayacaktır[394]. Kaldı ki sözleşmedeki hükmün götürü tazminat kaydı olarak nitelendirildiği durumda alacaklı, gerçek zararı daha fazla olsa dahi sözleşmede belirtilen miktar ile yetinmek zorunda kalmaktadır. Götürü tazminat açısından durum böyleyken, sözleşme cezasının mevcut olduğu durumda alacaklının daha lehine bir durum yaratılması çelişkili olacaktır[395]. Üçüncü olarak böyle durumlarda ceza koşulunun bertaraf edilmesine ve alacaklının gerçek zararını tazmin edebilmesine olanak sağlamak, sözleşmeye ceza koşulu eklenmesi konusunda alacaklıları teşvik edecektir[396].

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, bu endişelerin Kanada'da yankı bulduğu görülecektir. Kanada Yüksek Mahkemesi, sözleşme cezasının alacaklının tazminat talebinin üst sınırını teşkil ettiğine karar vermiştir. Sözleşmeyi ihlal eden borçlunun ödemesi kararlaştırılan miktar ister götürü tazminat ister sözleşme cezası olarak nitelendirilsin, alacaklı bu miktarı aşan zararının tazminini talep edemeyecektir[397].

IV. Genel Değerlendirme

İngiliz hukukunun ceza koşuluna yaklaşımına ilişkin yukarıdaki incelememiz, karşılaştırmalı hukukun bize ceza koşulu hakkında ne öğretebileceğine dair bazı değerlendirmeler yapmaya olanak tanımıştır. Yukarıda da yeri geldikçe değindimiz bu değerlendirmeleri, bir araya getirelim:

1. Her şeyden evvel yukarıda yaptığımız değerlendirme, ceza koşulu üzerinde belirli bir yargısal denetim icra edilmesi fikrinin Kıta Avrupası hukuk geleneğine özgü olmadığını ve farklı hukuk geleneklerinde de benimsenen ortak bir değer teşkil ettiğini ortaya koymuştur. Anglo-Amerikan hukuk geleneğini temsilen İngiliz hukuku ve Kıta Avrupası hukuk geleneğini temsilen İsviçre-Türk hukuku, ceza koşulu üzerinde yargısal bir denetim icra etme fikri üzerinde uzlaşmaktadır.

Sözleşme serbestisi gibi köşe taşı bir ilkeyi bile baskılamayı başarmış bu uzlaşma, söz konusu ***yargısal denetimin vazgeçilmezliğini*** ortaya koymaktadır.

[394] Burrows, Remedies, s. 447-448.
[395] Hudson, Penalties Limiting Damages, 1974 90 LQR 31; 1975 91 LQR 25; 1985 101 LQR 480.
[396] Burrows, Remedies, s. 448.
[397] Bkz. *J.G. Collins Insurance Agencies Ltd. v. Elsley,* 1978 CarswellOnt 1235, para. 47-48.

Nitekim çalışmamızda vurgulamaya çalıştığımız üzere sözleşme serbestisi ilkesinin temelinde yatan varsayım, sosyal ve psikolojik gerçekler ile örtüşmemektedir[398]. Sözleşme serbestisi ilkesi, birbirleriyle sözleşme ilişkisi içine giren kişilerden karşılıklı menfaatleri doğrultusunda kendi faydalarını maksimize eden bir denge kuracaklarını varsaymaktadır. Nitekim hâkimi de bu "kutsal" dengeye müdahale etmekten alıkoyan, tarafların kendi faydalarını maksimize edecek şekilde kurmuş oldukları bir düzenin işleyişine çomak sokmama kaygısıdır. Oysa sözleşmenin tarafların faydalarını maksimize edeceği varsayımı, temel olarak iki sorun nedeniyle gerçekçi değildir. İlk sorun, taraflardan birinin, kendi faydasını maksimize edecek kararları, karşı tarafın baskınlığı sebebiyle uygulamaya koyamaması ihtimalidir. Zira gerçekte heterojen toplum yapısının kristalleştiği ayrıcalıklara sahip taraf, üstün konumunun yarattığı müzakere gücünden istifade etmekte ve kendi iradesini karşı tarafa kısmen/tamamen dayatmaktadır. Bu sorunun ceza koşulu bağlamındaki tezahürü, alacaklının müzakere gücü karşısında zayıf kalan borçlunun, karşı edime duyduğu ihtiyaç nedeniyle aslında bağlanmak istemediği bir ceza koşulu ile bağlanmak durumunda kalmasıdır. İkinci sorun, sözleşme ilişkisi içine giren tarafların, kimi zaman kendi faydalarını maksimize edecek kararları, kendi karar alma süreçlerini etkileyen içkin sebeplerden ötürü verememesi ihtimalidir. Zira insanlar karar alma süreçlerinde sınırlı bir rasyonalite, sınırlı bir irade gücü ve sınırlı bir çıkarcılık ile hareket etmektedir. Ceza koşulu kararlaştırılmasına ilişkin borçlunun karar verme süreci bakımından devreye giren iyimserlik yönelimi de borçluyu, kendi menfaatini büyük ölçüde göz ardı eden bir sözleşme cezası kararlaştırmaya itebilir. Sözleşmeyi akdettiği anda borcunu ifa edeceği düşüncesini taşıyan borçlu ihlal ihtimalini azımsayacak ve nasıl olsa sözleşme cezası ödemek zorunda kalmayacağı düşüncesiyle ceza koşulu kararlaştırma kararını rasyonel bir süzgeçten geçirmeyecektir.

2. Ceza koşulu üzerinde yargısal bir denetim icra etmek, ne kadar farklı temellere dayanırlarsa dayansınlar tüm hukuk sistemleri açısından vazgeçilmez bir ilke olarak kabul görmüştür. Ancak yukarıda yaptığımız değerlendirmenin ortaya koyduğu üzere, bu ***yargısal denetimin nasıl icra edileceği konusunda farklı anlayışlar*** mevcuttur. Nitekim Kıta Avrupası hukuk geleneğini temsil eden İsviçre-Türk hukukunda bu yargısal denetim, borçluyu ifa konusunda zorlayacak ceza

[398] Bu konuda bkz. *"Dördüncü Bölüm / V. / A. Sözleşme Cezası Üzerindeki Yargısal Denetimin Tarihsel Gelişimi ve Kıta Avrupası Hukukuna Genel Bakış".*

koşullarının kural olarak geçerli kabul edilmesi; fakat alacaklının korunmaya değer menfaatini aşan sözleşme cezalarının indirilmesi biçiminde kendisini göstermiştir. Buna karşılık yargısal denetimin Anglo-Amerikan hukuk çevresindeki görünümü, kökeni on altıncı yüzyıla kadar uzanan bir hukuk politikasının sonucu olan sözleşme cezası doktrinidir. Sözleşme cezası doktrini uyarınca, gerçekçi bir zarar tahmini teşkil etmeyen ve borçluyu ifa konusunda zorlayacak ceza koşulları tamamen geçersiz kabul edilmiştir.

Borçluyu taahhüt etmiş olduğu bir edimin ifası konusunda ceza koşulu vasıtasıyla zorlamanın yerinde bir hukuk politikası tercihi olup olmadığı sorunu, çalışmamızda ele alınmıştır. Bu çerçevede yaptığımız değerlendirme çeşitli açılardan sınırlı olsa dahi, taraflara böyle bir olanak tanınmasının normatif olarak yerinde olduğu kanaatine varmış bulunuyoruz. Ancak ihlalden sonraki aşamada devreye girebilen bir hukuki çare olan aynen ifa, alacaklının ifa menfaatini korumakta yetersiz kalabilmektedir. *Mattei*'nin ihmalkâr baba örneğini hatırlayalım. Bu örnekte alacaklının menfaatinin, borç bir kere ihlal edildikten sonra aynen ifa yaptırımıyla giderilmesi mümkün değildir. Buna karşılık ceza koşulu borçlunun borcunu ifa edip etmeme konusundaki kararına yön vermek suretiyle etkisini ihlal gerçekleşmeden önceki aşamada göstermekte; alacaklının sorununu daha doğmadan çözmektedir. Bu itibarla ceza koşulu, alacaklının ifa menfaatinin tam anlamıyla korunabilmesi için zorunlu olarak ihtiyaç duyulan bir kaldıraçtır.

Anglo-Amerikan hukuk çevresinde hâkim olan sözleşme cezası doktrininin (*Dunlop* kararında kabul gördüğü klasik hâliyle), gereğinden çok daha sert bir denetim uyguladığı kanaatindeyiz. Bu durumun İngiliz mahkemeleri nezdinde de rahatsızlık yarattığı, yukarıda yer verilen pek çok kararda açıkça ifade edilmiştir. Fakat İngiliz hukukunun içtihat hukukuna dayalı yapısı gereği yüzlerce yıllık bir doktrinin tamamen alaşağı edilmesi ve borçluyu ifaya zorlayan anlaşmaların açıkça ceza koşulu olarak nitelendirilerek geçerli kabul edilmesi mümkün olmamıştır. Bu durum İngiliz mahkemelerini, doktrinin uygulama alanını daraltmak ve geçersizlik testini yumuşatmak suretiyle dolaylı çözümler yaratmaya itmiştir. Bu dolaylı çözümlerin, İsviçre-Türk hukukundaki ceza koşullarını açıkça geçerli kabul eden anlayışa kıyasla dezavantajlar barındırdığını düşünmekteyiz.

İlk olarak, sözleşme cezası doktrininin uygulama alanının nasıl daraltıldığını hatırlayalım. Bir yükümlülüğün sözleşme cezası doktrininin nitelik testine tâbi olması için, borçlunun bu yükümlülüğü alacaklıya karşı olan başka bir borcunu ihlal etmesi durumunda ifa edeceğinin öngörülmüş olması gerekmektedir. Borç ihlali teşkil etmeyen olguların gerçekleşmesi neticesinde doğacak yükümlülükler, sözleşme cezası doktrinine hiç tâbi tutulmaksızın geçerli kabul edilmektedir[399]. Kanaatimizce bu durum, ceza koşulu üzerindeki yargısal denetimin gereğinden daha sert olmasının, yargısal denetimin kimi durumlarda hiç yapılamamasına neden olduğunun açık bir göstergesidir. Sözleşme cezası doktrininin öngördüğü topyekûn geçersizlik yaptırımının ağırlığı karşısında mahkemeler, doktrininin uygulama alanını daraltma eğiliminde olmuştur. Böyle olunca aslında borçluyu ceza koşulları karşısında korumayı amaçlayan doktrin, kimi zaman hiç devreye girememekte; amacını yerine getirememektedir. Oysa İsviçre-Türk hukukundaki gibi daha esnek bir yargısal denetim mekanizması çerçevesinde, ceza koşuluna ilişkin hükümlerin uygulama alanının ihtiyaç duyulduğu ölçüde genişletilmesinden imtina edilmesine gerek kalmaz. Nitekim İsviçre-Türk hukukunda, bir borç olarak taahhüt edilmiş olmayan davranışların gerçekleştirilmesi durumunda ifa edilmesi öngörülen ceza mahiyetindeki edimler bakımından duyulan yargısal denetim ihtiyacının, ceza koşuluna ilişkin hükümlerin gerçek olmayan ceza koşulu bağlamında kıyasen uygulanması suretiyle çözülmesi önerilmektedir.

İkinci olarak *Cavendish/ParkingEye* kararıyla birlikte geçersizlik testinin nasıl yumuşatıldığına bakalım. Karara göre gerçekçi zarar tahmininin ötesine geçen bir yükümlülük öngören ve borçluyu ifaya zorlayan anlaşmalar, alacaklının ifa konusundaki meşru menfaatini korumayı amaçlıyor ve borçluya bu amaca kıyasla aşırı olmayacak bir olumsuzluk yüklüyorsa geçerli olarak hüküm ifade edecektir[400]. Bu karar bağlamında, *Dunlop*'ta belirtilenden daha farklı ve esnek bir kural benimsenmiştir. Borçluya yüklenmiş yükümlülüğün "zararın gerçekçi bir tahminini yansıtmaması" veya "borçluyu ihlalden caydırma amacı taşıması", sözleşme cezası olarak nitelendirileceği anlamına gelmez. Bir yükümlülük gerçekçi bir zarar tahminini yansıtmasa ve borçlu ihlalden caydırma amacı taşısa dahi, alacaklının ifa konusundaki meşru menfaatini korumayı amaçlıyor ve borçluya bu amaca kıyasla

[399] Bu konuda bkz. *"Beşinci Bölüm / III. / A. Ön Değerlendirme: İlgili Hüküm Sözleşme Cezası Doktrininin Nitelik Testine Tâbi Tutulacak mı?"*

[400] Bu konuda bkz. *"Beşinci Bölüm / III. / B. Sözleşme Cezası Doktrininin Nitelik Testi Işığında Götürü Tazminat ile Sözleşme Cezası Ayrımı"*.

aşırı olmayacak bir olumsuzluk yüklüyorsa geçerli olarak hüküm ifade edecektir. Böylelikle ceza koşulundan borçluyu ifaya zorlama amacıyla istifade etmek, en azından İngiliz hukuku bakımından bir ölçüde mümkün hâle gelmiştir.

Bu itibarla İngiliz hukuku, Anglo-Amerikan hukuk geleneğinden uzaklaşmış; Kıta Avrupası geleneğine yaklaşmıştır. Borçluyu taahhüt etmiş olduğu bir edimin ifası konusunda ceza koşulu vasıtasıyla zorlamanın yerinde bir hukuk politikası tercihi olduğu düşünülecek olursa, bu gelişme olumludur. Fakat burada sorunlu olan nokta, mahkemenin daha evvel geçersiz kabul edilmekte iken *Cavendish/ParkingEye* sonrası geçerli kabul edilecek anlaşmalara ilişkin yaptığı hukuki nitelendirmedir. Esasen bu anlaşmalar, alacaklının ihlal neticesinde uğrayacağı öngörülen zararı aşan ve böylelikle borçluyu ifaya zorlamayı amaçlayan bir yükümlülük öngörüyor olması itibarıyla özünde ceza koşulu teşkil etmektedir. Fakat kararı veren mahkeme, yüzlerce yıllık sözleşme cezası doktrinini açıkça yerle yeksan etmekten kaçındığı için, bu anlaşmaları götürü tazminat çatısı altına dâhil etmek durumunda kalmıştır. Mahkemenin bulduğu bu dolaylı çözüm, vardığı sonuç itibarıyla isabetli olsa dahi; ceza koşulu ile götürü tazminat anlaşması arasındaki kavramsal ayrımı yanlış yansıttığı için isabetsizdir.

3. *Cavendish/ParkingEye* kararı ceza koşulu ile götürü tazminat anlaşması arasındaki kavramsal ayrımı yanlış yansıtsa dahi, ceza koşulu üzerindeki yargısal denetimin nasıl icra edileceğine ilişkin olarak *Cavendish/ParkingEye* sonrası güncel İngiliz ve İsviçre-Türk hukukları arasında önemli bir ***paralellik*** kurmak mümkündür. Bu paralellik, bir hukuk sistemindeki sorun için diğer hukuk sisteminden esinlenen bir çözüm üretilmesini mümkün kılmaktadır. Yine de salt belirli bir noktaya odaklanan ve sistemin bütününü göz ardı eden bir değerlendirmeden hareketle çözüm önerisi sunmanın hatalı sonuç verebileceği unutulmamalıdır.

a. Öncelikle güncel İngiliz ile İsviçre-Türk hukuku arasında nasıl bir paralellik kurulabileceğini açıklayalım. **(i)** İsviçre-Türk hukukunda algılandığı hâliyle ceza koşulu ile götürü tazminat anlaşması kavramları arasındaki sınırın, İngiliz hukukunda *Dunlop* kararıyla çizildiği söylenebilir. Dolayısıyla *Dunlop* kararında benimsenmiş kriterler ve bu kriterleri uygulamaya koyan diğer kararlar, İsviçre-Türk hukukundaki ceza koşulu ile götürü tazminat anlaşması ayrımına ilişkin yol gösterici olabilir. **(ii)** İsviçre-Türk hukukunda algılandığı hâliyle bir sözleşme

cezasının aşırı sayılacağı ve indirileceği ölçünün, İngiliz hukukunda *Cavendish/ParkingEye* kararıyla gösterildiği söylenebilir. Buna göre İsviçre-Türk hukuku uyarınca sözleşme cezasının hangi andan itibaren aşırı sayılacağı ve indirime tâbi tutulacağı konusunda, *Cavendish/ParkingEye* kararında benimsenmiş kriterler ve bu kriterleri uygulamaya koyan diğer kararlar yol gösterici olabilir.

b. Bununla birlikte, belirli bir hukuk sistemindeki somut bir sorunun çözümü konusunda karşılaştırmalı hukuktan esinlenen bir çözüm üretmenin çok dikkat gerektiren bir süreç olduğu unutulmamalıdır. Bu çerçevede söz konusu çözümün esin kaynağı olan hukuk kuralının tek başına dikkate alınması hatalı sonuç verebilir. O hukuk kuralının ilişkin olduğu kavramın genelinin ve diğer kavramlarla olan ilişkisinin de dikkate alınması zorunludur.

Bu konuda örnek olarak, götürü tazminat anlaşması ile ilgili bir soruna değinmek istiyoruz. İsviçre-Türk hukuku uyarınca, ihlal neticesinde ortaya çıkan gerçek zarar miktarının götürü tazminattan farklılaşması durumunda ilgili tarafın bunu ispat ederek kararlaştırılan götürü tazminat sorumluluğunu değiştirme imkânına sahip olup olmadığı, götürü tazminat anlaşmasının türüne göre belirlenir. Taraflar götürü tazminat anlaşmasının türünü, serbestçe belirleyebilir. Ancak taraflar bu konuda özel bir anlaşma yapmamışlarsa hâkimin nasıl hareket etmesi gerektiği tartışmalıdır. Bazı yazarlar, götürü tazminat anlaşmasının taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça mutlak karakter taşıdığını; yani tarafların gerçek zararın götürü tazminat miktarından farklı olduğunu ispat ederek sorumluluğun kapsamında değişiklik yapmalarının mümkün olmadığını savunmaktadır. Borçlu gerçek zararın götürü tazminat miktarından daha az olduğunu ispat ederek sorumluluğun kapsamını daraltamaz; alacaklı gerçek zararın götürü tazminat miktarından daha fazla olduğunu ispat ederek sorumluluğun kapsamını genişletemez. Bu görüşteki yazarların diğer gerekçelerinin yanı sıra ek bir gerekçe olarak karşılaştırmalı hukuk verilerini de ileri sürdükleri görülmüştür. Nitekim İngiliz hukukundaki kural bu yöndedir. Yukarıda incelemiş olduğumuz üzere borçlunun götürü tazminat anlaşmasından doğan sorumluluğunu yerine getirebilmesi için, götürü tazminat miktarını ödemesi gerekli ve yeterlidir. Borçlu gerçekte zararın daha az olduğunu ispat ederek götürü tazminat olarak kararlaştırılan miktardan daha azını ödeyemez. Alacaklı da gerçekte zararın daha az olduğunu ispat ederek götürü tazminat olarak kararlaştırılan miktardan daha fazlasını talep edemez.

Kanaatimizce bu konuda İngiliz hukukunda öngörülmüş olan çözümün İsviçre-Türk hukukuna taşınabilmesi mümkün değildir. Aksi bir yaklaşım, konuya ilişkin ceza koşulu kurallarını göz ardı etmiş ve bir tutarsızlık meydana getirmiş olur. Şöyle ki İngiliz hukuku uyarınca, taraflarca ihlal durumunda ödenmesi kararlaştırılan meblağ ceza koşulu olarak nitelendirildiği takdirde, alacaklının sözleşme cezasını aşacak zararının tazminini talep etmesine izin verilmemektedir. Durum böyleyken kararlaştırılan meblağı aşan bir tazminat talebine götürü tazminat anlaşması bağlamında da geçit verilmemesi de mantıklı görünmektedir. Sistem kendi içerisinde tutarlı olacak şekilde tasarlanmıştır. Oysa Türk hukukunda sözleşme cezasını aşan bir zarara uğrayan ve bu durumu ispat eden alacaklı, aksi kararlaştırılmadıkça, bu zararın tazminini talep edebilir. Kararlaştırılan meblağ, ceza koşulu bakımından dahi mutlak bir üst sınır teşkil etmezken, götürü tazminat anlaşması bakımından böyle mutlak bir üst sınırın mevcut olacağını ifade etmek kanaatimizce tutarsızlık yaratacaktır.

SONUÇ

1. Ceza koşulu, borçlunun, borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi durumunda ceza mahiyetinde bir edim ifa etmeyi veya başkaca bir hukuki olumsuzluğa katlanmayı taahhüt etmesi konusunda alacaklı ile borçlunun anlaşmalarıdır. Borçlunun ifa edeceği edimi veya katlanacağı hukuki olumsuzluğu ceza mahiyetinde kılan, alacaklının ihlal durumunda uğrayacağı öngörülen zarardan ve dolayısıyla hâkimin ihlalin yaptırımı olarak hükmedeceği öngörülen tazminattan daha yüksek olmasıdır.

2. Ceza koşulu, Roma hukukunda ifası dava edilebilir geçerli bir borç ilişkisine konu edilmesi mümkün olmayan taahhütlerin ifasını dolaylı olarak sağlamaya yönelik bir baskı aracı olarak ortaya çıkmıştır. Ancak zaman içerisinde borçlar hukukuna hâkim olan sözleşme serbestisi uyarınca, hukuka ve ahlaka aykırı olmayan her tür taahhüdün ifası dava edilebilir geçerli bir borç ilişkisine konu edilmesi mümkün hâle gelmiştir. Bu durum ceza koşulunun da evrilmesine neden olmuştur. Günümüzde ceza koşulu, geçerli bir borç ilişkisinin konusunu teşkil eden ve ifasını dava etmenin mümkün olduğu taahhütlere ilişkin olarak kararlaştırılmaktadır.

3. Bu itibarla ceza koşulunun ön plana çıkan iki işlevinin bulunduğu tespit edilebilir. Ceza koşulunun asli işlevi, borçluyu asıl borcun ifası konusunda zorlamaktır. Borçlu açısından olası bir ihlalin maliyetini yükselterek henüz ihlal öncesi aşamada devreye girmekte ve borçluyu ifaya güdülemektedir. Zira ihlalin maliyetini ifada bulunmanın maliyetine kıyasla daha fazla olacak kadar yükselten ceza koşulu karşısında rasyonel bir borçludan beklenen, borcu ifa etmektir. Böylelikle ceza koşulu aynen ifa yaptırımının yetersiz kaldığı bir boşluğu doldurmakta ve ifa menfaatini daha güçlü bir şekilde korumaktadır. Öte yandan asıl borç her nasılsa ihlal edilecek olursa ceza koşulu ikincil işlevi ile devreye girecek ve alacaklının ihlale bağlı olarak uğrayacağı zararı giderecektir. Olağan sözleşme hukuku kuralları çoğu zaman alacaklının gerçekte uğramış olduğu zararın sadece bir kısmının telafi edilmesine imkân tanır. Oysa ceza koşulu bağlamında borcunu ihlal eden borçlu, alacaklının uğradığı zarardan bağımsız olarak sözleşme cezasının tamamını ifa etmekle sorumlu tutulur. Böylelikle tarafların aralarında kararlaştıracakları ceza koşulu, olağan sözleşme hukuku kuralları uyarınca telafi

edilemeyecek olan kayıplar da dâhil olmak üzere alacaklının uğrayabileceği zararın sözleşme cezası miktarına isabet eden kısmının ispata gerek olmaksızın kolaylıkla telafi edilmesini sağlayabilecektir. Bu iki işlevden özellikle ilki, ceza koşuluna karakterini verir; olmazsa olmaz nitelik taşır.

4. Ceza koşulu kavramı, üç unsurdan oluşmaktadır: asıl borç, sözleşme cezası ve dar anlamda ceza koşulu (ceza koşulu anlaşması).

Asıl borç, borçlu ile alacaklının, hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumuna ilişkin olarak bir sözleşme cezası kararlaştırmak suretiyle borçluyu ifa etmeye zorladıkları edimdir. Ceza koşulu ile borçlunun ifa etmeye zorlandığı asıl borç, çoğu zaman bir sözleşmeden doğar. Ancak haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden yahut nafaka gibi doğrudan doğruya kanundan kaynaklanan bir borcun ifasına ilişkin olarak ceza koşulu kararlaştırılması mümkündür. Asıl borcun konusuna gelince, para borçları da dahil olmak üzere kural olarak her tür borcun ifasına ilişkin olarak ceza koşulu kararlaştırılabilir; bu konuda sözleşme serbestisi ilkesi geçerlidir. Bununla birlikte istisnaen bazı borçların ceza koşulu ile teminat altına alınmaları mümkün değildir. Bu borçlara ilişkin ceza koşulu yasağı, kimi zaman kanundaki açık bir düzenlemeden kaynaklanmaktadır. Bazı borçlar bakımından ise kanunda açık bir ceza koşulu yasağı düzenlenmemiştir; fakat ceza koşulu kararlaştırılmasını dolaylı olarak etkileyen başka düzenlemelerden veya borcun arz ettiği özellikten ötürü böyle bir yasağın söz konusu olduğu söylenebilir.

Sözleşme cezası, ceza koşulunun konusunu teşkil eden ve asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda ifa edilmesi taahhüt edilen edim yahut katlanılacağı taahhüt edilen hukuki olumsuzluktur. Kanaatimizce borçlunun sahip olduğu veya olması beklenen bir hakkı/yetkiyi borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi durumunda kaybedeceğinin kararlaştırılmasının da ceza koşulu olarak nitelendirilmesi gerekir. Taraflar sözleşme serbestisi ilkesinin bir yansıması olarak, sözleşme cezasının miktarını belirlemekte kural olarak serbesttir. Fakat sözleşme cezasının miktarı konusunda ceza koşulunun mahiyetinden kaynaklanan doğal bir alt sınırın ve başta TBK m. 27 ile TBK m. 182/III olmak üzere çeşitli hükümlerden kaynaklanan bir üst sınırın söz konusu olduğu unutulmamalıdır.

Ceza koşulu, dar anlamı itibarıyla tanımlanacak olursa, borçlu ile alacaklının, asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda borçlu tarafından ceza

mahiyetinde bir edimin ifa edilmesi veya başkaca bir hukuki olumsuzluğa katlanılması konusunda anlaşmalarıdır. Taraflar ceza koşulunu, ister asıl borcu doğuran sözleşmenin içinde bir kayıt olarak ister asıl borcun doğmasından daha önce veya sonra akdedilen ayrı bir sözleşme vasıtasıyla kararlaştırabilir. Ceza koşulunun, kural olarak herhangi bir geçerlilik şekline tâbi olmadığı belirtilmelidir. Ancak ceza koşuluna bağlanmış olan asıl borcun doğduğu hukuki işlem kanun tarafından bir şekil şartına tâbi tutulduğu takdirde söz konusu şekil zorunluluğu, ceza koşulu bakımından da aranacaktır.

5. Ceza koşulu, *sine qua non* nitelikte bazı özellikler taşımaktadır. Ceza koşulu kavramının bu özelliklerden bağımsız olarak düşünülmesi mümkün değildir. Taraflar bu özellikleri dışlayacak bir anlaşma yaptıkları takdirde, artık teknik anlamda bir ceza koşulunun varlığından bahsedilemez. Bu özelliklerden ilki, sözleşme cezasının ferî nitelik taşıması; yani asıl borca bağlı olmasıdır. Öyle ki sözleşme cezasının doğumu, devamı ve ileri sürülebilirliği; asıl borcun doğumu, devamı ve ileri sürülebilirliğine bağlıdır. İkinci olarak sözleşme cezası alacağının doğması bakımından, alacaklının borcun ihlali neticesinde zarara uğramış olması aranmaz. Alacaklı borcun ihlali karşısında herhangi bir zarara uğramış olmasa dahi, borçludan sözleşme cezasını ifa etmesini talep edebilir. Son olarak ceza koşulu, yapısı gereği, geciktirici koşula bağlı bir taahhüttür. Zira ceza koşulunun hüküm ifade etmesi, tanımı itibarıyla, asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi olgusuna bağlanmış durumdadır.

6. Ceza koşulu işlevleri ve yapısı itibarıyla, götürü tazminat anlaşması, bağlanma parası, cayma parası, dönme cezası ve gerçek olmayan ceza koşulundan ayrışmaktadır. Özellikle ceza koşulu ile götürü tazminat anlaşması arasındaki kavramsal sınırın dikkatle çizilmesi gerekmektedir. Bu hukuki kurumlar arasındaki kavramsal sınır, tarafların anlaşmaya yüklemiş oldukları işlevdir. Ceza koşulunun asli işlevi, borçluyu asıl borcu ifa etmek konusunda zorlamaktır. Asli işlev yerine gelmeyecek ve borç ihlal edilecek olursa, ceza koşulunun bu defa alacaklının uğradığı zararı giderme işlevinin söz konusu olacağı şüphesizdir. Ancak bu işlev, borçluyu borcunu ifa etmek konusunda zorlamanın yanında ikincil mahiyette kalmaktadır. Buna karşılık götürü tazminat anlaşması bakımından durum, ceza koşulunun tam tersidir. Götürü tazminat anlaşmasının asli işlevi, asıl borcun ihlal edilmesi durumunda doğması beklenen zararı gidermektir. Borçlunun asıl borcu ihlal

etmesi durumunda götürü tazminat anlaşmasında tespit edilmiş belirli bir miktarı ödeyecek olduğunu bilmesi, kendisini asıl borcu ifa etmek konusunda müphem miktarda bir tazminat ödeme ihtimaline kıyasla daha fazla güdüleyebilecektir. Ancak yine de bu anlaşma bağlamında asli ve baskın olan işlev, alacaklının asıl borcun ihlal edilmesi durumundaki zararını gidermektir.

Ceza koşulu ile götürü tazminat anlaşmasının işlevleri arasındaki bu farklılık, ihlal durumunda alacaklının uğrayacağı öngörülebilen zarar ile borçlunun ödeyeceği kararlaştırılan meblağ arasındaki ilişkiye yansımıştır. Ceza koşulunda borcunu ihlal eden borçlunun ödeyeceği kararlaştırılan sözleşme cezası, alacaklının uğrayacağı öngörülebilen zarar miktarını önemli ölçüde aşmaktadır. Bu itibarla borçlunun üzerinde olağan borca aykırılık rejiminin yaratacağı ifa baskısından daha ağır bir baskı yaratmakta ve borçluyu ifaya güdülemektedir. Götürü tazminat ise alacaklının ihlale bağlı olarak uğrayacağı öngörülebilen zararın gerçekçi bir tahminini yansıtır; böylelikle söz konusu zararı telafi etmeye yönelmiştir.

7. TBK m. 179'daki düzenleme ışığında, üç farklı sözleşme cezası türünün mevcut olduğu söylenebilir. Alacaklının asıl borç ile sözleşme cezasından birini seçerek yalnızca onun ifasını talep edebileceği durumda "seçimlik sözleşme cezası"ndan bahsetmek gerekmektedir . Asıl borcun ifası talebi ile sözleşme cezasının ifası talebi yarışma hâlindedir. Alacaklının asıl borcun ifası ile birlikte sözleşme cezasının ifasını da talep edebileceği durumda "ifaya eklenen sözleşme cezası" söz konusudur . Asıl borcun ifası talebi ile sözleşme cezasının ifası talebi yığılma hâlindedir. Alacaklının münhasıran sözleşme cezasının ifasını talep edebileceği; asıl borcun ifasını talep etme hakkından yoksun olacağı durumda ise "münhasır sözleşme cezası" mevcut olacaktır . Burada ne bir yığılma ne de bir yarışma söz konusudur. Alacaklının talebinin sınırlarını sözleşme cezası katı bir biçimde çizer; öyle ki alacaklı, sözleşme cezasını aşan miktarda zarara uğraması durumunda bu zararın tazminini talep edemeyecektir.

Borçlar hukukundaki irade serbestisinin bir yansıması olarak taraflar, sözleşme cezasının türünü seçmekte özgürdür. Bununla birlikte TBK m. 179, taraf iradelerinin yorumlanması neticesinde bir sonuca varılamaması ihtimalinde devreye girmek üzere bazı karineler öngörmüştür. Savunduğumuz görüş uyarınca, hiç ifa etmeme hâline ilişkin kararlaştırılan sözleşme cezasının karine olarak seçimlik

sözleşme cezası niteliği taşıdığının (TBK m. 179/I); gereği gibi ifa etmeme hâline ilişkin kararlaştırılan sözleşme cezasının karine olarak ifaya eklenen sözleşme cezası niteliği taşıdığının (TBK m. 179/II) kabulü gerekmektedir. İfaya eklenen sözleşme cezası karinesinin uygulama alanını yalnızca iki tür ifa modalitesine aykırılık için kararlaştırılmış sözleşme cezaları ile sınırlayan ve böylece diğer gereği gibi ifa etmeme hâllerini dışlayan İsviçre-Türk hukukundaki hâkim görüş, terk edilmelidir.

8. Sözleşme cezası, iki koşulun kümülatif olarak yerine gelmesi üzerine ayrıca bir vadeye bağlanmış olmadıkça kendiliğinden muaccel hâle gelir. İlk olarak, borçlunun asıl borcu ihlal etmesi neticesinde ceza koşulunun bağlandığı geciktirici koşulun gerçekleşmesi gerekmektedir. İkinci olarak ise borçlunun söz konusu ihlalden sorumlu tutulabiliyor olması aranacaktır. Asıl borcu ihlalden ötürü sorumluluğun ne zaman söz konusu olacağı hususunda, genel borca aykırılıktan sorumluluk rejimi esas alınmalıdır. Asıl borcun ihlal edilmiş olmasını sözleşme cezasının muacceliyeti bakımından yeterli gören ve ceza koşulunu borçlunun kusurundan bağımsızlaştıran görüşlere itibar etmek mümkün değildir.

9. Seçimlik sözleşme cezasının muaccel olması, alacaklıya asıl borç ile sözleşme cezası arasında bir seçim hakkı tanır. Alacaklının seçimini sözleşme cezasından yana yapması, asıl borcun ihlalinden kaynaklanan diğer haklar ile etkileşime girecektir. Bu çerçevede alacaklının asıl borcun ifası konusunda sahip olduğu menfaatin iki kere tatmin edilmesinin engellenmesi gerekmektedir . Zira seçimlik sözleşme cezası, ifanın sürogatı niteliğini taşımaktadır ve ifa menfaatini tatmin etmeye yöneliktir. Bu cezanın asıl borcun ifası ile birlikte kümülatif olarak talep edilmesi, aynı menfaatin iki kere tatmin edilmesi sonucunu yaratır. Dolayısıyla asıl borcun ihlalinden kaynaklanan bir talebin sözleşme cezasının yanında kümülatif olarak ileri sürülüp sürülemeyeceği, bu talebin yönelik olduğu menfaate göre belirlenmelidir. Asıl borcun ihlalinden kaynaklanan bir talep, ifa menfaatinin tatmin edilmesine yönelik olduğu takdirde sözleşme cezasının yanında kümülatif olarak ileri sürülemez. Bu talepler, seçimlik mahiyettedir. Buna karşılık ifa menfaatini tatmin etmeye yönelik olmayan bir talebin, sözleşme cezası ile birlikte kümülatif olarak ileri sürülmesi mümkündür.

10. İfaya eklenen bir sözleşme cezası muaccel olduğu takdirde alacaklı, hem asıl borcun hem sözleşme cezasının ifasını talep edebilecektir. İfaya eklenen

sözleşme cezası bağlamında iki talep birlikte ileri sürülmekte olsa dahi, en azından karine olarak ifaya eklenen nitelikte olduğu kabul edilen sözleşme cezaları bakımından gerçek anlamda bir kümülasyon mevcut değildir. Şöyle ki, karine olarak ifaya eklenen nitelik taşıdığı kabul edilen sözleşme cezaları bakımından aynı menfaatin iki kere tatmin edilmesi söz konusu olmamaktadır. Bununla birlikte karine olarak seçimlik nitelik taşıyacak olan bir sözleşme cezasına tarafların anlaşmasıyla ifaya eklenen nitelik kazandırılırsa, artık gerçek anlamda bir kümülasyon söz konusu olur.

Alacaklı, ifaya eklenen bir sözleşme cezası muaccel olmasına rağmen, sözleşme cezasının ifasını talep hakkından açıkça feragat ettiği yahut asıl borcun ifasını herhangi bir çekince koymaksızın kabul ettiği takdirde, artık sözleşme cezasının ifasını talep edemeyecektir.

11. Sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca tarafların sözleşme cezasının miktarını, herhangi bir yargısal denetime maruz kalmaksızın diledikleri gibi belirleyebilmeleri gerekmektedir. Ancak sözleşme serbestisi ilkesinin temelinde yatan varsayım, gerçek hayatta sorunsuz olarak işlemekten bir hayli uzaktır. Bu varsayıma ilişkin ilk sorun, taraflardan birinin, kendi faydasını maksimize edecek kararları, karşı tarafın baskınlığı sebebiyle uygulamaya koyamamasıdır. İkinci sorun ise tarafların kendi faydalarını maksimize edecek kararları zaten insan psikolojisinin bir gereği olarak verememesinden kaynaklanmaktadır. Sonuç olarak sözleşme serbestisinin dayandığı varsayımın kırılganlığı, bu ilkeye on dokuzuncu yüzyıl liberalizmindeki gibi bir kutsiyet atfetmenin anlamsızlığını ortaya koymuştur. Kanun koyucular, sözleşme serbestisi ilkesine çeşitli hukuki kurumlar vasıtasıyla ket vurmuştur. Ceza koşulunun Roma hukukundan günümüze uzanan gelişiminin vardığı noktada tüm hukuk sistemlerinde kanun koyucuların tercihi, sözleşme cezası miktarı üzerinde belirli bir yargısal denetim uygulamaktan yana olmuştur. Bu yargısal denetim mekanizmalarının tümü, detayları itibarıyla birbirlerinden ayrışsa dahi özünde aynı amaca yönelmiştir. Amaç, taraflar arasındaki menfaat dengesinin hakkaniyet gereği kabul edilemeyecek ölçüde bozulmasının engellenmesidir.

Sözleşme cezası miktarı üzerinde yargısal denetim yapılmasını öngören TBK m. 182/III, emredici bir hükümdür. Kanaatimizce hâkimin aşırı sözleşme cezasını TBK m. 182/III uyarınca indirmesinin temelinde, alacaklının hakkın kötüye

kullanılması yasağına aykırı davranışı bulunmaktadır. Taraflar sözleşme cezasının miktarını belirlemekte serbest olsalar dahi, her hak gibi bu hakkın da dürüstlük kuralının çizdiği sınırlar dâhilinde kullanılması gerekmektedir. TBK m. 182/III uyarınca "aşırı" olarak nitelendirilecek bir sözleşme cezasının kararlaştırılması, dürüstlük kuralının çizdiği bu sınırların aşıldığını ve hakkın kötüye kullanıldığını gösterir. Bu noktada devreye hâkim girmekte ve vereceği karar ile sözleşme cezasının hangi ölçüye kadar talep edilmesinin dürüstlük kuralına uygun olduğunu ortaya koymaktadır.

Hâkimin TBK m. 182/III uyarınca sözleşme cezasını indirmesi için, sözleşme cezasının geçerli bir borç olarak mevcut olması, bu borcun muaccel hâle gelmiş olması ve sözleşme cezası miktarının aşırı olması gerekmektedir. Bazı yazarların aksi yöndeki fikirlerine rağmen, kanaatimizce sözleşme cezasının henüz ifa edilmemiş olması indirim açısından aranması gereken bir koşul değildir. Keza hâkim, borçlunun indirim yönünde bir talebi olmamasına rağmen sözleşme cezasını indirebilir.

Sözleşme cezasının indirilmesine ilişkin TBK m. 182/III'ün uygulama alanı, tacirler açısından böyle bir indirimin yapılamayacağını düzenleyen TTK m. 22 ile önemli ölçüde kısıtlanmıştır. Tacirlerin ticari işletmeleriyle ilgili borçlarını teminat altına almak üzere kararlaştırılmış sözleşme cezası, aşırı olduğu gerekçesiyle indirime tâbi tutulamaz. Kanaatimizce tacirleri herhangi bir ayrım yapmaksızın kategorik olarak TTK m. 22'de düzenlenmiş sözleşme cezasının indirilmesi yasağına tâbi tutmak ve TBK m. 182/III uyarınca yapılacak bir indirimi engellemek isabetsizdir. Yine de sözleşme cezasının miktarı üzerindeki yegâne yargısal denetim, TBK m. 182/III'ten ibaret olmadığı için tacirler başkaca hukuki imkânlar çerçevesinde korunacaktır. Tacirler bakımından TBK m. 20 vd.'nda düzenlenmiş genel işlem koşulu denetiminden ve TBK m. 27'de düzenlenmiş genel sözleşme serbestisi sınırlarından kaynaklanan korumadan faydalanmak her zaman mümkündür.

12. Anglo-Amerikan hukuk çevresine dâhil olan hukuk sistemleri, ceza koşulları konusunda muhafazakâr bir tutum sergilemekte ve genel olarak bu tür anlaşmaları geçersiz kabul etmektedir. Bu yaklaşım, kökeni yüzyıllar öncesine kadar giden ve İngiliz hukukundan Anglo-Amerikan hukuk sistemindeki diğer ülkelere yayılmış sözleşme cezası doktrinine dayanmaktadır. Lordlar Kamarası, modern

İngiliz sözleşme hukukunun ceza koşuluna ilişkin yaklaşımını ortaya koyan 1914 tarihli *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage & Motor Co. Ltd.* kararı ile, ceza koşulu kavramını götürü tazminat anlaşmasından ayırt etmiş ve ceza koşulunun geçerli olarak hüküm ifade etme kabiliyetini büyük ölçüde sınırlamıştır. Ancak nihai temyiz mercii olma görevini Lordlar Kamarası'ndan devralmış olan Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesinin 2015 yılında vermis olduğu *Cavendish Square BV v. Makdessi ve ParkingEye Ltd v. Beavis* kararı, Anglo-Amerikan hukuk çevresinin çekirdeğini teşkil eden İngiliz hukukunda bir paradigma değişikliğine yol açmıştır. Karara göre gerçekçi bir zarar tahmininin ötesine geçen yükümlülük öngören ve borçluyu ifaya zorlayan anlaşmalar, alacaklının ifa konusundaki meşru menfaatini korumayı amaçlıyor ve borçluya bu amaca kıyasla aşırı olmayacak bir olumsuzluk yüklüyorsa geçerli olarak hüküm ifade edecektir. Kanaatimizce bu paradigma değişikliği, İngiliz hukukunu Kıta Avrupası hukuk geleneğine yaklaştırmıştır.

Tüm bu değerlendirme, ceza koşulu üzerinde belirli bir yargısal denetim icra edilmesi fikrinin Kıta Avrupası hukuk geleneğine özgü olmadığını ve farklı hukuk geleneklerinde de benimsenen ortak bir değer teşkil ettiğini ortaya koymuştur. Anglo-Amerikan hukuk geleneğini temsilen İngiliz hukuku ve Kıta Avrupası hukuk geleneğini temsilen İsviçre-Türk hukuku, ceza koşulu üzerinde yargısal bir denetim icra etme fikri üzerinde uzlaşmaktadır. Sözleşme serbestisi gibi köşe taşı bir ilkeyi bile baskılamayı başarmış bu uzlaşma, söz konusu yargısal denetimin vazgeçilmezliğini ortaya koymaktadır. Bununla birlikte yargısal denetimin nasıl icra edileceği konusundaki farklı anlayışlar varlığını sürdürmektedir.

KAYNAKÇA

ACAR, Faruk: Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul 2015.

ACAR, Faruk: Kira Hukuku Şerhi (TBK m. 299-332), İstanbul 2017,

AÇIKEL, Serkan: Doğal Gaz Alım Sözleşmelerinde Al Ya Da Öde Klozu ve Benzeri Diğer Klozlar, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010.

AŞÇIOĞLU, Çetin: "Yargı Kararlarında Cezai Şart I - Geçersiz Sözleşmelerde (Biçim Koşulu Açısından) Ceza Koşulu", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu Bildiriler Tartışmalar XIV, Ankara 4-5 Nisan 1997, s. 109 vd.

AKEV, Sahir Talat: Türk Hususî Hukukunda Kumar ve Bahis, İstanbul 1964.

AKINTÜRK, Turgut: "Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerinde Bir İnceleme", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 27 S. 3-4 (1970), s. 219 vd.

AKKANAT, Elif Beyza: "Amerikan ve Türk Hukuk Sistemlerinde Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi", Başak Baysal (ed.), Sorumluluk Hukuku: Seminerler 2018, İstanbul 2019, s. 23 vd.

AKKAYAN YILDIRIM, Ayça: "Cezai Şartın İşlevi Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası C. LXI S. 1-2 (2003), s. 357 vd.

AKSOY, Hüseyin Can: "Ceza Koşulunun Borçlunun Borca Aykırı Davranıştaki Kusuru İle İlişkisi Nedir?", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi C.24 S.2 (2018), s. 999 vd.

DE ALESSI, Louis / STAAF, Robert J.: "Subjective Value in Contract Law", Journal of Institutional and Theoretical Economics / Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, C. 145 S. 4 (1989), s. 561 vd.

ALTAŞ, Hüseyin: Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998.

ALTINOK ORMANCI, Pınar: “İsviçre Federal Mahkemesi’nin ATF 140 III 200 Kararı Işığında Şekle Aykırı Sözleşmede Yer Alan Ceza Koşulunun Geçerliliği”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 11 S. 139-140 (2016), s. 121 vd.

ALTOP, Serpil: "Arra Sponsalicia", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası C. LV S. 1-2 (1995-1996), s. 369 vd. (“S. Altop”)

ALTOP, Atilla: “Seminer: Borçlar Kanununa Getirilen Yenilikler”, İzmir Barosu Dergisi Y. 77 S. 2 Borçlar Kanunu Özel Sayısı (2012), s. 11 vd. (“A. Altop”)

ANTALYA, O. Gökhan: “Hukuki İşlemlerin Şekle Bağlanması Gereken Noktaları”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 6 S. 1-3 (1991), s. 68 vd. (“Antalya, Şekle Bağlanması Gereken Noktalar”)

ANTALYA, O. Gökhan: Marmara Hukuk Yorumu Cilt V/1,1 Borçlar Hukuku Genel Hükümler –Temel Kavramlar Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri, Ankara 2019. (“Antalya, Borçlar Genel V/1,1”)

ANTALYA, O. Gökhan: Marmara Hukuk Yorumu Cilt V/1,3 Borçlar Hukuku Genel Hükümler – Borçların İfası Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları, Ankara 2019. (“Antalya, Borçlar Genel V/1,3”)

ANTALYA, O. Gökhan: Hukuk Bilimine Katkı Olarak Cilt II Hukuk Metodolojisi, Ankara 2021. (“Antalya, Metodoloji”)

ANTALYA, O. Gökhan / TOPUZ, Murat: Marmara Hukuk Yorumu Cilt I Medeni Hukuk, Ankara 2021.

ARKAN, Azra: “Cezai Şart”, İstanbul Barosu Dergisi C. 71 S. 1-2-3 (1997), s. 77 vd.

ARSEBÜK, Esat: “Cezai Şart Mefhumu Etrafında Tahliller”, Adliye Ceridesi S.16 (1936), s. 987 vd.

ATAMER, Yeşim M.: “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi –TKHK m. 6 ve TTK m. 55 f. 1 (f) ile Karşılaştırmalı Olarak”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu Bildiriler Tartışmalar 8 Nisan 2011, Ankara 2012, s. 9 vd. (“Atamer, GİK”)

ATAMER, Yeşim M.: "Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme Mi? Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak Başvurulabilecek Değerlendirme Kriterleri", Çiğdem Kırca (ed.), Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2013, s. 103 vd. ("Atamer, Bireysel Pazarlık")

ATAMER, Yeşim M.: "Ceza Koşulu – Götürü Tazminat – Sorumsuzluk Anlaşması: Hangisi? Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Sözleşmelerin Yorumlanmasında Bazı Tutamak Noktaları", Yeşim M. Atamer / Ece Baş Süzel / Elliott Geisinger (ed.), Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Gecikme ve Temerrüt - Değişmeyen Bir Soruna Yeni Yaklaşımlar, İstanbul 2018, s. 87 vd. ("Atamer, Ceza Koşulu")

ATEŞ, Derya: Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık, Ankara 2007.

AVCI, Mehmet Özgür: "Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Cezai Şart Sorumluluğu", Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 5 S. 1 (2017), s. 9 vd.

AVCI BRAUN, Cihan: "Kefalet Sözleşmesi: m. 589-590", Turgut Öz / Faruk Acar / Emre Gökyayla / Murat Develioğlu, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Cilt 6, 7, 8 (Madde 393-649), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019. ("İstŞ TBK 6,7,8-Avcı Braun")

AYAN, Serkan: İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara 2008. ("Ayan, İnşaat")

AYAN, Serkan: Kefalet Sözleşmesi, Ankara 2018. ("Ayan, Kefalet")

AYDOĞDU, Murat: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Faiz ile İlgili Düzenlemeler", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 12 S. 1 (2010), s. 85 vd. ("Aydoğdu, Faiz")

AYDOĞDU, Murat: Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararda Değişiklik Yapılmasına Daire 85 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ve Bu Kararın Uygulanmasına İlişkin Tebliğ Uyarınca Dövizli veya Dövize Endeksli Ödemeleri İçeren Sözleşmelerde Öngörülen Uyarlamalara İlişkin Değerlendirmeler, Ankara 2018. (Aydoğdu, Türk Parası)

AYDOĞDU, Murat / KAHVECİ, Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Sözleşmeler Hukuku, Ankara 2021. (“Aydoğdu/Kahveci, Borçlar Özel”)

AYDOĞDU, Murat / KAHVECİ, Nalan: Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2021. (“Aydoğdu/Kahveci, Tüketici”)

AYHAN, Rıza: “Ticari İş Kavramı ve Tacir Sıfatına Bağlanan Ücret ve Sözleşme Cezalarının İndirilmesini İsteyememe”, Prof. Dr. Oğuz Kürşat Ünal'a Armağan, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII S. 1-2 (2013), s. 291 vd.

BACHMANN, Thomas: Die elektive Konkurrenz - Eine systematische Darstellung der Gläubigerrechte im BGB, CISG, in den PECL und im DCFR, Berlin 2010.

BAKER, John: The Oxford History of the Laws of England Volume VI 1483-1558, Oxford University Press 2003. (“Baker, Oxford History of Laws”)

BAKER, John: Baker and Milsom Sources of English Legal History: Private Law to 1750, Oxford University Press 2010. (“Baker, Baker/Milsom”)

BARBOUR, W.T.: The History of Contract in Early English Equity, Oxford University Press 1914.

BARLAS, Nami: Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul 1992.

BARNETT, Randy E.: “Contract is Not Promise; Contract is Consent”, Suffolk University Law Review C. 45 S. 3 (2012), s. 647 vd.

BAŞBUĞ, Aydın: "Tacir İşveren ve İş Hukukunda Cezai Şarttan İndirim", Prof. Dr. Kamil Turan'a Armağan, Kamu-İş: İş Hukuku ve İktisat Dergisi C. 7 S. 2 (2003), s. 2 vd.

BAŞOĞLU, Başak: Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, İstanbul 2012.

BAŞPINAR, Veysel: Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı, Ankara 1998.

BATTAL, Ahmet: "Tacirin İş Kanununa Tâbi Bir Sözleşmeden Doğan Cezai Şart Borcuna TTK 24 (İndirim Yasağı) Uygulanabilir mi?", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi C. 20 S. 2 (1999), s. 15 vd.

BECKER, Hermann: Berner Kommentar, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Berne 1945. ("BK OR-Becker")

BEN-SHAHAR, Omri / BERNSTEIN, Lisa: "The Secrecy Interest in Contract Law", The Yale Law Journal C. 109 S. 8 (2000), s. 1885 vd.

BENTELE, Roland: Die Konventionalstrafe nach Art. 160-163 OR, Freiburg 1994.

BERKİ, Osman Fazıl: "Pey Akçesi, Rücu Tazminatı ve Cezaî Şart (Mukavele Cezası) Etrafında Tetkikler", İstanbul Barosu Mecmuası C. XVII S. 1 (1943), s. 277 vd.

BIANCALANA, Joseph: "The Development of the Penal Bond with Conditional Defeasance", Journal of Legal History C. 26 (2005), s. 103 vd. ("Biancalana, Penal Bond with Conditional Defeasance")

BIANCALANA, Joseph: "Contractual Penalties in the King's Court 1260-1360), The Cambridge Law Journal C. 64 (2005), s. 212 vd. ("Biancalana, Contractual Penalties")

BIANCALANA, Joseph: "Monetary Penalty Causes in Thirteenth-Century England", Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis C. 73 (2005), s. 231 vd. ("Biancalana, Monetary Penalty Clauses")

BIRMINGHAM, Robert L.: "Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency", Rutgers Law Review C. 24 (1970), s. 273 vd.

BISCARDI, Arnaldo: "La double configuration de la clause pénale en droit romain", De iustitia et iure, Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 80. Geburtstag, Berlin 1980.

BİLGE, Necip: "Kefilin Mesuliyetinin Şümulü", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 13 S. 1 (1956), s. 86 vd. ("Bilge, Kefilin Mesuliyeti")

BİLGE, Necip: “Cezai Şart”, Ahmet Esat Arsebük'ün Aziz Hatırasına Armağan, Ankara 1958, s. 39 vd. (“Bilge, Cezai Şart”)

BİNGÖL, F. Itır: "Temerrüde Düşen Borçlunun Ödeyeceği Tazminat Miktarına, Alacaklının 3. Kişiye Ödeyeceği Cezaî Şartın Etkisi", Prof. Dr. Mualla Öncel'e Armağan Cilt – II, Ankara 2009, s. 1399 vd. (“F. I. Bingöl”)

BİNGÖL, Muhammet Emin: Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Yükümlülüğü - Özellikle Tacirin Ücret ve Cezai Şartın İndirilmesini İsteyememesi, İstanbul 2018. (“M. E. Bingöl”)

BİRİNCİ UZUN, Tuba: Götürü Tazminat, Ankara 2015.

BRACTON, Henry de (George E. Woodbine (ed.) / Samuel E. Thorne (çev.)), On the Laws and Customs of England (De Legibus et Consuetudinibus Angliae), Harvard University Press 1968. (Çevrimiçi Erişim: http://amesfoundation.law.harvard.edu/Bracton/).

BUZ, Vedat: Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998 (“Buz, Sözleşmeden Dönme”).

BUZ, Vedat: Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005. (“Buz, Yenilik Doğuran Haklar”)

BUZ, Vedat: “Konventionalstrafe wegen nicht richtiger Erfüllung”, Aktuelle juristische Praxis (AJP) / Pratique juridique actuelle (PJA) 2017/4, s. 490 vd. (“Buz, Konventionalstrafe”)

BÜHLER, Theodor: “Haft- und Reugeld sowie Konventionalstrafe im alten und im geltenden Obligationenrecht”, Hans Peter / Emil W. Stark / Pierre Tercier (ed.), Le Centenaire du Code des Obligations / Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Fribourg 1982, s. 143 vd.

CANSEL, Erol / ÖZEL, Çağlar: “Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu”, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Yaşar Üniversitesi Dergisi C. 8 (2013), s. 713 vd.

CARTER, John W. / COURTNEY, Wayne / PEDEN, Elisabeth / STEWART, Andrew / TOLHURST, Gregory J.: "Contractual Penalties: Resurrecting the Equitable Jurisdiction", Journal of Contract Law C. 30 (2013), s. 99 vd.

CARY, George (out of the labours of William Lambarde (Sir)): Reports, or Causes in Chancery, Stevens and Sons, London 1872 (Çevrimiçi Erişim: https://catalog.hathitrust.org/Record/009709638).

CHABLOZ, Isabelle: Art. 828-910 CO, Pierre Tercier / Marc Amstutz (ed.), Commentaire romand, Code des obligations II, Bâle 2017. (CR CO II-Chabloz)

CHAPPUIS, Fernand: "Aspects théoriques et application pratique de la clause pénale dans les conventions d'actionnaires", Revue suisse de droit des affaires et du marché financier, 2003/2, s. 65 vd. ("Chappuis, Clause pénale")

CHEN-WISHART, Mindy: Contract Law, Oxford University Press 2018.

COASE, Ronald H.: "The Problem of Social Cost", The Journal of Law and Economics C. 3 (1960), s. 1 vd.

CONTE, Carmine: "Deposit Clauses", Graham Virgo / Sarah Worthington (ed.), Commercial Remedies - Resolving Controversies, Cambridge University Press 2017, s. 390 vd. ("Conte, Deposit Clauses")

CONTE, Carmine: "The Penalty Rule Revisited", Law Quarterly Review S. 132 (2016), s. 382 vd. ("Conte, Penalty Rule")

COOTER, Robert: "The Cost of Coase", Journal of Legal Studies, C. 11 S. 1 (1982), s. 1 vd.

COOTER, Robert / EISENBERG, Melvin Aron: "Damages for Breach of Contract," California Law Review C. 73 S. 5 (1985), s. 1432 vd.

COOTER, Robert / ULEN, Thomas: Law and Economics, Pearson, Sixth Edition 2016.

COTTI, Lukas: Das vertragliche Konkurrenzverbot - Voraussetzungen Wirkungen Schranken, Freiburg 2001.

COUCHEPIN, Gaspard: La clause pénale – Etude générale de l'institution et de quelques applications pratiques en droit de la construction, Schulthess, Zurich – Bâle – Genève 2008.

COUCHEPIN, Gaspard: "La forfaitisation du dommage", Semaine Judiciare, 2009 II, s. 1 vd. ("Couchepin, Forfaitisation") (Makalenin Türkçe çevirisi için bkz. Gaspard Couchepin (çev. Mehmet Erdem / Doğan Kara), "Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi", Halûk Burcuoğlu'na Armağan Cilt-1, İstanbul 2020, s. 485 vd.)

CRASWELL, Richard: "Contract Remedies, Renegotiation, and the Theory of Efficient Breach", Southern California Law Review C. 61 S. 3 (1988), s. 629 vd.

CURTIS, Linda: "Damage Measurements for Bad Faith Breach of Contract: An Economic Analysis", Stanford Law Review C. 39 S. 1 (1986), s. 161 vd.

ÇABRİ, Sezer: "Cezai Şart Borçlusunun Tacir Olması Halinde İş Sözleşmesinde Kararlaştırılan Fahiş Cezai Şartın İndirime Tabi Tutulup Tutulamaması", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi C.3 S.11 /2006), s. 913 vd.

ÇAĞLAYAN AKSOY, Pınar: "Asgari Alım Taahüdü İçeren Bayilik Sözleşmelerinde Cezai Şart – Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 16.01.2013 Tarihli Kararı Üzerine Düşünceler", Türkiye Barolar Birliği Dergisi S. 131 (2017), s. 261 vd.

ÇAVDAR, Pelin: Karşılıklı Borç Yükleyen Sözleşmelerde İfa Güçsüzlüğü ve Hukuki Sonuçları (TBK md.98), İstanbul 2021.

ÇELEBİ, Özgün: "Şans Kaybının Tazmini", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi C. 34 S. 2 (2018), s. 121 vd.

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

DAVRAN, Bülent: Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul 1972.

DAY, William: "A Pyrrhic Victory for the Doctrine Against Penalties: Makdessi v Cavendish Square Holding BV", Journal of Business Law (2016), s. 115 vd.

DEMİR, Mehmet: "Cezaî Şart Kaydına Genel İşlem Koşulları Arasında Yer Verilmesi Sorunu", Prof. Dr. Şeref Gözübüyük'e Armağan, Ankara 2005, s. 437 vd. ("M. Demir")

DEMİR, Eylem: Die Schadensetsatzregelung im UN-Kaufrecht, Schultess 2015. ("E. Demir")

DİNÇER ARAZ, Nilgün: Roma Hukukunda Ceza Koşulu (Stipulatio Poenae), Ankara 2018.

DİRİCAN, Gökhan: Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul 2007.

DODGE, William S.: "The Case for Punitive Damages in Contracts", Duke Law Journal C. 48 S. 4 (1999), s. 629 vd.

DOWNES, Tony: "Rethinking Penalty Clauses", Peter Birks (ed.), Wrongs and Remedies in the Twenty-First Century, Oxford University Press 1996.

DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul 2020.

DURAL, Mustafa / SARI, Suat: Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2021.

DURGUN ARSLAN, Çisil: Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak İngiliz Hukukunda İfa Menfaati Kavramı Merkezinde Yaptırımlar, İstanbul 2021.

DÜZCEER, Rıza: "Pey Akçesi ve Zımanı Rücu", Adalet Dergisi Y. 47 S. 3 (1956), s. 342 vd.

EDELMAN, James: McGregor on Damages, Sweet & Maxwell, Twentieth Edition, 2018. ("Edelman, McGregor on Damages")

EDLIN, Aaron S. / SCHWARTZ, Alan: "Optimal Penalties in Contracts", Chicago-Kent Law Review C. 78 S. 1 (2003), s. 33 vd.

EISENBERG, Melvin A.: “Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law”, California Law Review C. 93 S. 4 (2005), s. 975 vd.

ELDRIDGE, John: “The New Law of Penalties: Mapping the Terrain”, Journal of Business Law C. 8 (2018), s. 637 vd.

ENGİN, Baki İlkay: Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Ankara 2002.

ERÇİN, Ferhat: "Yargıtay Kararları Işığında Tacirlerin Ahlaka Aykırı Cezai Şartın İptalini veya Tenkisini İsteyebilmeleri" İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 10 S. 1 (2011), s. 89 vd.

ERDEM, Mehmet: La clause pénale – Etude comparative de droit suisse et de droit turc, Ankara 2006. (“Erdem, Clause Pénale”)

ERDEM, Mehmet: “Vekaletten Azil ve İstifa (Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Sona Erdirilmesi)”, Erdoğan Teziç’e Armağan, İstanbul 2007, s. 949 vd. (“Erdem, Vekalet”)

ERDEM, Mehmet: “Delenda Est Carthago (Vel Stipulatio Poenae)”, Mehmet Murat İnceoğlu (Der.), Uğur Alacakaptan’a Armağan C. 3, İstanbul 2008, s. 321 vd. (“Erdem, Delenda”)

ERDEM, Mehmet: “Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009), Ankara 2009, s. 97 vd. (“Erdem, Götürü Tazminat”)

ERDEM, Mehmet: “Pey Akçesi – Pişmanlık Akçesi – Dönme Tazminatı”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, I. Cilt, İstanbul 2009, s. 663 vd. (“Erdem, Pey Akçesi”)

ERDEM, Mehmet: Özel Hukukta Zamanaşımı, İstanbul 2010. (“Erdem, Zamanaşımı”)

ERDEM, Mehmet: “Bağlanma Parası, Cayma Parası ve Ceza Koşulu: m. 177-182”, Turgut Öz / Faruk Acar / Emre Gökyayla / Murat Develioğlu, İstanbul Şerhi Türk

Borçlar Kanunu Cilt 2, 3 (Madde 83-206), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019. ("İstŞ TBK 2,3-Erdem")

ERDEM, Mehmet / MAKARACI BAŞAK, Aslı: Aile Hukuku, Ankara 2022.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2020. ("Eren, Borçlar Genel")

ERGÜNE, Mehmet Serkan: Olumsuz Zarar, İstanbul 2008.

ERMAN, Hasan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 2010.

ERNAS, Bülent / YALÇINTAŞ, Simin: "Fahiş Cezai Şartın Tacirler Bakımından Uygulanması", Mecmua, Ankara Hukuk Fakültesi Öğrencilerinin Fakültelerine Armağanı, Ankara 2008, s. 705 vd.

ESİN, İsmail: "Avukat Gözüyle; Cezai Şart Nedir, Ne Değildir Ve Nasıl Kullanılmalıdır?", Prof. Dr. Halûk Burcuoğlu'na Armağan Cilt I, İstanbul 2020, s. 911 vd. ("Esin, Cezai Şart")

FARBER, Daniel A.: "Reassessing The Economic Efficiency Of Compensatory Damages For Breach Of Contract", Virginia Law Review C. 66 S. 8 1980, s. 1443 vd.

FARGNOLI, Iole: "Rechtsverlust als Inhalt der Konventionalstrafe", Jusletter 14. September 2009.

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-II, İstanbul 1977. ("Feyzioğlu, Cilt-II")

FISCHER, Detlev: Vertragsstrafe und vertragliche Schadenersatzpauschalierung – Eine rechtsvergleichende Darstellung der neueren deutschen und französischen Rechtsentwicklung, Frankfurt am Main 1981.

FOËX, Bénédict: "Dédit et clause pénale", Jürg Schmid (ed.), Der Grundstückkauf / La vente immobilière, Beiträge der Weiterbildungsseminare der Stiftung Schweizerisches Notariat vom 20. Januar 2009 in Zürich und Lausanne, Zürich - Basel - Genf 2010, s. 409 vd.

FRANCIS, Richard (William Waller Hening (ed.)): Maxims of Equity, Richmond, Shepard and Pollard, printers, 1823. (Çevrimiçi Erişim: https://catalog.hathitrust.org/Record/010450039)

FRANKO, Nisim: "Pey Akçesinin Mahiyeti", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası C. LV (1996), s. 249 vd.

FRIED, Charles: Contract as Promise - A Theory of Contractual Obligation, Oxford University Press 2015.

FRIEDMANN, Daniel: "The Efficient Breach Fallacy", The Journal of Legal Studies C. 18 S. 1 (1989), s. 1 vd. ("Friedmann, Efficient Breach")

FRIEDMANN, Daniel: "Economic Aspects of Damages and Specific Performance Compared", Djakhongir Saidov / Ralph Cunnington (ed.), Contract Damages: Domestic and International Perspectives, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2008, s. 65 vd. ("Friedmann, Economic Aspects")

FURMSTON, Michael: Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract, Oxford University Press 2017. ("Furmston, Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract")

FURMSTON, Michael: "Recent Developments about Penalties", National Law School of India Review C. 28 (2016), s. 18 vd. ("Furmston, Recent Developments")

FURRER, Andreas / MÜLLER-CHEN, Markus / ÇETİNER, Bilgehan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2021.

GAUCH, Peter: "Art. 404 OR - Sein Inhalt, seine Rechtfertigung und die Frage seines zwingenden Charakters", Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis C. 1992 S. 1, s. 9 vd.

DE GEEST, Gerrit / WUYTS, Filip: "Penalty Clauses and Liquidated Damages", Boudewijn Bouckaert / Gerrit De Geest (ed.), Encyclopedia of Law and Economics, Volume III: The Regulation of Contracts, Edward Elgar Publishing 2000, s. 141 vd.

GIAMPAOLO, Davide / VISCHER, Markus: "Gültigkeit von Konventionalstrafen in formmangelbehafteten Vorverträgen zu Grundstückkäufen (Art. 216 Abs. 2 i.V.m.

Art. 22 Abs. 2 OR)?", Der digitale Rechtsprechungs-Kommentar, 27.02.2015 (Çevrimiçi Erişim: https://www.walderwyss.com/user_assets/publications/1583.pdf).

GOETZ, Charles J. / SCOTT, Robert E.: "Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach", Columbia Law Review C. 77 (1977), s. 554 vd.

GOTTWALD, Peter: §§ 328–345, Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2019. ("MüKoBGB-Gottwald")

GRAY, Anthony: "Contractual Penalties in Australian Law After Andrews: An Opportunity Missed", Deakin Law Review C. 18 (2013), s. 1 vd.

GÖKTÜRK, Hüseyin Avni: Borçlar Hukuku İkinci Kısım Aktin Muhtelif Nevileri, Ankara 1951.

GÖKYAYLA, Emre: "32 Sayılı Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında Kararın Satış ve Eser Sözleşmelerinde Bedele Etkisi", Murat Topuz (ed.), Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar Çerçevesinde Döviz ile Sözleşme Yapma Yasağı ve Sözleşmenin Uyarlanması, Ankara 2019, s. 71 vd. ("Gökyayla, Türk Parası")

GÖKYAYLA, Emre: "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde, Mahkemece Sözleşmenin Feshine Karar Verilen Hallerde İfaya Eklenen Ceza Koşulunun Akıbeti", Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 19 Özel Sayı (2017), s. 47 vd. ("Gökyayla, İfaya Eklenen Ceza Koşulu")

GÖKYAYLA, Emre: "Kira Bedeli: m. 343-346", Turgut Öz / Faruk Acar / Emre Gökyayla / Murat Develioğlu, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Cilt 4, 5 (Madde 207-392), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019. ("İstŞ TBK 4,5-Gökyayla")

GÖRGEÇ, Başak: "Genel İşlem Koşullarının Kişilik Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi C. 19 S. 1 (2013), s. 403 vd.

GÜLSEVEN, Hilal: Cezai Şartın İndirilmesi, Ankara 2016.

GÜMÜŞ, Alper: Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2002. (“Gümüş, Özen Borcu”)

GÜMÜŞ, Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt-I, İstanbul 2013. (“Gümüş, Cilt-I”)

GÜMÜŞ, Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt-II, İstanbul 2014. (“Gümüş, Cilt-II”)

GÜMÜŞ, Alper: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt-I (Madde 1-46), İstanbul 2014. (“Gümüş, TKHK Şerhi”)

GÜMÜŞ, Alper: Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi, İstanbul 2015. (“Gümüş, İbra”)

GÜMÜŞ, Alper: “Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin (Değiştirilmiş) Tebliğ Çerçevesinde Uyarlamanın Yapılabileceği Sözleşmeler”, Murat Topuz (ed.), Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar Çerçevesinde Döviz ile Sözleşme Yapma Yasağı ve Sözleşmenin Uyarlanması, Ankara 2019, s. 21 vd. (“Gümüş, Türk Parası”)

GÜMÜŞ, Alper: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2021. (“Gümüş, Borçlar Genel”)

GÜNDÜZ, Ş. Deren: “Türk Hukuku Bakımından Götürü Tazminat Kavramının Gerekliliği”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14 S. 179-180, Ağustos 2019, s.1489 vd. (“Gündüz, Götürü Tazminat”)

GÜNDÜZ, Ş. Deren: Olumlu Zarar, İstanbul 2020. (“Gündüz, Olumlu Zarar”)

GÜRZUMAR, Osman Berat: “Türk Medenî Kanunu’nun 5’inci Maddesi ve Özel Hukuk Uygulamasındaki Yeri”, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan Cilt I, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi S. 1 (2004), s. 105 vd.

GÜVEN, Kudret: “Eksik Borçlar, Temel Özellikleri ile Hüküm ve Sonuçları Üzerine Bir İnceleme”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 2 S. 2 (2016), s. 37 vd.

HALSON, Roger: Liquidated Damages and Penalty Clauses, Oxford University Press 2018.

HATEMİ, Hüseyin: Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK. 65 Kuralı), İstanbul 1976.

HATZIS, Aristides N.: "Having the Cake and Eating It Too: Efficient Penalty Clauses in Common and Civil Contract Law", International Review of Law and Economics C. 22 (2003), s. 381 vd.

HAVUTÇU, Ayşe: Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, İzmir 1995.

HELVACI, İlhan: Turkish Contract Law, Springer 2017. ("İ. Helvacı")

HELVACI, Mehmet: Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı, İstanbul 2000. ("M. Helvacı")

HELVACI, Serap: "Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu – İfa ve İfa Engelleri", Legal Hukuk Dergisi C. 3 S. 34 (2005), s. 3639 vd. ("S. Helvacı, TBK")

HELVACI, Serap: Gerçek Kişiler, İstanbul 2021. ("S. Helvacı, Gerçek Kişiler")

HENDERSON, Edith G.: "Relief From Bonds in the English Chancery: Mid-Sixteenth Century", The American Journal of Legal History C. 18 S. 4 (1974), s. 298 vd.

HICKS, John: "The Foundations of Welfare Economics", The Economic Journal C. 49 S. 196 (1939), s. 696 vd.

HILLMAN, Robert A.: The Richness of Contract Law – An Analysis and Critique of Contemporary Theories of Contract Law, Springer 1997.

HOLMES, Oliver Wendell: "The Path of the Law", Harvard Law Review C. 110 (1997), s. 991 vd.

HONSELL, Heinrich: Römisches Recht, Springer 2015.

HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie / FUHRER, Olivia: "Rechtsprechungspanorama Einleitungsartikel und Personenrecht", Aktuelle juristische Praxis (AJP) / Pratique juridique actuelle (PJA) 2018/5, s. 634 vd.

IBBETSON, David: "The Earl of Oxford's Case (1615)", Charles Mitchell/Paul Mitchell, Landmark Cases in Equity, 2012, s. 1 vd.

IBBETSON, David: A Historical Introduction to the Law of Obligations, Oxford University Press 1999.

JANOSCHEK, Christian: §§ 328–345, Wolfgang Hau / Roman Poseck, Beck'sher Online-Kommentar BGB, München 2022. ("BeckOK BGB/Janoschek")

JOLLS, Christine / SUNSTEIN, Cass R. / THALER, Richard: "A Behavioral Approach to Law and Economics", Stanford Law Review C. 50 S. 5 (1998), s. 1471 vd.

KAHRAMAN, Zafer: Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi (Borcun Nakli), İstanbul 2013.

KALDOR, Nicholas: "Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility", The Economic Journal C. 49 S. 195 (1939), s. 549 vd.

KANİTİ, Salamon: Akdin İfa Edilmediği Def'i, İstanbul 1962.

KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, Yasemin: Ceza Koşulu – Özellikle Zarar ve Tazminatla İlişkisi, İstanbul 2018.

KAPANCI, Kadir Berk: "Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi", Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, s. 655 vd. ("Kapancı, Götürü Tazminat")

KAPANCI, Kadir Berk: "Sözleşmesel Sorumlulukta Tazminat Edimi ile Sözleşme Cezası Arasındaki İlişki", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 15 S. 1 (2016), s. 661 vd. ("Kapancı, Sözleşme Cezası")

KAPANCI, Kadir Berk: "Dönme Cezası (TBK m. 179 f. 3) ve Cayma Parası (TBK m. 178) Kavramları Arasında Kısa Bir Karşılaştırma", Marmara Üniversitesi Hukuk

Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi C. 22 S. 2 2016, s. 247 vd. (“Kapancı, Dönme Cezası”)

KARA, Doğan / DEVELİOĞLU, H. Murat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler İle İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararlarından Örnekler, İstanbul 2020.

KARABAĞ BULUT, Nil: Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi, İstanbul 2014.

KARAGÖZ, Veli: İş Sözleşmesinde Cezai Şart, Ankara 2006. (“Karagöz, Cezai Şart”)

KARAGÖZ, Veli: “Tip İş Sözleşmelerinde Öngörülen Cezai Şartın Genel İşlem Şartları Bağlamında Denetlenmesi", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi C. VIII S. 1-2 (2004), s. 593 vd. (“Karagöz, Tip İş Sözleşmeleri”)

KARAHASAN, Mustafa Reşit: “Para Borçlarında Cezaî Şart”, İstanbul Barosu Dergisi C. XL S. 10 Medeni Kanunun 40. Yıldönümü Özel Sayısı (1966), s. 469 vd. (“Karahasan, Para Borçları”)

KARAHASAN, Mustafa Reşit: İnşaat İmar İhale Hukuku Cilt-2, İstanbul 1997. (“Karahasan, İnşaat Hukuku”)

KARAYALÇIN, Yaşar: Ticaret Hukuku Dersleri II - Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri), Ankara 1959.

KAYAK, Sevgi: “Roma Hukukunda Cezai Şart”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası C. LXIV S. 1 (2011), s. 237 vd.

KAYIKÇI, Mehmet Suat: "Akaryakıt Bayilik Sözleşmelerinde Yıllık Asgari Alım Taahhütleri ve Cezai Şart", Enerji Hukuku Dergisi C.5 S.2 (2016), s. 95 vd.

KESSLER, Martin A.: Art. 41, Corinne Widmer Lüchinger / David Oser (ed.), Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1–529 OR 2020. (“BSK OR I-Kessler”)

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2020.

KIRAÇ, Kardelen: Yabancı Para Borçlarının Uyarlanması, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2020.

KIRCA, Çiğdem: "Genel İşlem Koşulları ile Kararlaştırılan Ceza Koşulunun Denetlenmesi", Emel Badur / Gamze Turan Başara (ed.), Çankaya Üniversitesi'nin 20. Kuruluş Yılı Etkinlikleri, Evrensel Hukuk İlkeleri Işığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu, 10-11 Haziran 2016, Ankara 2016, s. 119 vd. ("Ç. Kırca")

KIRCA, İsmail: "Kooperatiflerin Tacir Niteliği Hakkında Yargıtay'ın Tutumu Kanuna Aykırı Yorum mu Yoksa Örtülü Boşluk Doldurma Gayreti mi?", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi C. 33 S. 5 (2017), s. 5 vd. ("İ. Kırca")

KIRKBEŞOĞLU, Nagehan: Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, İstanbul 2011. ("Kırkbeşoğlu, Hükümsüzlük")

KIRKBEŞOĞLU, Nagehan: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Faiz Sınırları Üzerine Bir Değerlendirme", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi C. 28 S. 4 (2012), s. 145 vd. ("Kırkbeşoğlu, Faiz")

KLASS, Gregory: "Efficient Breach", Gregory Klass / George Letsas / Prince Saprai (ed.), The Philosophical Foundations of Contract Law, Oxford University Press 2014, s. 362 vd.

KNÜTEL, Rolf: Stipulatio Poenae – Studien zur römischen Vertragsstrafe, Köln 1976.

KOCAAĞA, Köksal: Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, Ankara 2003. ("Kocaağa, Cezai Şart")

KOCAAĞA, Köksal: Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası), Ankara 2018. ("Kocaağa, Ceza Koşulu")

KOCAAĞA, Köksal: "İnşaat Sözleşmesinde İşi Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart mı Yoksa Götürü Tazminat mıdır?", Türkiye Barolar Birliği Dergisi S. 74 (2008), s. 149 vd. ("Kocaağa, Götürü Tazminat")

KOCABAŞ, Gediz: "Aşırı Yararlanmanın Şartları ve Aşırı Yararlanmaya Bağlanan Hukuki Sonuçlar", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi C. 20 S. 2 (2014), s. 105 vd.

KOCAMAN, Arif: "BK m. 158/II Hükmü Gereğince İfaya Ekli Cezai Şart Talep Etme Hakkının Düşmesi (Sona Ermesi) ve BK m. 158/II c.2'de Hakkın Korunması İçin Öngörülen İhtirazi Kayıt İleri Sürme Şartının Sözleşme ile Bertaraf Edilip Edilemeyeceği Hususu", Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, İstanbul 2011, s. 567 vd.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt: Borçlar Hukukuna Giriş – Hukukî İşlem – Sözleşme, İstanbul 2008.

KOÇ, Nevzat: Türk-İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi, İzmir 2002.

KOLLER, Alfred: "§ 3 Vom Formmangel und seinen Folgen Der formungültige Grundstückkauf", Alfred Koller (ed.), Der Grundstückkauf, Stämpfli 2017. ("Koller, Grundstückkauf")

KOLLER, Alfred: "Reugelder bei Grundstückkaufverträgen", Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 145/2009, s. 73 vd. ("Koller, Reugelder")

KOLLER, Alfred: "Konventionalstrafe für Bauverzögerungen (Verspätungsstrafe)", Alfred Koller (ed.), Bau- und Bauprozessrecht: Ausgewählte Fragen, St. Gallen 1996, s. 1 vd. ("Koller, Konventionalstrafe")

KÖPRÜLÜ, Bülent / KANETİ, Selim: Sınırlı Ayni Haklar, 2. Bası, İstanbul 1982-1983.

KRONMAN, Anthony T.: "Specific Performance", University of Chicago Law Review C. 45 S. 2 (1978), s. 351 vd.

KUNTALP, Erden: Ana Para ve Üst Sınır (Maksimal) İpotek Ayrımı, Ankara 1989.

KUNTER, Nurullah: "Ödendikten Sonra Da Azaltılabilmeleri Bakımından Fahiş Cezaî Şartlar", Adliye Ceridesi C. 31 S. 11 (1940), s. 971 vd.

KURŞAT, Zekeriya: "1567 Sayılı Türk Parası Kıymetini Koruma Kanunu Hakkında 32 Sayılı Kararda Değişiklik Yapılmasına Dair Karar Bunun Uygulanması Hakkında Tebliğ Hakkında Değerlendirme", Şükran Şıpka / Emrehan İnal / Başak Baysal / Tufan Öğüz / Hasan Erman (ed.), Prof. Dr. Necla Giritlioğlu'na Armağan, İstanbul 2020, s. 379 vd.

Law Commission For England And Wales: "Penalty Clauses and Forfeiture of Monies Paid", Working Paper No 61, 1975.

LINDACHER, Walter F.: Phänomenologie der 'Vertragsstrafe' – Vertragsstrafe, Schadenersatzpauschalierung und schlichter Schadensbeweisvertrag, Frankfurt am Main 1972.

LIU, Qiao: "The White & Carter Principle: A Restatement", The Modern Law Review C. 74 S. 2 (2011), s. 171 vd.

LOKSAIER, Fredj: La clause pénale dans les conrats internes et dans les contrats internationaux – Etude de droit français avec références au droit suisse et au droit tunisien, Editions Payot Lausanne 1985.

LOYD, William H.: "Penalties and Forfeitures: Before Peachy v. The Duke of Somerset", Harvard Law Review C. 29 (1915), s. 117 vd.

MABILLARD, Ramon: "Rechtsnatur, anwendbare Gesetzesbestimmungen und Zulassigkeit der unechten Konventionalstrafe", Aktuelle juristische Praxis (AJP) / Pratique juridique actuelle (PJA) 2005/5, s. 547 vd.

MACNEIL, Ian R.: "Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky", Virginia Law Review C. 68 S. 5 (1982), s. 947.

MAKARACI BAŞAK, Aslı: Taşınır Rehni Sözleşmesi, İstanbul 2014.

MATTEI, Ugo: "The Comparative Law and Economics of Penalty Clauses in Contracts", The American Journal of Comparative Law C. 43 (1995), s. 427 vd.

McKENDRICK, Ewan: "Breach of Contract, Restitution for Wrongs and Punishment", Andrew Burrows / Edwin Peel (ed.), Commercial Remedies: Current Issues and Problems, Oxford University Press 2003. ("McKendrick, Breach of Contract")

McKENDRICK, Ewan: Contract Law: Text, Cases, and Materials, Oxford University Press 2016. ("McKendrick, Contract Law")

McKENDRICK, Ewan: Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC), Oxford University Press 2015. ("PICC-McKendrick")

MEIER, Philippe: Art. 499, Luc Thévenoz / Franz Werro (ed.), Commentaire romand, Code des obligations I, Art. 1-529 CO, Bâle 2012. ("CR CO I-Meier")

MILLER, Lucinda: "Penalty Clauses In England And France: A Comparative Study", International and Comparative Law Quarterly C. 53 (2004), s. 79 vd.

MILSOM, S.F.C.: Historical Foundations of the Common Law, Butterworths London, Second Edition, 1981.

MOOSER, Michel: Art. 158-163, Luc Thévenoz / Franz Werro (ed.), Commentaire romand, Code des obligations I, Art. 1-529 CO, Bâle 2012. (CR CO I-Mooser)

MORGAN, Jonathan: "The Penalty Clause Doctrine: Unlovable but Untouchable" Cambridge Law Journal C. 75 S. 1 (2016), s. 11 vd.

MOYLE, J.B.: Caesar Flavius Justinian, The Institutes of Justinian, 1913, Çevrimiçi Erişim: http://www.gutenberg.org/files/5983/5983-h/5983-h.htm.

MURIS, Timothy J.: "Opportunistic Behavior and the Law of Contracts", Minnesota Law Review C. 65 (1981), s. 521 vd.

MÜLLER, Felix (çev. Ahmet M. Güneş): "Hukukun Ekonomik Teorisi", Küresel Bakış Y. 1 C. 1 S. 3 (2011), s. 1 vd.

MÜLLER-CHEN, Markus: Art. 121, Claire Huguenin / Reto M. Hilty (ed.), Schweizer Obligationenrecht 2020 – Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil / Code des obligations suisse 2020 – Projet relatif à une nouvelle partie générale, 2013. ("Müller-Chen, OR/CO 2020")

NOMER, Halûk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2021. ("H. Nomer")

NOMER ERTAN, N. Füsun: "İş Akdinden Doğan Cezaî Şart Hükümlerine TTK m. 24 Uygulanır mı?" Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan C.1, İstanbul 2007, s. 29 vd. ("Nomer Ertan, Cezai Şart")

ORBAY ORTAÇ, Nurdan / CAN, Ozan: “Yapı Kooperatiflerinin Tacir Sıfatı Olup Olmadığı Sorusu Bağlamında Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 15.9.2014 Tarih, 2014/2787 Esas ve 2014/5195 Karar Sayılı Kararının Eleştirisi”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi C. 32 S. 3 (2016), s. 79 vd.

OĞUZMAN, Kemal: “Mahkeme Kararları Kroniği; B - Hususi Hukuk; 2 – Borçlar Hukuku; Para torçlarında Cezaî Şart - İçtihadı Birleştirme kararı Lüzumu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası C. 28 S. 1 (1962), s. 276 vd. (“Oğuzman, Mahkeme Kararları Kroniği”)

OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, İstanbul 2021. (“Oğuzman/Öz, Cilt-1”)

OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2, İstanbul 2021. (“Oğuzman/Öz, Cilt-2”)

OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, İstanbul 2021.

O’SULLIVAN, Janet: “Lost on Penalties”, Cambridge Law Journal C. 73 (2014), s. 480 vd.

OSER, Hugo / SCHÖNENBERGER, Wilhelm: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch - V. Band - Das Obligationenrecht, Erster Halbband Art. 1-183 OR, Zürich 1929. (“ZK OR-Oser/Schönenberger”)

OSER, David / WEBER, Rolf H. Weber: Art. 404, Corinne Widmer Lüchinger / David Oser (ed.), Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1–529 OR 2020. (“BSK OR I-Oser/Weber”)

OZANOĞLU, Hasan Seçkin: İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteaahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 3 S. 1-2 (1999), s. 1 vd.

ÖCAL APAYDIN, Bahar/İNCE AKMAN, Nurten: "Götürü Tazminatın Hâkim Tarafından İndirilmesi Meselesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi C. 25 S. 1 (2019), s. 220 vd.

ÖCAL, Akar: “Para Borçlarında Cezai Şart Hakkında Yargıtay'ın Görüşleri”, Adalet Dergisi Y. 52 S. 5 (1961), s. 525 vd. (“Öcal, Para Borçları”)

ÖÇAL, Akar: Türk Hususi Hukukunda Gecikme Faizi, İstanbul 1965. (“Öçal, Gecikme Faizi”)

ÖKTEM ÇEVİK, Seda: “Ceza Koşulu – Bağlanma Parası – Cayma Parası”, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları III (26-27 Mayıs 2012), İstanbul 2014, s. 97 vd. (“Öktem Çevik, Ceza Koşulu”)

ÖKTEM ÇEVİK, Seda: “Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararın Kira Sözleşmelerinde Uygulama Alanı”, Murat Topuz (ed.), Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar Çerçevesinde Döviz ile Sözleşme Yapma Yasağı ve Sözleşmenin Uyarlanması, Ankara 2019, s. 89 vd. (“Öktem Çevik, Türk Parası”)

ÖKTEM ÇEVİK, Seda: “Kira Sözleşmesine İlişkin Özel Durumlar: m. 320-326”, Turgut Öz / Faruk Acar / Emre Gökyayla / Murat Develioğlu, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Cilt 4, 5 (Madde 207-392), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019. (“İstŞ TBK 4,5-Öktem Çevik”)

ÖNAY, Işık: Yenileme, İstanbul 2016.

ÖZ, Turgut M.: İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989. (“Öz, Eser”)

ÖZ, Turgut M.: Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, 3. Baskı, İstanbul 2012. (“Öz, Yeni BK”)

ÖZBİLEN, Arif Barış: Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü, İstanbul 2016.

ÖZCAN BÜYÜKTANIR, Burcu G. / OKYAR KARAOSMANOĞLU, Dila: "Evlenmeye Zorlamak İçin Öngörülen Cayma Tazminatı ya da Cezai Şart Dava Edilemez; Ancak Yapılan Ödemeler de Geri İstenemez: TMK m. 119 / f. 2 Üzerine Bir Değerlendirme", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi C. 7 S. 1 (2017), s. 215 vd.

ÖZDEMİR, Erdem: “İş Hukukunda Cezai Şart”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. IX S. 3-4 (2005), s. 403 vd. (“Özdemir, İş Hukukunda Cezai Şart”)

ÖZDEMİR, Erdem: “İş Hukukunda Eğitim Karşılığında Öngörülen Cezai Şart”, Çalışma ve Toplum 2005/1, s. 143 vd. (“Özdemir, Eğitim Karşılığı Öngörülen Cezai Şart”)

ÖZEN, Burak: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 4. Bası, İstanbul 2017. (“Özen, Kefalet”)

ÖZEN, Burak: “Borçlar Kanunu 386/II Üzerine Düşünceler”, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan Cilt I, İstanbul 2001, s. 598 vd. (“Özen, BK 386/II”)

ÖZKARACA, Ercüment: “Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararın İş Sözleşmelerinde Uygulama Alanı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 25 S. 1 (2019), s. 185 vd.

ÖZMEN, Etem Saba: “Nişanın Bozulmasında Cayma Akçası ve Cezai Şart (MK. 83. Madde Değişikliği) (I)”, Yargıtay Dergisi Y. 22 S. 3 (1996), s. 299 vd. (“Özmen, Nişanın Bozulması I”)

ÖZMEN, Etem Saba: “Nişanın Bozulmasında Cayma Akçası ve Cezai Şart (MK. 83. Madde Değişikliği) (II)”, Yargıtay Dergisi Y. 22 S. 4 (1996), s. 506 vd. (“Özmen, Nişanın Bozulması II”)

ÖZMEN, E. Saba / AKTAŞ, Türkan: "Türk Hukuku Açısından Para Borçlarında Temerrüt Faizi Yanında Ceza Koşulu Talep Edilebileceğine İlişkin Yargıtay Kararlarının Eleştirisi", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Y. 2018 S. 1, s. 39 vd.

ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, Ankara 2015. (“B. Öztan”)

ÖZTAN, Fırat: Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 2021. (“F. Öztan”)

PAKSOY, Meliha Sermin: Zamanaşımından Feragat (TBK 160), İstanbul 2012.

PALMER, Jessica: “Implications of the New Rule against Penalties”, Victoria University Wellington Law Review C. 47 (2016), s. 305 vd.

PALMER, Robert C.: English Law in the Age of the Black Death, 1348-1381 - A Transformation of Governance and Law, University of North Carolina Press, 1993. ("R.C. Palmer, English Law")

PARETO, Vilfredo (çev. Alfred Bonnet): Manuel d'économie politique, Paris 1909.

PARLAK BÖRÜ, Şafak: "Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış", Türkiye Barolar Birliği Dergisi S. 129 (2017), s. 195 vd.

PEARCE, Robert / STEVENS, John: The Law of Trusts and Equitable Obligations, Oxford University Press 2006.

PEEL, Edwin: "Unjustified penalties or an unjustified rule against penalties?", Law Quarterly Review S. 130(Jul) (2014), s. 365 vd. ("Peel, Unjustified Penalties")

PEEL, Edwin: "The Rule Against Penalties", Law Quarterly Review S. 129(Apr) (2013), s. 152 vd. ("Peel, Rule Against Penalties")

PEKMEZ, Cüneyt: Borcun İfa Edilmediği Defi (Ödemezlik Defi), İstanbul 2021.

PELLANDA KATJA, Roth: Art. 158-163, Andreas Furrer / Anton K. Schnyder (ed.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 3e éd., Genève - Zurich - Bâle 2016. ("CHK OR-Pellanda Katja")

PICHONNAZ, Pascal: Art. 216-220, Claire Huguenin / Reto M. Hilty (ed.), Schweizer Obligationenrecht 2020 – Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil / Code des obligations suisse 2020 – Projet relatif à une nouvelle partie générale, 2013. ("Pichonnaz, OR/CO 2020")

PICHONNAZ, Pascal: Art. 127, 133, 151, Luc Thévenoz / Franz Werro (ed.), Commentaire romand, Code des obligations I, Art. 1-529 CO, Bâle 2012. ("CR CO I-Pichonnaz")

PICHONNAZ, Pascal / WERRO, Franz: "Contrat de vente immobilière / Grundstückkaufvertrag", Baurecht / Droit de la construction 2015, s. 174 vd. ("Pichonnaz/Werro, Contrat de vente immobilière")

PIOTET, Denis: Art. 115, 116, Luc Thévenoz / Franz Werro (ed.), Commentaire romand, Code des obligations I, Art. 1-529 CO, Bâle 2012. (“CR CO I-Piotet”)

PIETRUSZAK, Thomas: Art. 158-163, Heinrich Honsell (ed.), Kurzkommentar Obligationenrecht, Basel 2014. (“Pietruszak-KUKO OR”)

PLUCKNETT, Theodore Frank Thomas: A Concise History of the Common Law, Boston: Little, Brown Company, 1956.

POROY, Reha / YASAMAN, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2019.

POSNER, Richard A.: Economic Analysis of Law, Boston 1972.

REA, Samuel A., Jr.: “Efficiency Implications of Penalties and Liquidated Damages”, The Journal of Legal Studies C. 13 (1984), s. 147 vd.

REİSOĞLU, Seza: “Tüketici Kredilerine ve Kredi Kartı İşlemlerine Uygulanan Akdi ve Temerrüt Faizi Oranları”, Bankacılar Dergisi C. 25 S. 90 (2014), s. 112 vd.

RIEMER, Hans Michael: “Konventionalstrafen in Gestalt von Verfall- oder Verwirkungsklauseln”, Hans Peter / Emil W. Stark / Pierre Tercier (ed.), Le Centenaire du Code des Obligations / Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Fribourg 1982, s. 443 vd.

ROWAN, Solène: Remedies for Breach of Contract – A Comparative Analysis of the Protection of Performance, Oxford University Press 2012. (“Rowan, Remedies”)

ROWAN, Solène: “The “Legitimate Interest in Performance” in the Law on Penalties”, Cambridge Law Journal C. 78 (2019), s. 148 vd. (“Rowan, Legitimate Interest in Performance”)

SAMHAT, Abbas: Die Abgrenzung der Wahlschuld von der elektiven Konkurrenz nach dem BGB, Mohr Siebeck 2012.

SAMUELS, Warren J.: “The Coase Theorem and the Study of Law and Economics”, Natural Resources Journal C. 14 S. 1 (1974), s. 1 vd.

SANLI, Kerem Cem: Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi, İstanbul 2015.

SANTORO, Dimitri: Die Konventionalstrafe im Arbeitsvertrag, Stämpfli 2001.

SARI, Suat: Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi, İstanbul 2004. ("Sarı, Vekâlet Sözleşmesi")

SARI, Suat: "Götürü Tazminat Kavramı Üzerine", Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri – Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu (26-27 Haziran 2008), İstanbul 2011, s. 299 vd. ("Sarı, Götürü Tazminat")

SARIAKÇALI ALKAÇ, Selin Ezgi: Akaryakıt İstasyonu Bayilik Sözleşmesi, İstanbul 2017.

SAYMEN, Ferit H. / ELBİR, Halid K.: Türk Borçlar Hukuku Umumî Hükümler, İstanbul 1966.

SCHMID, Jörg: "Reservationsvereinbarung beim Grundstückkauf, Formmangel und Konventionalstraf", Baurecht / Droit de la construction 2014, s. 278 vd. ("Schmid, Reservationsvereinbarung")

SCHMID, Jörg / ZBINDEN, Oliver: Formfragen zur Reservationsabrede über ein Grundstück mit Abgeltungsvereinbarung – eine Reprise, Baurecht / Droit de la construction 2015, s. 144 vd.

SCHOCH, Walter: Begriff, Anwendung und Sicherung der Konventionalstrafe nach schweizerischem Recht, Bern 1935.

SCHWARZ, Andreas B. (çev. Bülent Davran): Borçlar Hukuku Dersleri I. Cilt, İstanbul 1948.

SCHWARTZ, Alan: "The Case for Specific Performance", Yale Law Journal C. 89 S. 2 (1979), s. 271 vd.

Scottish Law Commission, Report on Penalty Clauses, No. 171, 1999.

SECRETAN, Roger: Etude sur la clause pénale en droit suisse, précédée d'une introduction sur les arrhes, Lausanne 1917.

SEÇER, Öz: “Kiracının Borçları: m. 313-319”, Turgut Öz / Faruk Acar / Emre Gökyayla / Murat Develioğlu, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Cilt 4, 5 (Madde 207-392), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019. (“İstŞ TBK 4,5-Seçer”)

SEÇKİN, A. Recai: La réalisation de la condition suspensive et ses effets juridiques, Etude de droit suisse et de droit turc, Genève 1939.

SHAVELL, Steven: “Damage Measures for Breach of Contract”, The Bell Journal of Economics C. 11 S. 2 (1980), s. 466 vd. (“Shavell, Damage Measures”)

SHAVELL, Steven: “Specific Performance Versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis”, Texas Law Review C. 84 S. 4 (2006), s. 831 vd. (“Shavell, Specific Performance”)

SEBERT, John A. Jr.: “Punitive and Nonpecuniary Damages in Actions Based upon Contract: Toward Achieving the Objective of Full Compensation”, UCLA Law Review C. 33 S. 6 (1986), s. 1565 vd.

SELİÇİ, Özer: “Seçimlik Borçların İfası”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası C. 34 S. 1-4 (1968), s. 375 vd. (“Seliçi, Seçimlik Borçlar”)

SELİÇİ, Özer: Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1976. (“Seliçi, Sürekli Borç”)

SELİÇİ, Özer: İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978. (“Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu”)

SEROZAN, Rona: Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2007. (“Serozan, Dönme”)

SEROZAN, Rona: Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm Üçüncü Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 2014. (“Serozan, Borçlar Genel”)

SIMPSON, A. W. B.: A History of the Common Law of Contract, Oxford University Press 1975.

SİRMEN, Lâle: Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992.

SOMER, Zeynep: “Cezai Şart Kararlaştırılamayacak Haller”, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 6 S. 11 (2020), s. 119 vd.

SOSSNA, Ralf-Peter: Die Geschichte der Begrenzung von Vertragsstrafen – Eine Untersuchung zur Vorgeschichte und Wirkungsgeschichte der Regel des § 343 BGB, Duncker & Humblot, Berlin 1993.

STOLJAR, S. J.: A History of Contract at Common Law, Australian National University Press Canberra, 1975.

STRETTON, Tim: “Contract, Debt Litigation and Shakespeare's the Merchant of Venice”, Adelaide Law Review C. 31 (2010) s. 111 vd.

SUMMERS, Andrew: “Unresolved Issues in the Law on Penalty”, Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly 2017/1(Jan), s. 95 vd.

SUNGURBEY, İsmet: Acemoğlu'nun "Tapulama Kanunu...", "Eşya Hukuku Meseleleri" Adlı Kitapları ve Serozan'ın Hukukçuluk Yöntemi Üstüne Notlar, İstanbul 1971.

SÜZEL, Cüneyt: “Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karardaki Değişikliklerin Deniz Ticareti Hukukuna Etkisi”, Cüneyt Süzel (ed.), Deniz Ticareti Hukukunda Yeni Sorunlar Sempozyumu-I, İstanbul 2019 s. 97 vd.

ŞENOL, A. Nilay: Bayilik Sözleşmesi, Sona Ermesi ve Sonuçları, İstanbul 2011.

ŞİT İMAMOĞLU, Başak: “Yabancı Para Üzerinden Sözleşme Akdetme Özgürlüğünün Sınırlandırılmasına İlişkin 12 Eylül 2018 Tarihli Cumhurbaşkanı Kararı Hakkında Bir Değerlendirme”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi C. 34 S. 3 (2018), s. 151 vd.

TAMER, Ahmet: “Tacirler Bakımından Cezai Şart (Ceza Koşulu)”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Y. 4 S. 14 (2013), s. 731 vd.

TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt: 2, İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri - Vekâletsiz İş Görme – Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, Ankara 1987. (“Tandoğan, Cilt: 2”)

TAŞKIN, Zeynep Damla: "Borçlunun Kusurunun Ceza Koşulu Anlaşması Üzerindeki Etkisi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi C. 26 S. 2 (2020), s. 1305 vd.

TEKELİOĞLU, Numan: "İnşaat Sözleşmelerinde Cezai Şart ve Götürü Tazminat", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi C. 2 S. 2 (2017), s. 159 vd.

TEKİNAY, Selâhattin Sulhi, Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Haklar, İstanbul 1994.

TEKİNAY, Selâhattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Halûk / ALTOP, Atillâ: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.

TERCIER, Pierre: "Encore la nature juridique du contrat d'architecte", Baurecht / Droit de la construction 1979, s. 9. ("Tercier, Architecte")

TERCIER, Pierre / PICHONNAZ, Pascal / DEVELİOĞLU, H. Murat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2020.

THILMANY, Jean: "Fonctions et révisibilité des clauses pénales en droit comparé", Revue internationale de droit comparé C. 32 S. 1 (1980) s. 17 vd.

TIVERIOS, Nicholas A.: "A restatement of relief against contractual penalties (II): A framework for applying the Australian and English approaches", Journal of Equity C. 11 (2017), s. 185 vd.

TOLOU, Alborz: La forfaitisation du dommage, Zürich 2017.

TOPUZ, Murat (ed.): Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar Çerçevesinde Döviz ile Sözleşme Yapma Yasağı ve Sözleşmenin Uyarlanması, Ankara 2019.

TREITEL, G. H.: Remedies for Breach of Contract – A Comparative Account, 2011.

TSCHANI/GABERTHÜEL: Art. 178, Corinne Widmer Lüchinger / David Oser (ed.), Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1–529 OR 2020. ("BSK OR I-Tschäni/Gaberthüel")

TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963.

TURNER, R. W.: The Equity of Redemption: Its Nature, History and Connection with Equitable Estates Generally, Cambridge University Press 1931.

ULEN, Thomas S.: "The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies", Michigan Law Review C. 83 S. 2 1984, s. 341 vd.

UNIDROIT, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016, 2016.

ÜÇER, Mehmet: "Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Faiz Yasağı ve Faiz Sınırlamasına İlişkin Düzenlemeler", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 10 S. 2 (2011), s. 217 vd.

ÜLGEN, Hüseyin / HELVACI, Mehmet / KAYA, Arslan / NOMER ERTAN, Füsun N.: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2019.

ÜLGEN, Hüseyin / HELVACI, Mehmet / KAYA, Arslan / NOMER ERTAN, Füsun N.: Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2021.

WEINSTEIN, Neil D.: "Unrealistic Optimism About Future Life Events", Journal of Personality and Social Psychology C. 39 S. 5 (1980), s. 806 vd.

WERRO, Franz: "La peine conventionnelle: quelques aspects saillants de l'actualité jurisprudentielle", Pichonnaz/Werro (Ed.), La Pratique contractuelle 2: Symposium en droit des contrats, 2011, s. 1 vd. ("Werro, Peine conventionelle")

WERRO, Franz: "L'indemnité pour résiliation anticipée du contrat d'architecte selon le règlement SIA 102 (1984)", Baurecht / Droit de la construction 2013, s. 120 vd. ("Werro, Indemnité")

WERRO, Franz: Art. 41, 406, Luc Thévenoz / Franz Werro (ed.), Commentaire romand, Code des obligations I, Art. 1-529 CO, Bâle 2012. ("CR CO I-Werro")

WIDMER, Markus / COSTANTINI, Renato / EHRAT, Felix R.: Art. 158-163, Corinne Widmer Lüchinger / David Oser (ed.), Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1–529 OR 2020. ("BSK OR I-Widmer/Constantini/Ehrat")

WIELAND, Karl (çev. İsmail Hakkı Karafakıh): Kanunu Medenide Aynî Haklar Kısım II, Ankara 1949.

WILKINSON-RYAN, Tess / BARON, Jonathan: “Moral Judgment and Moral Heuristics in Breach of Contract”, Journal of Empirical Legal Studies C. 6 S. 2 (2009), s. 405 vd.

WILKINSON-RYAN, Tess / HOFFMAN, David A.: “Breach is for Suckers”, Vanderbilt Law Review C. 63 S. 4 (2010), s. 1001 vd.

DE WOLFE HOWE, Marc (ed.): Holmes-Pollock Letters - The Correspondence of Mr. Justice Holmes and Sir Frederick Pollock 1874-1932, Vol. 2, Harvard University Press 1941.

WOLFER, Marc: “Schweizerisches Bundesgericht, 1. Zivilabteilung, Urteil vom 11. März 2014 i.S. A. c. B. SA, BGer 4A_413/2013 = BGE 140 III 200 (ital. Originalsprache)”, Aktuelle juristische Praxis (AJP) / Pratique juridique actuelle (PJA) 2015/6, s. 962 vd. (“Wolfer, Urteil”)

WOLFER, Marc: Reurecht und Reugeld auf vertraglicher Grundlage, Zürich 2012. (“Wolfer, Reugeld”)

WORTHINGTON, Sarah: “Penalty Clauses”, in Graham Virgo / Sarah Worthington (ed.), Commercial Remedies: Resolving Controversies, Cambridge University Press 2017, s. 366 vd. (“Worthington, Penalty Clauses”)

WORTHINGTON, Sarah: “Common Law Values: The Role of Party Autonomy in Private Law”, in Andrew Robertson / Michael Tilbury (eds.), The Common Law of Obligations: Divergence and Unity, Hart Publishing Oxford 2016, s. 301 vd. (“Worthington, Party Autonomy”)

WORTHINGTON, Sarah: “The Death Of Penalties in Two Legal Cultures?”, The UK Supreme Court Yearbook C. 7 (2016), s. 129 vd. (“Worthington, Death of Penalties”)

WUFFLI, Daniel: Art. 158-163, Jolanta Kren Kostkiewicz, / Stephan Wolf / Marc Amstutz / Roland Fankhauser (ed.): Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 2016. (“OFK OR-Wuffli”)

XOUDIS, Julia: Art. 11, 12, 16, Luc Thévenoz / Franz Werro (ed.), Commentaire romand, Code des obligations I, Art. 1-529 CO, Bâle 2012. (“CR CO I-Xoudis”)

YAĞCI, Kürşad: “Anapara Faizi ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren TBK m. 88 ve TBK m. 120 Hükümlerinin Ticari Faizler (TTK m. 8 ve TTK m. 9) Bakımından Uygulanabilirliği”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası C. 71 S. 2 (2013), s. 421 vd.

YAĞCIOĞLU, Burcu: “Bağlanma Parası, Cayma Parası, Bunların Ceza Koşuluyla Benzerlikleri ve Farklılıkları”, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 19 Özel Sayı (2017), s. 1207 vd. (“Yağcıoğlu, Bağlanma Parası”)

YAĞCIOĞLU, Burcu: Türk ve İsviçre Hukuku’nda Ceza Koşulu (Cezai Şart), Ankara 2019. (“Yağcıoğlu, Ceza Koşulu”)

YALE, D. E. C. (ed.): Lord Nottingham’s ‘Manual of Chancery Practice’ and ‘Prolegomena of Chancery and Equity’, Cambridge University Press, 1965. (“Yale, Lord Nottingham’s Prolegomena”)

YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / ÖZEN, Burak: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014.

YAYVAK NAMLI, İrem: İş Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 2019.

YELKENCİ, Işıl: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi, İstanbul 2014.

YENER, Mehmet Deniz: “Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu İle Yapılan Değişiklikler”, Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi C. 3 S. 7 (2012), s. 105 vd.

YENİOCAK, Umut: “Dövizle Sözleşme Kurma Yasağı ve Yasağa Aykırılığın Yaptırımı”, Murat Topuz (ed.), Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar Çerçevesinde Döviz ile Sözleşme Yapma Yasağı ve Sözleşmenin Uyarlanması, Ankara 2019, s. 56 vd.

YILMAZ, Merve: “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi Y. 24 S. 97 (2011), s. 155 vd.

YÜCEL, Özge: “Fahiş Cezai Şartın Tenkisi”, Süleyman Başterzi (ed.), Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, İstanbul 2011, s. 2945 vd.

ZEVKLİLER, Aydın / GÖKYAYLA, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2020.

ZIMMERMANN, Reinhard: The Law of Obligations - Roman Foundations of the Civilian Tradition, Juta & Co, Ltd., 1992. (“Zimmermann, Roman Foundations”)

ZIMMERMANN, Reinhard: “Art. 9:509”, Nils Jansen/Reinhard Zimmermann (ed.), Commentaries on European Contract Laws, 2018. (“CECL-Zimmermann”)

ZIMMERMANN, Reinhard: “Stipulatio Poenae”, South African Law Journal C. 104 S. 3 (1987), s. 399 vd. (“Zimmermann, Stipulatio Poenae”).

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite	: Galatasaray Üniversitesi
Enstitü	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı Soyadı	: Işıl Yelkenci
Tez Başlığı	: Karşılaştırmalı Hukukta Ceza Koşulu
Savunma Tarihi	: 27.06.2022
Danışmanı	: Prof. Dr. Mehmet Erdem

JÜRİ ÜYELERİ

Prof. Dr. Mehmet Erdem (Danışman)

Prof. Dr. Tufan Öğüz

Prof. Dr. Faruk Acar

Prof. Dr. Burak Özen

Prof. Dr. H. Murat Develioğlu

Enstitü Müdürü
Prof. Dr. M. Yaman Öztek